

SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA  
CCCXXX

---

ANTONIO ALBANESE

*QUOD NULLUM EST NULLUM  
PRODUCIT EFFECTUM?*

I vizi del contratto e la forza del fatto

SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA  
CCCXXX

---

ANTONIO ALBANESE

*QUOD NULLUM EST NULLUM  
PRODUCIT EFFECTUM?*

I vizi del contratto e la forza del fatto

**Bologna**  
University Press

Il volume beneficia di un contributo per la pubblicazione da parte del Dipartimento di Scienze giuridiche - Alma Mater Studiorum Università di Bologna.

Fondazione Bologna University Press  
Via Saragozza 10, 40123 Bologna  
tel. (+39) 051 232 882  
fax (+39) 051 221 019

[www.buonline.com](http://www.buonline.com)  
e-mail: [info@buonline.com](mailto:info@buonline.com)

Quest'opera è pubblicata sotto licenza Creative Commons CC BY-4.0

ISSN 2283-916X  
ISBN 979-12-5477-302-4  
ISBN online 979-12-5477-303-1  
DOI 10.30682/sg330

Impaginazione: Sara Celia

Prima edizione: luglio 2023

SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

\*\*\*

---

Per la presente monografia la Giunta di Dipartimento ha nominato la seguente Commissione di lettura:

Prof.ssa Anna Masutti, ordinario di Diritto della navigazione, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Prof. Giovanni Facci, associato di Diritto privato, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Prof. Carlo Berti, associato di Diritto privato, Alma Mater Studiorum – Università di Bologna



*A Elena e Francesco,  
che sono la mia forza*



## CAPITOLO I

### NULLITÀ E ATIPICITÀ DELLE FONTI

SOMMARIO: 1. Premessa: rilevanza dei “fatti sociali” e teoria delle fonti delle obbligazioni. – 2. Dalla nullità classica ai molteplici paradigmi delle nullità. – 3. Le nullità speciali: il proliferare delle nullità di protezione; le nullità sopravvenute. – 3.1. Delimitazione del campo d’indagine. – 4. Nullità e comportamenti. – 5. Le nozioni di rapporto contrattuale di fatto e di contatto sociale. – 6. Mancanza dell’accordo e trasmutazione dell’illecito in contratto: l’esempio giurisprudenziale della lesione del diritto all’immagine (o al nome). – 7. Un esempio di rigidità della nullità classica: il diritto di famiglia. A) I diritti inderogabili di cui all’art. 160 c.c. - 7.1. B) La comunione legale tra conviventi. – 8. Un esempio di flessibilità: tra salvaguardia della situazione di fatto e bigamia. – 9. Nullità e perimento della *res*.

#### 1. *Premessa: rilevanza dei “fatti sociali” ed elasticità delle fonti delle obbligazioni*

In determinate circostanze, l’esecuzione di una prestazione in assenza di un previo accordo, o esecutiva di un contratto irregolare, può ricevere dall’ordinamento un trattamento analogo a quello abitualmente ricevuto se la pattuizione fosse esistita o, rispettivamente, non fosse stata viziata. Il rapporto contrattuale, che normalmente trae la propria origine dal contratto, ha in queste ipotesi una fonte non contrattuale, e tuttavia assume il contenuto di un determinato contratto tipico.

Le due questioni vanno distinte.

La prima questione si risolve in un interrogativo di tipo sistematico: quando in concreto non è riconoscibile la presenza di un accordo,



l'indagine verte sulla possibilità o meno di configurare contratti senza accordo o, al contrario, di ravvisare l'accordo in un comportamento concludente, così ritornando allo schema codicistico degli artt. 1321 e 1325. È il grande tema della contrattazione c.d. di massa, si pensi ai pubblici servizi, dove i rapporti sembrano instaurarsi indipendentemente da una previa contrattazione e l'attenzione si sposta sulla concreta utilizzazione del servizio. Un discorso simile può farsi per le innumerevoli operazioni economiche ogni giorno attuate *on-line* o, più semplicemente, nei grandi magazzini, dove una parte del rapporto si trova già innanzi al fatto compiuto; la sua attività consiste semplicemente in un *facere*: la digitazione del numero della carta di credito nel primo caso, l'apprensione della merce nel secondo. Ci si deve chiedere quale ruolo giochi l'accordo in queste fattispecie (se ne ha ancora uno). Nei rapporti di servizi pubblici, ove sussiste un autentico obbligo a contrarre da parte del gestore e spesso un'esigenza vitale e irrinunciabile dell'utente, è la stessa libertà di contrarre che viene meno. Nelle altre ipotesi, come in quelle dei formulari standardizzati, si assiste all'elisione degli altri significati dell'autonomia contrattuale: la libertà di scegliere il tipo contrattuale, la libertà di determinare, entro i limiti posti dalla legge, il contenuto del contratto. Le forme dell'operazione economica sono già state prescelte dal contraente forte, così come l'ammontare del prezzo, i tempi di esecuzione della prestazione e in genere le modalità, le garanzie, i termini.

La seconda questione ha invece a oggetto tutte le ipotesi in cui l'accordo vi è stato, ma il contratto concretamente posto in essere è nullo, ossia difforme dal modello legale, per una delle tre classi di ipotesi previste all'art. 1418 c.c.

Qui l'indagine muta. Essa deve porre al centro la contraddizione o, se si preferisce, la conciliazione, tra due affermazioni ormai scontate nel sistema civilistico italiano:

a) la sentenza che accerta la nullità del contratto è dichiarativa e dunque ha effetto retroattivo, secondo una convinzione pacifica già nel vigore del vecchio codice, nel quale la improduttività di effetti era centrale nelle definizioni di "nullità"<sup>1</sup>;

b) l'espressione «ordinamento giuridico» che accompagna,

---

<sup>1</sup> Cfr. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.

nell'art. 1173 c.c., il riferimento alla terza specie di fonti delle obbligazioni, ossia quelle che derivano «da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico», non si risolve in una mera indicazione riassuntiva di un elenco chiuso costituito da tutte le altre fonti nominate (diverse dal contratto o dal fatto illecito), ma consente un'apertura all'analogia, ovvero alla possibilità che taluni accadimenti, ulteriori rispetto a quelli previsti dalla legge, siano ritenuti idonei alla produzione di obbligazioni alla luce dei principi e dei criteri desumibili dall'ordinamento considerato nella sua interezza, complessità ed evoluzione<sup>2</sup>.

Ma se il contratto è nullo, da cosa scaturiscono gli effetti che nonostante la nullità, in alcune ipotesi, l'ordinamento salvaguarda? Per rispondere a questa domanda non si può sfuggire alla teoria delle fonti delle obbligazioni e all'art. 1173 c.c. E la risposta non può che essere ricercata all'interno della terza specie di fonti: se la nullità del contratto impedisce di qualificare il medesimo come negozio produttivo di effetti giuridici, essa non arriva ad escluderne la materiale esistenza e dunque il suo valore di fatto storico concretamente venuto in essere. Si tratterà, semmai, di capire di volta in volta a cosa quel fatto debba accompagnarsi per poter divenire fonte di obbligazioni. E, a sua volta, la comprensione del fenomeno non potrà che essere raggiunta alla luce del principio di atipicità delle fonti: se gli effetti non possono scaturire dal contratto, in ragione della sua nullità, né dal fatto illecito, occorrerà rivolgere l'attenzione a «ogni altro atto o fatto idoneo a produrre obbligazioni *in conformità* dell'ordinamento giuridico»; formula, questa, con cui l'art. 1173 c.c. (diversamente dal precedente rinvio a «ogni altro caso *previsto dalla legge*» contenuto nel codice del 1865) emancipa la nascita del vincolo obbligatorio dall'esistenza di una precisa e puntuale norma di legge ed estende il campo delle fonti a qualsiasi atto o fatto purché conforme all'ordinamento giuridico e, in particolare, ai principi generali di cui all'art. 12, comma 2, delle preleggi<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Così Cass., 16 dicembre 2015, n. 25292, in *CED Cassazione*, 2015, per concludere, nella specie, che la responsabilità per fatto lecito dannoso non ha carattere eccezionale.

<sup>3</sup> CANTILLO, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.* diretta da BIGIAMI, *Le obbligazioni*, I, Torino, 1992, p. 54; sul concetto di "fatto" e sul suo rapporto con l'autonomia privata, v. per tutti E. GABRIELLI, *La nozione di contrat-*

Un fatto, o una pluralità di fatti coordinati tra loro che diano vita a una fattispecie complessa, affinché ne sia valutata la coerenza coi principi generali dell'ordinamento, deve pur sempre esistere.

La riconducibilità della produzione di taluni limitati effetti al contratto nullo (come la possibilità di conversione) conferma la necessità logica di distinguere dalla nullità del negozio la sua "inesistenza". Ciò sarebbe comprovato dall'importanza sistematica di alcune norme, come l'art. 1338 c.c., l'art. 128 c.c. e l'art. 2126 c.c., all'interno della teoria che rivendica l'esistenza dell'atto nullo quale atto di autonomia privata<sup>4</sup>; il fine, come noto, è quello di sottolineare che quest'ultimo, a differenza del contratto "inesistente", ha una rilevanza intrinseca quale atto "qualificato negativamente", in sé produttivo di effetti indiretti (come accade, ad esempio, nel caso di esecuzione del contratto di lavoro subordinato).

Si pensi alle ipotesi di convalida tacita costituite dagli art. 590 e 799 c.c.: l'art. 1423 c.c., nell'enunciare l'inammissibilità della convalida del contratto nullo, fa salva una diversa volontà di legge; a questa diversa volontà si è soliti ricondurre i casi eccezionali della conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle o di donazioni nulle, e, per alcuni autori, l'art. 2126 c.c.<sup>5</sup>.

---

to (*Appunti su contratto, negozio e autonomia privata*), in *Giur. it.*, 2018, p. 2780; sulla atipicità delle fonti delle obbligazioni, cfr. CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, IX, Torino 1999, p. 25 ss.; GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 73; NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008, p. 6.

<sup>4</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, p. 366; SACCO, voce *Nullità e annullabilità (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 457. Criticamente: FEDELE, *op. cit.*, p. 28 ss.

<sup>5</sup> MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 116 ss., affronta il problema nel quadro delle ipotesi in cui il contratto nullo è preso in considerazione dal legislatore; secondo questo autore (p. 150 ss.) la rilevanza giuridica del contratto nullo sarebbe da ricondurre alla presenza di una fattispecie complessa costituita dal "fatto" del contratto stesso e dalla prestazione eseguita. E v. anche ID., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 174 ss.

In merito al dogma della insanabilità del contratto nullo, TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico nel diritto privato italiano*, in *Temi*, 1955, p. 191, la riteneva un carattere irrinunciabile imposto dalla logica, oltre che dal diritto positivo. Ma la dottrina più recente mostra una diversa apertura: cfr. le monografie di PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.

Per la tesi più tradizionale, che non distingue tra negozio nullo e negozio inesistente, è la nullità stessa ad indicare la posizione di indifferenza che la legge assume nei confronti di una fattispecie difettosa; non può dunque parlarsi di qualificazione negativa, perché la nullità non designa una qualità giuridica dell'atto, ma l'assenza di qualsiasi rilevanza. Infatti, non essendosi completato lo schema normativo, «il diritto non interviene con la sua attività qualificativa. E se talora, per quanto risulti difettosa nel nucleo essenziale, la situazione di fatto produce delle conseguenze giuridiche, ciò avviene non in funzione della stessa norma, in rapporto alla quale il fatto concreto si presenta imperfetto, sibbene in relazione ad una diversa norma giuridica, il cui schema viene interamente realizzato dagli elementi venuti ad esistenza»<sup>6</sup>. Si aggiunge che la diversità dei casi in cui ricorrono le ipotesi di nullità e di inesistenza non legittima fra esse alcuna differenza, che potrebbe essere riferita solo alla produzione dell'effetto, mentre, a parte quest'aspetto, le due ipotesi si comportano in modo eguale. È vero che l'inesistenza presenta «una maggiore appariscenza», in quanto manca addirittura la possibilità di precisare quale avrebbe potuto essere l'effetto, mentre il negozio nullo può produrre effetti giuridici. Ma, ed è questo il punto cruciale della tesi, il negozio nullo produce effetti «non come negozio giuridico, sibbene come fatto in senso stretto»<sup>7</sup>.

Una definizione della nullità non è reperibile né nel codice civile né in letteratura e, poiché la nullità è uno strumento concettuale e di «uno strumento non si dice cos'è ma cosa fa», si è con ragione ritenuto che «la mancanza di una vera e propria definizione della nullità è [...] segno di saggezza»<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 36 ss. Contrari alla categoria della inesistenza giuridica anche CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. proc. civ.*, 1955, I, p. 210, e FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, p. 51. Contesta in radice la distinzione tra nullità e inesistenza DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 68 ss., secondo cui un atto nullo è sempre inesistente: «l'unico concetto idoneo ad esprimere la situazione da cui nasce la nullità è: esistenza di fatto, inesistenza per il diritto».

<sup>7</sup> RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, p. 84 ss.

<sup>8</sup> GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, II, Torino, 2006, p. 1436.

È vero che l'idea di una produzione di effetti da parte del negozio nullo era inconcepibile per i giuristi classici, che identificavano nullità e inesistenza; per essi, «da una parte c'è il nulla giuridico, dall'altra il negozio pienamente valido [...] sempre potenzialmente capace di produrre effetti anche se non ne produce alcuno»<sup>9</sup>. Ma in epoca moderna l'attitudine del negozio nullo alla produzione di effetti è difficilmente discutibile, sicché sembra ormai acquisita dalla nostra civilistica la necessità di distinguere la invalidità dalla inesistenza. Oggi prevale l'idea, oltre che della validità di una tale distinzione, della sua utilità: «l'inesistenza è al di là della stessa nullità: è inesistente il contratto o l'atto neppure identificabile come tale, privo del minimo essenziale che permetta di parlare di un certo accadimento come di un contratto o di un atto unilaterale. L'importanza della distinzione fra nullità e inesistenza sta in ciò: il contratto o l'atto inesistente non produce neppure quei limitati effetti che [...] il contratto o l'atto nullo produce»<sup>10</sup>.

Le numerose ipotesi normative che saranno esaminate confermeranno questo assunto. Ma basti sin d'ora pensare a una norma cruciale proprio in tema di nullità, l'art. 2652, n. 6, c.c., che ammette che l'atto immobiliare nullo produca effetti a favore dei terzi di buona fede, decorsi cinque anni dal momento della trascrizione<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, p. 117. Cfr. anche MASI, *Nullità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 859 ss.

<sup>10</sup> Per tutti: GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2002, 2<sup>a</sup> ed., p. 240.

<sup>11</sup> «Se la domanda [di nullità o di annullamento] è trascritta dopo cinque anni dalla data della trascrizione dell'atto impugnato, la sentenza che l'accoglie non pregiudica i diritti acquistati a qualunque titolo dai terzi di buona fede in base a un atto trascritto o iscritto anteriormente alla trascrizione della domanda». Per applicazioni della norma, v. Cass., Ord., 1° dicembre 2021, n. 37722, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2022, p. 803, con nota di RAGGI, *Trascrizione – salvezza mediante trascrizione dei subacquisti dei terzi tra nullità ed inefficacia*, che sulla premessa che l'art. 2652 n. 6 inerisce al contratto nullo e non a quello inefficace, conclude che esso non sia applicabile al contratto stipulato dal *falsus procurator*. In tal senso già Cass., 26 marzo 1968, n. 947, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 991 ss.; Cass., 20 ottobre 1955, n. 3343, in *Foro it.*, 1956, I, c. 8 e c. 543, con nota di FALASCHI, *Errare humanum est*; in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 268 con nota di FERRI, *L'art. 2652 n. 6 cod. civ.*; Trib. Roma, 27 giugno 1953, in *Giust. civ.*, 1953, p. 1890 ss.

È certo che questa fattispecie non può esaurirsi nella trascrizione e, dunque, che non possano quegli effetti prodursi in ragione di un contratto che non è mai esistito<sup>12</sup>.

L'oggetto dell'indagine è dunque il contratto (o l'atto) esistente, ma nullo<sup>13</sup>. Più in particolare: l'indagine è rivolta a quella nullità del contratto che non produce uno dei suoi effetti caratterizzanti, ossia la ripetibilità delle prestazioni eseguite, in ossequio al principio *quod nullum est nullum producit effectum*.

Che un rapporto, seppur inizialmente sorto da un contratto nullo, continui a vivere in fatto, a dispetto del principio *quod nullum est nullum producit effectum*, è cosa naturale, dal momento che «la nullità, se pure assoluta, non è quasi mai avvertita nel momento stesso della formazione dell'atto»<sup>14</sup>. Tra la stipulazione del contratto e la scoperta o la dichiarazione della nullità trascorre di norma un certo tempo: dichiarata la nullità ogni effetto dovrebbe essere can-

<sup>12</sup> SACCO, voce *Nullità ed annullabilità*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1995, p. 293: «Ci parrebbe poco ragionevole che – senza una precisa disposizione legale contraria – un soggetto subisca a sua completa e incolpevole insaputa il pregiudizio che gli può arrecare il falso ideologico commesso da un notaio, o il falso materiale commesso da altri in scrittura privata, seguito da una trascrizione patologicamente avvenuta senza previo accertamento dell'autenticità delle sottoscrizioni. Pare si debba opinare che in questo caso la formula generica della nullità acquisti un contenuto preciso quando si modelli la fattispecie secondo lo schema dell'apparenza opportunamente adattato». RAGGI, *Trascrizione – salvezza mediante trascrizione dei subacquisti dei terzi tra nullità ed inefficacia*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2022, p. 803 (nota a Cass., Ord., 1° dicembre 2021, n. 37722): «La tutela dell'effetto acquisitivo nel patrimonio del subacquirente si iscrive nella morfologia del regime della nullità. In questa deroga all'opponibilità ai terzi degli effetti invalidanti, ignota al codice previgente, si rinviene un criterio di selezione fra gli interessi pubblici sottesi alla previsione di nullità e il perseguimento della certezza e speditezza del traffico immobiliare in ragione dell'affidamento vantato dai subacquirenti».

<sup>13</sup> Corposa è la letteratura monografica recente in materia di nullità. Si veda, senza pretesa di completezza: MANTOVANI, *La nullità ed il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, IV, *Rimedi*, Milano, 2006, p. 25 ss.; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008; DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008; D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009, p. 12 ss.; AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011; LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012; PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020; VULPIANI, *Unità, frammentazione e sanabilità della nullità del contratto*, Napoli, 2021.

<sup>14</sup> FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti contrattuali di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 700.

cellato sia con riguardo all'atto sia con riguardo al rapporto. La regola non pone problemi per il futuro; quando però tra l'atto nullo e la dichiarazione della sua nullità, la prestazione o parte di essa è stata eseguita, sorge il problema dell'applicazione della sanzione per il passato.

La legge prende allora atto che in taluni casi l'applicazione della sanzione comporterebbe molti più inconvenienti che benefici. E «poiché ciò che è accaduto può essere condannato, ma non distrutto nella sua dimensione fattuale, così l'ordinamento deve, in certi casi, parzialmente rinunciare all'assolutezza del comando e preservare, anche sul piano giuridico, certi effetti che nascono dalla vita del rapporto nullo»<sup>15</sup>.

Viene meno, in queste fattispecie, l'affermazione di cui alla cit. lett. a). Sono salvi gli effetti già prodotti dal contratto, e ciò è possibile in quanto il contratto è nullo, ma esiste. Nel contempo, esso esiste, ma è nullo, sicché non può produrre effetti: le parti sono quindi svincolate, per il futuro, dalle rispettive obbligazioni. Eppure, gli effetti prodotti non sono ormai più discutibili; essi restano, e la loro salvezza è posta a salvaguardia di posizioni distinte a seconda delle varie fattispecie, ma di volta in volta nitidamente riconoscibili.

Il contratto nullo, pertanto, *producit effectum*.

La dichiarazione di nullità agisce solo per l'avvenire.

## 2. *Dalla nullità classica ai molteplici paradigmi delle nullità*

Il rapporto è contrattuale, ma non ha come fonte un contratto in senso tecnico, fondato sul consenso, bensì una fattispecie non contrattuale: l'ordinamento, in presenza di un contratto invalido, può consentire che gli effetti di quel tipo contrattuale si producano come conseguenza della prestazione concretamente eseguita (sebbene in esecuzione del contratto viziato): «la legge manifesta, in certi ca-

---

<sup>15</sup> Così FRANCESCHELLI, *op. cit.*, p. 700 s., dopo aver notato che «l'applicazione rigida delle norme generali sulla nullità può produrre conseguenze sconcertanti, ad attenuare le quali gli strumenti correttivi tradizionali dell'arricchimento senza causa o della ripetizione dell'indebito, sarebbero risultati non del tutto appaganti».



si e per determinate esigenze, la tendenza alla salvezza dell'esecuzione avvenuta del negozio nullo, anche indipendentemente da una posteriore sanatoria negoziale (testualmente per il contratto di lavoro l'art. 2126 e per il contratto di società l'art. 2332, comma 1; cfr. anche artt. 2332, comma 4, e 2377, comma 4). È ancora, spinta al limite, un'affermazione del principio di conservazione del negozio, come atto di autonomia privata»<sup>16</sup>.

Siamo lontani dalla nullità "classica" come appare regolata dal codice civile nella parte generale sul contratto (Libro IV, Titolo I, Capo XI): sulla scorta di quelle norme, si afferma che la nullità rappresenta un vizio genetico strutturale dell'atto e che come tale essa è insanabile, imprescrittibile e rilevabile da chiunque vi abbia interesse, anche *ex officio* dal giudice.

E tuttavia il datore di lavoro è in ogni caso tenuto al pagamento della retribuzione e alle altre obbligazioni inerenti al rapporto di lavoro e, se ha già pagato, non può più ripetere. Similmente, i soci di una società di capitali, dichiarata nulla dopo l'iscrizione nel registro delle imprese, sono tenuti a versare i conferimenti fino alla soddisfazione dei creditori sociali e non possono ripetere i conferimenti già prestati. La sentenza che dichiara la nullità (la quale nomina i liquidatori) non pregiudica gli effetti prodotti dagli atti compiuti in nome della società dopo la sua iscrizione.

In entrambi i casi, la fonte del rapporto non è il contratto invalido, ma la sua esecuzione. Il rapporto (di lavoro o di società) si costituisce nonostante la mancanza di un valido contratto: ciò che è determinante è la prestazione di fatto, l'attività compiuta dai soggetti. Il rapporto non è trattato dalla legge come un normale rapporto di scambio, per il quale sarebbe sufficiente approntare l'ordinaria tutela restitutoria: in queste ipotesi, il ripristino dello *status quo ante*, cui tende la sanzione della nullità (mediante l'istituto dell'indebito), comporterebbe la cancellazione di un'attività meritevole di protezione. È per ragioni soprattutto pratiche (la protezione del lavoratore subordinato; la protezione dei terzi entrati in contatto con la società), che questa cancellazione deve essere impedita.

---

<sup>16</sup> SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 9<sup>a</sup> ed., p. 250.



Il tema non è nuovo, ma è reso sempre più attuale dal formalismo crescente dovuto alla maggiore complessità degli scambi, che si risolve nella previsione di adempimenti, nell'obbligo di seguire pratiche e procedure predeterminate (specialmente, ma non solo, quando controparte del rapporto col privato sia un Ente pubblico). Questo formalismo ha condotto ad un sempre più vivo riconoscimento, da parte dell'ordinamento, della tutela dei rapporti di fatto: si pensi anche alla famiglia di fatto; al possesso; alla società di fatto.

Nei Paesi di *common law* il problema è risolto attraverso i rimedi *quantum meruit* e *quantum valebat*, che riconoscono il diritto alla controprestazione a colui che ha eseguito il contratto invalido: la scelta è pertanto nel senso di consolidare lo scambio e salvare il rapporto, nonostante l'invalidità dell'atto, che viene ad essere convalidato per mezzo dell'esecuzione.

In Italia ciò avviene in maniera espressa, a livello normativo, con l'art. 2126 c.c. e gli artt. 2332 e 2377 ss. c.c., che rendono produttive di effetti giuridici fattispecie incomplete, mancanti di uno o più elementi costitutivi.

A livello giurisprudenziale avviene, ad esempio, con l'applicazione della c.d. teoria del saldo al contratto di locazione invalido (v. par. 9).

Si è sempre affermato che si tratta di un'eccezione giustificata da fattori contingenti, come ad esempio, nel caso dell'art. 2126 c.c., dall'esigenza di offrire particolare tutela al lavoratore subordinato.

La regola è invece nel senso di eliminare per sempre il contratto nullo dal mondo del diritto, anche al fine di non incoraggiare i contraenti a preferire la via *contra ius* a quella *secundum ius*.

Ma se si osserva l'evoluzione della nullità negli ultimi decenni, può ancora riconoscersi, in essa, un concetto unitario e, dunque, un rapporto tra regola ed eccezioni? Il codice civile ne individua le cause (art. 1418), regola l'ipotesi di nullità parziale (art. 1419), sancisce la rilevabilità d'ufficio e, salvo diverse previsioni di legge, la legittimazione attiva di chiunque vi abbia interesse (art. 1421), ne afferma l'imprescrittibilità (art. 1422) e ne esclude la convalida (art. 1423).

Ciò nondimeno, la legislazione speciale, soprattutto quella di derivazione comunitaria, affianca alla nullità codicistica un arcipela-

go di nullità speciali che si distaccano da quel modello: basti pensare, quanto al capovolgimento del principio della legittimazione attiva, alle c.d. nullità di protezione.

È in questo rinnovato contesto che ci si deve oggi domandare, anche, se l'efficacia retroattiva della nullità sia davvero una regola. E se l'irretroattività rappresenti ancora un'eccezione.

Già Rodolfo Sacco avvisava che «nelle aree marginali dell'esperienza civilistica ci imbattiamo in continue disapplicazioni dell'idea per cui ciò che è nullo non genera effetti. Il contratto nullo non genera effetto, ma di esso rimane in vita la clausola compromissoria. Il contratto nullo non genera effetto, ma se non è neutralizzato da una sentenza ne sgorgano tutti gli effetti tributari che nascerebbero dal contratto valido. Il contratto nullo non genera effetti, ma sul concorso di una causa di nullità e una causa di annullabilità si può ammettere la protezione del terzo acquirente, fondata sull'art. 1445».

La dichiarazione di nullità incide sul negozio giuridico, ma non elimina il contratto in quanto fatto avvenuto e consolidatosi nel mondo materiale; altrimenti, saremmo al cospetto di un contratto inesistente e non nullo. La nullità, in altre parole, comporta la degradazione del contratto al rango di semplice fatto storico.

E questa sua valenza, ad esempio, è idonea, in materia di prova testimoniale, ad escludere che operino i limiti di cui all'art. 2721 c.c.: questa norma è infatti disapplicata dai giudici qualora il contratto sia evocato, appunto, solo come semplice fatto storico influente sulla decisione<sup>17</sup>.

Ancora, l'art. 1338 c.c. sancisce: «La parte che, conoscendo o dovendo conoscere la esistenza di una causa di invalidità, non ne ha dato notizia all'altra parte, è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per avere confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto».

In questo caso, il fatto «contratto nullo» costituisce l'elemento oggettivo centrale di una fattispecie che fa sorgere la responsabilità. Questa responsabilità si fonda sull'esistenza di un contratto nullo,

---

<sup>17</sup> Cass., 3 aprile 2007, n. 8358, in *Mass. Giur. it.*, 2007. Per lo stato della giurisprudenza e della dottrina sul punto, con tuttavia annotazioni critiche rispetto alla enunciata soluzione dominante, cfr. MONTANARI, *Allegazione giudiziale del contratto come fatto storico e prova testimoniale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, p. 895.

ma non può sorgere da un contratto inesistente: solo il primo è un fatto storicamente verificatosi<sup>18</sup>.

In quest'ultima fattispecie, un contratto nullo, in quanto fatto, origina un illecito. Altrove, da un illecito vengono prodotti, nonostante il contratto sia inesistente, gli effetti del contratto valido: è quanto accade in materia di lesione dei diritti della personalità quando la giurisprudenza adotta, in sede di quantificazione del danno, la tecnica del "prezzo del consenso"<sup>19</sup>.

Queste ipotesi si raffrontano con altre in cui la salvezza degli effetti prodotti (art. 128 c.c.) si riallaccia al *favor matrimonii* o è persino consentita, in omaggio alla conservazione degli *status*, la sanatoria di un matrimonio celebrato per finzione (art. 123 c.c.). O altre ancora ove l'ossequio alla volontà del disponente supera le esigenze ancorate al formalismo della donazione (art. 799 c.c.) o del testamento (art. 590 c.c.). Si passa poi dalle ipotesi estreme in cui il legislatore evita la nullità nonostante sarebbe apparsa la sanzione più naturale a quelle, anch'esse estreme ma sul versante opposto, in cui la nullità non discende da vizi genetici dell'atto ma da comportamenti, come avviene nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari; attraversando soluzioni mediane come quella di preferire una speciale annullabilità alla nullità, a rischio di attirare le attenzioni della Corte costituzionale (art. 184 c.c.) o come quella, più moderna e sfaccettata, delle nullità relative di protezione.

Una specifica consacrazione della regola secondo cui deve essere negata tutela a chi non si è attenuto alle procedure di legge si ha all'art. 2231 c.c., che incurante dell'esecuzione dell'avvenuta prestazione nega il diritto al compenso a chi abbia esercitato attività professionale senza essere iscritto al relativo albo.

Un confronto tra gli interessi in gioco fa propendere, poi, per ridimensionare gli effetti del contratto nullo per immoralità: esso non

---

<sup>18</sup> Cfr. SACCO, *op. cit.*, p. 455: «Secondo un'interpretazione plausibile, l'art. 1338 può apparire come una semplice deduzione logica dell'art. 2043 per un caso particolare. Ma, se così è, la responsabilità di chi conclude il contratto nullo dovrebbe fondarsi sull'inganno, sull'affidamento comunque creato, inteso come dato di puro fatto; e non, invece, sulla esistenza di un contratto in senso tecnico, inficiato da specifiche cause di nullità».

<sup>19</sup> V. *infra*, par. 6.

vincola per il futuro, ma le prestazioni già eseguite non sono ripetibili (art. 2035 c.c.). Alla base dell'art. 2035 c.c. sono esigenze di moralità, identificabili e giudicabili più sul piano della realtà sociale che su quello normativo. L'impossibilità di ripetere (che comprende anche l'impossibilità di agire con l'azione di arricchimento) riguarda le prestazioni illecite contrarie al buon costume, non invece quelle contrarie all'ordine pubblico o alle norme imperative. Una prima difficoltà interpretativa, tuttavia, è insita nella definizione stessa del concetto di buon costume. Altro problema è se la regola dell'irripetibilità afferisca anche alle numerose ipotesi connotate sia dalla immoralità sia dall'illegalità. È poi da vedere se permanga in capo al *solvens* il diritto di recuperare la cosa servendosi dell'azione di rivendicazione (v. cap. VI, par. 2.2).

Le fattispecie di cui all'art. 2231 e 2035 c.c., seppure così diverse, evidenziano l'importanza del contratto degradato a *fatto*: il contratto nullo, come fatto, produce l'irripetibilità della prestazione da parte del professionista non iscritto all'albo e da parte di chi abbia eseguito una prestazione immorale. Da entrambe, inoltre, emerge l'attuale marginalità della categoria della nullità (per questa ragione le due ipotesi saranno analizzate all'interno di un unico capitolo, il VI).

Ma gli esempi di "eccezione", dentro e soprattutto fuori il codice, non finiscono più.

Un altro dogma in materia è stato messo in crisi, con la legge finanziaria del 2005, dalla disciplina della locazione. Si è sempre ritenuto che la normativa fiscale non potesse avere incidenza alcuna sulla validità del contratto: quando il ministro Minghetti, il 27 novembre 1873, presentò un progetto di legge che avrebbe introdotto la sanzione della nullità civilistica per gli atti non debitamente registrati, non solo la Camera respinse il progetto (il 24 maggio 1874), ma la dottrina reagì criticando aspramente quell'idea<sup>20</sup>. Eppure, la legge 30 dicembre 2004, n. 311, all'art. 1, comma 346, ha sancito la nullità dei contratti non registrati, così introducendo una nuova nullità che «risulta anomala anche sul piano strutturale, in quanto non deriva da un

---

<sup>20</sup> GABBA, *La nullità degli atti privati non registrati e non bollati*, in *Monitore Trib.*, 1874. Cfr. anche CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1931, p. 51.

vizio genetico del negozio, ma dall'inadempimento di un'obbligazione tributaria che presuppone l'esistenza del contratto stesso»<sup>21</sup>.

Il menzionato provvedimento normativo costituisce un ulteriore elemento di frattura nel sistema congegnato dalla nullità classica: la questione degli effetti di una tardiva registrazione del contratto di locazione; in altre parole, poiché la nullità deriva qui da un inadempimento a obblighi fiscali, una volta adempiuti quegli obblighi per mezzo di una registrazione, seppure dopo la scadenza dei termini legali, sembrerebbe verificarsi una sanatoria della nullità, sempre che il contratto rispettasse il requisito della forma scritta, sancito a pena di nullità dall'art. 1, comma 4, l. n. 431 del 1998. La sanatoria attraverso la registrazione tardiva è assimilabile alla conferma del negozio nullo, sia sul piano della causa in concreto sia degli effetti, in quanto consente l'efficacia di un regolamento negoziale invalido. La conferma opera neutralizzando l'efficacia invalidante del vizio da cui il regolamento negoziale attributivo era affetto. Pertanto, la registrazione tardiva dà vita ad un negozio successivo con causa eliminataria (collegato in termini funzionali al contratto di locazione originariamente invalido) al quale vanno riferiti gli effetti negoziali<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> RIZZUTI, *Contratto di locazione e rapporti di fatto*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1356 (nota a Trib. Roma, 21 dicembre 2015). La sentenza annotata ha inquadrato la anomala nullità dei contratti di locazione non debitamente registrati in termini di insanabilità. Sui problemi posti da tale normativa, v. anche FEDELE, *Ritorna un'antica questione: è legittimo disporre la nullità degli atti per omessa registrazione?*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 3; CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto (di locazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 357; G. GABRIELLI, PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2001, p. 129. Per la giurisprudenza, Cass., 22 luglio 2004, n. 13621, in *Rep. Giur. It.*, 2005, I, voce «*Locazione di cose*», n. 112, ed in *Arch. Loc.*, 2005, p. 84, ha affermato, in una fattispecie anteriore a all'approvazione dello statuto del contribuente e della legge n. 431 del 1998 (e relativa alla redazione per motivi fiscali di due originali del contratto di locazione recanti importi diversi) che la violazione della normativa fiscale non incide sulla validità o efficacia di un contratto, ma ha rilievo esclusivamente tributario.

<sup>22</sup> In tal senso, Trib. Napoli, 19 ottobre 2009, in *Rep. Giur. It.*, 2010, I, voce «*Locazione di cose*», n. 139, ed in *Notariato*, 2010, p. 170, con nota di MARINO, *Mancata registrazione del contratto di locazione: una nullità sanabile?*

Secondo una diversa interpretazione dell'art. 1, comma 346 legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005), deve escludersi che la registrazione costituisca requisito di validità del contratto di locazione, configurando essa, piuttosto, una mera *condicio iuris* di efficacia del contratto stesso, che può intervenire, con effetto *ex tunc*, in un momento successivo alla conclusione del negozio (Trib.

Ma ciò accade perché, all'evidenza, la nullità rimarrebbe ancorata al ruolo di sanzione con un'efficacia puramente deterrente per il futuro, mentre il contratto di locazione irregolare resterebbe improduttivo di effetti. La possibilità di sanare la nullità, invece, consente all'ordinamento di soddisfare, anche nella singola situazione considerata, l'interesse dell'erario, perché costituisce un incentivo alla successiva registrazione del contratto.

Se, da un lato, il recupero del contratto locativo sembra stridere con vecchi dogmi e con la concezione della nullità come sanzione rigida, dall'altro esso si inserisce con naturalezza all'interno di un nuovo sistema rimediale che si fonda sulla comparazione, di volta in volta, degli interessi in gioco al fine di valutare costi e benefici della conservazione o della cancellazione degli effetti. Tra gli effetti sanati, peraltro, vi è anche quello del pagamento dei canoni: i canoni locativi già corrisposti non dovranno essere restituiti, giacché il rapporto sorto dal contratto non registrato vale come titolo del possesso di buona fede dell'immobile e come fonte del dovere morale e sociale di pagamento del canone (obbligazione naturale).

In astratto, la nullità spiegata nella manualistica si presenta come una sanzione rigida, la cui rigidità è temperata da alcune eccezioni. Nel diritto vivente, la nullità si manifesta con una flessibilità che rappresenta un *unicum* all'interno del fenomeno patologico contrattuale: né l'annullabilità né la risoluzione né la rescissione presentano una gamma così ampia e varia di colori e sfumature.

Alla base di una tale pluralità rimediale è sempre un confronto tra interessi. Non può farsi luogo alla dichiarazione di nullità di un contratto se la relativa pronuncia non reca un effetto utile alla parte che ha proposto l'azione<sup>25</sup>. Il giudice, pertanto, deve sempre valutare la concreta situazione posta alla sua attenzione col metro del soddisfacimento in concreto delle esigenze poste dalla singola fattispecie. Ciò

---

Modena, 12 giugno 2006, in *Foro it.*, 2007, 10, 1, c. 2926; Trib. Firenze, 1° aprile 2009, in *Arch. locaz.*, 2010, p. 519).

<sup>25</sup> Cass., 20 luglio 2007, n. 16159, in *Società*, 2007, p. 1461, ha specificato che ciò vale anche con riguardo all'azione di accertamento della nullità di delibere assembleari disciplinata dagli artt. 1421-1423 c.c., in virtù del rinvio contenuto nell'art. 2379 c.c.: qui l'interesse, oltre a dover essere concreto ed attuale, deve riferirsi specificamente all'azione di nullità, e non può identificarsi con l'interesse ad una diversa azione, il cui esercizio soltanto potrebbe soddisfare la pretesa dell'attore.

si evince dall'averne l'ordinamento posto a suo carico la valutazione in ordine alla sussistenza di un interesse della parte attrice (art. 1421 c.c.). Chi aziona il rimedio deve quindi dimostrare il proprio interesse ad agire secondo le norme generali, *ex art.* 100 c.p.c.<sup>24</sup>.

Il parametro astratto di valutazione dell'interesse concreto varia secondo il contesto e comporta sovente di confrontare interessi particolari e interessi generali: l'azionista ha interesse ad impugnare la deliberazione assembleare di approvazione del bilancio, per farne dichiarare la nullità, se tale documento è stato redatto violando il principio di chiarezza. Ma tale diritto gli è riconosciuto anche quando non ne sia derivata alterazione alcuna del risultato dell'esercizio? La risposta è stata affermativa, perché il precetto di chiarezza e precisione nella redazione del bilancio di esercizio delle società di capitali, come oggi espresso dall'art. 2423 c.c., è sancito a tutela dell'interesse generale all'informazione circa la situazione economica delle società di capitali e quindi presenta autonoma rilevanza, non restando subordinato al c.d. principio di verità del documento contabile<sup>25</sup>.

Mentre in alcuni casi è la legge a selezionare l'interesse che non può essere totalmente compromesso dalla sanzione più pesante, in altri la scelta è rimessa al soggetto interessato: un esempio del primo genere è dato dall'art. 1015 cod. nav., che vieta all'assicuratore dell'esercente di opporre al terzo danneggiato la causa di nullità del contratto; un esempio del secondo genere è dato dal cit. art. 1, comma 346, della l. 30 dicembre 2004, n. 311, in materia di nullità dei contratti di locazione non registrati, alla cui stregua, come appena visto, è possibile sanare un contratto nullo per mezzo di un tardivo adempimento fiscale. Oppure, si pensi alla giurisprudenza in materia di delibere condominiali nulle, quando afferma che il condomino che abbia partecipato all'assemblea, sebbene abbia espresso un voto conforme alla deliberazione, può comunque farne valere la nullità se

---

<sup>24</sup> MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980, p. 502. In merito all'indisponibilità dell'interesse, cfr. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 52; ID., *Non tutto ciò che è virtuale è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 310. Sul concetto di "rimedio" (in senso lato e in senso stretto), v. le interessanti osservazioni di SIRENA, ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 359.

<sup>25</sup> Trib. Milano, 13 maggio 2002, in *Società*, 2003, p. 756, con nota di MUSMECI e MASTRANGELO.

dimostra di avervi interesse, e cioè se provi che la deliberazione gli arreca un apprezzabile pregiudizio<sup>26</sup>.

Alla molteplicità degli interessi coinvolti corrisponde una moltiplicazione dei paradigmi di nullità, «secondo una linea evolutiva [...] di sempre più accentuata e crescente “storicizzazione” e conseguente “relativizzazione” della figura»<sup>27</sup>.

La Cassazione insiste nel ritenere che «una equilibrata soluzione che ricostruisca le diverse vicende di nullità negoziale in termini di rapporti di *genus* a *species* appare del tutto predicabile ancor oggi, così come solidamente confortata dalla stessa giurisprudenza comunitaria»<sup>28</sup>.

In senso opposto, si osserva, però, che «proprio la nullità europea sancisce il definitivo passaggio dalla nullità alle nullità»<sup>29</sup>. Piuttosto che affannarsi alla ricostruzione di un modello generale con tutti i disagi ermeneutici che comporta la riconduzione di c.d. eccezioni alla c.d. regola, è «preferibile affermare che in luogo della nullità, come categoria logico-sistemica, oppure come fattispecie unitaria di diritto positivo, esistono “le nullità”, e cioè più statuti delle invalidità»<sup>30</sup>.

Gli studi più recenti hanno dimostrato che un concetto unitario di nullità non è più rinvenibile nel sistema e forse non è mai esistito. L'essenza della nullità può oggi più che mai riconoscersi nella distinzione dalla inesistenza: il contratto nullo esiste e il legislatore ne fa scaturire conseguenze che cambiano di volta in volta a seconda

---

<sup>26</sup> Cass., 18 aprile 2002, n. 5626, in *Arch. civ.*, 2003, p. 191; Cass., 14 dicembre 1999, n. 14037, in *Arch. locaz.*, 2000, p. 596, con nota di DE TILLA.

<sup>27</sup> SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 184.

<sup>28</sup> Così, in motivazione, Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Giur. it.*, 2015, p. 70, con nota di Pagni.

<sup>29</sup> SCALISI, *Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, II, p. 505.

<sup>30</sup> IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, p. 91. Contro la ricostruzione unitaria su cui hanno insistito le Sezioni Unite anche C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, p. 251 s.; PAGLIANTINI, “Parigi val bene una messa”? *Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Giusto proc.*, 2015, p. 150; GALANTI, *Il nuovo assetto dei rapporti tra impugnative negoziali, nullità e giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1049 s.



degli interessi, pubblici e/o privati considerati prevalenti; le nullità rispondono a paradigmi molteplici e flessibili, in grado di conformarsi a fattispecie tra loro molto distanti, mediante la modulazione di strutture processuali e sostanziali che vanno dalla rilevabilità del vizio alla legittimazione attiva, dalla prescrittibilità dell'azione alla sanatoria, fino alla salvezza degli effetti prodotti, generando sempre nuove ipotesi in cui il contratto o l'atto nullo *producit effectum*.

### 3. *Le nullità speciali: il proliferare delle nullità di protezione; le nullità sopravvenute*

La riflessione e della letteratura giuridica e della giurisprudenza, in epoca recente, ha posto al centro, piuttosto che la nullità classica, le nuove nullità emergenti da una legislazione di settore sempre più ampia e articolata<sup>31</sup>.

Un'elencazione esaustiva di tutte le ipotesi di nullità non sarebbe pertinente a questa ricerca. Peraltro, già innumerevoli sono gli autori e le opere in tema di nullità speciali, sicché l'argomento è stato sviscerato forse più di ogni altro negli studi sul contratto degli ultimi decenni.

Basti qui ricordare, quindi, le ipotesi normative di maggior impatto, a cominciare dalle ormai numerose nullità di protezione, il cui tratto unificante è dato dalla legittimazione esclusiva di una sola par-

---

<sup>31</sup> D'AMICO, *Considerazioni sulla c.d. nullità selettiva*, in *Contratti*, 2020, p. 633. Sulla disarticolazione della nullità classica come categoria unitaria, v. anche GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1438; SCALISI, *Il contratto in trasformazione*, cit., p. 184. ROLLI, *Norme imperative tra nullità e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 339 ss., osserva che dallo studio delle varie ipotesi emerge «sicuramente un aumento del ricorso alla nullità in casi specifici, che frastagliano questa sanzione tradizionalmente ricondotta alle ordinate categorie generali della violazione di norme imperative, della mancanza dei requisiti del contratto, dell'illiceità del contratto». Per la (in)idoneità o (in)congruità rimediabile della nullità, in relazione alla consistenza dell'interesse considerato, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e l'art. 38 T.U.B.: un altro tassello nel mosaico delle nullità*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2023, p. 412 (a proposito delle conseguenze dell'erogazione del mutuo fondiario in violazione dei limiti di finanziabilità previsti dall'art. 38 del Testo unico bancario). Per il rilievo del tema in materia di subfornitura, con la consueta chiarezza, MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata nella subfornitura*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, Napoli, 2005, II, p. 111.

te ad agire in giudizio (salvo il rilievo d'ufficio del giudice nei limiti indicati dalla giurisprudenza), in applicazione del principio solidaristico e costituzionalmente fondato della buona fede. La legittimazione dell'altra parte è radicalmente esclusa, trattandosi di nullità che operano al fine di ricomporre un equilibrio quanto meno formale tra le parti. Tale esclusione è il frutto della predeterminazione legislativa della posizione di squilibrio contrattuale tra le parti in relazione ad alcune tipologie contrattuali.

Le nullità di protezione sono state introdotte nel codice civile in relazione all'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti conclusi con i consumatori. Al riguardo nell'art. 1469 *quinquies* c.c. era stato previsto che «l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice». Con l'introduzione del Codice del Consumo (6 settembre 2005, n. 206), e l'abrogazione delle norme codicistiche in tema di clausole vessatorie, l'art. 36, comma 3, ha esteso la tutela prevista per le clausole vessatorie alla nullità, stabilendo che: «La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice». La nullità delle clausole che ingenerano un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi, in danno del consumatore, è strutturata come una nullità parziale, relativa e rilevabile d'ufficio. La rubrica dell'art. 36 parla espressamente di «nullità di protezione», laddove la protezione risiede proprio nella conservazione o cancellazione degli effetti della singola clausola, secondo una scelta che è rimessa al consumatore in quanto rispondente al suo esclusivo interesse.

Altra ipotesi di nullità in favore del consumatore è stata prevista dagli artt. 23 e 24 del t.u.f. n. 58 del 1998 – testo unico dell'intermediazione finanziaria – per i contratti di investimento che non rispettano le norme poste a tutela del risparmiatore, in particolare in materia di forma scritta del contratto. Come tutte le nullità di protezione, anche questa è posta a presidio esclusivo del cliente. Ma c'è di più, perché si tratta di una nullità selettiva: il riferimento è all'uso selettivo della nullità del contratto-quadro (che ai sensi del cit. art. 23 t.u.f. deve precedere la prestazione di qualsiasi servizio di intermediazione finanziaria), per mancanza, appunto, della forma scritta

ex art. 23, comma 3, t.u.f.<sup>32</sup>. Alla nullità del contratto quadro consegue la caducazione degli “ordini” di investimento in prodotti finanziari impartiti dal risparmiatore ed eseguiti dall’intermediario. Tuttavia, tra le molteplici operazioni di investimento, a fianco di alcune che hanno provocato un pregiudizio patrimoniale al cliente, potrebbero esservene altre che hanno generato un profitto: con la formula “nullità *selettiva*” si evidenzia la legittimazione del risparmiatore ad impugnare le sole operazioni in perdita, salvando invece gli investimenti che hanno accresciuto il suo patrimonio.

Gli studiosi, spesso in commento delle (e a volte in anticipo sulle) sentenze, hanno sviscerato i problemi legati a questo diritto dell’investitore a ottenere la dichiarazione di nullità dei soli atti che siano risultati per lui svantaggiosi. Si tratta di un’ipotesi emblematica del fatto che la specialità delle nullità di protezione risiede non soltanto nella legittimazione ad agire, ma anche sul piano delle resti-

---

<sup>32</sup> A. BARBA, *Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, p. 902; D’AMICO, *ult. op. cit.*, p. 633; RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 2020; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 5 ss.; MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità selettive. A proposito dell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 828; IULIANI, *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l’incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 273; RUGGIERO, *Nullità selettive o regime restitutorio unilaterale? Le Sezioni Unite fanno chiarezza e delineano uno statuto normativo unitario per le nullità di protezione*, in *Danno e Resp.*, 2020, p. 709 (nota a Cass. civ. sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314); COSTANZA, *Nullità selettiva. metamorfosi della nullità*, in *Società*, 2020, p. 844; cfr. in *Giur. it.*, 2020, il dibattito dal titolo *Il “cantiere” delle nullità: b2c, bancarie e selettive*, con i contributi di: IMBRUGLIA, *Appunti su nullità e restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1528; PIRAINO, *Contro l’uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, *ibidem*, p. 1528; PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra prescrizione e transigibilità*, *ibidem*, p. 1528; A.M. BENEDETTI, E. PESCE, *Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale*, *ibidem*, p. 1528. V. inoltre: DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, p. 26; GIROLAMI, *L’uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, *ibidem*, p. 154; MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura*, *ibidem*, p. 163; PAGLIANTINI, *L’irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un’eccezione ex fide bona*, *ibidem*, p. 169; C. SCOGNAMIGLIO, *Le sezioni unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, *ibidem*, p. 176.

tuzioni<sup>33</sup>. La Suprema Corte ha confermato che a seguito dell'accertamento (con valore di giudicato) della nullità del contratto-quadro, la legittimazione ad agire per la nullità dei singoli investimenti e di conseguenza a domandare la restituzione spetta soltanto all'investitore: «l'indebito, così come previsto nell'art. 1422 c.c., può operare solo ove la legge non limiti con norma inderogabile la facoltà di far valere la nullità ed i suoi effetti in capo ad uno dei contraenti, essendo direttamente inciso dallo *statuto* speciale della nullità cui si riferisce». Il cliente ne può trarre i vantaggi (leciti) che ritiene convenienti. La selezione degli ordini sui quali dirigere la nullità è una conseguenza dell'esercizio di un diritto predisposto esclusivamente in suo favore.

Ha tuttavia chiarito che l'intermediario, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può sempre opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro<sup>34</sup>. E, si è aggiunto a distanza di pochi giorni, qualora l'interesse ad agire in nullità risulti immeritevole, potrebbe persino configurarsi un abuso del diritto da parte del cliente che abbia agito in giudizio<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Cfr. Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Corr. giur.*, 2020, p. 5, con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*.

<sup>34</sup> Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit. L'ordinanza di rimessione è Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Foro it.*, 2019, c. 975, con nota di PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*; in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2019, p. 46, con nota di TONINI, *L'invalidità 'selettiva' del contratto di investimenti rimessa alle Sezioni unite*; in *Giur. it.*, 2019, p. 763, con note di SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?* e di BICHIRI, *La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle Sezioni unite*; in *Corr. giur.*, 2019, p. 177 ss., con note di RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni unite* e di MAFFEIS, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*.

<sup>35</sup> Cass., 22 novembre 2019, n. 30555, in *Imm. e propr.*, 2020, p. 52; in *Giur. it.*, 2020, p. 273, con note di IULIANI e di PAGLIANTINI: «La proposizione della domanda di nullità del contratto preliminare per mancanza della garanzia accessoria del d.lgs. n. 122 del 2005, ex art. 2, una volta che sia stata rilasciata la garanzia prescritta per legge in data successiva alla stipula del preliminare, e senza che nelle more si sia manifestata l'insolvenza del promittente venditore ovvero che risulti altrimenti pregiudicato l'interesse del promissario acquirente alla cui tutela è pre-

Dalle menzionate pronunce, unitamente alle sentenze gemelle 26242 e 26243 del 2014<sup>36</sup>, emerge un'organizzazione sistematica che pare collocare le nullità di protezione non ai margini, ma al centro del sistema dell'invalidità contrattuale, nonostante la loro specialità rispetto alla figura tradizionale, derivante dalla deroga sia all'art. 1421 c.c. sia all'art. 1422 c.c.

Si consideri, poi, che analogo sistema di tutela del cliente si rinviene nel d.lgs. n. 385 del 1993 (T.U. bancario), sia in relazione alla previsione della nullità del contratto per difetto di forma (art. 117, commi 1 e 3, rimasti immutati), sia in relazione all'applicazione delle nullità di protezione disciplinate nell'art. 127, così formulato: «1. Le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente. 2. Le nullità previste dal presente titolo possono essere fatte valere solo dal cliente». Con la modifica introdotta dal d.lgs. n. 141 del 2010, art. 4, comma 3, l'attuale formulazione dell'art. 127, comma 4, si è conformata al regime giuridico del Codice del Consumo (d.lgs. n. 206 del 2005) ed è la seguente: «Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice».

Quando dai rapporti tra professionista e consumatore si passa a quelli tra imprese, la nullità cambia ancora volto e presenta nuovamente una molteplicità di sfaccettature ben difficilmente riconducibili a unità.

Si pensi all'abuso di posizione dominante, *ex art. 3, l. n. 287 del 10 ottobre 1990*, e alla nullità in conseguenza dell'abuso di dipendenza economica, *ex art. 9, l. n. 192 del 18 giugno 1998* (che dispone la nullità del patto con il quale si realizzi abuso di dipendenza economica in danno al subfornitore, che si verifica allorché «un'impresa sia in grado di determinare nei rapporti commerciali con un'altra impresa un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi»).

Si ricordi poi la nullità in materia di ritardati pagamenti nelle transazioni commerciali, *ex art. 7 del d.lgs. n. 231 del 9 ottobre 2002*, come modificato dal d.lgs. n. 192 del 9 novembre 2012: «l'accordo

---

posta la nullità di protezione prevista dalla norma in esame, costituisce abuso del diritto e non può quindi essere accolta».

<sup>36</sup> Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, in *Giur. it.*, 2015, p. 70, con nota di PAGNI.

sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza, risulti gravemente iniquo in danno del creditore». E, ai sensi dell'art. 7, comma 3, d.lgs. n. 231 del 2002, «il giudice, anche d'ufficio, dichiara la nullità dell'accordo e, avuto riguardo all'interesse del creditore, alla corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1, applica i termini legali ovvero riconduce ad equità il contenuto dell'accordo medesimo».

E ancora: le nullità in materia di subfornitura, *ex art.* 6 della citata l. n. 192/1998, e di affiliazione commerciale, *ex art.* 3 della l. n. 129 del 6 maggio 2004.

Nuove nullità sono state introdotte in materia di usura, dalla legge n. 108 del 1996, alla cui stregua pare debba ritenersi nullo il contratto usurario: per il nuovo art. 644 c.p., sono usurari gli interessi e gli altri vantaggi o compensi «che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro e di altra utilità». Per il nuovo art. 1815, comma 2, c.c., poi, «se sono convenuti interessi usurari, la clausola è nulla e non sono dovuti interessi».

La nullità, invece, degli atti giuridici aventi per oggetto immobili costruiti senza concessione edilizia (art. 15, l. 28 gennaio 1977, n. 10 sostituito dapprima dal capo I della legge 28 febbraio 1985, n. 47, e poi dagli artt. 31 ss. d.P.R. n. 380 del 2001) è posta a tutela dell'interesse dell'acquirente (che ignorasse la mancanza della concessione): ne consegue che essa può essere dedotta e fatta valere in giudizio solo da lui<sup>37</sup>.

Si è già detto della l. 30 dicembre 2004, n. 311, all'art. 1, comma 346, che ha sancito la nullità dei contratti non registrati.

Si pensi poi alla nullità degli atti di trasferimenti degli immobi-

---

<sup>37</sup> Cass., 31 ottobre 1989, n. 4554, in *Rass. Giur. Energia Elettrica*, 1991, p. 523; in *Mass. Giur. it.*, 1989. Il contrasto tra le due tesi (formale e sostanzialista) inerenti a tale forma di nullità è stato risolto da Cass., sez. un., 22 marzo 2019, n. 8230, in *Giur. it.*, 2020, p. 305, con nota di Cicero, nel senso che trattasi di nullità testuale, volta a sanzionare la mancata inclusione negli atti di trasferimento tra vivi degli estremi del titolo abilitativo dell'immobile.

li da costruire<sup>38</sup> di cui al d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, ove l'unica sanzione riscontrabile, per il caso di violazione di norme redazionali e comportamentali, è quella prevista dall'art. 2 in merito all'obbligo del costruttore di procurare e consegnare all'acquirente la relativa fideiussione. Trattasi di un obbligo la cui violazione ha come conseguenza la sanzione di nullità dell'intera fattispecie contrattuale; nullità che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente. È questa una tipica ipotesi di nullità relativa o di protezione<sup>39</sup>.

Altra nullità distinta da quelle conosciute al sistema codicistico è quella (definita nullità "speciale di diritto *antitrust*") che colpisce le fideiussioni bancarie riprodotte del modello ABI anticoncorrenziale: detta nullità inerisce alle sole clausole anticompetitive oggetto di standardizzazione contrattuale (salvo che la parte interessata non dimostri l'essenzialità delle condizioni stesse ai fini della stipula). Le Sezioni Unite<sup>40</sup> hanno ammesso la tutela reale, oltreché risarcitoria, rilevando l'operatività di una nullità derivata, dovuta al nesso funzionale tra la pattuizione originaria illecita e gli accordi esecutivi della stessa, conseguente alla violazione di una norma imperativa posta a presidio dell'ordine pubblico economico ai sensi dell'art. 41 Cost.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Cfr. SIDERI, *Nullità degli atti di trasferimento degli immobili da costruire e recupero degli effetti negoziali*, in *Immobili e proprietà*, 2006, p. 219, anche per un'indagine sulla sanzione per la violazione delle altre prescrizioni di legge ed in particolare di quelle di cui all'art. 6 del citato decreto legislativo in ordine al contenuto minimo del contratto.

<sup>39</sup> Cfr. in tal senso PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, Milano, 2005, p. 235. Per la ricostruzione dell'istituto in senso storico, PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1997, p. 247.

<sup>40</sup> Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Giur. it.*, 2022, p. 1832, con nota di SANTUCCI; in *Contratti*, 2022, p. 145, con nota di VOTANO, ha sancito che i contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, c. 2, lett. a) della legge n. 287 del 1990 e 101 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, c. 3 della legge succitata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti.

Sull'ammissibilità della sola tutela risarcitoria, invece, v. ad esempio Cass., 26 settembre 2019, n. 24044, in *Giur. it.*, 2020, p. 358, con nota di DI MICCO, *Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*.

<sup>41</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, in *Giur. civ.*, 2022, p. 694; cfr.



Infine, non si è mancato di porre il problema della configurabilità di una nullità sopravvenuta, vale a dire di una nullità che, smentendo la tradizionale connessione della sanzione a un vizio genetico dell'atto, discenda invece da un vizio funzionale<sup>42</sup>. Questione, questa, resa particolarmente attuale dall'introduzione di norme imperative che hanno inciso su contratti di durata già in corso.

Tra gli esempi di tale specie possono ricordarsi<sup>43</sup>: la l. 17 febbraio 1992, n. 154, che ha modificato l'art. 1938 c.c. nel senso di vietare la prestazione di fideiussioni per obbligazioni condizionali o future senza massimale di garanzia; la l. 7 marzo 1996, n. 108, sulla usurarietà dei tassi contenuti in contratti di finanziamento già stipulati (ma v. *infra*); l'art. 2 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, che ha vietato, a pena di nullità, le intese restrittive della concorrenza.

Si tratta in effetti di ipotesi di nullità successiva o di mera retroattività della legge?<sup>44</sup> La giurisprudenza non sembra trovare ostacoli

---

SANTUCCI, *Fideiussioni omnibus - fideiussioni bancarie anticoncorrenziali: lo statuto della nullità antitrust tracciato dalle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1832 (nota alla cit. Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994); DEL PRATO, *Illecito rifiuto di esecuzione di clausole contrattuali: un altro rimedio in forma specifica contro l'abuso di autonomia?*, in AA.VV., *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Napoli, 2022, p. 427 ss.

<sup>42</sup> MASPES, *La nullità sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 1348, cui si rinvia anche per gli ampi riferimenti bibliografici. Basti qui ricordare che tra gli Autori recenti ammettono la configurazione di una nullità sopravvenuta: VENOSTA, *Nuovi profili della nullità*, in *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, pp. 168-169; GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1445; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., p. 29 ss.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 611.

Escludono invece la possibilità della nullità successiva: LAMICELA, *Lo "ius superveniens" e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, Padova, 2003; FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*. Artt. 1374-1381, in *Il c.c. comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1999, p. 24; R. SCOGNAMIGLIO, *Scritti giuridici*, I, Padova, 1996, p. 207 ss.; MARICONDA, *La nullità del contratto*, in *Contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991, IV, 1, p. 362; TOMMASINI, *Nullità*, cit., p. 899 ss.; ID., *Invalidità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, p. 575 ss.; DANUSSO, *Norme imperative sopravvenute e invalidità dei contratti*, in *Giur. it.*, 1987, II, c. 53.

<sup>43</sup> Cfr. ampiamente MASPES, *La nullità sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 1348 ss.

<sup>44</sup> In questo secondo senso, TOMMASINI, *Invalidità*, cit., p. 594. MASPES, *op. cit.*, p. 1348, obietta: «Tale tesi sembra non cogliere nel segno perché i limiti all'efficacia retroattiva della legge non risolvono il tema degli effetti del rapporto negoziale non ancora esauritisi al momento di entrata in vigore della norma sopravvenuta».



all'incidenza di vicende successive sulla validità di un contratto validamente già concluso; aveva infatti ammesso la nullità sopravvenuta, ad esempio, in ipotesi di sopravvenuta usurarietà<sup>45</sup>, sebbene le Sezioni Unite abbiano in seguito escluso il fenomeno dell'usura sopravvenuta in relazione alla novella introdotta con la l. n. 108/1996 e con riferimento a quanto previsto nella successiva l. n. 24 del 2001 di interpretazione autentica<sup>46</sup>.

Parimenti, per restare agli esempi poc'anzi esposti, la nullità successiva è stata ammessa per le intese restrittive della concorrenza<sup>47</sup> e per la fideiussione *omnibus*<sup>48</sup>; mentre ulteriori esempi di nul-

---

ta». Sulla posizione della giurisprudenza, cfr. pure RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2000, II, p. 628 ss.

<sup>45</sup> Cass., 22 aprile 2000, n. 5286, in *Riv. not.*, 2000, p. 1447, con nota di GAZZONI e in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, 620, con nota di DOLMETTA; Cass. 17 novembre 2000, n. 14899, *ibidem*, p. 621, con nota di DOLMETTA; in *Contratti*, 2001, p. 151, con nota di MANIACI.

<sup>46</sup> Cass., sez. un., 19 ottobre 2017, n. 24675, in *Notariato*, 2018, p. 58: «Allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge, o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula; né la pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto».

<sup>47</sup> Cass., 1° febbraio 1999, n. 827, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, p. 183 ss., con nota di GUIZZI, *A proposito della nullità delle intese restrittive della concorrenza concluse prima dell'entrata in vigore della legge 287/90*; in *Giur. it.*, 1999, I, p. 1223 con nota di LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della cassazione*; e in *Giur. it.*, 2000, I, p. 939 con nota di AFFERNI, *Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale?* (Ancora su Cass., Sez. I, 1° febbraio 1999 n. 827).

<sup>48</sup> Cass., 9 febbraio 2007, n. 2871, in *Mass. Giur. it.*, 2007: «Nella controversia inerente alla validità ed alla efficacia di una fideiussione prestata in favore di un istituto di credito per tutte le obbligazioni derivanti da future operazioni con il debitore principale (cosiddetta fideiussione *omnibus*), la sopravvenienza della l. 17 febbraio 1992, n. 154 (il cui art. 10, modificando l'art. 1938 c.c., impone la fissazione dell'importo massimo garantito) – se non tocca la validità e l'efficacia della fideiussione fino al momento dell'entrata in vigore del citato art. 10, con la conseguente responsabilità del fideiussore per le obbligazioni verso la banca a carico del debitore principale prima della predetta data – determina, per il periodo successivo, la nullità sopravvenuta della convenzione con essa in contrasto; pertanto, la mancata predeterminazione, con espressa dichiarazione di vo-

lità sopravvenuta alla (valida) stipulazione del contratto fanno riferimento alla nullità sopravvenuta della clausola compromissoria per sopravvenuta indisponibilità del diritto<sup>49</sup> e alla nullità sopravvenuta del contratto preliminare di un immobile da costruire<sup>50</sup>.

### 3.1. *Delimitazione del campo d'indagine*

L'azione di nullità, nonostante la sua assolutezza, è assoggettata alla necessità di un interesse: essa può essere fatta valere da chiunque *vi abbia interesse* (art. 1421 c.c.), ossia non soltanto dalle parti, ma anche da quei terzi che siano portatori di un interesse giuridicamente qualificato<sup>51</sup>.

---

lontà, dell'importo massimo garantito esclude che il fideiussore possa essere chiamato a rispondere dei debiti sorti a carico del debitore principale dopo l'entrata in vigore dell'art. 10 citato».

Cass., 22 aprile 2009, n. 9627, in *CED Cassazione*, 2009: «Nella fideiussione *omnibus* senza limitazione d'importo, stipulata prima dell'entrata in vigore dell'art. 10, comma 1, della legge n. 154 del 1992 ma ancora in corso dopo l'introduzione dell'obbligo di indicare l'importo massimo garantito, il diritto della banca alla garanzia deve ritenersi circoscritto al saldo passivo eventualmente maturato alla data dell'8 luglio 1992, mentre per il periodo successivo il contratto originario deve ritenersi affetto da nullità sopravvenuta per indeterminazione dell'oggetto, se non venga stipulato un nuovo patto fideiussorio. Tale requisito di validità del contratto, nella fideiussione prestata in favore del fideiussore, non può essere desunto, *per relationem*, dalla fissazione del tetto massimo garantito nel rapporto stipulato dal fideiussore principale con l'istituto di credito garantito, essendo necessaria una nuova ed autonoma pattuizione anche nel rapporto tra primo e secondo fideiussore».

<sup>49</sup> Cass., sez. un., 24 novembre 2015, n. 23983, in *CED Cassazione*, 2015.

<sup>50</sup> Trib. Milano, sez. IV, 25 novembre 2015, in *Contratti*, 2017, p. 325 con nota di MASPE, *Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire*: «La normativa prevista a tutela dei patrimoni degli acquirenti di immobili da costruire impone al costruttore la consegna di una fideiussione che abbia validità sino alla formalizzazione dell'atto di cessione del bene, a garanzia delle somme versate con il preliminare. Ne consegue che, in caso di ritardo nella consegna del bene rispetto a quanto stabilito nel contratto preliminare, la mancata previsione della proroga dell'efficacia, o del rilascio di una nuova garanzia fideiussoria, determina il sopravvenire di una causa di invalidità del contratto».

<sup>51</sup> SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995, p. 307. In generale, sui nuovi orizzonti del diritto dei contratti con particolare riguardo alla rilevanza del concetto di operazione economica, v. E. GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*. Studi, Milano, 2013; ID., *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 93.

Lo stesso art. 1421 cit. aggiunge però l'inciso «salvo diverse disposizioni di legge»: quando viene meno il carattere assoluto della legittimazione ad agire, si parla come visto di nullità relativa<sup>52</sup>. La presente ricerca non inerisce al tema delle nullità relative, e tuttavia il moltiplicarsi delle ipotesi normative di nullità di protezione, in cui la nullità si sovrappone all'annullabilità, costituisce una ulteriore conferma del fatto che la scelta legislativa tra retroattività e irretroattività è conforme ai principi in materia di interesse e di legittimazione attiva.

D'altra parte, la stessa distinzione tra nullità e annullabilità nasce da una contrapposizione di interessi: generali quelli presidiati dalla prima; di una sola parte quelli difesi dalla seconda. Da ciò, nella nullità classica, la possibilità di agire in giudizio concessa a chiunque ne abbia interesse e la rilevabilità d'ufficio, nonché l'imprescrittibilità dell'azione, tutti connotati che contrastano con la legittimazione relativa e la prescrivibilità che caratterizzano l'annullabilità.

Si tratta di una distinzione che è il risultato dell'elaborazione dottrinale della tradizione giuridica continentale del XIX secolo, che risente di due aree culturali: da un lato quella francese, cui si deve la distinzione fra casi di nullità assoluta e di nullità relativa, con differente legittimazione attiva; dall'altro, e soprattutto, quella della Pandettistica, la quale «nel tentativo di razionalizzare le fonti romane, ha concettualizzato le varie ipotesi di invalidità contrattuali dando origine ad un sistema dualistico che contrappone la nullità (*Nichtigkeit*) all'annullabilità (*Anfechtbarkeit*), distinte fra loro in relazione alla rilevabilità, alla legittimazione attiva, alla prescrivibilità dell'azione e alla sanabilità del vizio»<sup>53</sup>.

È ormai noto che questa scolastica distinzione non è però così lineare e che sembra anzi superata dalla moltiplicazione delle ipotesi di nullità, ciascuna con una propria speciale disciplina, che hanno portato a una frantumazione del concetto unitario di negozio invalido.

Ci sono peraltro casi in cui la portata della nullità classica si scolora non perché posta a protezione di interessi di minor valore, ma al contrario perché una disciplina parzialmente difforme dal canone clas-

---

<sup>52</sup> TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 875; GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, I, p. 77 ss.

<sup>53</sup> MASPES, *La nullità sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 1348.

sico del contratto nullo è sembrata più idonea «al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quanto meno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)». È quanto si è affermato a proposito delle nullità c.d. di protezione, che della nullità classica mantengono il potere del giudice di rilevare la nullità, e sono «volte a tutelare interessi generali, quali il complessivo equilibrio contrattuale (in un'ottica di microanalisi economica) ovvero le stesse regole di mercato ritenute corrette (in un'ottica di macroanalisi), secondo quanto chiaramente mostrato dalla disciplina consumeristica, specie di derivazione comunitaria, per le quali si discorre sempre più spesso, e non a torto, di "ordine pubblico di protezione"»<sup>54</sup>.

Se si scorrono il repertorio della giurisprudenza e la rassegna della dottrina dell'ultimo decennio, è facile avvedersi che il tema delle c.d. nullità relative o di protezione ha dominato la scena dell'intero contratto.

Risulta dunque evidente che le nullità speciali hanno comportato, anche per effetto dell'impatto della normativa di origine comunitaria, una sostanziale implosione del sistema originario delle invalidità che era stato congegnato dal legislatore del 1942 sulla scorta del modello dualistico nullità-annullabilità elaborato dalla Pandettistica.

È in questo contesto che si inserisce la presente ricerca, che si incentra esclusivamente sul rapporto intercorrente tra il principio *quod nullum est nullum producit effectum* e il negozio nullo in qualità di fatto potenzialmente idoneo alla produzione degli effetti.

#### 4. Nullità e comportamenti

Tra i banchi di prova della tenuta di un concetto unitario di nullità spiccano per rilevanza i contratti bancari e quelli di intermediazione finanziaria, ove la protezione dell'investitore confligge con

---

<sup>54</sup> Cass, sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Giur. it.*, 2015, p. 70, con nota di PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, secondo cui la rilevanza d'ufficio «sembra costituire il *proprium* anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate "di protezione virtuale"».

l'opportunità di non addossare all'intermediario i rischi dell'investimento, agevolando così atteggiamenti opportunistici del cliente.

In tale contesto, il tema dell'invalidità, anche *sub specie* di nullità di protezione, da un lato si confronta col principio generale di buona fede, dall'altro mette a dura prova la tenuta del principio di separazione tra "regole di validità" e "regole di comportamento/responsabilità"<sup>55</sup>.

È noto che il problema delle conseguenze, sul piano civilistico, del comportamento negligente degli intermediari ha suscitato anni fa un enorme interesse a seguito dei dissesti finanziari Cirio e Parmalat e della vicenda dei *bonds* argentini. In concreto, le banche che hanno consigliato ai clienti quegli investimenti hanno spesso taciuto o colposamente ignorato lo stato d'insolvenza degli emittenti. In assenza di una specifica normativa sul punto, i giudici si sono divisi fra tre soluzioni tra loro molto diverse, che in questa sede possono solo essere succintamente ricordate<sup>56</sup>: 1) un primo orientamento, accolto soprattutto inizialmente dalla giurispruden-

---

<sup>55</sup> Sulla distinzione tra norme di validità e comportamento, D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 37; ID., *Considerazioni sulla c.d. nullità selettiva*, in *Contratti*, 2020, p. 633; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 599 ss.; ROLLI, *Norme imperative tra nullità e responsabilità*, in *Danno e Resp.*, 2017, p. 339, la quale osserva come nella dialettica tra nullità e responsabilità in tema violazione di norme imperative l'ordinamento giuridico predilige il rimedio risarcitorio nelle ipotesi di violazione della buona fede contrattuale, quando si tratta di riequilibrare un contratto sconveniente; esso lascia invece operare la nullità, ai sensi dell'art. 1418, comma 2, c.c. nelle ipotesi in cui la violazione della buona fede finisca per incidere *ab origine* sugli elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardino cioè la struttura o il contenuto del contratto, dando luogo ad una sua mancanza strutturale. In senso contrario alla distinzione tra norme di validità e norme di comportamento: G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo europeo*, Napoli, 2013. Cfr. in tema anche l'opinione di SICCHIERO, *L'inadempimento preordinato è causa di nullità del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 613 (a commento di Cass., 15 giugno 1999, n. 5917, in *Giust. civ.*, 2000, I, p. 135, secondo la quale l'inadempimento preordinato del promissario acquirente, che fin dalla conclusione del contratto preliminare non aveva intenzione di pagare il prezzo, causerebbe la nullità del contratto per mancanza di causa). Del medesimo Autore, ID., *Nullità per inadempimento*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 376.

<sup>56</sup> Per un più esauriente quadro dei provvedimenti giurisprudenziali, v. MORANDI, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari: rimedi esperibili*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 47 ss., in part. note 13, 14 e 26.

za, ha affermato che il dovere informativo impregna con tale incidenza la normativa di settore (si fa riferimento, in particolare, agli artt. 21 e 190 t.u.f.) e l'intera regolamentazione dei rapporti cui prende parte un soggetto "debole", che la sua violazione, siccome confliggente con norme imperative poste a tutela di interessi generalissimi (anche in un'ottica costituzionalmente orientata: art 47 Cost.), condurrebbe alla nullità del contratto di investimento *sub specie* di nullità virtuale *ex art.* 1418 c.c.<sup>57</sup>. In particolare, si tratterebbe della c.d. nullità di protezione, quale rimedio speciale a difesa del contraente debole, come appunto è il consumatore/investitore/assicurato nei confronti di chi offre professionalmente servizi finanziari<sup>58</sup>. Dalla nullità del contratto deriverebbe anche l'obbligo della Banca di restituire il valore dei titoli *ex art.* 2033 c.c., ma soltanto se il risparmiatore abbia agito in ripetizione, non potendo il giudice emettere i relativi provvedimenti restitutori senza la domanda interessata<sup>59</sup>.

Un secondo, minoritario, orientamento ha sostenuto l'annullabilità dei contratti in parola per vizio del consenso *ex art.* 1427 c.c., in quanto sottoscritti dal risparmiatore sulla base della falsa prospet-

---

<sup>57</sup> Copiosa giurisprudenza ha sostenuto che le violazioni degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario comportino la nullità del contratto di acquisto in quanto in contrasto con norme imperative, quali devono ritenersi le prescrizioni contenute nel t.u.f. (d.lgs. 24 aprile 1998, n. 58) ai sensi dell'art. 1418 c.c., in ragione del fatto che la diligenza degli intermediari e la tutela del risparmio sono poste a presidio di interessi costituzionalmente tutelati. In particolare, relativamente alla vendita di obbligazioni argentine ha inaugurato questa stagione giurisprudenziale Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2004, p. 440. Sul punto, Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Contratti*, 2002, p. 28, ha affermato: «La nullità, peraltro, diventa – come osservato in dottrina – uno strumento di controllo normativo utile, insieme ad altri, a non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con valori fondamentali del sistema». V., anche, Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601; Cass., 17 giugno 1985, n. 3642; Cass., 17 maggio 1986, n. 3266. Molte le pronunce di merito; tra le altre, tutte in *www.ilcaso.it*. Trib. Salerno, 26 settembre 2007; Trib. Trapani, 30 agosto 2007; Trib. Brindisi, 18 luglio 2007; Trib. Modena, 10 gennaio 2008.

<sup>58</sup> Cfr. QUADRI, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1145; GIOIA, *Nuove nullità relative alla tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1332.

<sup>59</sup> Infatti, l'azione di ripetizione di indebito fondata su un negozio nullo è diversa dall'azione per la declaratoria di nullità di esso: cfr. Cass., 13 dicembre 1998, n. 1557; Trib. Forlì, 5 settembre 2007, n. 625.

tazione della realtà (in alcuni casi, si è detto, artatamente ingenerata dalla Banca che aveva tratto in inganno o comunque indotto in errore l'investitore): dovrebbe ritenersi, ad esempio, che sia incorso in errore essenziale il risparmiatore che abbia acconsentito ad una determinata operazione finanziaria senza essere stato adeguatamente informato dei relativi rischi. Per ottenere l'annullamento, occorrerà evidentemente provare che il dolo era determinante o che l'errore era essenziale e riconoscibile<sup>60</sup>.

Il terzo orientamento, fatto proprio dalle Sezioni Unite della Cassazione, nega che un comportamento, per quanto gravemente lesivo di fondamentali canoni giuridici, possa incidere sull'aspetto genetico della fattispecie, ossia sul contratto, e pone in rilievo la sua incidenza sul momento funzionale, ossia sul rapporto intercorso tra le parti: si tratta, dunque, della violazione di un'obbligazione in senso tecnico, da cui discende la responsabilità dell'intermediario per negligente gestione e consulenza all'investitore, *ex art. 1218 c.c.*<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Ad esempio, hanno concesso l'annullamento per errore Trib. Lanciano, 30 aprile 2007; Trib. Milano, 28 maggio 2005, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2007, II, p. 499. Ha pronunciato l'annullamento per dolo Trib. Bologna, 18 dicembre 2006, in *Dir. banca e mercato fin.*, 2007, I, p. 317.

<sup>61</sup> È stata per prima Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Corr. giur.*, 2006, 669 e in *Danno e resp.*, 2006, p. 25, a ridare ordine alla materia statuendo che «i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale», con la conseguenza che «la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto, a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore». Sulla sentenza citata, v., per tutti, FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ.*, 2006, p. 295. Ha fatto seguito il duplice intervento delle sezioni unite: Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. Per la pubblicazione, dell'una o dell'altra delle due sentenze, e per i commenti della dottrina, v., *ex multis*, BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 546; BRUNO e ROZZI, *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 612; COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*, in *Giur. it.*, 2008, p. 353; D'ALFONSO, *Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori*, in *La resp. civ.*, 2008, p. 965; FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2785; GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1; GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di in-*



Questa violazione inerisce sia alle specifiche norme di settore sia all'obbligo di diligenza professionale richiesta dal comma 2 dell'art. 1176 c.c. Il cliente può quindi chiedere la risoluzione del contratto di gestione per inadempimento (*ex art.* 1453 c.c.) ed il risarcimento dei danni subiti per effetto della violazione da parte dell'intermediario dell'obbligazione di procurargli le informazioni necessarie affinché egli operasse una scelta consapevole. Questa tesi ha una solida base normativa nell'art. 23, comma 6, t.u.f., che parlando esplicitamente di «giudizi di risarcimento dei danni» e ponendo a carico dell'intermediario «l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta», dimostra che la fattispecie va ricostruita in termini di responsabilità (da inadempimento dell'intermediario) e non di invalidità del contratto.

I rimedi a disposizione dell'investitore sono, dunque, l'azione di risoluzione del contratto e l'azione di risarcimento. Sotto il secondo profilo, poiché gli obblighi di comportamento incombenti sugli intermediari si collocano, in parte, nella fase antecedente la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria e, in altra parte, nella fase esecutiva di esso<sup>62</sup>, può trattarsi sia di responsabilità pre-

---

*termediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393; MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 230. Nella giurisprudenza di merito, avevano già adottato la tesi della risoluzione per inadempimento e della responsabilità contrattuale: Trib. Taranto, 27 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 896; Trib. Genova, 15 marzo 2005, in *Contratti*, 2005, p. 1085; Trib. Roma, 31 marzo 2005; Trib. Roma, 13 giugno 2005; Trib. Milano, 25 luglio 2005, in *Danno e resp.*, 2005, p. 1227; Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 17 novembre 2005; Trib. Novara, 10 gennaio 2006; Trib. Foggia, 21 aprile 2006. In epoca più recente, sono tornate ad affermare la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, Cass., 10 aprile 2014, n. 8462, in *Dir. e giust.*, 2014, p. 11, con nota di TARANTINO; Cass., 24 novembre 2015, n. 23914, in *Contratti*, 2016, p. 39.

<sup>62</sup> GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, cit., 2008, p. 4, individua, tra gli obblighi attinenti alla fase prenegoziale, quello di consegnare al cliente il documento informativo, e quello di acquisire le informazioni necessarie in ordine alla situazione finanziaria del cliente. Tra i doveri d'informazione che sussistono dopo la stipulazione del contratto d'intermediazione, finalizzati alla sua corretta esecuzione: il dovere di porre sempre il cliente in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento o di disinvestimento (compreso il dovere di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto d'interesse); l'obbligo dell'intermediario di tenersi informato sulla situazione del cliente; i doveri



contrattuale sia di responsabilità contrattuale: se si tratta di comportamenti che l'intermediario deve osservare nella fase di formazione del contratto, sono adempimenti precontrattuali, rientranti nell'orbita dell'art. 1337 c.c.; se si tratta di comportamenti da osservare dopo la formazione del contratto, sono prestazioni contrattuali la cui mancata esecuzione espone l'intermediario alle conseguenze previste dall'art. 1218 c.c. o dall'art. 1453 c.c.<sup>63</sup>. Va osservato che la responsabilità può essere configurata come precontrattuale anche laddove il contratto concluso sia valido, ma risulti svantaggioso in conseguenza della condotta illecita o sleale della controparte: si supera, così, la tradizionale concezione che limita la responsabilità precontrattuale ai casi di rottura ingiustificata delle trattative o di stipulazione di contratto invalido o inefficace<sup>64</sup>.

Diversamente dalle altre due soluzioni, quest'ultima, infine accolta dalla Suprema Corte, comporta che il cliente, che fa valere l'inadempimento, è gravato dell'onere di provare il danno effettivamente subito. Oltre che il risarcimento del danno, potrà ottenere la risoluzione del contratto (e quindi, anche in tal caso, come in quello della nullità, la ripetizione dell'intera somma versata), ma a tal fine il giudice dovrà accertare la gravità dell'inadempimento. La soluzione della responsabilità permette all'intermediario finanziario di avvalersi del disposto dell'art. 1227 c.c., e di far valere il concorso del fatto colposo del risparmiatore qualora un comportamento diligente di quest'ultimo avrebbe potuto evitare o limitare il danno; possibili-

---

di astenersi dal consigliare operazioni di frequenza o dimensione eccessiva rispetto alla situazione finanziaria del cliente.

<sup>63</sup> GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, cit., p. 5.

<sup>64</sup> Nell'ipotesi in esame, peraltro, non sussisterebbe, quanto al danno risarcibile, il limite dell'interesse negativo, ma occorrerebbe far riferimento al «minore vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede» (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit. Nello stesso senso, Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, cit., nonché già Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.). In dottrina, v. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, cit., p. 295; ROPPO, AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 33; F. GRECO, *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1140 ss.

tà, all'opposto, che non è data alla banca se il consumatore, anziché agire per il risarcimento, abbia chiesto e ottenuto la dichiarazione di nullità del contratto (tant'è che non manca chi ritiene, proprio per questa ragione, che la tesi della nullità comporti conseguenze eccessivamente penalizzanti per l'intermediario).

Una tale risistemazione organica della materia ha ricevuto ulteriore conferma negli interventi più recenti della Suprema Corte, la quale ha ribadito che «in relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cosiddetta “nullità virtuale”), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità»<sup>65</sup>.

Senonché, una nullità ben distante da quella classica disegnata dal codificatore e inerente ai vizi intrinseci del contratto è contenuta nel Codice del consumo, per la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari. Si tratta di una vera e propria nullità da comportamento, che supera la contrapposizione regole di validità / regole di comportamento. La materia merita di essere esaminata in un apposito capitolo (cap. V), perché alla luce degli interventi appena riportati della Corte di cassazione, i quali hanno escluso che la violazione delle norme di comportamento degli intermediari finanziari determini nullità del contratto, essa costituisce una delle più rilevanti aporie del sistema contrattualistico: la nullità (relativa) da comportamento.

##### 5. *Le nozioni di rapporto contrattuale di fatto e di contatto sociale*

Si è adottata, in passato, la locuzione “*rapporti contrattuali di fatto*”, per intendere «una serie di situazioni che, pur non trovando, in genere, la loro adeguata disciplina nelle norme che regolano i contratti, sarebbero produttive di effetti giuridici, non in virtù del con-

---

<sup>65</sup> Cass., 24 novembre 2015, n. 23914, cit.

senso manifestato dalle parti, ma per la rilevanza che “il fatto” assume nella valutazione sociale»<sup>66</sup>.

Si parla anche, in questi casi, del *contatto sociale* come fonte dell'obbligazione, espressione emblematica del fatto che ciò che costituisce e che rende giuridicamente rilevante il rapporto non è la volontà, ma la sua tipicità sociale quale rapporto della vita di relazione<sup>67</sup>.

L'elaborazione della categoria sistematica risale alla dottrina tedesca<sup>68</sup>, la quale ha preso inizialmente le mosse dal problema dell'invalidità delle società di persone, ove l'esigenza di limitare l'applicazione del principio *quod nullum est nullum producit effectum* ha consigliato di spostare il baricentro del fenomeno dall'elemento contrattuale a quello fattuale dell'attività effettivamente eseguita.

Sulla base dei concetti inizialmente svolti in merito al *fatto* dell'attività societaria<sup>69</sup>, si tentò poi di sviluppare una categoria generale che fosse in grado di comprendere, sotto il comune denominatore della ri-

<sup>66</sup> COSÌ STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997, p. 8.

<sup>67</sup> Specificamente sul contatto sociale, recentemente, FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004.

<sup>68</sup> HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Heft 124, Leipzig, 1945, fondatore della categoria, nonché dell'espressione stessa di «rapporti contrattuali di fatto derivanti da contatti sociali» (l'espressione è divenuta presto di comune dominio nella dottrina, la quale tende per lo più ad apprezzare la formula per la sua emblematicità; *contra*, però, RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 31, che la ritiene contraddittoria, poiché «rapporti contrattuali di fatto, significherebbe, in definitiva, rapporti contrattuali di derivazione non contrattuale, vera e propria *contradictio in adiecto*»). L'opera cit. riproduceva la prolusione tenuta da questo studioso presso l'Università di Leipzig il 29 gennaio 1941. Fa tuttavia notare SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, p. 89, che Haupt ripropose un tema che si era già affacciato presso gli autori della scuola classica, come CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1900, p. 380 ss. Nella dottrina tedesca, cfr.: LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, Tübingen, 1994; SIMITIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*, Frankfurt a.M., 1957; SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1953; LEHMANN, *Das «faktische» Vertragsverhältnis*, in *Jherings Jahrböcher*, 90, 1943, p. 131 ss.; NIKISCH, *Über «faktische Vertragsverhältnisse»*, in *Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für H. Dolle*, I, Tübingen, 1963, p. 95 ss.; MERKEL, *Die faktischen Vertragsverhältnisse und das Problem der Geschäftsfähigkeit*, Nürnberg, 1962.

<sup>69</sup> SIEBERT, *BGB-System und völkische Ordnung*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936, p. 204 ss.; ID., *Die faktische Gesellschaft*, in *Festschrift für Hedemann*, Jena, 1938, p. 266 ss.

levanza della prestazione concretamente eseguita, ipotesi eterogenee caratterizzate dall'aver, come fonte della regolamentazione giuridica, non il contratto in sé, ma il "rapporto contrattuale di fatto".

La teoria, nata in Germania negli anni Quaranta, aveva sullo sfondo l'obbiettivo di svalutare il ruolo che, all'interno dello schema contrattuale e nella sua stessa formazione, gioca la volontà<sup>70</sup>; si inseriva, per questo verso, nel contesto di quello generale svilimento del ruolo dell'autonomia privata che fu tipico dell'epoca nazista<sup>71</sup>.

Si riunivano attorno al concetto di "contatto sociale" tutti quei rapporti ritenuti non scaturenti da atti di autonomia privata, bensì da fatti sociali. L'attribuzione di una forte rilevanza sociale al fatto permetteva di creare una nuova fonte, indipendente da quella contrattuale ed anti-tetica alla concezione individualista dell'ordinamento da questa incarnata<sup>72</sup>, in contrapposizione ideologica «alla concezione liberale dell'economia e della società, caratterizzata dalla iniziativa del privato»<sup>73</sup>.

In questi termini estremi, la teoria dei rapporti contrattuali di fatto era destinata a vita breve: l'idea del contratto come miglior strumento di libertà e di ricomposizione dei conflitti era ormai salda nei moderni sistemi occidentali: non era quindi credibile il suo ab-

---

<sup>70</sup> Sul dogma della volontà e sulle sue implicazioni di ordine ideologico v. RUFFOLO, *Forma e ideologia nelle categorie giuridiche: volontà negoziale e colpa aquiliana. L'autonomia negoziale sulla pianificazione privata*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di Salvi, Milano, 1978, p. 145 ss.

<sup>71</sup> RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 21: «il mito del Volk, collettività unita e concorde sotto la guida di un Führer, passa nel diritto come esigenza di correttezza e di ordine: l'interesse della collettività, considerato del tutto assorbente di quello degli individui, giustifica l'imposizione di obblighi di comportarsi in un certo modo anche a chi non se li è mai assunti, né ha fatto nulla per assumerli».

<sup>72</sup> RICCA, *op. cit.*, p. 16, invita correttamente alla prudenza nel trasferire i risultati della cospicua letteratura tedesca in materia dei rapporti contrattuali di fatto nell'ambito del fenomeno come risultante in diritto italiano: «chi voglia affrontare il problema nell'ordinamento italiano, non potrà dunque trasferirne puramente e semplicemente i risultati nel nostro diritto». Mentre, infatti, l'ordinamento positivo tedesco conosce solamente l'equivalente del nostro art. 2332 c.c., nel sistema italiano, la responsabilità contrattuale (artt. 1337, 1338 c.c.), il trasporto di cortesia (art. 414 cod. nav.), la prestazione di lavoro di fatto (art. 2126 c.c.), la società per azioni nulla (art. 2332 c.c.) sono espressamente regolati; «il sistema generale dei contratti, d'altro canto, consente soluzioni molto più moderne che non quelle – di netta impostazione volontarista – imposte dal BGB».

<sup>73</sup> STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 10.

bandono in nome di una collettiva esigenza di ordine. Ma i numerosi studi seguiti alla originaria elaborazione le hanno guadagnato un notevole valore sistematico, tant'è che chiunque si sia in seguito occupato delle ipotesi contemplate non ha potuto fare a meno di prendere le mosse da essa (quand'anche solo per criticarla).

Seguendo questa linea prospettica, il rapporto "contrattuale" potrebbe originare da due distinte fonti: il contratto; il rapporto di fatto. Questa seconda fonte comprenderebbe, secondo la nota tripartizione di Haupt:

a) rapporti derivanti da contatto sociale. Si tratta di rapporti interpersonali instauratisi in assenza del perfezionamento di un contratto, ma che tuttavia fanno sorgere in capo ad una delle parti un affidamento, da riconnettere al significato socialmente assunto dal comportamento dell'altra, sulla sua cooperazione affinché sia raggiunto il risultato previsto; detto contatto sociale si stabilirebbe: nelle trattative contrattuali; nei rapporti di cortesia (come il trasporto di cortesia); nel rapporto di locazione di fatto (cioè instaurato in esecuzione di un contratto nullo ovvero proseguito successivamente alla scadenza fissata in contratto)<sup>74</sup>.

b) rapporti derivanti dall'inserzione in una organizzazione comunitaria. Si tratta di quei rapporti che rivelano giuridicamente giacché l'organismo in comune continua a sussistere nella realtà sociale nonostante l'invalidità dell'atto che ne era alla base. Di questa persistenza prende atto la legge, che in considerazione della rilevanza sociale del rapporto invalidamente costituito, vi riconnette determinati effetti e tutele: è quanto avviene nei casi della prestazione di fatto di lavoro subordinato e della società nulla.

---

<sup>74</sup> È noto che al concetto di "contatto sociale" si è fatto largo uso per qualificare come contrattuale la responsabilità del medico ospedaliero dipendente, sebbene essa non sia fondata su un contratto intervenuto tra le parti. Detta responsabilità si baserebbe, infatti, su un contatto sociale, caratterizzato dall'affidamento che il malato pone nella professionalità del medico, fonte per quest'ultimo di obblighi di protezione nei confronti del paziente (la giurisprudenza è molto ampia: cfr., per tutte, Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Studium Juris*, 2000, p. 595 e in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 334, con nota di THIENE). Si tratta di un'impostazione, tuttavia, che come noto è stata smentita dal legislatore recente, che con la legge 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco) ha qualificato (suscitando non poche polemiche) come extracontrattuale la responsabilità in parola.

c) rapporti derivanti da un obbligo sociale di prestazione. È il caso dei c.d. contratti di massa, che si costituiscono con l'utilizzazione del servizio: si pensi alla fornitura dell'acqua, della luce, del gas, del trasporto pubblico (esempio ricorrente in dottrina è quello di chi sale sul tram, il quale è per questo suo stesso comportamento obbligato a pagare il biglietto pur non avendo manifestato alcun atto di adesione). Qui il rapporto obbligatorio preesiste alla adesione da parte dell'utente, il cui comportamento non costituirebbe un accordo tacito, né esprimerebbe una volontà presunta: il rapporto non nascerebbe dallo scambio dei consensi, che sarebbe finzione ravvisare, ma dal fatto obiettivo dell'utilizzazione della prestazione a pagamento. L'unica volontà dell'utente è quella di usufruire del servizio, mentre i correlativi obblighi deriverebbero direttamente dalla legge o da un regolamento amministrativo.

La classificazione sopra esposta ha ricevuto, in Italia, più critiche che consensi<sup>75</sup>.

La stessa Suprema Corte ha espresso perplessità in merito alla costruzione, ritenendola non conforme al diritto obiettivo: «nella nozione di contratti di fatto si comprendono alcuni rapporti (società di fatto, lavoro subordinato di fatto, gestione di fatto) svoltisi come se costituiti su base negoziale, ma che tale fonte non hanno per non essere state osservate norme cogenti, relative al concorso di elementi determinati, richiesti a pena di nullità: in tali casi, il contratto regolare non si costituisce, ma l'ordinamento intende salvare determinate situazioni costituitesi per effetto del rapporto svoltosi di fatto

---

<sup>75</sup> Contro una ricostruzione unitaria delle ipotesi delineate dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto, si sono espressi: FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Ferrara, 1952, pp. 146 e 268; ZAGO GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Padova, 1964, p. 16 ss. e p. 23; RICCA, *op. cit.*, p. 6 ss. e p. 40 (secondo il quale il "contatto sociale", quale preteso comune denominatore idoneo a fondare una categoria unitaria, non permette di assimilare le situazioni "sociali" a quelle contrattuali, perché alle diverse situazioni non corrispondono interessi analoghi; occorre piuttosto concentrarsi sull'esame delle singole ipotesi, rilevando le peculiarità dei rispettivi interessi pratici ad esse inerenti. Per G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 152 s., la classificazione di Haupt «riunisce situazioni così eterogenee da rendere perfettamente giustificato tale atteggiamento di sfiducia nei riguardi delle fattispecie studiate».

e stabilisce che, sulla base della specifica attività tenuta nell'ambito di un rapporto di fatto che si adegua a quello giuridico, nasca una corrispondente obbligazione. Questa, pertanto, deriva da fatto idoneo a produrla in conformità dell'ordinamento giuridico (come si esprime l'art. 1173 c.c., ultima ipotesi), non da contratto: e quindi si determina l'esigenza di stabilire caso per caso se nell'ordinamento si ritrovi una norma che stabilisca, in relazione alla concreta attività svolta, il costituirsi di un'obbligazione con contenuto analogo a quello dell'obbligazione *ex contractu*. Ma, allo stato della nostra legislazione positiva, non sussiste una disciplina uniforme di una categoria generale di contratti regolari o di diritto»<sup>76</sup>.

Quanto agli studiosi, su di un piano prettamente ideologico, è stata rilevata l'ambiguità della teoria in esame: se, da un lato, taluno l'ha apertamente avversata, ravvisandovi l'originario legame con l'ideologia nazista, dall'altro vi è chi ne ha criticato «il sapore marxista del modo in cui intende i rapporti tra la realtà sociologica e la forma giuridica»<sup>77</sup>.

Sul piano tecnico, poi, si è dimostrato che l'originaria tripartizione deve essere correttamente ricondotta ad una bipartizione, comprendente esclusivamente le ipotesi *sub b)* e *sub c)*.

Quanto alla categoria *sub a)*, infatti, è superflua la riconduzione delle ipotesi delle trattative e delle prestazioni di cortesia

<sup>76</sup> Cass., 5 agosto 1967, n. 2088, in *Giust. civ.*, I, p. 1747. Nel caso in oggetto, l'Avvocatura dello Stato aveva richiamato la teoria dei rapporti contrattuali di fatto, così tentando di dare al rapporto una base negoziale, al fine di evitare l'applicazione della disciplina dell'accessione.

<sup>77</sup> L'osservazione è di ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991, § 1.2, il quale fa riferimento nel primo caso alle pagine di RICCA, *op. cit.*, p. 21, e nel secondo caso alla critica mossa da BALLERSTEDT, *Recensione a Simitis*, 157 *AcP*, 1958-1959, p. 124, nei confronti del saggio, fondamentale nella rielaborazione e nella diffusione della categoria, di SIMITIS, *Die faktische Vertragsverhältnisse*, cit. Lo stesso Angelici avverte che eguale ambiguità caratterizza la questione del rapporto tra lo schema dei rapporti contrattuali di fatto e l'autonomia privata: «mentre infatti può considerarsi per certi aspetti tradizionale [...] valutare il primo come una forma estremamente accentuata di compressione della seconda, neppure mancano coloro i quali gli riconoscono il significato di ampliarne la portata ed in sostanza di evidenziare per essa ulteriori mezzi di estrinsecazione rispetto a quelli del negozio giuridico e del contratto». In questa seconda direzione si è mosso, ad esempio, BETTI, *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Nuova Riv. dir. comm.*, 1956, p. 248 s.



al concetto di contatto sociale: nel caso delle trattative, non serve ricondurre l'intero rapporto in ambito contrattuale e farvi derivare tutti gli obblighi e i diritti che deriverebbero da un contratto; il problema è molto più limitato<sup>78</sup>, in quanto concerne esclusivamente la responsabilità, ed è già risolto dalla previsione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede di cui all'art. 1337 c.c. (rimane, semmai, il diverso problema di qualificare detta responsabilità come contrattuale o come extracontrattuale o come un terzo *genus*).

Discorso analogo vale per le prestazioni di cortesia: ricostruire in questi casi il rapporto come un rapporto contrattuale di fatto significherebbe far gravare su chi per pura cortesia, e quindi per spirito di solidarietà o di amicizia, ha assunto l'incarico, tutto il complesso degli obblighi contrattuali, in specie l'obbligo di adempiere la prestazione: così, ad esempio, nel trasporto di cortesia, chi ha dato un passaggio all'autostoppista non avrebbe poi la facoltà di interrompere il viaggio a proprio piacimento o di invitare quest'ultimo a scendere dalla vettura. E tuttavia è evidente che qui l'agente si è assunto l'obbligo senza alcuna intenzione di stipulare un contratto a titolo gratuito, ma soltanto al fine di compiere un atto di solidarietà che dovrebbe rilevare più sul piano del costume che su quello giuridico<sup>79</sup>.

Quanto, infine, al rapporto di locazione di fatto, il paragone con l'ordinamento italiano nemmeno può porsi, ostandovi la mancanza, in quest'ultimo, di una norma equivalente al § 568 BGB, che rende efficace il contratto di locazione invalido per tutto il tempo in cui esso sia stato eseguito.

Si comprende allora perché la teoria dei rapporti contrattuali di fatto sia stata gradualmente abbandonata con riferimento alla ipotesi *sub a)* della suesposta tripartizione<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> Parla di «eccedenza del mezzo rispetto al fine» G. STELLA RICHTER, *op. cit.*, 1977, p. 157 s.: infatti «l'esigenza cui occorre aver riguardo è esclusivamente quella di ottenere che il traffico degli affari si svolga in maniera sicura e corretta, cosa che si ottiene appunto ponendo a carico dei soggetti che trattano l'obbligo di comportarsi secondo buona fede». Anche per RICCA, *op. cit.*, p. 109, «si tratta esclusivamente di un problema di responsabilità».

<sup>79</sup> RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., p. 111.

<sup>80</sup> Ciò, d'altronde, era avvenuto già in Germania nella successiva elaborazione della teoria dei rapporti contrattuali di fatto, che vide la estromissione delle ipo-



Le ipotesi rientranti nella categoria *sub b)* sono, in sostanza, quelle già menzionate dell'art. 2126 c.c. e dell'art. 2332 c.c. (nonché, più marginalmente, art. 2377 c.c.)<sup>81</sup>.

Ma il dubbio interpretativo sull'utilità di questi strumenti traspare con ancora maggiore evidenza in relazione alla categoria *sub c)*. La dottrina dei rapporti contrattuali di fatto ha messo in luce come in questa serie di rapporti della moderna vita di relazione, i soggetti vengono a contatto tra loro senza esserne consapevoli, sicché sarebbe una finzione attribuire loro una volontà; queste relazioni non nascono da un contratto in senso tecnico, basato quindi sullo scambio dei consensi ed incentrato sul rigido schema proposta-accettazione, bensì da una «fattispecie autonoma»<sup>82</sup>, la cui tutela si fonda sul fatto che «un rapporto giuridico è divenuto realtà, rapporto che nel suo tipico significato sociale si configura come somministrazione, locazione, trasporto, o altro tipico rapporto della vita di relazione, da doversi giudicare a stregua delle norme che regolano i contratti»<sup>83</sup>. In tema, v. *amplius* cap. VII.

Dalla categoria dei rapporti contrattuali di fatto va tenuta distinta la categoria, elaborata dalla dottrina francese, delle *situations de fait*<sup>84</sup>, che ha il diverso scopo di classificare le situazioni che si svolgono nella vita di relazione in contrapposizione a quelle corrispondenti espressamente disciplinate, e comprende pertanto una gamma di fattispecie molto più ampia e variegata, come ad esempio i rapporti familiari di fatto.

---

tesi riunite nel primo gruppo, ritenuto eccessivamente generico: cfr. SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1953, p. 10.

<sup>81</sup> Contro la spiegazione delle due norme citate attraverso la teoria dei rapporti contrattuali di fatto si è espressa quella parte di scrittori che ha sottolineato la conservazione degli effetti in capo al contratto invalido. Così, ad esempio, SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, 9° ed., p. 250, il quale aggiunge: «Ciò non considera la dottrina che ravvisa invece nel fenomeno una limitazione dell'autonomia negoziale e assume, per giunta con un'arbitraria generalizzazione, l'esistenza di rapporti negoziali o contrattuali di fatto, rilevanti come tali».

<sup>82</sup> HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, cit., pp. 28-30.

<sup>83</sup> BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 364.

<sup>84</sup> Su cui v. NOIREL, *Le droit civil contemporain et les situations de fait*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, p. 456, con particolare riguardo al concubinato; HOUIN, *Rapport général sur les situations de fait*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, XI, Paris, 1960, p. 320 ss.; TEMPLE, *Les sociétés de fait*, Paris, 1975.

Non mancano, anche con riguardo al nostro ordinamento, studi diretti a comprendere unitariamente tutti i rapporti di fatto, intesi come «fenomeni che, se ricordano il rapporto di diritto richiamato, pur tuttavia non si identificano con quest'ultimo per la mancanza di un elemento o per un vizio genetico o funzionale del medesimo»<sup>85</sup>. Su queste basi, l'indagine rischia di estendersi a dismisura, perché coinvolge tutti i rapporti che nella vita di relazione sorgono a imitazione di un rapporto di diritto: matrimonio di fatto, separazione di fatto, società di fatto, amministratore di fatto, marchio di fatto, funzionario di fatto, militare di fatto, esercizio della tutela di fatto, ecc. Detta ricostruzione unitaria, peraltro, sembra avere una valenza soprattutto metodologica e classificatoria.

6. *Mancanza dell'accordo e trasmutazione dell'illecito in contratto: l'esempio giurisprudenziale della lesione del diritto all'immagine (o al nome)*

È noto che il diritto al *riserbo* può diventare un diritto alla *commercializzazione* del proprio ritratto: «infatti se esiste, in senso tecnico, una potestà del titolare di impedire agli altri di diffondere il proprio ritratto, evidentemente esiste un potere del titolare di consentire a taluno tale diffusione, e, quindi, per certi personaggi, esiste la possibilità di trarre un'utilità economica dalla necessità di consentire alla diffusione delle loro fattezze»<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> Questo studio è stato intrapreso da V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti contrattuali di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 662 (p. 667). L'autore contesta (p. 670 s.) alla teoria dei rapporti contrattuali di fatto di essersi fermata a singoli aspetti del problema generale, senza considerare alcune figure tipiche di rapporti di fatto soprattutto all'interno del diritto di famiglia. Quindi, dedica la propria indagine unitaria sui rapporti di fatto a tutti i fenomeni che originano da un comportamento delle parti posto in essere ad imitazione del rapporto di diritto. Queste considerazioni sono state poi riprese dall'autore in *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984. Ampio risalto a questo tema anche in STANGHELLINI, *op. cit.*, p. 158 ss.

Sulla necessità di svincolarsi, nello studio dei rapporti di fatto, dalle originarie ipotesi proposte dalla dottrina germanica, v. LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, II, Padova, 1970, p. 430.

<sup>86</sup> MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 410.

In questo senso si può parlare, anche per il nostro ordinamento, di un *right of publicity*<sup>87</sup>. Non esiste, in altre parole, soltanto il diritto alla propria immagine come manifestazione del diritto alla riservatezza (*right to privacy*)<sup>88</sup>, ma anche il diritto alla propria immagine

<sup>87</sup> Con riferimento al *right of publicity* in diritto italiano, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto alla utilizzazione economica del nome e dell'immagine di persone celebri*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 1; PONZANELLI, *Il right of publicity nell'esperienza italiana*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 126; GATTI, *Diritto all'utilizzazione economica della propria popolarità*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 355; TROIANO, *L'utilizzazione economica della celebrità: Right of Publicity e dintorni*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 734; ALBANESE, *La lesione del diritto all'immagine (e degli altri diritti della personalità): una alternativa alla tecnica risarcitoria del «prezzo del consenso»*, in *Resp. com. impr.*, 2002, p. 547.

<sup>88</sup> In questi termini, MONATERI, *op. cit.*, p. 408 ss., il quale aggiunge che il diritto all'immagine «è variamente agganciato alla tutela dell'onore e del decoro, ma si sostanzia in un *proprium*, che ha fornito alle corti ed agli autori la possibilità di un fondamento legislativo per costruire un diritto generale alla riservatezza. Le norme citate costituirebbero, in sostanza, un riconoscimento legislativo del *riserbo*, con riguardo al proprio aspetto. Si tratterebbe di un diritto all'*isolamento*, di un *right to be let alone*». L'autore spiega quindi come sulla base di queste premesse le norme del codice siano state invocate anche fuori dall'ambito della tutela tecnica del ritratto, offrendo il destro ai giudici per la creazione di diritti più generali come quello alla riservatezza e quello all'identità personale.

In effetti spesso si è arrivati a qualificare l'immagine come una estrinsecazione del diritto alla riservatezza: entro la categoria dei diritti della personalità, quello ex art. 10 c.c. si identificherebbe in base al suo oggetto, consistente nella riservatezza della immagine personale e quindi in un aspetto del più ampio bene della riservatezza personale (MARINI, *Da Sofia Loren a Stefania Sandrelli: evoluzione o involuzione della giurisprudenza?*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2371 ss.; DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, I, Milano, 1973, p. 256-294. *Contra*: PUGLIESE, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, in *Foro it.*, 1954, I, c. 118). Indubbiamente «la tutela all'immagine ha costituito il primario referente normativo in relazione al quale il diritto alla riservatezza è stato costruito» e, in questo senso, può dirsi che «il diritto alla non utilizzazione dell'immagine senza il consenso del soggetto costituisce – in tale prospettiva – espressione di un ambito di tutela riconducibile alla c.d. *privacy*: l'interesse che viene in questione è quello di mantenere un certo riserbo intorno alla propria persona, ed in particolare intorno alla propria vita privata» (GIUFFRIDA, *Il diritto all'immagine*, in *Le persone*, III, *Diritti della personalità, Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2000, p. 204 s.). Tuttavia il collegamento tra diritto all'immagine e diritto alla riservatezza non ha carattere né essenziale né esclusivo, poiché la tutela del diritto all'immagine non è solo tutela dell'intimità del soggetto e del suo diritto al riserbo, ma «costituendo la proiezione esteriore e concreta della persona nel mondo che la circonda, postula una sua autonoma tutelabilità giuridica»: PACE, *Il diritto alla propria immagine nella società dei «mass media»*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 452, il quale rafforza l'affermazione con il seguente esempio: «sebbene ripreso in

come diritto di trarre da essa un'utilità economica. La lettera della legge ne è una conferma: l'art. 10 c.c. vieta, innanzi tutto, l'esposizione o la pubblicazione dell'immagine; prevede poi l'eventualità che l'immagine sia esposta o pubblicata «con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona»: si tratta di due ipotesi distinte, tant'è che esse sono separate dal vocabolo disgiuntivo «ovvero»<sup>89</sup>.

Correttamente la letteratura più recente distingue i due aspetti del fenomeno, rilevando la presenza di due casistiche distinte: da una parte i casi di abuso dell'immagine altrui nei quali è ravvisabile anche una lesione dell'onore o della riservatezza del soggetto; dall'altra i casi di abuso dell'immagine altrui nei quali una tale lesione non sussiste, ma che vengono in considerazione solamente perché sussiste la lesione dell'altrui diritto di sfruttamento economico della propria immagine. Mentre nella prima serie di casi, «viene effettivamente recato un disdoro alla reputazione, ecc. del soggetto le-

---

un luogo aperto al pubblico (uno stadio), anche il tifoso che va ad assistere ad una partita di calcio ha il diritto sulla propria immagine e può pertanto giustamente reagire contro il periodico inserimento non autorizzato del filmato del suo viso [...] identificante la sigla di una nota trasmissione televisiva [...] È infatti del tutto ovvio che, in tal caso, la tutela accordata non concerne il diritto alla riservatezza, non essendovi, per definizione, "riservatezza" allorché si sia in presenza di comportamenti "pubblici" (come, per l'appunto, frequentare uno stadio)». Per altro verso, il diritto all'immagine deve considerarsi autonomo anche dal diritto al nome, che pur concorre con esso alla formazione dell'identità della persona, come chiarito da Trib. Nicosia, 14 aprile 1995, in *Dir. autore*, 1995, cit., p. 600: «è indiscutibile che concettualmente, ed anche sotto il profilo giuridico, appare ben distinguibile l'immagine di un determinato soggetto giuridico dal suo nome, e che pertanto anche il livello della rispettiva tutela giuridica deve essere distinto, così come vi possono essere contratti innominati che hanno quale oggetto l'immagine di una determinata persona e non il suo nome. Ciò significa che a livello di utilizzazione commerciale è ben presente – e tipizzata nelle prassi – una distinzione fra l'uso dell'immagine ed il suo nome». La corte fa in proposito l'esempio delle fotomodelle, che talvolta pattuiscono la divulgazione di immagini relative esclusivamente ad alcune parti del loro corpo, di modo che non solo il nominativo, ma persino il volto, non viene esibito.

Il diritto all'immagine è pertanto un diritto autonomo dagli altri beni che concorrono alla formazione dell'identità personale, e la sua tutela è indipendente dalla protezione del diritto alla riservatezza, all'onore o all'identità personale. Dato per acquisito questo risultato, gli studiosi più recenti lo riconducono alla tutela unitaria della persona: cfr., da ultimo, DE VITA, *Delle persone fisiche*, in *Commentario del c.c.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 505 ss.

<sup>89</sup> DE CUPIS, *Immagine (diritto alla)*, cit., § 1.2.

so», nei casi della seconda serie l'autore dell'illecito si limita ad usare a fini economici l'immagine altrui<sup>90</sup>.

Ai fini della presente indagine, è bene ricordare che la giurisprudenza considera sempre più la pubblicazione dell'immagine come l'oggetto di un vero e proprio contratto a titolo oneroso, tant'è che l'autorizzazione del titolare del diritto è ritenuta irrevocabile nonostante la generale revocabilità del consenso prestato nell'esercizio dei diritti della personalità<sup>91</sup>.

Ma il tema interessa soprattutto per la singolare fisionomia che assume, nella specie, la responsabilità civile dell'utilizzatore abusivo dell'altrui immagine quando, una volta accertato, quanto al pregiudizio subito dalla vittima, il *se*, occorrerà valutare il *quantum*. Infat-

<sup>90</sup> MONATERI, *La responsabilità civile*, cit., p. 419. Per il riferimento ad una «doppia natura» del diritto all'immagine, cfr. GÖTTING, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995, p. 66. Diverse valutazioni in URCIUOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000, p. 98.

<sup>91</sup> Cfr. ad es. Cass., 10 novembre 1979, n. 5790, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 1376.

La migliore dottrina conclude allora che «non resta che prendere atto di questa evolutiva interpretazione che la giurisprudenza dà delle norme che proteggono l'immagine (e il nome), senza ricorrere ad artificiosi espedienti concettuali, come quello che pretende di distinguere fra una (indisponibile) titolarità del diritto all'immagine e un (disponibile) esercizio di tale diritto». Nonostante, pertanto, la ricorrente affermazione della disponibilità e commerciabilità del diritto, andrebbe ribadito «che non si tratta di vero e proprio contratto, perché i diritti della personalità, in quanto diritti indisponibili, non possono formare oggetto di atti di disposizione (il contratto è da considerare nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto, a norma dell'art. 1418, comma 2, c.c.), ma si tratta di consenso del titolare dell'immagine al fatto giuridico altrui: consenso sempre revocabile, in linea di principio [...] salvo l'altrui diritto al risarcimento del danno nel caso di revoca del consenso affatto ingiustificata e capricciosa». Secondo l'impostazione più moderna, la distinzione non dovrebbe attenersi alla struttura dell'atto, autorizzazione o contratto, ma dovrebbe, piuttosto, far leva sulla distinzione della «divulgazione avvenuta per mera tolleranza o cortesia, in quanto tale sempre revocabile, dalle ipotesi in cui il consenso assume rilievo negoziale». In questa seconda ipotesi, il principio della revocabilità non potrebbe trovare spazio né in caso di contratto, stante il principio *ex art. 1372 c.c.*, né in caso di atto unilaterale, prevalendo le esigenze di stabilità e certezza degli effetti giuridici (URCIUOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000, p. 193, riprendendo la posizione di SGROI, *Revocabilità del consenso alla divulgazione del ritratto?*, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 168 e di METAFORA, *Sulla revocabilità del consenso alla divulgazione del ritratto* (nota a Pret. Eboli, 4 novembre 1991, in *Dir. e giur.*, 1993, p. 624 s.). È da escludersi, ad ogni modo, una rinuncia totale e definitiva al diritto sulla propria immagine, che comporterebbe un assoggettamento lesivo della dignità umana.

ti, la sanzione concretamente irrogata dai giudici per lo sfruttamento del diritto all'immagine senza consenso dell'interessato, pur avendo natura aquilana, richiama il *modus operandi* del contratto; contratto, però, che nella specie manca.

Interessa, qui, non tanto la tutela concessa in via cautelare<sup>92</sup>, quanto piuttosto le ipotesi in cui il convenuto è condannato a corrispondere una somma di denaro a titolo di risarcimento del danno.

La tecnica riparatoria ritenuta più adeguata in questi casi è quella del "prezzo del consenso"<sup>93</sup>, espressione con cui si fa riferimento al corrispettivo che verosimilmente la persona lesa avrebbe ottenuto se avesse deciso di sfruttare economicamente la propria immagine. La misura di detto corrispettivo è ricavata, in genere, con l'ausilio dei tariffari reperibili nel settore pubblicitario o dell'esame di even-

---

<sup>92</sup> Come nei casi di inibizione della continuazione di diffusione di messaggi pubblicitari o di divieto di commercializzazione di prodotti comportanti sfruttamento abusivo dell'immagine; o come, ancora, nei casi in cui il giudice prescrive la distruzione o il sequestro della fotografia o del filmato e in generale la soppressione di parti di un'opera considerata lesiva, o ordina la pubblicazione su alcuni giornali della sentenza che ha accertato la lesione del diritto o la diffusione di una smentita, o, ancora, la pubblicazione di un semplice «comunicato di chiarimento» in ordine al contesto di provenienza dell'immagine (e v., per tutti questi casi, la giurisprudenza citata da PIAZZA, GOETZ, *Il diritto all'immagine nella giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 350 ss. e p. 361; per la legittimità del procedimento *ex art. 700 c.p.c. v. DE CUPIS, Immagine [diritto alla]*, cit., § 4.3). La duttilità dei rimedi cautelari da un lato, e dall'altro la ritenuta inadeguatezza dei rimedi risarcitori in un settore in cui si dava per scontata la non patrimonialità delle situazioni lese, hanno fatto sì che la tradizionale tutela risarcitoria emergesse piuttosto tardi, dopo un trentennio in cui la giurisprudenza pretorile era vista come l'unica via per prevenire o attenuare le conseguenze di questo tipo di illeciti (cfr. ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 443).

<sup>93</sup> Su cui, *ex multis*, BARENGHI, *Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione*, in *Dir. inf.*, 1992, p. 565; BORRELLI, *La quantificazione del danno per violazione del right of publicity*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 166; ALBANESE, *La lesione del diritto all'immagine*, cit., p. 547. In giurisprudenza, tra le tante, v. Cass., 11 ottobre 1997, n. 9880, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1063, con nota di DESSI; Cass., 6 febbraio 1993, n. 1503, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 739, con nota di FRAU, *Il diritto all'immagine delle persone notorie: tutela aquilana e danno patrimoniale*; Cass., 2 maggio 1991, n. 4785, in *Foro it.*, 1992, I, c. 831, con nota di CHIAROLLA, *Alla scoperta dell'America, ovvero: dal diritto al nome e all'immagine al «right of publicity»*; in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 975; Cass., 16 aprile 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 976; Trib. Roma, 22 dicembre 1994, in *Foro it.*, 1995, I, c. 2285; Trib. Roma, 20 luglio 1991, in *Dir. inf.*, 1992, p. 88.

tuali precedenti negozi con i quali il soggetto aveva in altre occasioni prestato il proprio consenso alla divulgazione.

In secondo luogo, la presenza del danno è sovente fatta consistere nella «sottratta possibilità di sfruttamento dell'immagine», la quale perderebbe parzialmente valore economico in forza della già avvenuta divulgazione; insomma, un vero e proprio rischio di «inflazionamento» dell'immagine<sup>94</sup>.

A queste tecniche risarcitorie può obiettarsi che l'utilizzazione illecita ha, rispetto al contratto, il vantaggio di prescindere dalla volontà del soggetto in ordine alla divulgazione del proprio ritratto: dal punto di vista del danneggiante, il pagamento forzato posteriore del prezzo del consenso non è un deterrente perché equivale, nel peggiore dei casi, alla somma che avrebbe pagato in caso di contratto, con la differenza che, grazie all'utilizzazione illecita, egli riesce a sfruttare l'immagine di una persona che forse non avrebbe dato il suo placet. Insomma, una vera e propria coazione giudizialmente legittimata che può essere subita sia dalla persona nota sia da chi viene pescato a caso tra la folla<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> Cfr. Cass., 16 aprile 1991, n. 403, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 976; PIAZZA e GOETZ, *Il diritto all'immagine nella giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 362. In alcune ipotesi si è però abbracciata la tesi dottrinale, prima descritta, che ricollega alla lesione del diritto all'immagine la produzione di un danno alla salute: App. Trieste, 13 gennaio 1993, in *Dir. inf.*, 1994, p. 523, nonché in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 358, con nota di ZIVIZ, *Il danno biologico oltre la salute: una prospettiva fuorviante*. Mentre in una circostanza, in mancanza di prove certe, si è commisurato il danno da violazione del *right of publicity* all'illecito arricchimento conseguito dal convenuto: Trib. Monza, 26 marzo 1990, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2862, con nota di TROIANO, *Diritto all'immagine e sfruttamento della celebrità altrui*, il quale obietta che la tecnica usata dal Tribunale pone in essere un poco convincente cumulo tra aspetto restitutorio e aspetto risarcitorio.

<sup>95</sup> Che detta coazione possa assumere una violenza di pari grado anche per le persone note è dimostrato da uno dei casi più noti in materia (App. Milano, 16 maggio 1989, in *Dir. inf.*, 1991, p. 58 e in *Foro it.*, 1991, I, c. 2862), quello dell'attrice Elizabeth Taylor, la quale alcuni anni addietro si rivolse ai giudici italiani a causa della pubblicazione su alcune riviste di un'inserzione pubblicitaria reclamizzante capi di abbigliamento che venivano sovrapposti su dei fotogrammi tratti dal film «La gatta sul tetto che scotta», riproducenti l'immagine dell'attrice. Ebbene, in quella circostanza la Taylor non si limitava a obiettare che l'inserzione pubblicitaria era avvenuta senza il suo consenso, ma lamentava altresì che essa era stata effettuata «con fotomontaggio primitivo e con sovrapposizione di prodotti di abbigliamento di qualità molto modesta, ingenerando nel pubblico dei lettori delle riviste [...] l'opinione che l'attrice si era prestata a pubblicizzare quei prodotti in quella



Soprattutto quando l'immagine divulgata appartiene all'uomo comune, una simile concezione del danno e della sua quantificazione non è in grado di superare le tradizionali difficoltà, quali la mancanza di deterioramento della cosa (*rectius* il ritratto), il fatto che l'uso illecito del ritratto non ne preclude l'uso al titolare, e il fatto che il titolare poteva non avere intenzione di utilizzare il ritratto<sup>96</sup>.

Gli studiosi non hanno mancato di notare come appaia difficoltoso «dimensionare il pregiudizio attraverso il parametro del prezzo del consenso»<sup>97</sup> nelle ipotesi nelle quali il consenso all'utilizzo dell'immagine non è *normalmente* retribuito: si pensi al caso della divulgazione dell'immagine di una persona non celebre per uno scopo di carattere informativo quando tuttavia non sussiste alcuna causa di giustificazione prevista dall'art. 97 della legge sul diritto d'autore. In questi casi, in considerazione della mancanza del fine di lucro della pubblicazione (o anche se il fine di lucro appaia così riflesso e sullo sfondo da risultare irrilevante), v'è chi, significativamente, ha negato in radice la possibilità di riscontrare la presenza di un danno patrimoniale risarcibile<sup>98</sup>. Altri hanno riflettuto sul fatto «che le valenze patrimoniali dell'illecito sfruttamento dell'immagine, in questo caso, si sostanziano tutte sul versante del danneggiante», poiché è quest'ultimo che ha conseguito un risparmio di spesa e ad essersi quindi arricchito mediante il proprio fatto ingiusto. Pertanto, il rimedio più adatto, sarebbe quello di «piegare lo strumento risarcitorio a garanzia della restituzione di tale arricchimento al ti-

---

forma». Da queste lagnanze risulta chiaramente che l'attrice non avrebbe mai acconsentito a reclamizzare quei prodotti.

Ed infatti, come emerge nitidamente da questo caso e da altri analoghi, il criterio del prezzo del consenso è «un criterio oggettivo, che prescinde da un giudizio di verosimiglianza riguardo alla circostanza che la celebrità di turno avrebbe davvero acconsentito all'utilizzazione, dietro compenso». Il caso di specie, poi, è emblematico del fatto che il risarcimento concesso più che legato alla «esistenza di un (improbabile) lucro cessante» è, piuttosto, «informato ad una logica rigidamente sanzionatoria» (TROIANO, *Diritto all'immagine e sfruttamento della celebrità altrui*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2866, in nota alla sentenza, cit.).

<sup>96</sup> Sono questi gli elementi che complicano la quantificazione, elencati da VERCELLONE, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, p. 235 ss.

<sup>97</sup> ZIVIZ, *Lesione del diritto all'immagine e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 715 (in nota a Trib. Genova, 14 dicembre 1999).

<sup>98</sup> BARENGHI, *Diritto all'immagine e danno patrimoniale*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 1345.



tolare della posizione protetta». E si parla, con riferimento a questa soluzione, di «unica via di uscita»<sup>99</sup>.

Eppure, anche in tutte le ipotesi nelle quali è impossibile parlare di un danno vero e proprio a carico dell'attore, i giudici continuano a ritenere valida la massima secondo la quale «costituisce illecito aquiliano l'indebita utilizzazione economica dell'altrui immagine; essa sarà fonte di un obbligo risarcitorio da commisurarsi al danno per il consenso mancante»<sup>100</sup>.

Può osservarsi, che stavolta non è il contratto nullo accompagnato dal fatto a produrre gli effetti del contratto valido, ma è addirittura un fatto illecito che produce effetti, nella sostanza, analoghi a quelli di un contratto che non si è mai concluso, né validamente né invalidamente!

Invero, nei casi nei quali la persona non avrebbe mai prestato il proprio consenso neanche contro corrispettivo, la tecnica del prezzo del consenso appare inadeguata. Meglio sarebbe prendere atto che la riproduzione abusiva non cagiona un danno patrimoniale in termini di perdita subita e mancato guadagno, ma che, se non sussiste un «danno ingiusto» ex art. 2043 c.c., sussiste comunque un arricchimento ingiusto ex art. 2041 c.c.

Ancora una volta, quindi, la soluzione potrebbe rintracciarsi nella terza tra le fonti delle obbligazioni previste dall'art. 1173 c.c., e in particolare nel fatto idoneo a produrre l'obbligazione (nella specie: restitutoria) secondo l'ordinamento giuridico.

---

<sup>99</sup> ZIVIZ, *ult. op. cit.*, p. 715, la quale si richiama a MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 432. Per l'autrice, la restituzione dell'arricchimento finirebbe con il «proiettare il danno risarcibile in una dimensione non patrimoniale, dal momento che l'arricchimento rappresenta il metro di misura di un pregiudizio che corrisponde alla privazione, per il soggetto leso, della libertà di autodeterminarsi in relazione all'utilizzo della propria immagine». È un'osservazione acuta se si parte, come fa questa scrittrice, da una "base aquiliana"; ma se invece, più correttamente, si colloca l'obbligazione di restituire l'arricchimento nella sua sede più propria, cioè l'art. 2041 c.c., si comprende che non ha più senso discutere di patrimonialità o meno del danno. Di rilievo, in tema, gli studi di SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 379; ID., *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 65; ID., *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 305.

<sup>100</sup> App. Milano, 16 maggio 1989, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2861; in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 629; in *Dir. inf.*, 1991, p. 579.

Si arginerebbe così il problema della quantificazione del danno attuando, nel contempo, una più efficace tutela in chiave deterrente.

Ma una visione ristretta del principio di atipicità delle fonti, in questo caso, porta ad appiattare la fattispecie sulla responsabilità extracontrattuale, con il singolare risultato di un'assimilazione, però, attraverso una finzione, al contratto, usato come parametro di quantificazione del danno aquiliano. Sarebbe troppo concludere che si tratta di un'ipotesi di emersione del negozio inesistente; ma è abbastanza per rilevare che se un contratto fosse esistito e fosse stato affetto da nullità, la conseguenza della sua dichiarazione di nullità sarebbe stata, appunto, la restituzione del corrispettivo pagato. A ben vedere, si assiste in questa ipotesi a un fenomeno di sovrapposizione rimediale: l'assenza del contratto (e quindi il contratto inesistente), in virtù dell'illecito commesso dall'utilizzatore abusivo, finisce per corrispondere alla stipulazione di un contratto nullo.

7. *Un esempio di rigidità della nullità classica: il diritto di famiglia. A) I diritti inderogabili di cui all'art. 160 c.c.*

Nel diritto di famiglia si assiste ad esempi in cui la nullità agisce con piena efficacia retroattiva, comprimendo gli spazi dell'autonomia familiare, sebbene i soggetti interessati pare abbiano trovato piena soddisfazione dei propri interessi e senza che si riscontri, di primo acchito, la violazione di interessi generali.

L'art. 160 c.c., rubricato «Diritti inderogabili», sancisce che «Gli sposi non possono derogare né ai diritti né ai doveri previsti dalla legge per effetto del matrimonio». L'art. 160 c.c. è riprodotto nella sostanza al comma 13, art. 1, della l. n. 76/2016 sulle unioni civili e deve ritenersi che la mancata adozione della tecnica del rinvio al codice sia in questo caso dovuta alla parola “sposi”.

Si discute, in dottrina, se i diritti e doveri nascenti dal matrimonio, contemplati dalla norma, siano anche i diritti di natura personale, come quelli attinenti alla fedeltà, all'assistenza morale, alla col-

laborazione, alla coabitazione<sup>101</sup> o esclusivamente quelli di natura patrimoniale<sup>102</sup>. A favore di questa seconda soluzione, depone la natura contrattuale delle convenzioni matrimoniali, che quindi non possono avere ad oggetto che rapporti patrimoniali. In particolare, domina l'idea che l'art. 160 voglia riferirsi ai doveri, di natura patrimoniale, sanciti nel capo IV: il dovere di contribuzione (art. 143, comma 3); l'obbligo di mantenimento dei figli (art. 148)<sup>103</sup>. La giurisprudenza sembra confermare che il perimetro della norma in commento sia quello dei doveri patrimoniali regolati dal capo IV: ha natura inderogabile, ai sensi dell'art. 160, il diritto-dovere d'assistenza, tra i coniugi, di cui al precedente art. 143<sup>104</sup>. Peraltro, l'estensione anche ad altri settori si renderebbe superflua: l'inderogabilità dei diritti successori (del coniuge o dei figli) o degli obblighi alimentari, ad esempio, è già certa in virtù del carattere imperativo delle relative discipline.

Ci si chiede, però, se la norma valga anche rispetto alla fase patologica del rapporto, ossia agli accordi di separazione, agli accordi per la corresponsione dell'assegno di divorzio in un'unica soluzione e agli accordi dei coniugi sottostanti alla domanda congiunta di divorzio. E mentre in dottrina si è sostenuta l'inapplicabilità dell'art. 160<sup>105</sup>, in giurisprudenza<sup>106</sup>, la norma è stata richiamata ai fini del

<sup>101</sup> RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983, p. 195.

<sup>102</sup> MAIORCA, voce *Regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, Nss. *Dig. it.*, I., app., VI, Torino, 1986, p. 472.

<sup>103</sup> Espressamente nel senso che l'art. 160 si riferisca, unicamente, ai doveri di contribuzione di cui agli artt. 143 e 148, GRASSO, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 3, Torino 1982, p. 377. Non diversamente, sempre nel senso che la disposizione in parola, tra l'altro, renda indisponibile, nei rapporti tra coniugi, il dovere di contribuzione di cui agli artt. 143, 148 e 433, PACIA DEPINGUENTE, *Autonomia dei coniugi e mutamento del regime patrimoniale legale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 518 ss., in part. 573.

<sup>104</sup> Cass., 22 aprile 1982, n. 2481, in *Mass. Giur. it.*, 1982; Cass., 24 febbraio 1993, n. 2277, *ivi*, 1993.

<sup>105</sup> DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale. Il regime patrimoniale della famiglia*, II, Milano, 2002, p. 48; OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, in *Fam. e dir.*, 1995, p. 601.

<sup>106</sup> Nella specie, Cass., 30 gennaio 2017, n. 2224, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, p. 955, con nota di GRAZZINI, ha escluso che la dazione di una somma di denaro alla moglie, pattuita in sede di separazione, possa assumere anche la valenza di anticipazione dell'assegno divorzile.

giudizio di validità degli accordi intervenuti tra i coniugi in sede di separazione o dei patti modificativi degli accordi medesimi: si è stabilito che gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa.

Essi sarebbero quindi affetti da nullità, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale di cui all'art. 160 c.c.

Da tale qualificazione in termini di nullità si è fatto conseguire che di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto necessario a soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente tali esigenze, in quanto una preventiva pattuizione potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio<sup>107</sup>.

Ciò significa che l'art. 160 c.c. non si limita a imporre il rispetto inderogabile del principio di parità della contribuzione in tutte le fa-

---

<sup>107</sup> Più precisamente, determinante è il tempo in cui tali accordi vennero stipulati: *a*) i patti, successivi all'omologazione, modificativi delle disposizioni contenute nel decreto di omologazione (o nell'ordinanza presidenziale *ex art.* 708 c.p.c.), trovano legittimo fondamento nell'art. 1322 c.c. e sono validi, purché rispettino i limiti dell'art. 160 c.c. (e purché non interferiscano con l'accordo omologato ma ne specifichino il contenuto con disposizioni maggiormente rispondenti agli interessi ivi tutelati) (Cass., 12 gennaio 2016, n. 298; Cass., 24 febbraio 1993, n. 2270, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 213); *b*) i patti precedenti o contemporanei al decreto di omologazione, e non trasfusi nell'accordo omologato, sono operanti soltanto se si collocano, rispetto a quest'ultimo, in posizione di non interferenza o in posizione di conclamata e incontestabile maggiore (o uguale) rispondenza all'interesse tutelato attraverso il controllo di cui all'art. 158 c.c. (Cass., 10 ottobre 2005, n. 20290, in *G. dir.*, 2005, 46, 58; Cass., 22 gennaio 1994, n. 657, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, p. 1476).

Va avvertito che la Suprema Corte (Cass., 21 dicembre 2012, n. 23713, *Fam. e dir.*, 2013, p. 321, con nota di OBERTO), ha escluso che configurasse un'ipotesi di accordo prematrimoniale nullo per illiceità della causa o per violazione dell'art. 160 c.c. l'accordo, stipulato prima delle nozze tra i futuri coniugi, in forza del quale si prevedeva che la moglie cedesse al marito un immobile di sua proprietà, quale indennizzo delle spese sostenute dallo stesso per la ristrutturazione di altro immobile, pure di sua proprietà, da adibirsi a casa coniugale. Tale accordo è stato qualificato come un contratto atipico, espressione dell'autonomia negoziale dei coniugi, sicuramente diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.: tale intesa consisterebbe infatti in una *datio in solutum*, in cui l'impegno negoziale assunto è collegato alle spese affrontate, e il fallimento del matrimonio non rappresenta la causa genetica dell'accordo, ma è degradato a mero evento condizionale.

si del rapporto, sia fisiologiche sia patologiche, e per ogni specie di accordi tra coniugi (o uniti civilmente). Esso si spinge fino a provocare la nullità di convenzioni tipiche o di regolamentazioni atipiche persino quando esse siano frutto della libera scelta della coppia e rispondano ad esigenze di entrambi i coniugi (o gli uniti civilmente) secondo un criterio di oggettività. La nullità, dunque, come presidio dell'istituzione (famiglia o matrimonio/unione civile) e strumento di prevenzione rispetto alla cessazione del rapporto favorito dall'ordinamento.

### 7.1. B) *La comunione legale tra conviventi*

La l. n. 76/2016 dà la possibilità, alle parti del contratto di convivenza, di scegliere il regime della comunione legale dettato per i coniugi; possibilità, questa, che era sempre stata negata dalla giurisprudenza anche in via di interpretazione analogica: nulla impediva ai partner un accordo di tal guisa, ma esso avrebbe avuto efficacia esclusivamente interna.

Poiché si resta, in tal caso, nell'ambito del contenuto opzionale e discrezionale del contratto di convivenza, il regime di comunione per i conviventi, più che legale è contrattuale: il contratto di convivenza «può contenere» (comma 53 dell'art. 1) la scelta per un meccanismo di acquisto “congiunto” dei beni che sarà disciplinato dalle norme codicistiche sulla comunione legale. I conviventi possono adottare il regime di comunione dei beni oppure possono stipulare un contratto di convivenza senza fare alcun cenno al regime patrimoniale. In questa seconda ipotesi, così come quando non sussista affatto un contratto di convivenza, essi saranno senza regime e, se effettueranno congiuntamente degli acquisti, si applicherà lo statuto della comunione ordinaria, non quello *ex artt. 177 ss. c.c.*

Pertanto, pare corretto affermare che per i partner la comunione legale non è mai legale nel senso in cui la si intende per i coniugi o per gli uniti civilmente, giacché la sua operatività non è automatica, ma frutto di una scelta ben precisa: quella di stipulare il contratto di convivenza e, al suo interno, di inserire una clausola con cui convengono che i loro rapporti patrimoniali saranno assoggettati alle

regole della comunione legale dei coniugi. Non si tratta quindi delle convenzioni matrimoniali che sono disciplinate dall'art. 163 c.c. e dell'art. 48 della legge notarile (l. 16 febbraio 1913, n. 89) e che possono essere stipulate dai coniugi e dalle parti dell'unione civile.

Ciò spiega, tra l'altro, la forma richiesta dalla legge (comma 51), la quale: 1) non impone l'opera del notaio ma consente di rivolgersi all'avvocato; 2) non pretende necessariamente l'atto pubblico, ma consente anche l'adozione della scrittura privata autenticata; 3) anche quando il contratto sia stipulato per atto pubblico, non impone la presenza dei testimoni.

Stabilisce il comma 52 che «il professionista che ha ricevuto l'atto in forma pubblica o che ne ha autenticato la sottoscrizione ai sensi del comma 51 deve provvedere entro i successivi dieci giorni a trasmetterne copia al comune di residenza dei conviventi per l'iscrizione all'anagrafe ai sensi degli articoli 5 e 7 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223». Senonché, è noto che l'iscrizione all'anagrafe riguarda persone e non contratti, il che rende la disposizione incomprensibile, con conseguenze peraltro gravissime quando i conviventi aspirino alla comunione legale: in tal caso, mentre per i coniugi vige come noto un sistema di pubblicità "in negativo", risultante dal raffronto tra i registri di stato civile e i pubblici registri immobiliari, per le convivenze, «se non verrà istituito un adeguato sistema pubblicitario, il terzo non si troverà mai e poi mai in condizione di sapere se il bene rispetto al quale intende porsi quale avente causa o creditore agente *in executivis* sia di proprietà esclusiva del suo dante causa/debitore, ovvero in contitolarità con il (la) convivente»<sup>108</sup>.

Per ogni verifica, infatti, sarà possibile fare affidamento soltanto sulle risultanze dei registri anagrafici, senza necessità di alcuna ulteriore consultazione di registri diversi (di stato civile, immobiliari, delle imprese, ecc.). Precisamente, occorrerà verificare, in presenza

---

<sup>108</sup> Così OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 943, dopo aver rilevato che «l'unico punto in relazione al quale siffatta opponibilità potrebbe avere un qualche rilievo sarebbe quello del regime di comunione legale». Il punto pare pacifico: cfr. anche TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2015*, n. 76, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, p. 1736.

di soggetto che intenda alienare un proprio bene: in primo luogo, se si tratti di soggetto non coniugato o unito civilmente (tramite certificato anagrafico di stato libero); in secondo luogo, tramite certificato anagrafico (certificato di stato di famiglia, scheda individuale), che non si tratti di persona stabilmente convivente che abbia adottato il regime della comunione tramite la stipula di un contratto di convivenza *ex commi 50 ss.*; in terzo luogo, in caso affermativo, che il bene da alienare non sia rientrato nella predetta comunione, perché se così fosse il bene potrà essere alienato solo con il consenso anche dell'altro convivente<sup>109</sup>.

La scelta del regime patrimoniale effettuata mediante il contratto di convivenza può essere modificata in qualsiasi momento durante la convivenza, sempre osservando gli obblighi di forma indicati dal comma 51, ossia mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata. Dopo aver scelto il regime di comunione, le parti possono, e questa è una prerogativa che manca ai coniugi, tornare alla situazione di “assenza di regime”, che non coincide con quella di separazione dei beni che è comunque sorretta da una, sia pure scarna, disciplina (artt. 217-219 c.c.). Pertanto, sebbene il comma 54 parli di “modifica” del regime di comunione adottato con il contratto di convivenza, più corretto sarebbe parlare di “revoca” della scelta fatta<sup>110</sup>.

È invece dubbio se i conviventi possano adottare il regime, non espressamente richiamato dal comma 53, lett. c), della comunione convenzionale, così come se possano costituire un fondo patrimoniale. La lettera della legge depone a sfavore della soluzione permissiva: il comma 53, art. 1 richiama solo le norme della Sezione III, Capo VI, titolo VI del Libro primo del codice civile; tanto più per il fondo patrimoniale, che in quanto patrimonio destinato, sottratto all'aggressione dei creditori (art. 170 c.c.), è da ritenersi istituto eccezionale (cfr. art. 2740 c.c.).

Poiché la fonte della comunione legale è in questo caso il contratto (di convivenza), l'operare del principio *quod nullum est nullum producit effectum* si dispiegherà con una portata dirompente

<sup>109</sup> TASSINARI, *op. cit.*, p. 1736.

<sup>110</sup> RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, *Notariato*, 2017, p. 11 ss.

in caso di nullità del contratto di convivenza: la retroattività di tale nullità travolgerà anche l'effetto espansivo della comunione; con la conseguenza che gli acquisti del partner non partecipante all'atto dovranno considerarsi in proprietà esclusiva del solo acquirente.

La rigidità della nullità classica retroattiva, in questo esempio, risulta con particolare evidenza se raffrontata con la diversa ipotesi dello scioglimento del contratto (risoluzione o recesso *ex commi* 59-63, art. 1), ove troverà invece applicazione la normativa dettata per lo scioglimento della comunione agli artt. 191 ss.

Parimenti, forte è il contrasto tra la nullità del contratto di convivenza e la stessa cessazione della convivenza, che per gli effetti di cui all'art. 191 c.c. va equiparata alla cessazione degli effetti civili del matrimonio o alla separazione personale o giudiziale, sicché dovrà essere applicata la medesima normativa dello scioglimento.

#### 8. *Un esempio di flessibilità: tra salvaguardia della situazione di fatto e bigamia*

Un esempio, opposto a quelli appena enunciati, di elasticità lo si reperisce, ancora una volta nel diritto di famiglia, a proposito del matrimonio del presunto morto.

Come noto, il matrimonio e, ai sensi dell'art. 1, comma 22, l. n. 76/20016, l'unione civile si sciolgono in conseguenza, oltre che della morte, della dichiarazione di morte presunta (artt. 58 ss. c.c.), oggetto di una sentenza, nella quale il giudice stabilisce il momento in cui la morte si presume avvenuta, così fissando il tempo legale di produzione dei relativi effetti giuridici. Si tratta dunque di un particolare tipo di accertamento della morte naturale: quando non è possibile l'accertamento, anche indiretto, della morte, l'unica possibilità è pervenire ad una dichiarazione giudiziale di morte presunta, se ne sussistano i presupposti dettati dalla relativa disciplina. In tal caso, la morte è dichiarata presunta nel giorno a cui risale l'ultima notizia (art. 58 c.c.); negli eccezionali casi previsti dai nn. 1 e 3 dell'art. 60, la sentenza determina il giorno e possibilmente l'ora a cui risale la scomparsa nell'operazione bellica o nell'infortunio (art. 61 c.c.).



Gli effetti della sentenza dichiarativa della morte presunta sono incerti per il matrimonio.

Un primo orientamento nega che la dichiarazione di morte presunta determini lo scioglimento del matrimonio, ritenendo che il vincolo matrimoniale subirebbe solamente un «allentamento», sicché il primo matrimonio, a differenza che nel caso di morte effettiva, resterebbe in stato di quiescenza<sup>111</sup>. Ne sarebbe confermata la nullità del secondo matrimonio, prevista dal comma 1 dell'art. 68 per il caso di ritorno (o accertamento dell'esistenza) del primo coniuge.

Prevale nettamente, tuttavia, la tesi che, fondandosi sulla piena equiparazione con la morte naturale (v. *supra*), afferma che dalla morte presunta consegua lo scioglimento del matrimonio<sup>112</sup>.

In questa direzione, conducono le differenze disciplinari rispetto al matrimonio dell'assente; ma, soprattutto, vale l'argomento che l'autorizzazione alle nuove nozze sottintende il venir meno dell'*impedimentum ligaminis* del precedente matrimonio, che deve quindi considerarsi sciolto. Se così non fosse, d'altra parte, il secondo matrimonio contratto dal coniuge del presunto morto ai sensi dell'art. 65 c.c., integrerebbe il reato di bigamia di cui all'art. 556 c.p. Al contrario, il secondo matrimonio è valido proprio perché lo scomparso è, a tutti gli effetti di legge, morto; coerente con questa soluzione è anche la previsione di cui all'art. 68 c.c.: se il presupposto (la morte) si rivela errato, perché lo scomparso è tornato o ne è stata scoperta l'esistenza in vita, significa che il secondo matrimonio non avrebbe potuto aver luogo per mancanza, nel coniuge del presunto morto, della libertà di stato; e questo ne spiega la nullità<sup>113</sup>. La mor-

---

<sup>111</sup> SANTORO PASSARELLI, *Disciplina della scomparsa nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 382; AMORTH, *Considerazioni intorno al matrimonio del coniuge dell'assente*, in *Temì*, 1949, p. 292.

<sup>112</sup> GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943, p. 69; SGROI, voce *Morte presunta (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 110 ss.; SACCO, *Se il figlio della moglie del dichiarato morto presunto, il quale sia stato concepito tra la data della morte presunta e la data della dichiarazione, nasca legittimo*, in *Foro pad.*, 1950, c. 1199; G. STELLA RICHTER, *Effetti della dichiarazione di assenza e di morte presunta sulle presunzioni di concepimento in matrimonio e di paternità*, in *Foro pad.*, 1953, I, c. 294; BARILLARO, *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 376 s.

<sup>113</sup> ESU, *Scomparsa, assenza e morte presunta*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2, Torino, 1982, p. 482; GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*,

te presunta, dunque, provoca lo scioglimento del matrimonio, non diversamente dalla morte naturale.

La tesi ora esposta, che è dominante per il matrimonio, trova oggi conferma espressa per gli uniti civilmente nel comma 22 dell'art. 1 l. 76/2016, che dunque afferma esplicitamente per il nuovo istituto ciò che si ricava implicitamente per il matrimonio: la morte presunta comporta lo scioglimento dell'Unione civile.

Il coniuge o (*ex* comma 5, art. 1, l. n. 76/2016, che estende all'unione civile gli artt. 65 e 68 c.c.) l'unito civilmente del soggetto dichiarato morto presunto, possono passare a nuove nozze (possibilità, come visto, che conferma l'equivalenza della morte presunta alla morte naturale): l'art. 65 c.c. autorizza infatti il coniuge del morto presunto a sposarsi nuovamente, dopo che sia divenuta eseguibile la sentenza che dichiara la morte presunta; ciò è possibile, appunto, perché detta sentenza determina, tra gli altri effetti, quello di sciogliere il vincolo matrimoniale con decorrenza dal momento al quale si fa risalire la morte. Occorre attendere che essa divenga «eseguibile» perché, prima di allora, non sarebbe possibile fornire la prova della libertà di stato richiesta dall'art. 86 c.c. per poter contrarre matrimonio (e dal comma 4, art. 1 cit. per poter costituire l'Unione civile); in concreto, è possibile costituire un nuovo matrimonio o una nuova unione civile dopo l'annotazione della sentenza, ad opera dell'ufficiale di stato civile, a margine dell'atto di matrimonio relativo alle prime nozze.

L'art. 65 c.c. va coordinato con l'art. 68 c.c. (cui pure rinvia il cit. comma 5, art. 1, l. n. 76/2016): il matrimonio o l'unione civile saranno nulli se «la persona della quale fu dichiarata la morte presunta ritorni o ne sia accertata l'esistenza».

Sebbene il comma 1 dell'art. 68 c.c. parli di nullità del secondo matrimonio, si ritiene, da un lato, che in realtà l'invalidità non discenda automaticamente dalla constatazione del difetto di libertà di stato ma che occorra un'apposita sentenza, dall'altro, che si tratti di

---

cit., p. 69. Si tratta di una soluzione legislativa ispirata ad un trattamento di favore per il secondo matrimonio, che appare condiviso anche dalla giurisprudenza: si è ritenuto, ad esempio, che il ritorno del morto presunto non invalidasse il riconoscimento del figlio naturale nato dopo la dichiarazione della morte presunta (Trib. Genova, 31 gennaio 1962. V. anche App. Brescia, 9 aprile 1969).

un'ipotesi di annullabilità assoluta. È quanto si deduce dall'art. 117 c.c., che, al comma 1 e al comma 5 (che richiama espressamente l'art. 68), elenca i soggetti legittimati a richiedere l'impugnazione: i coniugi, gli ascendenti prossimi, il p.m. e tutti coloro che vantino un interesse legittimo ed attuale all'impugnazione.

In applicazione del comma 2, art. 68 c.c., sono salvi gli effetti civili del matrimonio o dell'unione civile dichiarati nulli. Si è però rilevato che se la norma allude, come sembra, soprattutto alla filiazione di sangue, la disposizione non ha rilievo «in sede di unione civile, poiché le sue parti, necessariamente del medesimo sesso, non possono, tra loro, generare prole»<sup>114</sup>.

Senonché, è possibile che si accerti l'esistenza in vita del primo partner al momento in cui l'altra convolava a nuove nozze (o a unione civile); ma che il medesimo primo partner, al momento in cui si ha conoscenza che era vivo al momento della seconda celebrazione, fosse deceduto.

A rigore, il secondo vincolo dovrebbe essere nullo.

Tuttavia, in virtù dell'operatività anche del comma 3, dell'art. 68 c.c., con deroga ancora più evidente rispetto ai principi generali, va esclusa l'invalidità del secondo matrimonio (o della seconda unione civile) qualora sia accertata la morte effettiva della parte del primo matrimonio (o della prima unione civile), anche se avvenuta in una data posteriore alla celebrazione del secondo matrimonio (o alla costituzione della seconda unione).

È certamente la conferma più limpida del *favor* legislativo per la stabilità del nucleo familiare sorto dalla nuova coppia: non solo dal nuovo matrimonio, ma anche oggi dalla nuova unione civile, alla quale viene dunque esteso, col tutto il suo potenziale simbolico, il *favor* tradizionalmente concesso al matrimonio: per i coniugi, si tratta di un'ipotesi di bigamia eccezionalmente ammessa, giacché sancire la validità del secondo matrimonio significa accettare che nella stessa epoca siano coesistiti due matrimoni entrambi validi; per l'unione civile, significa superare l'impedimento della mancanza di libertà di stato, cui il comma 4 e il comma 5 connettono la nullità del vincolo.

---

<sup>114</sup> BONILINI, *Lo scioglimento dell'unione civile per morte, o dichiarazione di morte presunta, di una delle sue parti*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 980.

Qui, dunque, la nullità classica cede il passo, posta di fronte a ragioni di opportunità pratica, al fine di evitare che, per restare fedeli a principi astratti, si distrugga il secondo vincolo senza però poter far risorgere il primo.

### 9. Nullità e perimento della res

Particolarmente vischiosa è la questione relativa al rischio per il perimento della *res* consegnata in esecuzione di un contratto invalido. Infatti, se l'atto dispositivo è nullo, vista la improduttività di effetti giuridici del negozio, il *solvens* è sempre rimasto proprietario della cosa, e per regola generale dovrebbe applicarsi il principio *res perit domino* (sempre che l'*accipiens* non debba essere ritenuto responsabile in via aquiliana del perimento). L'art. 2037 c.c. accolla però il rischio del perimento della *res indebiti* all'*accipiens*, anche se il perimento fosse dovuto al caso fortuito.

Questo problema è risolto in Germania con l'accoglimento della c.d. teoria del saldo, la quale anche in Italia (e in Francia) comincia a trovare attuazione concreta con specifico riferimento al problema della locazione di fatto.

Le restituzioni contrattuali non possono dirsi isolate ed autonome, perché nascono da un vincolo sinallagmatico; la legge tuttavia non si cura della corrispettività delle prestazioni, ma considera isolatamente le singole *condictiones* spettanti alle parti.

Quando il diritto a ripetere è originato dall'invalidità di un contratto traslativo della proprietà, le cui prestazioni siano già state eseguite da entrambi i contraenti, se la cosa è nel frattempo perita o si è deteriorata, l'alienante sarà comunque tenuto a restituire per intero il prezzo ricevuto, mentre l'acquirente di buona fede si gioverà del disposto del comma 3 dell'art. 2037 c.c., che gli impone la restituzione soltanto nei limiti del proprio arricchimento (nessun problema si pone, invece, se l'*accipiens* è di mala fede: in tal caso la restituzione ha sempre ad oggetto il valore di mercato della prestazione); e qualora la cosa sia stata trasferita ad un terzo a titolo gratuito, anche il terzo acquirente potrà fruire di analoga limitazione in base al comma 1 dell'art. 2038 c.c.

Si prenda ad esempio un normale contratto di vendita di automobile: se in costanza di rapporto si verifica un incidente e l'auto si trasforma in un rottame, in caso di scioglimento del contratto, in base al regime ordinario della *condictio*, il venditore dovrà restituire l'intero corrispettivo (art. 2033 c.c.); di contro l'acquirente, essendo responsabile solo nei limiti dell'arricchimento (artt. 2037 e 2038 c.c.), potrà limitarsi a restituire il rottame<sup>115</sup>.

Il ripristino dello *status quo ante*, cui sono finalizzati i rimedi restitutori, può quindi condurre a risultati profondamente iniqui.

In Germania è prevalsa la c.d. *Saldotheorie* o del sinallagma di fatto, la quale impone a ciascuna parte di detrarre dalla propria pretesa di ripetizione il valore corrispondente alla prestazione che ha ricevuto: sicché l'alienante, se l'acquirente di buona fede non può restituire la cosa, non deve più restituire per intero il prezzo che ha conseguito in esecuzione del contratto invalido, ma dovrà restituirlo soltanto se e nei limiti in cui detto prezzo ecceda il valore della cosa data alla controparte<sup>116</sup>.

La teoria del saldo pone l'accento sull'efficacia in concreto del sinallagma, partendo dalla considerazione di base che le parti hanno sin dall'inizio valutato le prestazioni oggetto del contratto come corrispettive anche per il caso che il sinallagma medesimo dovesse in seguito ritenersi inefficace per effetto di una valutazione del-

---

<sup>115</sup> GALLO, *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Digesto civ.*, Torino, 1998, § 16.

<sup>116</sup> La *Saldotheorie* ha ormai prevalso, in Germania, sulla c.d. *Zweikondiktio-nentheorie*, che all'opposto, considerando isolatamente le obbligazioni restitutorie gravanti sulle due parti del rapporto, le reputa reciprocamente indipendenti; sicché non avrebbe alcuna incidenza disciplinare lo squilibrio che si verifica a seguito della eventuale impossibilità sopravvenuta di una delle due prestazioni restitutorie. La *Saldotheorie* non può però trovare applicazione se l'invalidità del contratto è riconducibile ai raggiri posti in essere dal venditore a danno del compratore: la giurisprudenza tedesca obbliga il venditore che abbia posto in essere un comportamento doloso alla restituzione integrale del corrispettivo ricevuto, anche se il compratore potrà restituirgli un bene distrutto o fortemente deteriorato. Lo stesso vale nel caso di inadempimento del venditore o nel caso in cui la *res indebita* si sia deteriorata perché presentava vizi attribuibili al venditore. La regola del saldo è inoltre disapplicata quando il soggetto, la cui prestazione restitutoria è divenuta impossibile, sia un incapace: egli avrà comunque diritto alla restituzione integrale. Cfr. GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, III, *Diritto privato*, 2, Milano, 1998, p. 394, e giurisprudenza ivi citata.

la legge<sup>117</sup>. Il principio del sinallagma (*Zug um Zug*), che consacra la regola secondo cui in caso di sopravvenuta impossibilità, totale o parziale, di una prestazione la controparte è liberata in modo corrispondente, non vige soltanto per le obbligazioni “primarie” ma anche per quelle “secondarie” (o “di secondo grado”), vale a dire per le obbligazioni restitutorie<sup>118</sup>.

La regola, che ha il limite congenito di poter essere applicata soltanto quando entrambi i contraenti hanno eseguito le rispettive prestazioni, è stata in seguito rettificata da Flume<sup>119</sup>, nel senso che la parte che è liberata a causa dell'impossibilità sopravvenuta della propria prestazione, deve scontare dal diritto di restituzione il valore concordato della prestazione, eseguita o promessa<sup>120</sup>. Così, se la cosa venduta all'*accipiens* di buona fede perisce, opera una compensazione dei crediti restitutori nei limiti del prezzo pattuito per la vendita, sicché l'arricchimento dell'*accipiens* permane nonostante il perimento della cosa, ed egli deve comunque pagare il prezzo (c.d. teoria del «corrispettivo promesso»). In tal modo gli inconvenienti cui danno luogo gli artt. 2037 s. c.c., sono superati anche per le ipotesi in cui solo una parte abbia eseguito la prestazione indebita.

Negli ultimi tempi, la teoria del saldo ha trovato accoglienza presso la giurisprudenza francese: alla soluzione tradizionale che

---

<sup>117</sup> Questa impostazione è stata giustificata da VON CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, in *FS Rabel*, 1954, p. 386 ss., richiamando la disciplina della nullità delle società per azioni.

<sup>118</sup> LARENZ, *Schuldrecht*, I, München, 1982, p. 383, propone esplicitamente l'estensione in via analogica alle obbligazioni secondarie della regola sancita per le obbligazioni primarie dal § 323 BGB e dall'art. 1463 c.c. italiano.

<sup>119</sup> FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in *Festschrift Niedermeyer*, Göttingen, 1953, p. 103, p. 129; nello stesso senso: LEHMANN, *Berücksichtigung der für den Erwerb einer fremden Sache gemachten Aufwendungen bei der Bereicherungshaftung*, in *Festschrift Nipperdey*, München-Berlin, 1955, p. 31.

<sup>120</sup> Per una analisi critica della teoria del saldo v., tra i nostri autori, RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, 1968, p. 1234 ss. Sui «risultati iniqui» cui potrebbe a sua volta condurre la teoria del saldo, cfr. anche le considerazioni di TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, pp. 149-151. Per una più recente analisi della teoria del saldo nel diritto tedesco ed in quello svizzero, v. GILLIARD, *La disparition de l'enrichissement. Etude comparée des droit allemand et suisse*, Genève, 1985, p. 22 ss., p. 153 ss., nonché, per gli ultimi sviluppi giurisprudenziali e dottrinali, p. 168 ss.

considerava le obbligazioni restitutorie conseguenti a contratti invalidi come reciprocamente indipendenti, va sostituendosi la valutazione del congegno restitutorio come contratto sinallagmatico rovesciato<sup>121</sup>.

Sulla scia della teoria del saldo e delle sue integrazioni, in Italia si è risolto il problema condizionando reciprocamente le due obbligazioni restitutorie: ne consegue che se una parte non può più ottenere la restituzione cui ha diritto, essa non è tenuta alla restituzione integrale nei confronti della controparte<sup>122</sup>. Nei contratti a prestazioni corrispettive come la vendita, il prezzo ricevuto dal compratore non rileva come somma di denaro in sé, ma come corrispettivo e, pertanto, quale valore della cosa venduta.

Si tratta, com'è evidente, di derogare al principio *res perit domino*. Ma la deroga ha qui giustificazione nell'opportunità di accollare all'acquirente utilizzatore, anziché al venditore proprietario, il rischio del perimento o del deterioramento del bene anche in assenza di colpa e dunque anche nel caso di perimento fortuito. Tale soluzione è stata giustificata con la considerazione che «dopo la consegna il bene esce dalla sfera di controllo ed influenza del venditore per entrare in quella del compratore; il quale all'esterno appare come titolare, ed utilizza il bene in conformità ai suoi scopi»<sup>123</sup>. Per la stessa ragione dovrebbe vigere il principio che i frutti e i profitti conseguiti in costanza di rapporto spettano comunque alla parte che li ha percepiti, perché essa sino al momento della decisione del giudice non faceva altro che esercitare un proprio diritto.

La teoria del saldo ha recentemente iniziato a trovare attuazione concreta nel nostro ordinamento, trovando il suo più importante banco di prova in materia di rapporti locativi eseguiti nonostante la invalidità del contratto di locazione<sup>124</sup>.

---

<sup>121</sup> CARBONNIER, *Les obligations*, XV ed., Paris, 1991, § 107; P. MALAURIE, AYNES, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1985, p. 34.

<sup>122</sup> DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 291; RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1234; TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 149.

<sup>123</sup> GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, cit., p. 400 s., p. 412.

<sup>124</sup> Cass., 3 maggio 1991, n. 4849, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 1314.

Nei contratti aventi ad oggetto il godimento della cosa, sebbene invalidi, quando il godimento si sia già realizzato di fatto, non sarebbe equo consentire a entrambe le parti la ripetizione. Se un contratto di locazione è dichiarato nullo, la disciplina dell'indebito attribuirebbe, a seguito di detta dichiarazione, sia al locatore sia al conduttore il diritto di ripetere la prestazione effettuata: se tuttavia il conduttore potesse ottenere la restituzione dei canoni versati pur avendo goduto della cosa, si arricchirebbe senza causa a danno del locatore.

Per questa ragione, la Cassazione ha negato che chi abbia usufruito del godimento della cosa, possa pretendere la restituzione di quanto versato a titolo di corrispettivo per tale godimento<sup>125</sup>.

Si tratta di una soluzione che, se condivisa, sarebbe in astratto estensibile a tutte le ipotesi nelle quali una delle due prestazioni non sia materialmente ripetibile: la controparte avrà sempre diritto a ritenere la prestazione ricevuta<sup>126</sup>.

L'apertura della Cassazione ha ottenuto i favori degli studiosi, i quali hanno scorto nelle citate pronunzie la sostanziale elevazione del principio *ex art. 2126 c.c.* a regola generale applicabile nei casi di impossibilità della restituzione in natura<sup>127</sup>.

Ritengo però discutibile che l'orientamento giurisprudenziale in questione possa essere considerato un'applicazione della regola *ex art. 2126 c.c.*, perché non convince la stessa interpretazione di questa norma in termini di sanatoria del contratto invalido (v. cap. IV, par. 1 ss.).

Così ragionando, la restituzione per equivalente sarebbe qui attuata tramite la semplice conservazione degli effetti del contratto nullo. Può obiettarsi, che quando la restituzione materiale non è possibile per ragioni originarie (attinenti cioè alla stessa natura della

---

<sup>125</sup> Cass., 3 maggio 1991, n. 4849, in *Arch. loc. condom.*, 1991, p. 504, e in *Giur. it.*, 1991, I, c. 1314, con nota di CHIODI; Cass., 6 maggio 1966, n. 1168, in *Mass. Foro it.*, 1966, c. 408; Cass., 30 gennaio 1990, n. 368, in *Giur. agr. it.*, 1990, I, p. 550; Cass., 23 maggio 1987, n. 4681, in *Foro it.*, 1987, c. 2372.

<sup>126</sup> Cfr. sul punto, le favorevoli valutazioni di MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito. Artt. 2053-2040*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, pp. 174-176.

<sup>127</sup> GALLO, *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, cit., § 21.



prestazione eseguita), come nel caso delle prestazioni di fare o, appunto, di far godere, la norma suscettibile di diretta applicazione è quella primaria in materia di indebito, l'art. 2033 c.c. Ne consegue che la prestazione per equivalente non deve avere ad oggetto il valore pattuito dalle parti nel contratto viziato, ma l'oggettivo valore commerciale della prestazione di fare o di far godere. Ciò non esclude che il giudice possa anche tener presente il valore dato alla prestazione nel contratto, come mero dato storico utile alla commisurazione del *quantum* restitutorio, ma inidoneo a costituire la soglia minima o il tetto massimo della restituzione. In tal senso, il corrispettivo contrattuale può valere come mero parametro della liquidazione, non suscettibile di applicazione diretta.

## CAPITOLO II

### LA NULLITÀ SANABILE

SOMMARIO: 1. Nullità dell'atto e conservazione del fatto nella conferma del testamento nullo. – 1.1. L'oggetto della conferma e l'attitudine del fatto testamentario alla produzione degli effetti. – 2. L'analogia fattispecie della conferma della donazione nulla. – 3. La simulazione matrimoniale. – 3.1. La sanatoria del matrimonio. – 4. La dichiarazione di invalidità del matrimonio dopo la morte di un coniuge. – 5. Il contratto di convivenza: dalla nullità del contratto tipico alla validità dell'atipico (come "patto di convivenza"). – 6. Cenni sulla sanatoria delle delibere assembleari nulle.

#### 1. *Nullità dell'atto e conservazione del fatto nella conferma del testamento nullo*

L'art. 590 c.c., in deroga al principio generale espresso dall'art. 1423 c.c., secondo cui il negozio nullo è insuscettibile di convalida, ammette la possibilità della sanatoria del testamento invalido, sia mediante conferma espressa della disposizione sia mediante volontaria esecuzione di essa da parte di chi conosca la causa della nullità. Nel primo caso, la convalida ha luogo quando in un atto, per il quale non sono, tuttavia, richieste forme solenni, si faccia menzione della disposizione e dei vizi che l'affettano e si dichiari di volerla convalidare<sup>1</sup>; nel secondo caso, invece, la convalida opera indiretta-

---

<sup>1</sup> Nella conferma espressa è stata richiesta la presenza degli stessi elementi previsti dall'art. 1444 c.c. per la convalida del negozio annullabile: la menzione del-

mente, per *facta concludentia*, e cioè attraverso un comportamento di attuazione della disposizione invalida, in modo da determinare volontariamente, rispetto ai beni ereditari, lo stesso mutamento della situazione giuridica che si sarebbe prodotto se il testamento non fosse stato nullo<sup>2</sup>.

I superstiti, pertanto, hanno la possibilità di conservare la volontà testamentaria, mantenendo ferma la disposizione del *de cuius* qualora essa, di per sé, fosse invalida (art. 590 c.c.). Ai congiunti dell'ereditando è consentito, per questa via, di onorare la sua memoria dando esecuzione ai suoi atti anche quando questi presentino irregolarità dal punto di vista giuridico.

Questo risultato può essere realizzato solamente da chi sia investito della titolarità e del potere di disposizione del diritto. La causa della conferma prevista dall'art. 590 c.c. consiste nell'intento di eliminare la nullità di cui è inficiata la disposizione testamentaria ad opera della persona che potrebbe avvalersi di tale nullità.

È noto che la natura giuridica dell'istituto ha diviso gli studiosi, i quali hanno proposto le più svariate soluzioni interpretative<sup>3</sup>.

Alcuni<sup>4</sup> descrivono il fenomeno in termini di denegazione dell'azione di nullità: l'effetto non sarebbe una vera e propria sanatoria, inconcepibile per il negozio nullo, ma semplicemente l'impossibilità

---

la disposizione, l'indicazione del vizio di invalidità che la inficia e la dichiarazione di volerla confermare (Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, in *Mass. Giur. it.*, 1974).

<sup>2</sup> Cass., 16 maggio 1966, n. 1236, in *Giust. civ.*, 1966, p. 1274, ha affermato che occorre la conoscenza della causa di nullità, da intendersi come conoscenza storica del fatto invalidante e delle possibili conseguenze giuridiche, e che la volontaria esecuzione della disposizione testamentaria nulla implica l'esistenza di una volontà, da parte del soggetto che esegue, diretta ad adeguare la situazione di fatto a quella che sarebbe stata la nuova situazione giuridica voluta dal testamento nullo. Si è aggiunto (Cass., 5 maggio 1965, n. 807, in *Giust. civ.*, 1965, p. 602) la esecuzione volontaria delle disposizioni testamentarie importa rinuncia alla impugnazione della scheda testamentaria solo se risulti provata l'assoluta consapevolezza dell'oggetto della rinuncia dell'esecutore.

<sup>3</sup> V. il contributo di FRANZONI, *La conferma del testamento invalido*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da G. Bonilini, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009, p. 1607 ss.

<sup>4</sup> GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1952, p. 272 ss.; CICU, *Il testamento*, Milano, 1951, p. 100; GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 210. In giurisprudenza: Cass., 18 settembre 1956, n. 3232, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1110.

per chi ha sanato di ottenere in seguito l'invalidità del testamento a discapito del beneficiario. Senonché, si può obiettare che se il testamento rimane nullo, allora dovranno essere applicate tutte le norme relative alla nullità, compresa la rilevabilità d'ufficio; con la conseguenza che il confermante potrebbe sempre agire con l'azione di petizione ed il giudice, che d'ufficio non terrà conto del testamento nullo, dovrà accogliere la sua domanda<sup>5</sup>.

Altri<sup>6</sup> hanno fatto ricorso all'obbligazione naturale, ravvisando nel fenomeno un doppio passaggio: il primo, costituente una vera e propria successione *mortis causa*, dal testatore all'erede o legatario; il secondo, in adempimento di un dovere morale o sociale, dal testatore o legatario al beneficiario. Tuttavia, tra atto di conferma e obbligazione naturale intercorrono numerose differenze, evidenziate dalla dottrina successiva, che impediscono una assimilazione: basti pensare, ad esempio, che presupposto dell'obbligazione naturale è la spontaneità della prestazione, mentre per la conferma tacita è richiesta la volontarietà.

Si è allora tentato di superare le difficoltà cui dà luogo la necessità di spiegare il trasferimento diretto, dal *de cuius* al terzo beneficiario della disposizione testamentaria nulla, affermando che in realtà non sussiste un unico passaggio dei diritti, ma si è al cospetto di una doppia attribuzione, la prima *mortis causa* e la seconda *inter vivos*: col testamento, dal testatore al successore; con un secondo negozio, che è sotto il profilo effettuale autonomo rispetto al negozio nullo confermato, dal confermante al terzo<sup>7</sup>. La tesi, che ha l'indubbio pregio di avere indotto ad una riflessione più approfondita sulla natura dell'atto di conferma in sé considerato, conduce però a una conclusione che è generalmente respinta: il terzo beneficiario diviene avente causa, anziché dal testatore, dal confermante, a seguito di un atto *inter vivos* (la conferma). E ciò mina la tesi alle fondamenta,

---

<sup>5</sup> PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953, p. 15. Condividono l'obiezione Cass., 20 gennaio 1964, n. 129, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 553, e Cass., 2 maggio 1965, n. 807, cit.

<sup>6</sup> ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1945, p. 118; OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 371.

<sup>7</sup> GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 141 ss.

perché ne mette in discussione l'utilità: per effettuare un'attribuzione di tal fatta è sufficiente porre in essere un qualsiasi atto a titolo gratuito, senza necessità che la legge preveda un apposito istituto.

Prevale la tesi di chi attribuisce alla conferma una sua propria causa, consistente nell'eliminazione dei vizi da cui è affetta la disposizione nulla<sup>8</sup>.

Ma va considerato che ciò può avvenire in quanto il negozio di conferma si integra con una fattispecie negoziale invalida ma comunque esistente, ed è dalla simbiosi di questi due atti che scaturiscono gli effetti. Questi non sono prodotti dalla conferma in sé, ma dal testamento nullo *confermato*. Pertanto, il testamento nullo, in quanto *fatto* (di cui si è accertata l'esistenza), è parte di una fattispecie complessa che si compone del fatto e del negozio giuridico confermativo (o dell'esecuzione volontaria).

Affinché il comportamento di attuazione di un testamento nullo implichi convalida, si richiede un'attività positivamente rivolta all'attuazione della disposizione testamentaria, mentre non è sufficiente un mero comportamento passivo che lasci desumere l'intenzione di convalida. L'esecuzione volontaria del testamento invalido, ai fini della convalida prevista dall'art. 590 c.c., deve sempre estrinsecarsi in un'attività positiva del soggetto interessato, diretta all'attuazione completa della disposizione testamentaria, e non palesante semplicemente l'intenzione di dare esecuzione alle disposizioni predette<sup>9</sup>.

La conferma o il comportamento attuativo sono, a loro volta, elemento di una fattispecie complessa che non si completerebbe senza il fatto. Anche per questa ragione, non può ammettersi la conferma del testamento inesistente<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 249; RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952, p. 155.

<sup>9</sup> Pertanto, non può riconoscersi efficacia convalidante del testamento invalido, né alla pubblicazione di esso, né alla presentazione della denuncia di successione, in quanto la prima è soltanto condizione necessaria perché il testamento diventi eseguibile e la seconda ha natura e finalità meramente fiscali (Cass., 25 giugno 1969, n. 2273, in *Mass. Giur. it.*, 1969; Cass., 15 febbraio 1968, n. 535, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1949; Cass., 12 settembre 1970, n. 1403, in *Mass. Giur. it.*, 1970).

<sup>10</sup> Cass., 13 ottobre 1961, n. 2137, in *Giust. civ.*, 1961, I, p. 1962. È, questo, uno dei punti di maggior emersione della distinzione tra nullità ed inesistenza (v. *supra*, cap. I).

Il tema non riguarda solo gli effetti della nullità. Sebbene la norma citata faccia riferimento alla sola nullità, è indubbia la confermabilità pure del testamento annullabile: sia perché la convalida del negozio annullabile risponde a una regola generale del nostro ordinamento sia perché la nullità sanziona vizi più gravi, e non avrebbe senso ammettere la loro sanabilità negandola invece nei casi in cui è prevista una sanzione minore. Si tratta, semmai, di capire se sia applicabile l'art. 1444, norma deputata appunto alle disposizioni annullabili suscettibili di *convalida*<sup>11</sup>, o piuttosto l'art. 590: sembra preferibile interpretare estensivamente la seconda norma, piuttosto che applicare la prima, la quale è dettata per una materia diversa come quella dei contratti<sup>12</sup>. Anche se si preferisse l'applicazione della norma contrattualistica, tuttavia, è certo che conferma e convalida non integrano fenomeni distinti, ma costituiscono atti rispondenti a funzioni sostanzialmente identiche.

I soggetti legittimati alla conferma si rintracciano, nel silenzio dell'art. 590 c.c., grazie alle indicazioni fornite dall'art. 799 c.c. per la conferma della donazione nulla (eredi e aventi causa del donante): si tratta, pertanto, degli eredi e degli aventi causa del testatore. (Aventi causa del testatore sono i legatari nel caso di sublegato e nel caso di legato nullo disposto in un testamento successivo a quello nel quale il medesimo bene era stato attribuito ad un altro soggetto).

Vi rientra, quindi, il caso dei parenti del defunto che, pur conoscendo l'invalidità del testamento, lo convalidano, così precludendosi la delazione dell'eredità che conseguirebbe dall'apertura della successione legittima.

È peraltro ovvio che la legittimazione al negozio di conferma, anche sotto forma di esecuzione volontaria, sussiste solo in capo a chi dall'accertamento giudiziale della invalidità trarrebbe un vantag-

---

<sup>11</sup> In tal senso: CAPRIOLI, *Conferma ex art. 590 c.c., testamento annullabile e pluralità di interessati*, in *Dir. e Giust.*, 1976, p. 62; GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974, p. 313; DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, p. 104.

<sup>12</sup> G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1425. In tal senso anche la giurisprudenza: Cass., 9 ottobre 1972, n. 2958, in *Foro it.*, 1973, 1, c. 1885; Trib. Napoli, 24 gennaio 1976. Per Cass., 12 settembre 1970, n. 1403, cit., l'art. 590 c.c. si distingue dall'art. 1444 c.c. unicamente per il fatto che questo è applicabile ai soli casi di annullabilità, mentre quello è invece applicabile a tutte le ipotesi di nullità da qualunque causa derivante.

gio che si sostanzi nel riconoscimento di diritti (o di maggiori diritti) oppure nell'accertamento della inesistenza di determinati obblighi testamentari.

In quanto al legatario, una volta riconosciuto che la convalida deve provenire da chi abbia interesse a far valere la invalidità del testamento, egli sarà legittimato sia nel caso di sublegato nullo sia in quello di legato nullo, disposto in un testamento successivo a quello nel quale lo stesso bene veniva attribuito ad altro soggetto. Tale legittimazione non compete invece, al legatario, con riferimento al testamento che lo gratifica, rispetto al quale egli è portatore di un interesse opposto all'invalidità del testamento stesso<sup>13</sup>.

### 1.1. *L'oggetto della conferma e l'attitudine del fatto testamentario alla produzione degli effetti*

L'attitudine del fatto-testamento nullo, quale elemento della fattispecie complessa, a produrre effetti, è confermata dall'indagine sul complesso problema dell'oggetto della sanatoria, vale a dire che bisogna capire quali siano i testamenti confermabili.

Se è indubbia la sanabilità delle disposizioni nulle per difetto di forma, è discusso se la norma, che in effetti parla di nullità «da qualunque causa dipenda», sia estensibile a qualsiasi disposizione nulla, indipendentemente dal tipo di vizio.

Non v'è uniformità di vedute, in particolare, in ordine alla sanabilità delle disposizioni illecite: alcuni la escludono *tout court*<sup>14</sup>.

Altri distinguono tra contrarietà ad ordine pubblico o a buon costume da un lato e contrarietà a norme imperative (illegalità) dall'altro, ammettendo la conferma solo nel secondo caso<sup>15</sup>.

Su questa scia, pare invero decisivo valutare quale sia l'interesse che si intende perseguire e il suo eventuale contrasto con un interesse di ordine superiore. Occorrerà quindi capire di volta in volta

<sup>13</sup> Cass., 17 ottobre 2018, n. 26062, in *Foro it.*, 2019, 2, 1, c. 541; Cass., 15 dicembre 2020, n. 28602, in *Studium juris*, 2021, p. 946; Cass., 15 febbraio 1968, n. 535, cit.

<sup>14</sup> ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, Torino, 1964, p. 70, la esclude per le ipotesi di illiceità od impossibilità dell'oggetto del negozio.

<sup>15</sup> PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento*, Padova, 1953, p. 113.

se il risultato cui mira la disposizione, illecito in quanto perseguito con testamento, rimanga o meno illecito anche quando è perseguito mediante l'atto *inter vivos* di conferma: si finirebbe, altrimenti, con il realizzare mediante conferma quanto l'ereditando non poteva realizzare mediante testamento<sup>16</sup>. È per questa ragione che se l'illiceità discende dall'essere la disposizione testamentaria contraria all'ordine pubblico o al buon costume, la conferma non può operare.

L'esempio più evidente è dato dall'usufrutto successivo: esso è illecito se costituito per testamento o per donazione, ma non lo è se costituito attraverso atti tra vivi diversi dalla donazione, tra i quali rientra anche l'atto di conferma. Parimenti, e per la stessa ragione, sono confermabili il mandato *post mortem* (giacché il mandato è proibito solo se contenuto in un testamento), le disposizioni in favore di persone incapaci di ricevere, le disposizioni rimesse all'arbitrio del terzo, il testamento congiuntivo.

Il risultato rimane illecito, invece, quale che sia il mezzo tecnico adoperato per raggiungerlo: (a) nel caso di sostituzione fedecommissaria o di disposizioni in favore dell'indegno (in questo secondo caso, il potere di perdono non può essere attribuito a soggetti diversi dal *de cuius*). (b) Nel caso di conferma di patti successori istitutivi<sup>17</sup>. In realtà, in questo caso la inconfermabilità deriva non solo dal fatto che la nullità deriva da contrarietà (non all'ordine pubblico o al buon costume, ma) a norma imperativa, ma pure dall'essere la conferma *ex art. 590 c.c.* un istituto eccezionale, che non può estendersi al contratto.

---

<sup>16</sup> Cass., 14 maggio 1962, n. 1024, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1893; Cass., 5 novembre 1973, n. 2874, in *Giur. it.*, 1975, c. 1652; G. GABRIELLI, *L'oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, cit., p. 1394 ss.

<sup>17</sup> Cass., 6 ottobre 1955, n. 2870, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it): bisogna distinguere la nullità del testamento perché contrario all'ordine pubblico o al buon costume, dal testamento illegale perché contrario a norme imperative proibitive; nel primo caso, in cui è prevalente la tutela dell'interesse pubblico generale della collettività organizzata, non può trovare applicazione la predetta disposizione di legge, mentre nella seconda ipotesi riprende vigore la previsione legislativa disciplinata dal citato articolo, il quale è pertanto applicabile al testamento nullo perché determinato da motivo illecito, in quanto pedissequa esecuzione di patto successorio vietato. Anche la esecuzione di una singola disposizione particolare può togliere all'interessato il diritto di impugnare di nullità il testamento in relazione a tutte le altre disposizioni nel medesimo contenute, agli effetti dell'art. 590 c.c. (art. 1311 c. abrog.), relativo alla conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle.



Per la stessa ragione è inconfermabile il testamento reciproco, caratterizzato anch'esso dalla corrispettività. (c) In tutti i casi in cui scopo della disposizione sia il raggiungimento di obiettivi illeciti.

I dubbi, invece, che sussistono sulla convalidabilità del testamento orale (c.d. testamento nuncupativo) sono legati alla sanzione inflittagli: mentre chi parla di inesistenza esclude l'applicabilità dell'art. 590 c.c.<sup>18</sup>, più di recente si è fatta strada anche l'idea della nullità del testamento orale, con conseguente ammissibilità della conferma<sup>19</sup>. Così, si è potuta escludere la responsabilità del notaio che aveva ricevuto la conferma di testamento nuncupativo previo accertamento della volontà del *de cuius*, ritenendo (ma ciò pare opinabile) che quest'ultima attività non avesse invaso una sfera di esclusiva competenza dell'autorità giudiziaria<sup>20</sup>. Non è mancato, in

---

<sup>18</sup> Cass., 8 maggio 1984, n. 2800, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2224; Trib. Trani, 28 luglio 1950, in *Foro it.*, 1951, I, c. 682, ha affermato l'inapplicabilità della norma qualora manchi del tutto la volontà del testatore e l'apparenza del testamento.

Non può essere confermato un testamento revocato (Cass., 9 ottobre 1972, n. 2958, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1885), ma ciò vale solo quando la revoca sia avvenuta per volontà del testatore: mancherebbe, infatti, una volontà positiva da confermare. La Cassazione (Cass., 19 aprile 1956, n. 1192, in *Foro it.*, 1956, I, c. 672) ha invece ammesso la sanatoria del testamento revocato *ex lege* per sopravvenienza di figli al testatore. Si tratta di un'attuazione del *favor testamenti*: la sanabilità deve estendersi a tutte le ipotesi nelle quali il testatore avrebbe potuto rinnovare o confermare le sue volontà. È chiara quindi la differenza con il testamento revocato (anziché *ex lege*) dallo stesso testatore, perché si tratta di un negozio che, essendo già venuto meno prima della morte del *de cuius*, non ha mai avuto giuridica rilevanza né prodotto effetto (quanto meno nei confronti dei terzi).

<sup>19</sup> App. Cagliari, 28 marzo 1955, in *Giust. civ.*, 1955, voce *Successione testamentaria*, n. 102. Cass., 16 maggio 1941, n. 1476, in *Foro it.*, 1941, I, c. 1036: «La norma dell'art. 1311 c.c. del 1865 secondo cui l'esecuzione volontaria di una donazione o di un testamento per parte degli eredi o aventi causa dal donante o dal testatore dopo la morte di lui sana i vizi di forma ed ogni altra eccezione, si applica non soltanto quando la disposizione manchi delle forme speciali all'uopo prescritte, ma anche quando sia priva di qualsiasi forma, come avviene nel caso di manifestazione verbale di ultima volontà o di donazione verbale di beni immobili».

<sup>20</sup> «Non commette illecito disciplinare ai sensi dell'art. 28, n. 1, l. 16 febbraio 1913 n. 89, il notaio che riceva conferma *ex art. 590 c.c.* dai legittimari del *de cuius* di testamento verbale reso da quest'ultimo, dopo aver raccolto le dichiarazioni dei primi in ordine: all'inesistenza di una scheda testamentaria, alla ripetuta e dettagliata volontà espressa dal defunto sulla destinazione dei propri beni, alla devoluzione dell'eredità a ciascuno degli intervenuti. La conferma dell'atto nullo, infatti, non presuppone necessariamente un'attività di accertamento giudiziale in ordine all'inesistenza di un formale testamento ed alla nullità inficiante l'atto che si vuole

fine, chi ha ammesso la convalida del testamento orale seppur abbracciando la soluzione della inesistenza, ravvisando nell'esecuzione spontanea del testamento nuncupativo un'ipotesi di obbligazione naturale<sup>21</sup>.

Non è da escludere che siano confermate, anche, le eventuali disposizioni atipiche contenute nel testamento, purché abbiano carattere patrimoniale, come accade con la nomina dell'esecutore testamentario, col negozio di fondazione, con la riabilitazione dell'indegno, ecc. Non si possono confermare, invece, anche perché di norma soddisfano un interesse pubblico, le disposizioni atipiche prive del requisito della patrimonialità: riconoscimento del figlio naturale, designazione del tutore da parte del genitore, ecc.

Si potrebbe poi porre il problema della confermabilità, da parte dei legittimari, della volontà di disposizioni lesive della legittima; ma, a ben vedere, una eventuale conferma espressa del testamento, così come una sua esecuzione volontaria, di per sé non precluderebbero ai legittimari l'azione di riduzione; a tal fine occorre, piuttosto, che essi manifestino (anche tacitamente) la volontà di rinunciare all'integrazione della legittima<sup>22</sup>. D'altronde, le disposizioni lesive, sebbene suscettibili di riduzione, non sono nulle né annullabili, ma perfettamente valide: la lesione dei diritti dei legittimari non comporta alcuna invalidità negoziale, ma soltanto il diritto dei soggetti lesi di agire in riduzione per ottenere una declaratoria giudiziale di inefficacia (con conseguente obbligo del notaio di ricevere le disposizioni anche se pregiudicano la posizione gli eredi necessari).

---

confermare, né può ritenersi invasiva della sfera di attribuzioni dell'autorità giudiziaria l'attività del notaio consistente nella mera raccolta delle dichiarazioni sopra indicate» (Cass., 11 luglio 1996, n. 6313, in *Riv. notar.*, 1997, p. 164, con nota di SCALIA, *Confermabilità del testamento orale: prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzione notarile. Alcune riflessioni sul tema*).

<sup>21</sup> Cass., 5 maggio 1962, n. 888, in *Foro it.*, 1962, I, c. 902; App. Napoli, 3 maggio 1989, in *Dir. e giur.*, 1989, p. 407.

<sup>22</sup> Cass., 8 ottobre 1971, n. 2771, in *Mass. Giur. it.*, 1971. L'orientamento è stato di recente confermato da Cass., 31 agosto 2022, n. 25680, in *www.leggiditalia.it*, secondo cui la conferma delle disposizioni testamentarie o la volontaria esecuzione di esse non opera rispetto a quelle lesive della legittima, in quanto gli effetti convalidativi di cui all'art. 590 c.c. si riferiscono alle sole disposizioni testamentarie nulle.

In altri termini, una fattispecie complessa composta dal binomio testamento lesivo della quota di riserva – conferma non equivalente alla fattispecie complessa richiesta dalla legge: testamento nullo – conferma.

Dalla ricostruzione quale fattispecie complessa formata dal fatto/testamento e dal negozio di conferma (o dall'esecuzione volontaria), deriva che non è in alcun modo confermabile, neanche per concorde volontà di tutti i soggetti interessati, un testamento falso. È possibile sanare soltanto un testamento qualificabile come esistente.

Se, infine, si confermassero altre disposizioni rispetto alle quali risulta mancante ogni volontà del *de cuius*, come nelle ipotesi di disposizione testamentaria non seria o inficiata da violenza o da errore ostativo, non si attuerebbe la fattispecie *ex art. 590 c.c.*, ma si tratterebbe di una vera e propria donazione in favore del soggetto indicato nel testamento.

## 2. *L'analoga fattispecie della conferma della donazione nulla*

Come per il testamento (art. 590), anche per la donazione nulla è predisposta una norma, l'art. 799 c.c., che, in deroga al principio della insanabilità della nullità, concede agli eredi del donante, che vogliono rispettare la sua volontà, una particolare forma di sanatoria mediante conferma o volontaria esecuzione.

Non diversamente dalla conferma del testamento nullo, anche la conferma della donazione nulla richiede la conoscenza della causa di invalidità e la volontà di attribuire efficacia all'atto invalido, la quale volontà non deve manifestarsi attraverso l'adozione di formule sacramentali, potendosi implicitamente desumere dall'esecuzione spontanea della donazione; tuttavia, se la convalida avviene mediante atto formale, questo atto deve contenere i requisiti previsti dall'art. 1444 c.c. per la convalida dell'atto annullabile, cioè l'indicazione del negozio invalido e dalla causa d'invalidità nonché la dichiarazione che si intende convalidarlo<sup>25</sup>.

<sup>25</sup> Cass., 12 aprile 2018, n. 9091, in *Quotidiano Giuridico*, 2018; Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, in *Mass. Giur. it.*, 1974.

La convalida ai sensi dell'art. 799 c.c. presuppone una donazione nulla, che sia compiuta personalmente dal donante<sup>24</sup>. Non può essere né ratificata né convalidata dagli eredi del donante, quindi, la donazione compiuta dal rappresentante privo di potere (atteso anche che l'art. 1399 c.c. non è applicabile alla donazione)<sup>25</sup>.

Anche in questo caso, come per il testamento, la donazione, improduttiva di per sé di effetti quale negozio giuridico, vale come fatto storico che va a essere integrato dal negozio-conferma: un fatto, di per sé, inidoneo quanto l'atto nullo alla produzione degli effetti, ma che diviene efficace nel trasfondersi in un'unica fattispecie complessa nel negozio confermativo. Infatti, la conferma, da parte dell'erede, della donazione nulla effettuata dal *de cuius* può aver-si solo laddove sia comunque intervenuto un accordo tra donante e donatario conforme (sebbene invalido) alla nozione legale di donazione.

Così come il fatto ha bisogno del successivo atto giuridico, l'atto giuridico non avrebbe alcun valore in assenza del fatto (così come, a maggior ragione, non ne avrebbe l'attuazione, senza il fatto). Il negozio di convalida non integra una donazione o un atto di liberalità, né implica una nuova ed autonoma attribuzione patrimoniale: la sua causa e la sua intima essenza vanno individuate in funzione dell'intento di eliminare la nullità da cui è inficiata la donazione e di conferire ad essa validità ed efficacia<sup>26</sup>.

Ancora una volta, dunque, si delinea la sostanziale differenza tra atto nullo e atto inesistente<sup>27</sup>. Se è mancato il fatto-donazione

---

<sup>24</sup> MASTROBERNARDINO, *Conferma, e volontaria esecuzione, della donazione orale*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 151; DI LORENZO, *Art. 799 c.c. e la conferma della donazione nulla*, in *Notariato*, 2012, p. 297; ID., *La conferma della donazione nulla*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, p. 781.

<sup>25</sup> Cass., 4 ottobre 2018, n. 24235, in *CED Cassazione*, 2018.

<sup>26</sup> Ciò non toglie che gli eredi, che intendono assicurare al coerede beneficiario di una donazione nulla l'effetto di questa, possano procedere (invece che a una convalida della donazione) alla collazione dei beni donati, attribuendo al coerede in sede di divisione lo stesso bene che gli era stato donato. Cfr. Cass., 29 maggio 1974, n. 1545, cit.

<sup>27</sup> Si tenga presente che, per la donazione orale, non sussistono i dubbi che hanno invece occupato la tematica testamentaria, in ordine alla sua esistenza: si ritiene che il formalismo abbia meno vigore rispetto a quello testamentario e che essa sia per ciò esistente (sebbene nulla). Cfr. GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazio-*

nulla, l'atto eventualmente posto in essere dagli eredi del donante non ha integrato né ratifica dell'atto compiuto in assenza di potere rappresentativo, né convalidazione della donazione nulla *ex art. 799 c.c.*, ma deve qualificarsi quale atto di disposizione autonomo e indipendente degli stessi eredi. Esso ha avuto in comune con il precedente l'oggetto e la persona del destinatario, ma resta pur sempre un nuovo e diverso atto di disposizione e come tale deve essere considerato.

La portata della donazione nulla come mero fatto storico è confermata indirettamente dalla giurisprudenza, quando si pronuncia sull'atto di conferma o il comportamento esecutivo parziali, ossia posti in essere soltanto da uno o da alcuni tra gli eredi o i legatari legittimati: una tale conferma non vale ad escludere la legittimazione degli altri, i quali potranno far valere la nullità della donazione<sup>28</sup>.

La donazione nulla è un fatto considerato dall'ordinamento in quanto racchiude una volontà; il senso della sanatoria risiede proprio nel rispetto di quella volontà. Per questa ragione, mentre è da escludere che sia sanabile la donazione dell'incapace legale o naturale (art. 775 c.c.), è invece da ammettere la conferma, oltre che delle donazioni la cui nullità discende dalla mancanza della forma richiesta dalla legge, anche delle donazioni illecite.

Bisogna però chiedersi fin quando l'omaggio alla volontà del donante possa costituire un interesse talmente meritevole di protezione da derogare al principio *quod nullum est nullum producit effectum*. E poiché si tratta sempre di comparare tra loro interessi protet-

---

*ni*, in *Comm. Scialoja, Branca*, sub artt. 769-809, Bologna-Roma, 1976, p. 457. In giurisprudenza, per la conferma di una donazione orale, Cass., 12 aprile 2018, n. 9091, cit.

Quanto invece alla donazione annullabile, l'art. 799 c.c. non sembra trovare spazio. Non vale qui, infatti, l'obiezione che fa dubitare dell'operatività dell'art. 1444 c.c. (in vece dell'art. 590 c.c.) in materia testamentaria, ossia che si estenderebbe all'atto unilaterale *mortis causa* una norma creata per i contratti. La donazione è un contratto, sicché è indubbio che in caso di sua annullabilità va applicata la regola che il codice ha disposto per tutti i contratti annullabili: quella della convalida *ex art. 1444*.

<sup>28</sup> Cass., 11 agosto 1980, n. 4923, in *Foro it.*, 1981, I, c. 435, con nota di Di LALLA; in *Riv. notar.*, 1981, p. 459: «La conferma o la esecuzione volontaria del testamento nullo o annullabile da parte di uno o alcuni soltanto degli interessati non esclude che gli altri possano far valere la invalidità, nel qual caso la disposizione testamentaria va dichiarata nulla o annullata nei confronti di tutti i soggetti originariamente legittimati ad impugnarla».

ti dall'ordinamento, deve convenirsi che la donazione illecita è sanabile soltanto a patto che l'illiceità non derivi da contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume<sup>29</sup>.

A seguito della conferma, la donazione produce i suoi effetti *ex tunc*. Anche la volontaria esecuzione della donazione nulla impedisce ai coeredi e agli aventi causa del donante di far valere la nullità, da qualunque causa essa dipenda, purché l'esecuzione sia avvenuta nella consapevolezza della causa di nullità<sup>30</sup>.

La nullità, tuttavia, non resta del tutto ininfluente: essa, nella specie, non trasmuta in uno scioglimento (come avviene, invece, per l'art. 2332 c.c.), perché la sanatoria ha efficacia solo tra le parti. È vero che, analogamente a quanto accade per le fattispecie regolate dagli artt. 2332 e 2126 c.c., sono fatti salvi gli effetti prodotti; ma è altrettanto vero che tali effetti non possono pregiudicare i diritti dei terzi acquirenti. Pertanto, gli eventuali atti conservativi o esecutivi, che il creditore abbia posto in essere prima della conferma, sono opponibili anche al donatario<sup>31</sup>.

### 3. *La simulazione matrimoniale*

La novella del 1975 ha ampliato l'ambito delle invalidità matrimoniali evidenziando il momento della scelta, libera e consapevole, di contrarre matrimonio: ha, infatti, disciplinato le ipotesi dell'errore e della simulazione (artt. 122, 123 c.c.).

Prima dell'entrata in vigore dell'attuale testo dell'art. 123, il principio dell'indissolubilità del matrimonio (in epoca antecedente

---

<sup>29</sup> CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 6, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997, p. 585.

<sup>30</sup> Cass., 30 gennaio 2019, n. 2700, in *CED Cassazione*, 2019: «L'esecuzione delle donazioni nulle, disciplinata dall'art. 799 c.c., analogamente a quanto è richiesto, in via generale, dall'art. 1444 c.c. per la convalida dei contratti annullabili, intanto impedisce ai coeredi o aventi causa del donante di fare valere la nullità, da qualunque causa dipendente, in quanto i medesimi, con atti o fatti di contenuto non equivoco, diano volontaria esecuzione alla domanda con la consapevolezza della causa della nullità stessa».

<sup>31</sup> TAMPONI, *La sanatoria della donazione invalida*, in BONILINI (diretto da), *Trattato delle successioni e delle donazioni*, VI, Milano, 2009, p. 1143.

te all'introduzione del divorzio) spingeva la parte prevalente della dottrina a escludere ogni rilevanza alla simulazione matrimoniale: il problema dell'effettività del consenso degli sposi ad onorare il rapporto di matrimonio passava in secondo piano rispetto alla necessità di salvaguardare il matrimonio-atto. La norma introdotta nel '75, la quale sostituisce il testo originario dell'art. 123 c.c. che era dedicato all'invalidità del matrimonio per impotenza, descrive la simulazione del matrimonio come l'accordo con il quale «gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti».

Si tratta di una soluzione legislativa che attua un compromesso tra due opposte esigenze: quella di valorizzare il consenso quale elemento imprescindibile dell'instaurarsi del vincolo coniugale; quella di garantire certezza e stabilità ai rapporti di coniugio. Alla soddisfazione della prima esigenza, tende il diritto di impugnare il matrimonio celebrato in assenza di una effettiva volontà di creare una comunione di vita; la seconda esigenza, invece, ha spinto il legislatore a limitare fortemente tale diritto attraverso la enucleazione di due cause di "sanatoria" del matrimonio simulato. Ancora una volta la salvezza degli effetti prodotti discende da una comparazione tra interessi: «la tutela del consenso incontra un limite nell'esigenza di garantire certezza degli *status* e stabilità del rapporto coniugale, e quest'esigenza dà conto dei limiti molto stretti in cui l'impugnazione è proponibile»<sup>32</sup>.

L'adozione del termine "sposi", in luogo del termine "coniugi", esplicita la necessità che l'accordo simulatorio preceda il matrimonio. Scopo delle parti è di ricavare dal matrimonio uno o più benefici che indirettamente si collegano ad esso, senza però l'intenzione di adempiere i doveri e rivendicare i diritti che caratterizzano una stabile comunione spirituale e materiale di vita. Tali benefici possono essere: la trasmissione di diritti pensionistici, l'ottenimento dell'espatrio, l'acquisto della cittadinanza (sebbene attualmente non vi sia più alcun automatismo tra la celebrazione del matrimonio e l'acquisto dello *status civitatis*: v. *infra*), l'acquisizione del cognome del

---

<sup>32</sup> FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo.*, V, 1, Milano, 2002, p. 634.

marito (art. 143 *bis* c.c.), il conseguimento del visto di ingresso in un paese straniero, l'adeguata sistemazione economica del partner, la legittimazione di un figlio, l'acquisto di un'eredità, ecc.

Tuttavia, il fine o il motivo che spinge a simulare il matrimonio non assume alcun rilievo: conta, esclusivamente, l'accertamento della volontà degli sposi di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti dal matrimonio discendenti e, quindi, di escludere quella comunione di vita che costituisce, invece, elemento indispensabile della fattispecie matrimoniale<sup>35</sup>.

L'art. 123 c.c. ammette solo i coniugi stessi all'impugnazione del matrimonio simulato. Non è legittimato all'azione il pubblico ministero, essendo stata respinta la relativa proposta, avanzata in sede di riforma del diritto di famiglia. L'impugnazione del matrimonio simulato è possibile nel termine di un anno dalla celebrazione e sempre che i contraenti non abbiano convissuto come coniugi.

Discussa è la natura di tale azione, non definita espressamente dalla legge, la quale si limita a sancire che «il matrimonio può essere impugnato». La rubrica della norma, che fa riferimento alla «simulazione», è ritenuta non decisiva. Si sostiene che non possa parlarsi di vera e propria simulazione, giacché il matrimonio simulato

---

<sup>35</sup> I giudici non hanno dubbi sull'irrelevanza dei motivi che spingono le parti alla simulazione: cfr. Trib. Pavia, 15 ottobre 1982, in *Dir. fam. pers.*, 1984, p. 123, con note di Liotta e di Colucci. La casistica giurisprudenziale (v. QUERCI, in FERRANDO, QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, p. 152) presenta ipotesi molto varie di creazione dell'apparenza del vincolo matrimoniale, voluta dalle parti ai seguenti fini: assecondare la volontà di un genitore in fin di vita (Trib. Pavia, 15 ottobre 1982, cit.); esaudire il desiderio dei genitori di regolarizzare una situazione pregressa attraverso il c.d. matrimonio riparatore (Trib. Messina, 28 agosto 1979, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 142, con nota di ARENA, *Simulazione e matrimonio nel nuovo diritto di famiglia*); rendersi autonomi rispetto alla famiglia di origine (Trib. Genova, 11 gennaio 1983, in *Giur. merito*, 1984, I, p. 314, con nota di E. GRECO, *Note in tema di simulazione del matrimonio civile*); ottenere punteggi per l'assegnazione di un alloggio o per poter partecipare a concorsi pubblici (Trib. Napoli, 10 ottobre 1986, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 3194); agire in giudizio per la liberazione di un appartamento dato in locazione (Trib. Padova, 14 dicembre 1987, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 471, con nota di PERRAZZELLI); dare adeguata sistemazione economica alla moglie (Trib. Palermo, 10 novembre 1990 in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 1007); ottenere l'espatrio (Trib. Genova, 18 luglio 1981, in *Giur. it.*, 1982, I, 2, c. 615) o il visto d'ingresso (Trib. Milano, 6 luglio 1978, in *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 113) o la cittadinanza del coniuge (App. Firenze, 22 agosto 1988, *ivi*, 1990, p. 629).



produce tutti i suoi effetti anche in assenza di convivenza purché non sia impugnato entro un anno dalla celebrazione; la simulazione assoluta, al contrario, non produce alcun effetto tra le parti<sup>34</sup>. Né potrebbe parlarsi di simulazione relativa: se così fosse, dovrebbero essere sempre garantiti gli effetti leciti del negozio dissimulato (art. 1414 c.c.).

Ebbene, se l'art. 123 c.c. cristallizza un'ipotesi di simulazione, il matrimonio è nullo per mancanza di un requisito essenziale, il consenso. Per comprenderne la salvezza, quindi, occorrerebbe riconoscere nella norma un'ipotesi di convalida tacita del negozio nullo, assimilabile alle ipotesi previste agli artt. 590 e 799 c.c., poc'anzi esaminate.

Questa soluzione, come visto, non è esente da dubbi. Giova peraltro ricordare che le azioni di impugnativa del matrimonio invalido sono disciplinate, seguendo un elenco di ipotesi ritenute non tassative (perché rimane applicabile la disciplina generale dell'invalidità) dagli artt. 117 ss. c.c., che contemplan ipotesi sia di annullabilità sia di nullità. Con la conseguenza che la legittimità della distinzione tra le due categorie di invalidità è discussa, in ragione del principio, introdotto dalla riforma all'art. 128 c.c., secondo cui gli effetti di un matrimonio, sebbene dichiarato nullo, restano fermi nei confronti dei figli (non incestuosi né frutto di bigamia). Inoltre, si osserva che anche per il matrimonio «nullo» si renderebbe indispensabile, comunque, una sentenza giudiziale costitutiva per eliminare l'effetto, prodotto dal matrimonio e documentato dagli atti dello stato civile, dell'attribuzione dello *status* di coniuge.

Escluso che la norma contempra un'ipotesi di simulazione analoga alla simulazione contrattuale, la dottrina ha elaborato diverse ricostruzioni. Per un orientamento, si tratta di una annullabilità relativa e sanabile<sup>35</sup>. Anche nel caso di simulazione, infatti, così come in

---

<sup>34</sup> Ritengono si tratti di simulazione assoluta, invece, GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2002, II ed., p. 509 ss.; PUCCINI, *Contributo allo studio della simulazione nel matrimonio civile (art. 123 cod. civ.)*, in *Dir. fam. pers.*, 1980, p. 168 ss.

<sup>35</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, tomo II, sub art. 84-158, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 167 s.; IRTI, *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile? Note sulla tecnica delle definizioni legislative*, in *Dir. Giust.*,

quelli di vizi del volere (errore, violenza e dolo) e di difetto di capacità (minore età, interdizione), il vizio può essere sanato dalla convalida delle parti, perché posto a tutela della formazione di un consenso libero e consapevole.

Altri ravvisano un'ipotesi di matrimonio indiretto<sup>36</sup> o di matrimonio fiduciario<sup>37</sup> o fanno ricorso alla figura dell'abuso del diritto<sup>38</sup>.

Continua ad accettare il riferimento alla simulazione, invece, chi accoglie, di questa, una nozione più elastica, idonea appunto a ricomprendere una voluta apparenza negoziale, e quindi anche il matrimonio contratto per fini diversi da quelli tipici. L'indirizzo di pensiero più seguito presso la dottrina recente, così, pur negando l'assimilazione della fattispecie alla vera e propria simulazione del contratto di cui agli artt. 1414 ss. c.c., ammette che trattasi di un caso particolare di simulazione, che condivide con l'istituto generale la presenza del patto di non esecuzione, ma che se ne distingue per la regolamentazione degli effetti, in ragione della specificità della materia matrimoniale<sup>39</sup>.

---

1976, p. 482; PEREGO, *La simulazione nel matrimonio civile*, Milano, 1980, p. 60 ss.

<sup>36</sup> PIETROBON, *sub art. 123*, in *Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi*, I, 1, Padova, 1977, p. 172 ss.

<sup>37</sup> GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, in *Temi*, 1951, p. 325 ss., nonché in *Studi in onore di Cicu*, Milano, 1951, p. 574 ss., il quale sottolinea che «le parti vogliono la celebrazione del matrimonio, ma non mirano ad acquistare l'oggetto che per legge è proprio del matrimonio e cioè che il matrimonio produca effetti fra loro»: come nella fiducia, esse vogliono il matrimonio allo scopo di acquistare una capacità o una condizione giuridica, ma senza «l'intento pratico diretto all'oggetto del consenso matrimoniale».

<sup>38</sup> COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 686 ss.

<sup>39</sup> SACCO, voce *Simulazione*, (diritto civile), in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992, p. 9 ss.; MANTOVANI, *La simulazione del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia, Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, Torino, 1997, p. 424; LIOTTA, *Sulla simulazione del matrimonio civile*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 1282 ss.; PUCCINI, *Matrimonio "di fatto" e matrimonio "nullo" per simulazione: un connubio difficile*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 621 ss.; SCOZZAFAVA, *Il matrimonio simulato nell'ordinamento civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 659.

In giurisprudenza, prima della riforma del diritto di famiglia, si escludeva la configurabilità di una simulazione matrimoniale. Con l'introduzione codicistica dell'istituto, il matrimonio simulato è stato considerato nullo da Trib. Pavia, 14 dicembre 1987; Trib. Modena, 23 gennaio 1987; Trib. Pavia, 15 ottobre 1982; Trib. Napoli, 10 ottobre 1986; Trib. Messina, 28 agosto 1979; è stato ritenuto annullabi-

Si discute se il patto simulatorio contemplato dalla norma debba necessariamente riguardare tutti i diritti e i doveri discendenti dal matrimonio, o se, perché la disposizione sia applicabile, sia sufficiente che le parti convengano la non esecuzione di singoli obblighi o diritti determinati. Nel primo senso, è l'orientamento preferibile<sup>40</sup>, secondo il quale il patto diretto ad escludere specifici aspetti della vita matrimoniale non dà luogo alla simulazione del matrimonio, sicché quest'ultimo rimane valido, mentre il patto di non esecuzione è senza effetti: valgono, infatti, l'art. 108 c.c., che vieta di apporre termini o condizioni al matrimonio, e l'art. 160 c.c., secondo cui i diritti e i doveri matrimoniali non sono derogabili. Un diverso orientamento, invece, ammette la configurabilità della simulazione parziale<sup>41</sup>. Una idea intermedia distingue tra doveri essenziali e non essenziali: solo il patto diretto alla non attuazione dei doveri essenziali comporterebbe l'invalidità del matrimonio per simulazione<sup>42</sup>. Evidente è la difficoltà aggiuntiva imposta da tale te-

---

le da Trib. Napoli, 7 giugno 1984; Trib. Genova, 11 gennaio 1983, in *Giur. merito*, 1984, p. 314, con nota di E. GRECO, *Note in tema di simulazione del matrimonio civile*. Per Trib. Napoli, 7 giugno 1984, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 3436, «la simulazione del matrimonio di cui all'art. 123 c.c. disciplina una ipotesi di annullamento nell'interesse dei contraenti per una causa specifica, costituita dall'illiceità, consensuale preordinazione della esclusione della società coniugale fra i nubendi, una volta sposati; tale accordo, ove sussista la concorde dichiarazione dei coniugi, può essere provato con ogni mezzo». Trib. Padova, 14 dicembre 1987, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 471, con nota di PERRAZZELLI, ha invece sostenuto che «l'azione di simulazione di matrimonio dà luogo ad azione di nullità relativa e non di annullamento e non costituisce ipotesi di negozio indiretto».

<sup>40</sup> LIOTTA, *Sulla simulazione del matrimonio civile*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 1300; PIETROBON, sub art. 123, in *Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi*, I, 1, Padova, 1977, p. 172 ss.; QUERCI, in FERRANDO, QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, p. 156; IRTI, *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile? Note sulla tecnica delle definizioni legislative*, in *Dir. e giust.*, 1976, p. 481; CONTE, *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1999, p. 73; FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002, p. 630 s.

<sup>41</sup> TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Torino, 1978, p. 174; VISALLI, *Profili giuridici della simulazione del matrimonio*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 1027; DEL PASQUA, *La simulazione matrimoniale*, in *Giust. civ.*, 1978, IV, p. 99.

<sup>42</sup> NICOLÒ, *La simulazione nel matrimonio nel quadro della nuova legge sul diritto di famiglia*, in *Quaderni romani diritto canonico*, diretti da Fedele, I, Roma, 1977, p. 61; PEREGO, *La simulazione nel matrimonio civile*, Milano, 1980, p. 60 ss.

si: occorre capire quali doveri siano essenziali e quali secondari; di solito, si è concordi nel ritenere essenziale il dovere di coabitazione, mentre più dubbi sono i casi del dovere di fedeltà e del dovere di assistenza.

Gli autori che escludono che la norma in esame si riferisca ad una vera e propria simulazione si dividono tra chi trova, in ciò, una conferma della inammissibilità nell'ordinamento di una simulazione assoluta del matrimonio<sup>43</sup>, e chi, invece, ritiene che la simulazione assoluta sia ancora ammissibile in base ai principi generali. Seguendo questa seconda scia, si identifica la "vera" simulazione, comportante la nullità del matrimonio, nelle ipotesi in cui le parti contraggono le nozze senza avere la volontà di divenire marito e moglie<sup>44</sup> e, quindi, quando dalla fattispecie emerge la totale mancanza di consenso matrimoniale, imprescindibile per la validità del matrimonio: in tal caso, non sono applicabili le decadenze e le sanatorie di cui alla norma in esame.

Tradizionalmente, alla configurazione della simulazione assoluta del matrimonio si opponeva la qualifica del matrimonio come atto del potere statale, che si forma, oltre che per volontà delle parti, con la volontà espressa dall'ufficiale di stato civile<sup>45</sup>. Questa obiezione, che si fonda su di una sopravvalutazione della funzione dell'ufficiale di stato civile, è però superata dalla considerazione che la dichiarazione di quest'ultimo non manifesta una volontà, ma si limita a certificare l'avvenuto completamento del procedimento amministrativo diretto alla formazione del vincolo coniugale<sup>46</sup>. E poiché si tratta di una certificazione che riguarda quanto appare *ex actis*, e giammai l'effettività delle volontà espresse dai nubendi, può essere comunque provato che le parti non volevano il matrimonio, con la conseguenza che, fornita tale prova, il matrimonio deve essere dichiarato

---

<sup>43</sup> PIETROBON, *op. cit.*, p. 176; COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 686; IRTI, *ult. op. cit.*, p. 481.

<sup>44</sup> PEREGO, *La simulazione nel matrimonio civile*, Milano, 1980, p. 99 ss.; F. FINOCCHIARO, *Appunti sulla simulazione nel matrimonio civile*, in *Giur. it.*, 1980, p. 172.

<sup>45</sup> V. ad es. BIGIAVI, *Sulla nullità del matrimonio per simulazione*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, c. 359; CONSOLI, *La simulazione assoluta nell'ordinamento matrimoniale italiano*, in *RDMF*, 1958, p. 23.

<sup>46</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 175.

nullo per mancanza del requisito essenziale del consenso. Si avrebbe simulazione assoluta, in definitiva, tutte le volte che il consenso matrimoniale sia *totalmente* assente.

Integra una ipotesi di nullità assoluta ed insanabile per mancanza di consenso matrimoniale, e non una ipotesi di simulazione, il matrimonio contratto per gioco<sup>47</sup>.

### 3.1. *La sanatoria del matrimonio*

Due sono le cause di sanatoria previste dall'art. 123 c.c.: si tratta di ipotesi diverse, autonome l'una dall'altra<sup>48</sup>.

La prima causa di sanatoria è costituita dalla decorrenza di un anno dalla celebrazione del matrimonio senza che sia stata promossa l'impugnativa. Il termine annuale è tassativo. Questa ipotesi è stata accusata in dottrina di dubbia costituzionalità in riferimento agli artt. 3 e 39 Cost., perché nelle altre ipotesi di volontà imperfetta o viziata (artt. 119, 120 e 122 c.c.) la decadenza dell'azione di nullità e la conseguente sanatoria non sono collegate al mero decorrere dell'anno, ma alla continuativa coabitazione delle parti nel corso dell'anno; inoltre, il termine annuale di cui alla norma in esa-

---

<sup>47</sup> Trib. Milano, 24 ottobre 1974; Trib. Modena, 23 gennaio 1987, in *Foro it.*, 1988, I, c. 966 (nella specie, si trattava di matrimonio contratto all'estero, con la reciproca consapevolezza, da parte dei nubendi, di esser vincolati da precedenti matrimoni).

<sup>48</sup> Come chiarito da Cass., 5 febbraio 1988, n. 1262, in *Rep. Foro it.*, 1988, *Matrimonio*, n. 138: «L'art. 123, 2° comma c.c., il quale nega l'azione di simulazione del matrimonio quando sia decorso un anno dalla celebrazione, ovvero si sia verificata la convivenza dei coniugi, detta due norme autonome e distinte, in quanto la prima attiene all'apposizione di un limite temporale all'esercizio dell'impugnazione, mentre la seconda assegna rilevanza alla costituzione del consorzio coniugale, ancorché in pendenza di quel termine, quale fatto di per sé idoneo a superare od elidere il pregresso accordo simulatorio». Nella specie, con riguardo alla pronuncia della corte d'appello, che aveva negato la delibazione della sentenza di nullità del matrimonio concordatario resa dal tribunale ecclesiastico per l'esclusione di un *bonum matrimonii*, sul rilievo dell'inosservanza di entrambe dette disposizioni, previa qualificazione delle stesse come norme di ordine pubblico, la Suprema Corte ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per cassazione, che aveva contestato tale qualificazione solo con riferimento al limite temporale, stante la configurabilità di due diverse ragioni della decisione e la idoneità di quella non censurata a sorreggere la decisione medesima.

me decorre dalla celebrazione, e non, come accade nelle altre ipotesi enunciate, dal venir meno della causa che ha determinato gli sposi a contrarre matrimonio. Si è quindi ritenuto ingiustificato che una volontà matrimoniale limitata, come quella considerata dall'art. 123 c.c., «possa essere integrata e sanata dal solo decorso del tempo e in mancanza di un comportamento attuoso delle parti, che dimostri l'esistenza di un'effettiva volontà matrimoniale, idonea ad escludere l'effetto invalidante del precorso accordo simulatorio, diretto all'inadempimento degli obblighi e al non esercizio dei diritti discendenti dalla celebrazione nuziale»<sup>49</sup>.

Altra dottrina<sup>50</sup> ha invece ritenuto giustificata la *ratio* del diverso trattamento «alla luce della scelta di attribuire rilevanza, nella fattispecie dell'art. 123 c.c., all'accordo simulatorio in sé e per sé – in quanto rivolto alla mancata attuazione del rapporto coniugale – a prescindere da una valutazione delle ragioni che hanno indotto gli sposi alla celebrazione; ciò che distingue la previsione in commento rispetto alle altre cause di invalidità, nelle quali, essendo il rimedio accordato in considerazione del motivo che ha determinato gli sposi a contrarre matrimonio, appare soluzione coerente quella di far decorrere il termine per l'impugnazione dall'accertamento del venir meno della causa di invalidità».

La brevità del termine di decadenza, che ha fatto lamentare una eccessiva privatizzazione della fattispecie matrimoniale, rischia di depotenziare l'efficacia deterrente dell'azione rispetto alla celebrazione di matrimoni fittizi, in una fase storica, peraltro, in cui a causa della crescente immigrazione, aumenta l'esigenza di ordine pubblico di arginare il fenomeno. Tuttavia, va ricordato che l'art. 5 della l. 5 febbraio 1992, n. 91, ammette il coniuge di un cittadino a richiedere la cittadinanza italiana soltanto se abbia risieduto per un periodo di almeno sei mesi in Italia nella qualità di coniuge; oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio, se non vi sia stato, nel frattempo,

---

<sup>49</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 170; nello stesso senso F. FINOCCHIARO, *Appunti sulla simulazione del matrimonio civile*, in *Giur. it.*, 1980, c. 44. La tassatività del termine annuale di decadenza è stata affermata da Trib. Bari, 22 gennaio 1981; Trib. Genova, 18 luglio 1981.

<sup>50</sup> MANTOVANI, *La simulazione del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*, Tratt. Bonilini, Cattaneo, I, Torino, 1997, p. 465 s.

scioglimento, annullamento o cessazione degli effetti civili e se i coniugi non si siano separati legalmente, senza riconciliarsi<sup>51</sup>.

La seconda modalità di sanatoria attribuisce effetti alla convivenza, che non deve essere necessariamente protratta nel tempo (come accade per i casi previsti dagli artt. 119, 120 e 122 c.c.): è sufficiente che i due soggetti «abbiano convissuto come coniugi successivamente alla celebrazione».

La legge, qui, non richiede la semplice coabitazione; l'effetto sanante è prodotto solo dalla convivenza come coniugi, ossia dall'esercizio dei diritti e dall'adempimento degli obblighi derivanti dal matrimonio, anche per un solo giorno.

Si richiamano, in proposito, gli obblighi e i diritti che derivano dal matrimonio ai sensi dell'art. 143 c.c., norma che, come noto, attua il principio costituzionale (art. 29 Cost.) in base al quale «il matrimonio è ordinato sull'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi». La norma codicistica, in particolare, dopo aver disposto al comma 1 che: «con il matrimonio il marito e la moglie acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri», chiarisce, al comma 2, quali siano i reciproci obblighi a carico dei coniugi: fedeltà, assistenza, collaborazione e coabitazione.

L'obbligo di fedeltà non si riduce alla mera astensione da relazioni sentimentali o da rapporti sessuali con terzi, ma va inteso in senso più ampio, quale dedizione spirituale all'altro coniuge<sup>52</sup>. Si tratta di un obbligo rilevante anche in sede di separazione con adde-

---

<sup>51</sup> V. ampiamente MOROZZO DELLA ROCCA, *Simulazione, matrimonio di comodo e cittadinanza*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 955 ss.

<sup>52</sup> La giurisprudenza riconduce la fedeltà ai principi di lealtà: «Il dovere di fedeltà, collocato dall'art. 143 c.c. tra gli obblighi nascenti dal matrimonio, consiste nell'impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, che dura quanto dura il matrimonio e non deve essere inteso soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali. È a dir poco riduttivo concepire quel dovere come mera astensione dall'adulterio. In effetti la nozione di fedeltà coniugale va avvicinata a quella di lealtà, la quale impone di sacrificare gli interessi e le scelte individuali di ciascun coniuge che si rivelino in conflitto con gli impegni e le prospettive della vita comune. In questo quadro la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia che si traduce nella capacità di saper sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si forma» (Cass., 18 settembre 1997, n. 9287, in *Fam. e dir.*, 1998, p. 10, con nota di MORA).



bito, persino quando l'infedeltà sia soltanto apparente e tuttavia lesiva della dignità del coniuge tradito, tenuto conto del contesto sociale nel quale il sospetto del tradimento è sorto. (Sono state abrogate, invece, le norme, artt. 559 e 560 c.p., che sancivano sanzioni penali in caso di adulterio o concubinato).

Quanto all'obbligo di assistenza morale, è stato affermato dai giudici che la condotta del coniuge, consistente nell'ingiustificato rifiuto di aiuto e conforto spirituale, con la volontaria aggressione della personalità dell'altro, per annientarla, deprimerla, o comunque ostacolarla, integra violazione dei doveri che derivano dal matrimonio, e giustifica una pronuncia di separazione personale con addebito, secondo la previsione dell'art. 151, comma 2, c.c.<sup>53</sup>.

Nell'obbligo di assistenza, che va inteso quale dovere reciproco di ciascun coniuge di soddisfare le esigenze materiali e morali dell'altro, va incluso il dovere di contribuzione incombente sul coniuge che gode di un reddito maggiore; a questo dovere si connette, anche, quale espressione del principio di solidarietà familiare, l'obbligo di collaborazione nell'interesse della famiglia. Infine, i coniugi sono tenuti, inderogabilmente, a mantenere la continuità della vita in comune, e quindi ad abitare nella stessa casa, salva la possibilità di assentarsi per brevi periodi.

Se gli atteggiamenti predetti sono stati osservati, allora i contraenti avranno "convissuto come coniugi", e ciò, sul piano sostanziale, varrà a sanare l'eventuale negozio invalido derivante dall'ac-

---

<sup>53</sup> Cass., 7 giugno 1982, n. 3437, in *Mass. Giur. it.*, 1982; Cass., 23 marzo 2005, n. 6276, in *Foro it.*, 2005, c. 2994, ha stabilito che «il rifiuto, protrattosi per ben sette anni, di intrattenere normali rapporti affettivi e sessuali con il coniuge costituisce gravissima offesa alla dignità e alla personalità del partner e situazione che oggettivamente provoca senso di frustrazione e disagio, spesso causa, per come è notorio, di irreversibili danni sul piano dell'equilibrio psicofisico. Consimile contegno, pertanto, configura e integra violazione del dovere di assistenza morale e materiale sancito dall'art. 143 c.c., nella cui nozione sono da ricomprendere tutti gli aspetti di sostegno nei quali, con riferimento anche alla sfera affettiva, si estrinseca il concetto di comunione; si tratta, peraltro, di quel legame sentimentale sul quale realmente può reggersi e prosperare il rapporto di coppia. Ove volontariamente posto in essere, il rifiuto alla assistenza affettiva ovvero alla prestazione sessuale non può che costituire addebitamento della separazione, rendendo impossibile all'altro il soddisfacimento delle proprie esigenze di vita dal punto di vista affettivo e l'esplicitarsi della comunione di vita nel suo profondo significato».



cordo simulatorio; sul piano processuale, poi, la convivenza vale a pregiudicare la prova di tale accordo, e può anzi far presumere la sua inesistenza, «essendo difficile pensare che vi sia un accordo simulatorio sugli effetti del matrimonio, quando le parti abbiano cominciato ad esercitare i diritti e ad adempiere agli obblighi da esso derivati»<sup>54</sup>.

In caso di contestazione, l'onere di provare che non sono stati rispettati i comportamenti summenzionati, e che quindi non si trattava di convivenza ma di mera coabitazione, graverà sull'attore.

L'art. 123 c.c. ammette soltanto i coniugi all'impugnativa del matrimonio. Per chi ravvisa la sanzione nell'annullamento del matrimonio, si tratta di una conferma: come in tutti i casi di annullabilità, la legittimazione spetta solo ai soggetti a favore dei quali l'azione è predisposta. Manca invece, nella specie, un interesse dei terzi o di ordine generale all'accertamento della realtà sottostante a una celebrazione formalmente valida; con la conseguenza che la legge ha escluso la legittimazione attiva e dei terzi e del pubblico ministero: «L'accordo, volto a escludere diritti e obblighi nascenti dal matrimonio è un affare *privatissimo* delle due parti»<sup>55</sup>.

#### 4. *La dichiarazione di invalidità del matrimonio dopo la morte di un coniuge*

L'art. 125 c.c. preclude l'azione di nullità (o di annullamento) al p.m. dopo la morte di un coniuge. Sotto il profilo processuale, la norma mira all'economia dei giudizi: non avrebbe utilità concreta dichiarare la invalidità di un matrimonio che, a causa della morte di una delle parti, si è già sciolto. Sotto il profilo sostanziale, scopo della preclusione è la conservazione degli *status* personali rimasti improduttivi di effetti giuridici nei rapporti personali.

---

<sup>54</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 171.

<sup>55</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 173. *Contra* PEREGO, *La simulazione nel matrimonio civile*, Milano, 1980, p. 107, e VISALLI, *Profili giuridici della simulazione del matrimonio*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 1439, i quali estendono la legittimazione attiva al p.m. ed a qualsiasi interessato.

Verificatasi la morte di un coniuge, l'azione di nullità non può essere "promossa" dal pubblico ministero, ma ciò non escluderebbe, per un autore<sup>56</sup> che essa possa essere proseguita se era stata da lui già promossa prima della morte: iniziato il giudizio, l'intercorso decesso di una delle parti non impedirebbe al p.m. di portarlo avanti sino alla formazione del giudicato, anche proponendo, se del caso, appello o ricorso per cassazione. In senso contrario si esprime, però, la dottrina maggioritaria, la quale ritiene che il decesso di un coniuge nel corso del procedimento precluda al p.m. la prosecuzione del giudizio, destinato quindi ad estinguersi<sup>57</sup>.

A sua volta, l'art. 127 c.c. consente agli eredi di subentrare nella titolarità dell'azione di impugnazione del matrimonio (a patto che il giudizio fosse già pendente alla morte dell'attore).

Detta norma consacra un'eccezione al principio del rapporto successorio, in base al quale l'erede subentra in tutti i rapporti patrimoniali ma non in quelli personali. La *ratio* è analoga a quella di cui all'art. 125 c.c., che preclude l'azione al p.m. dopo la morte di un coniuge<sup>58</sup>: anche agli eredi l'azione di impugnazione compete solo se il giudizio diretto ad impugnare il matrimonio è già pendente alla morte dell'attore. Infatti, se il *de cuius* aveva già impugnato il matrimonio, il diritto di azione da lui esercitato entra a far parte del compendio ereditario, con conseguente facoltà dell'erede di proseguire il giudizio. Si evita, così, che vengano intrapresi giudizi che a causa della morte di uno dei coniugi sono divenuti inutili, e nel contempo si concretizza il *favor* per la conservazione degli *status* personali. La regola, peraltro, è coerente col principio di cui all'art. 110 c.p.c.: l'erede che abbia, espressamente o tacitamente, accettato l'eredità non può legittimamente qualificarsi terzo rispetto al *de cuius*, non potendosi considerare tale colui che subentri al defunto in tutti i pregressi rapporti giuridici, poiché l'oggetto della delazione ereditaria si sostanzia proprio nel complesso dei rapporti giuridici trasmissibili, dei quali viene mantenuta la continuità con il mezzo

<sup>56</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 180.

<sup>57</sup> Per la soluzione negativa si è espressa anche una risalente pronunzia della Corte di legittimità: Cass., 28 settembre 1955, n. 2671, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1937.

<sup>58</sup> F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 180.

tecnico del subingresso del chiamato nella posizione del precedente titolare, senza alcun mutamento (a parte la modificazione soggettiva) né dell'oggetto, né del titolo del singolo rapporto. Ne consegue che, verificatasi la successione nel processo, espressamente prevista dall'art. 100 c.p.c., sotto il profilo sostanziale si determina, in capo all'erede, la trasmissione della medesima situazione attiva o passiva già propria del *de cuius*, che deve essere accertata nei confronti del medesimo erede, senza che possa assumere rilievo alcuno la vicenda della morte del precedente titolare. Pertanto, seppure agisce in giudizio a tutela di diritti già facenti capo al *de cuius*, «l'erede esercita diritti ormai propri, il cui carattere ereditario attiene solo al titolo dell'acquisto e resta irrilevante rispetto alla legittimazione ad agire».

In definitiva, l'art. 127 c.c. presuppone che il matrimonio sia stato impugnato da uno dei coniugi, al quale spettava la relativa legittimazione, e che detto coniuge sia morto nel corso del giudizio<sup>59</sup>. Il limite di cui alla norma, quindi, vale solo quando legittimato all'impugnazione era il *de cuius* (v. artt. 120, 122, 123 c.c.), e gli eredi subentrano nella sua posizione. La disposizione non riguarda, invece, i casi in cui gli eredi sono personalmente e direttamente legittimati all'esercizio delle azioni di impugnazione (artt. 117 e 119 c.c.), vale a dire quando la legge stabilisce la legittimazione di tutti coloro che abbiano un interesse legittimo ed attuale all'impugnativa. Sotto questo profilo, la norma è stata criticata, perché non consentirebbe, ad esempio, di reagire al matrimonio contratto da una persona molto anziana, potenzialmente incapace o, comunque, maggiormente soggetta ad inganni e violenza, con una persona più giovane che miri ad accaparrarsi l'eredità in danno dei familiari dell'altro coniuge. La disciplina in parola, pertanto, andrebbe modificata, in modo da concedere il promovimento dell'impugnativa in tutti i casi nei quali il coniuge deceduto fosse ancora nei termini per agire in giudizio.

---

<sup>59</sup> App. Roma, 19 aprile 2002, in *Arch. civ.*, 2002, p. 1323, con nota di SANTARSIERE: «Intrapreso il giudizio per la dichiarazione di nullità del matrimonio, se la parte attrice legittimata venisse a morte, l'azione stessa si trasmetterebbe ai suoi eredi».

Nel caso di morte del coniuge *convenuto* nel giudizio di nullità, si seguono le normali regole processuali, sicché è data facoltà all'attore di riassumere il giudizio nei confronti degli eredi del coniuge defunto.

Gli eredi che proseguono il giudizio perseguono l'interesse del *de cuius* oltre la morte di lui.

Essi perseguono anche, però, un interesse proprio, perché con la dichiarazione di invalidità del matrimonio otterrebbero l'esclusione del coniuge superstite dal novero dei legittimari. Si pensi, ad esempio, all'interesse che avrebbero i figli a proseguire l'azione di impugnazione del matrimonio: innanzi tutto, essi eviterebbero, con l'annullamento del matrimonio, che al coniuge siano attribuiti i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano (se di proprietà del defunto o comuni). Inoltre, se chi muore lascia, oltre al coniuge, un solo figlio, legittimo o naturale, quest'ultimo sarà spinto a proseguire il giudizio di impugnazione perché, altrimenti, al coniuge del *de cuius* spetterebbe un terzo del patrimonio. Se i figli, legittimi o naturali, sono più di uno, essi avranno interesse ad evitare che il coniuge abbia in eredità per legge un quarto del patrimonio del defunto (art. 542 c.c.). Se, infine, chi muore non lascia né figli legittimi né figli naturali, ma ascendenti legittimi e il coniuge (art. 544 c.c.), i primi avranno tutto l'interesse alla continuazione del giudizio giacché, se l'azione non viene seguita (o se la domanda di annullamento o nullità del matrimonio viene respinta), ad essi è riservato solo un quarto del patrimonio, mentre al coniuge, rimasto tale, ne spetterà la metà.

Senonché, va altresì considerato che, impugnando il matrimonio, gli eredi faranno anche cadere i presupposti che devono coesistere ai fini della collazione: la qualità ereditaria (sempre che il coniuge non fosse istituito per testamento, giacché in tal caso sarebbe comunque chiamato all'eredità a prescindere dal suo *status*); lo *status* di coniuge. La convenienza di una simile operazione dipenderà dalle donazioni fatte in vita dall'ereditando: se il coniuge superstite era stato beneficiario di cospicue liberalità (non dispensate), allora sarà più conveniente, ai coeredi, non intaccare la validità del matrimonio. Infatti, così, il coniuge sarà costretto a valutare se accettare l'eredità e conferire le donazioni alla massa, oppure trattenere le donazioni ma rinunciare all'eredità. Viceversa, la dichiarazione di invalidità del matrimonio, provocando il venir meno dello *status* coniugale, consentirebbe agli eredi di agire in riduzione senza che il convenuto possa opporre il rispetto della propria quota di legittima,

ma precluderebbe loro il diritto alla restituzione alla massa ereditaria quale conferimento *ex collazione*.

5. *Il contratto di convivenza: dalla nullità del contratto tipico alla validità dell'atipico (come "patto di convivenza")*

L'autonomia privata familiare e la meritevolezza dei contratti con causa familiare o parafamiliare, già riconosciute dalla giurisprudenza, sono oggi positivizzate dalla legge 76/2016, con particolare incidenza ai commi 50 e 53, art. 1<sup>60</sup>.

Anche in tale ambito, il tema della salvezza degli effetti prodotti dall'atto ed il principio *quod nullum est nullum producit effectum* devono confrontarsi con gli interessi, pubblici e privati, in gioco. Nella specie, va altresì considerato in che misura e con quali modalità le trasformazioni sociali riconosciute e legittimate dalla Riforma che disciplina le Nuove famiglie, nonché l'ampio mandato al giudice che essa conferisce attraverso le clausole generali, si rapportino ai limiti che l'ordinamento stesso pone all'autonomia familiare, ossia all'esplicazione dell'autonomia privata da parte dei membri del consorzio familiare, sia esso matrimonio, unione civile o convivenza.

L'analisi dei limiti generali posti dall'ordinamento, tanto più delicata quanto più si conceda spazio all'autonomia contrattuale in ambito familiare, è analisi non meramente teorica, ma che incide dall'interno la prassi operativa, a causa della «rilevanza di quegli aspetti che assumono portata centrale nella materia familiare, ossia la rilevanza dei principi generali dell'ordinamento, con conseguenti limiti di ordine pubblico, e il ruolo centrale da attribuire al giudice nella dinamica familiare, ruolo che in maniera insufficiente e meno intensamente trova risposta nella disciplina generale del contratto»<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1771; MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, p. 7; SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, p. 1071.

<sup>61</sup> ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, p. 1570.

Connotati qualificanti del contratto tipico di convivenza sono la sua opponibilità ai terzi e la forma.

Al di fuori del nuovo contratto tipico introdotto ai commi 50 ss., art. 1, resta però la possibilità di concludere, alla luce del principio di autonomia privata, un contratto di convivenza atipico<sup>62</sup>, che la dottrina ha iniziato per comodità a qualificare come “patto di convivenza”, al fine di distinguerlo dal vero e proprio “contratto di convivenza” tipizzato dalla legge Cirinnà.

È patto di convivenza quello stipulato in difetto di uno dei requisiti previsti dal comma 36, art. 1, legge cit.<sup>63</sup>

Ciò nondimeno, può trattarsi anche di un contratto redatto ai sensi dei commi 50 ss. art. 1, che però risulti nullo per mancanza di uno dei requisiti di legge: ebbene questo contratto di convivenza è, ai sensi della legge Cirinnà, un contratto nullo.

Ma se illiceità non attiene al suo risultato e non discende da contrarietà all’ordine pubblico o al buon costume, la nullità del contratto di convivenza non può compromettere gli effetti che sono stati prodotti, invece, dall’atipico contratto in cui il negozio nullo si sia convertito.

Nel confronto tra gli interessi in gioco, va considerato che detto contratto atipico rappresenta l’unica possibilità riservata ai soggetti che diano vita alle convivenze c.d. libere o non regolamentate, giacché il contratto tipico è riservato dalla legge 76/2016 ai soli “conviventi di fatto” che possiedano i prescritti requisiti, pena la nullità: per il comma 57 lett. b) art. 1, il contratto stipulato in «violazione del comma 36» è affetto da nullità insanabile.

L’accesso al contratto tipico non è consentito ai conviventi che seppure qualificabili come “conviventi di fatto” ai sensi del com-

---

<sup>62</sup> Per VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1189, è possibile (e, per alcuni aspetti, consigliabile) continuare ad utilizzare modelli atipici di contratti di convivenza.

<sup>63</sup> Il professionista incaricato della stipula, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti di legge, dovrà farsi consegnare dalle parti i certificati anagrafici attestanti l’inesistenza degli impedimenti (parentela, affinità, adozione, vincoli matrimoniali o derivanti da unione civile) e l’avvenuta dichiarazione all’anagrafe ex artt. 4 e 13, comma 1, lett. b), d.p.r. n. 223/1989; tali documenti potranno anche essere sostituiti da altrettante autocertificazioni (PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, p. 1749).

ma 36, non abbiano rilasciato la dichiarazione anagrafica di cui al successivo comma 37. Sia i soggetti privi dei requisiti previsti dalla l. 76/2016 sia i conviventi “non registrati” non possono, pertanto, stipulare un contratto di convivenza *ex* comma 50, ma soltanto un patto di convivenza, libero dagli obblighi formali imposti dalla legge Cirinnà (comma 51) (ferme le prescrizioni in tema di forma in generale qualora incida su diritti reali immobiliari), ma non iscrivibile all’Anagrafe e, dunque, con valenza puramente “interna” limitata ai rapporti tra partner: il patto di convivenza non ha efficacia verso i terzi.

L’esclusiva efficacia *inter partes* ne limita fortemente la portata: diventa praticamente inutile, ad esempio, un’eventuale clausola riproduttiva del regime di comunione legale, giacché soltanto la scelta del regime patrimoniale adottata nel contratto tipico di cui ai commi 50 ss., art. 1 l. 76/2016 è opponibile (sebbene non possa sottacersi l’inadeguatezza del sistema pubblicitario previsto). Se ai partner fosse consentito adottare un regime di comunione, e quindi prevedere gli acquisti congiunti, esso avrebbe effetti soltanto *inter partes*. A tale possibilità si frappone però un duplice ostacolo: si ritiene che l’autonomia privata non possa spingersi fino a incidere sulle regole della responsabilità personale e patrimoniale e di automatico subingresso negli acquisti<sup>64</sup>; un simile patto, che prevedesse la caduta in comunione di tutti i futuri acquisti, sarebbe nullo per indeterminazione dell’oggetto, anche qualora avesse effetti meramente obbligatori<sup>65</sup>.

È forse anche per questa ragione che il patto di convivenza (inteso come contratto atipico tra conviventi), già ammesso da diversi anni in quanto meritevole di interesse *ex* art. 1322, comma 2, c.c., non ha finora riscosso successo e, anzi, è spesso utilizzato più per fini di protezione patrimoniale a danno dei creditori che per soddisfare effettive esigenze di sostegno del partner debole.

Inoltre, e infine, occorre marcare una ulteriore differenza tra contratto di convivenza e patto di convivenza: il primo, oramai di-

---

<sup>64</sup> SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001, p. 199.

<sup>65</sup> BIANCA, *Diritto civile. 2. La famiglia*, Milano, 2017, p. 354.

venuto un contratto tipico, non sarà assoggettato al vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c.; lo sarà per contro il secondo.

Parimenti, il giudizio di meritevolezza colpirà l'accordo che appaia come un contratto di convivenza ma, in quanto snaturato dalla mancanza di uno o più presupposti di legge, da contratto tipico nullo si converta nell'atipico patto di convivenza.

In questo caso, la nullità travolge con effetti retroattivi gli effetti del contratto di convivenza, ma non quelli del patto di convivenza in cui il primo deve ritenersi essersi convertito.

La portata distruttiva dell'operare del principio *quod nullum est nullum producit effectum* in ordine agli effetti espansivi degli acquisti che erano stati prodotti dall'eventuale regime di comunione è nota: gli acquisti del coniuge non partecipante all'atto dovranno considerarsi in proprietà esclusiva del solo coniuge acquirente. Una soluzione, questa, che avrebbe dovuto forse essere oggetto di maggior riflessione, anche in ordine alla protezione dei terzi, e la cui severità, tipica di una nullità classica retroattiva, confligge con la diversa soluzione regolata dagli artt. 191 ss. per i casi di scioglimento del contratto (risoluzione o recesso *ex* commi 59-63, art. 1) e per l'ipotesi della stessa cessazione della convivenza.

## 6. *Cenni sulla sanatoria delle delibere assembleari nulle*

Se si analizza l'attuale tenore degli artt. 2377 ss. c.c., si evince che vi sono significative deviazioni dalle regole ordinarie vigenti nel diritto civile: l'annullamento di una delibera viziata non può aver luogo se la stessa viene sostituita con altra esente da vizi (sanatoria nel merito); ugualmente accade per il caso di nullità; la nullità di deliberazioni derivante da mancata convocazione o da mancanza del verbale è sanabile (pur trattandosi di nullità) nei casi indicati dall'art. 2379 *bis* c.c. (sanatoria nel merito); l'azione di annullamento è sottoposta a termine di decadenza (sanatoria in rito); l'azione di nullità è sottoposta a prescrizione triennale (sanatoria in rito); fa eccezione il caso residuale di nullità derivante da modifica dell'ogget-



to sociale prevedendo attività illecite o impossibili); il giudice può rilevare d'ufficio la nullità di una deliberazione, ma solo nei casi e con gli stessi termini temporali sopra indicati; tutte le azioni di invalidità (annullamento e nullità), riguardanti deliberazioni su alcuni specifici oggetti, sono inoltre soggette a brevi o brevissimi termini di decadenza (art. 2379 *ter* c.c.); l'annullamento o la dichiarazione di nullità delle deliberazioni di approvazione del bilancio non possono essere chiesti dopo l'approvazione del bilancio successivo *ex* art. 2434 *bis* c.c. (sanatoria che si verifica anche in caso di oggetto illecito: bilancio falso).

L'ultima prerogativa irrinunciabile della nullità congegnata dal codificatore, comune a tutte le ipotesi di nullità, sembrava essere la imprescrittibilità dell'azione. La Riforma delle società di capitali e cooperative del 2003 ha però cancellato, per le delibere assembleari nulle, anche questa caratteristica: ai sensi dell'art. 2379 c.c. esse sono impugnabili entro tre anni<sup>66</sup>.

Più precisamente, le deliberazioni che modificano l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili possono essere impugnate senza limiti di tempo, così come senza limiti di tempo può essere rilevata la nullità d'ufficio dal giudice. Per le altre nullità previste dalla norma e derivanti dalla mancata convocazione dell'assemblea, dalla mancanza del verbale e da impossibilità o illiceità dell'oggetto è ammessa l'impugnazione da chiunque vi abbia interesse e la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, ma solo entro tre anni dall'iscrizione o dal deposito della delibera nel registro delle imprese o dalla trascrizione nel libro delle adunanze: ciò fatta salva, però, la sanatoria prevista dall'art. 2379 *bis* c.c. riguardo alla mancata convocazione o alla mancanza del verbale.

Quest'ultima norma (applicabile anche alle s.r.l. in forza del rinvio operato dall'art. 2479 *ter*, ult. comma, c.c.) con l'intenzione di «limitare la nullità delle deliberazioni assembleari alle sole ipotesi in

---

<sup>66</sup> Tuttavia, se la delibera nulla ha ad oggetto aumento o diminuzione di capitale, oppure emissione di obbligazioni, il termine decadenziale si riduce a centottanta giorni (art. 2379 *ter* c.c.). Si consideri inoltre che entro il breve termine decadenziale di centottanta giorni può essere fatta valere anche l'annullabilità della delibera, che abbraccia tutte le delibere che non sono prese «in conformità della legge o dello statuto» (art. 2377).

cui il vizio di procedimento sia macroscopico e, impedisca ai soci di essere informati – con un minimo di precisione e credibilità circa lo svolgimento dell’assemblea»<sup>67</sup>, ha introdotto l’istituto della sanatoria della nullità.

Delle tre ipotesi di nullità contemplate dall’art. 2379 *bis* c.c., la nullità classica rimane soltanto la terza, quella relativa all’impossibilità o illiceità dell’oggetto.

Al contrario, le delibere affette da vizi di nullità per mancata convocazione dell’assemblea o per mancanza del verbale possono essere sanate (la stessa rubrica della norma parla di “sanatoria della nullità”)<sup>68</sup>: la prima, mediante l’assenso allo svolgimento dell’assemblea nonostante la mancata convocazione; la seconda, per effetto della verbalizzazione eseguita prima dell’assemblea successiva a quella non verbalizzata.

Afferma infatti, il comma 1, che l’impugnazione della deliberazione invalida per mancata convocazione non può essere esercitata da chi anche successivamente abbia dichiarato il suo assenso allo svolgimento dell’assemblea. A ben vedere, però, ad onta della rubrica, questa prima fattispecie non rappresenta un’ipotesi di sanatoria della deliberazione. L’assenso produce, invero, il solo effetto di precludere al suo autore l’impugnazione dell’atto, sicché ove tale atto sia impugnato da altri soggetti, la nullità dichiarata avrà effetto anche nei suoi confronti<sup>69</sup>.

Il comma 2 afferma che l’invalidità della deliberazione per mancanza del verbale può essere sanata mediante verbalizzazione eseguita prima dell’assemblea successiva. Pertanto, l’eventuale vizio genetico dell’operazione endosocietaria, ivi compresa l’inesistenza del verbale assembleare, può essere sanato dai soci *ex post* attraverso la

---

<sup>67</sup> GUERRIERI, *La nullità di deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 82.

<sup>68</sup> Ma cfr., anche per i dubbi che suscita la qualificazione della fattispecie in termini di sanatoria della nullità: SPENA, *sub art. 2379 bis*, in *Comm. Sandulli, Santoro*, II, 1, Torino, 2003, p. 379; LENER, *L’invalidità delle deliberazioni*, in LENER, TUCCI, *L’assemblea nelle società di capitali*, in *Tratt. Bessone*, XVII, 2000, p. 236; PIAZZA, *L’impugnativa delle delibere del nuovo rito societario: prime riflessioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 968.

<sup>69</sup> Cfr., in motivazione, Cass., Ord., 16 settembre 2019, n. 22987, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

redazione di un verbale assembleare che tenga luogo di quello omesso entro l'esercizio successivo. La deliberazione ha effetto *ex tunc*, ossia soltanto dalla data in cui è stata presa, salvi i diritti dei terzi che in buona fede ignoravano l'esistenza della deliberazione.

In tal caso, si interviene sul vizio afflittivo della fattispecie deliberativa mediante un atto di ripetizione (successiva verbalizzazione) con effetti retroattivi obbligatori per i soci che, impropriamente, viene qualificata sanatoria di un atto nullo. Il legislatore ha fissato un termine "finale" entro il quale è possibile sanare l'invalidità della delibera assembleare. Per evitare che la delibera sia dichiarata nulla, è sufficiente che contenga la data della delibera e il suo oggetto e sia sottoscritta dal presidente dell'assemblea, o dal presidente del consiglio di amministrazione o del consiglio di sorveglianza e dal segretario o dal notaio.

L'assemblea di una s.p.a. o di una s.r.l., dunque, può emettere delibere sananti e sostitutive di quelle precedenti.

Il legislatore della Riforma, con il richiamo dell'art. 2377 c.c. ad opera dell'art. 2379 c.c. in tema di deliberazioni nulle e con il disposto dell'art. 2379 *bis* c.c., ha dato mostra di ritenere che anche la nullità delle deliberazioni assembleari di società sia suscettibile di "sanatoria", in deroga ai principi che governano la materia contrattuale<sup>70</sup>.

Anche dal complessivo assetto vigente in materia di delibere assembleari, pertanto, emerge la preoccupazione del legislatore di stabilizzare assetti di interessi sui quali i terzi possono avere fatto affidamento<sup>71</sup>, unitamente all'interesse alla conservazione dell'atto, sotteso alla disciplina imperniata sulla tassatività delle cause di nullità delle delibere (perché lesive del diritto alla informazione del socio o perché aventi oggetto impossibile o illecito).

Va incidentalmente osservato che le ipotesi di negazione dell'azione caducatoria ad opera del socio, disposte dal legislatore, non si limitano alle nullità sanate *ex art. 2379 bis*, ma sono numerose, potendosi fra di esse ricordare almeno la mancanza della titolarità di

---

<sup>70</sup> Così, in motivazione, Trib. Roma, 28 novembre 2017, in sito *www.ilcaso.it*, 2018.

<sup>71</sup> RORDORF, *La giurisprudenza sul codice civile*, diretta da C. Ruperto, *sub artt. 2247-2461*, Milano, 2005, p. 2439.

azioni sufficiente ad impugnare (art. 2377 c.c., comma 3, e art. 2378 c.c., comma 2), le ipotesi di impugnazione contro le deliberazioni di aumento del capitale, di riduzione reale del capitale e di emissione di obbligazioni, dopo che sia trascorso il tempo dato dalla iscrizione della delibera nel registro delle imprese (art. 2379 *ter* c.c., comma 1), l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio successivo (art. 2434 *bis* c.c.); le deliberazioni di trasformazione, fusione e scissione, allorché l'atto sia stato stipulato ed iscritto nel registro delle imprese, ai sensi rispettivamente degli artt. 2500 *bis*, 2504 *quater*, 2506 *ter* c.c.



### CAPITOLO III

## LA NULLITÀ MANCATA

SOMMARIO: 1. Il dibattito, in giurisprudenza e in dottrina, sulla sanzione dell'annullabilità, prevista dall'art. 184 c.c. – 1.1. Il rimedio previsto riguardo ai beni mobili. – 1.2. Inapplicabilità della norma agli acquisti. – 1.3. Il termine annuale per l'esercizio dell'azione di annullamento. – 2. Quando l'invalidità dell'atto cede all'interesse del mercato: l'acquisto di azioni proprie. – 2.1. Le conseguenze degli acquisti compiuti in assenza delle condizioni di legge e la responsabilità degli amministratori. – 2.2. I casi speciali di acquisto. – 2.3. La disciplina delle azioni proprie. Il *trading*. – 3. La sottoscrizione di azioni proprie: la violazione del divieto non comporta nullità. – 4. Il divieto di assistenza finanziaria *ex art. 2358 c.c.* e la nullità del finanziamento. – 4.1. L'assistenza finanziaria nelle s.r.l. – 4.2. L'assistenza finanziaria nelle s.p.a. – 4.3. Violazione del divieto, nullità del finanziamento e responsabilità degli amministratori. – 4.4. La deroga a favore dei dipendenti. – 5. Il *leveraged buy out* e i problemi di legittimità: nullità dell'operazione? – 5.1. La soluzione attuata con la Riforma del 2003. – 5.2. Violazione del divieto di assistenza finanziaria e nullità del *leveraged buy out*.

1. *Il dibattito, in giurisprudenza e in dottrina, sulla sanzione dell'annullabilità, prevista dall'art. 184 c.c.*

Gli atti di disposizione di beni immobili o beni mobili registrati (e, quindi, di un diritto reale frazionario su bene immobile) appartenenti alla comunione coniugale, compiuti da uno solo dei coniugi senza il necessario consenso dell'altro, ovvero sia in violazione della regola dell'amministrazione congiunta, sono validi ed efficaci e sot-

toposti alla sola sanzione dell'annullamento ai sensi dell'art. 184, in forza dell'azione proponibile dal coniuge il cui consenso era necessario, entro i termini previsti dalla stessa norma<sup>1</sup>.

La previsione dell'azione di annullamento, quale rimedio fornito al coniuge contrario all'atto, è stata al centro di un ampio dibattito, perché giudicata in contrasto sia con i principi generali della relatività del contratto sia con lo spirito della riforma, che reclamerebbe una maggiore tutela per il coniuge debole. Infatti, il contratto non dovrebbe poter produrre alcun effetto nei confronti dell'altro coniuge, che rispetto ad esso si pone come terzo. Il rimedio dell'annullamento, d'altronde, è solitamente concesso a tutela di chi è stato parte del contratto, non invece rispetto a chi, come nella specie, non dovrebbe subirne alcuna conseguenza (salvo quella derivante dall'acquisto *a non domino* di bene mobile ad opera del terzo contraente di buona fede). Né la concessione di un'azione di annullamento potrebbe trovare più razionale spiegazione se si ritenesse che la comunione legale è, essa stessa, un soggetto di diritti: anche in questo caso l'atto compiuto dal non legittimato non dovrebbe essere efficace nei confronti della comunione.

La soluzione legislativa più adeguata sarebbe stata, pertanto, la nullità o inefficacia del contratto. Peraltro, se si ritiene che il terzo acquisti *a non domino*, la sanzione sarebbe dovuta essere, appunto, l'inefficacia. Inoltre, si evidenziava un contrasto dell'art. 184 c.c. con l'art. 3 Cost.: chi partecipa alla comunione legale si trova in una situazione di svantaggio, rispetto a chi prende parte ad una comunione ordinaria, che non trova giustificazione né in esigenze di tutela del terzo contraente né nella protezione dell'interesse familiare.

Sulla base di tali argomentazioni, è stata prospettata la questione di legittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 184 c.c. in ri-

---

<sup>1</sup> Cass., 2 febbraio 1995, n. 1252, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 1188; in *Corr. giur.*, 1995, p. 719; in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1049; in *Dir. fam. pers.*, 1995, p. 1376; in *Vita not.*, 1995, p. 759; in *Riv. notar.*, 1999, p. 361. In dottrina, in margine a Cass., 2 febbraio 1995, n. 1252, cit., CECCHERINI, *Trasferimento di bene immobile in comunione legale senza il consenso dell'altro coniuge*, in *Corr. giur.*, 1995, I, p. 719; nonché REGINE, *Regime degli atti dispositivi di beni immobili in comunione legale compiuti da uno solo dei coniugi*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1053 e DE MICHEL, *Atti di amministrazione straordinaria e mancanza del consenso congiunto dei coniugi*, in *Riv. notar.*, 1999, p. 361.

ferimento agli artt. 3, 24, comma 1, 29, comma 2, 42, comma 2, Cost. La scelta operata dal legislatore di sanzionare come annullabilità (anziché come “nullità”) l’atto compiuto da un coniuge senza il consenso dell’altro non era apparsa coerente con il sistema, comportando: la violazione dell’art. 42, comma 2, Cost., risultandone indebolito il diritto di proprietà del coniuge sul bene comune a scapito della famiglia, con pregiudizio della funzione sociale della proprietà; il contrasto con il principio di eguaglianza (non sussistendo ragioni giustificative della deroga al regime ordinario della comunione); l’incoerenza con l’art. 29 Cost., restando incisa la dignità del coniuge il cui consenso è stato pretermesso, che è sempre il coniuge più debole e neppure apparendo giustificata la compressione di tutela rappresentata dalla configurazione dell’azione come annullabilità anziché sancire la piena inefficacia dell’atto<sup>2</sup>.

Anche in dottrina si è osservato che il partecipante alla comunione legale vede distorta la tutela giudiziale dei propri diritti, senza che l’incongrua tutela offertagli dall’art. 184 garantisca l’eguaglianza morale dei coniugi, giacché essa «consente al coniuge più prepotente di compiere atti giuridici in dispregio dei diritti dell’altro coniuge, indipendentemente dall’effettivo interesse della famiglia»<sup>3</sup>.

È un fatto che, innanzi alle incongruenze della soluzione normativa, non si sia riusciti a fornire soluzioni alternative che abbiano approdato a un risultato condiviso. Non ha avuto successo in giurisprudenza, ad esempio, l’autorevole ricostruzione<sup>4</sup> secondo cui l’art. 184 c.c. si riferirebbe esclusivamente ad una delle possibili ipotesi: quella che il coniuge che ha compiuto l’atto sia il coniuge formalmente intestatario del bene. Si può obiettare che, così facendo, si attribuisce all’intestazione un valore anche sostanziale che non trova riscontro nel dettato normativo.

La Corte costituzionale, dal canto suo, ha respinto con decisione ogni sospetto di incostituzionalità della norma, ribadendo che gli atti di alienazione dei beni, mobili o immobili, compiuti abusiva-

<sup>2</sup> Trib. Bari, 14 gennaio 1987, in *Giur. cost.*, 1987, II, p. 645.

<sup>3</sup> MAJELLO, voce *Comunione dei beni tra i coniugi. II) Profili sostanziali*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988, § 4.4.

<sup>4</sup> CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1979, p. 144 ss.



mente da un coniuge senza il necessario consenso dell'altro non sono inefficaci, e che essi sono annullabili se riguardano beni immobili o beni mobili registrati: «ciò in quanto la norma non può considerarsi derogatoria alla regola di inefficacia dell'atto di disposizione della cosa comune posto in essere da un comproprietario senza la partecipazione degli altri e pertanto non viola il principio di eguaglianza né quello alla difesa e nemmeno mortifica il diritto di proprietà del coniuge pretermesso o l'interesse della famiglia cui sono destinati i beni della comunione, ma anzi li protegge con la sanzione di invalidità dell'alienazione stipulata da uno dei coniugi»<sup>5</sup>.

Successivamente, la Cassazione ha ribadito che tutti gli atti di disposizione di beni immobili o beni mobili registrati appartenenti alla comunione coniugale, compiuti da uno solo dei coniugi in violazione della regola dell'amministrazione congiunta, sono validi ed efficaci e sottoposti alla sola sanzione dell'annullamento, in forza dell'azione proponibile dal coniuge, il cui consenso era necessario, entro i limiti previsti dall'art. 184 c.c.<sup>6</sup>.

L'unica spiegazione possibile, per la giurisprudenza di legittimità, sembra quella di prendere atto, allora, che il legislatore ha concepito la facoltà di disporre dei beni della comunione legale quale potere che inerisce per l'intero a ciascun coniuge disgiuntamente, ma abbia ritenuto di limitare questo potere prescrivendo il necessario consenso dell'altro coniuge. Ne consegue che l'atto non è efficace, perché il coniuge agente, che ha esercitato un diritto che gli appartiene, non è guardato dalla legge alla stregua di un qualunque "non legittimato". L'atto è soltanto annullabile su iniziativa dell'altro coniuge, il quale fa così valere in giudizio il suo diritto alla partecipazione alla vita familiare, violato dal comportamento del partner<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Corte Cost., 17 marzo 1988 n. 311, in *Giust. cost.*, 1988, I, p. 1388, con nota di NATUCCI; in *Vita not.* 1988, 640, in *Riv. not.*, 1988, p. 1306.

<sup>6</sup> Cass., 2 febbraio 1995, n. 1252, in *Riv. not.*, 1999, p. 361, con nota di DE MICHEL; Cass., 17 dicembre 1994, n. 10872.

<sup>7</sup> Infatti, la Suprema Corte ha espressamente richiamato la motivazione della sent. n. 311 del 1988 della Consulta: cfr. Cass., 14 gennaio 1997, n. 284, in *Fam. e dir.*, 1997, p. 285.

### 1.1. Il rimedio previsto riguardo ai beni mobili

Per ciò che concerne, invece, gli atti di disposizione su beni mobili, l'art. 184, comma 3, si limita a porre a carico del coniuge che ha effettuato l'atto l'obbligo di ricostituire, a istanza dell'altro, la comunione nello stato in cui era prima del compimento dell'atto o, qualora ciò non sia possibile, di pagare l'equivalente del bene secondo i valori correnti all'epoca della ricostituzione della comunione, senza stabilire alcuna sanzione di annullabilità o di inefficacia per l'atto compiuto in assenza del consenso del coniuge, atto che resta, pertanto, pienamente valido ed efficace<sup>8</sup>. La previsione di cui al comma 3 della norma, relativa ai beni mobili<sup>9</sup>, va dunque interpretata nel senso che gli atti, seppure di straordinaria amministrazione, compiuti senza il necessario consenso e aventi ad oggetto questi beni, sono a tutti gli effetti validi ed efficaci, anche nei confronti dei terzi contraenti di mala fede, comportando soltanto una regolamentazione interna tra i coniugi<sup>10</sup>.

Il coniuge che ha compiuto l'atto può essere obbligato dall'altro, con una domanda non necessariamente giudiziale<sup>11</sup>, ad una reintegrazione in forma specifica, vale a dire a recuperare i beni alienati; se ciò non è possibile, la reintegrazione avverrà per equivalente, attraverso il pagamento di una somma di denaro attualizzata al valore della moneta al momento della ricostituzione della comunione.

<sup>8</sup> Cass., 7 marzo 2006, n. 4890, in *Dir. e giust.*, 2006, f. 19, p. 44.

<sup>9</sup> Cfr. CENDON, *Comunione fra coniugi e alienazioni mobiliari*, Padova, 1979; NATUCCI, *Gli atti di amministrazione straordinaria del coniuge in regime di comunione legale*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 117.

<sup>10</sup> Di questo avviso è la dottrina prevalente: cfr., *ex multis*, A. e M. FINOCCHIARO, *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1975, p. 565 ss.; BRUSCUGLIA, *Il diritto di famiglia, Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, II, Torino, 1992, p. 309. *Contra*: CORSI, *ult. op. cit.*, p. 144 ss., secondo il quale la norma trova attuazione soltanto nei casi in cui il bene è definitivamente acquistato dal terzo per effetto della regola «possesso vale titolo» ex art. 1153; BIANCA, *ult. op. cit.*, p. 113.

<sup>11</sup> L'art. 184, comma 3, non parla di azione, ma di «istanza»; è dubbio, invece, se la domanda debba avere forma scritta: per la tesi affermativa, BIANCA, *ult. op. cit.*, p. 113, il quale osserva che «tale domanda si configura come una costituzione in mora, e deve quindi avere la forma scritta quale requisito formale necessario a conferirle il carattere di richiesta seria»; diversamente, BRUSCUGLIA, *op. cit.*, p. 312.

### 1.2. *Inapplicabilità della norma agli acquisti*

L'annullamento dell'atto può essere chiesto quando si tratta di negozi diretti all'alienazione, mentre non colpisce gli atti di acquisto<sup>12</sup>.

L'interpretazione prevalente nega che gli acquisti rientrino nell'ambito dell'amministrazione congiuntiva. La conclusione si basa sulla lettera del comma 1 dell'art. 180, che parla di «beni della comunione». Si inferisce che l'art. 184 disciplina solo gli atti di disposizione dei beni comuni<sup>13</sup>.

Si esclude, pertanto, che gli acquisti siano annullabili: se compiuti durante il matrimonio, entrano sempre in comunione, anche se fatti separatamente da uno dei coniugi. Se l'acquisto è di straordinaria amministrazione, l'atto è comunque valido; unica conseguenza del mancato consenso di entrambi è che le obbligazioni derivanti dalla stipulazione non graveranno sul patrimonio comune. Pertanto, il consenso di entrambi i coniugi per gli acquisti di straordinaria amministrazione rileva solo ai fini dell'imputazione della spesa a carico del patrimonio comune (il comma 1 dell'art. 189 stabilisce che i beni della comunione, fino al valore corrispondente alla quota del coniuge obbligato, rispondono, quando i creditori non possono soddisfarsi sui beni personali, delle obbligazioni contratte, dopo il matrimonio, da uno dei coniugi per il «compimento di atti eccedenti l'ordinaria amministrazione senza il necessario consenso dell'altro»).

### 1.3. *Il termine annuale per l'esercizio dell'azione di annullamento*

Dubbio è se il termine annuale sia di prescrizione o di decadenza. Nel primo senso si pronuncia la giurisprudenza. Il termine annuale previsto dall'art. 184 si distinguerebbe dal termine stabilito dall'art. 1442 per la generale azione di annullamento dei contratti,

---

<sup>12</sup> Cass., 23 agosto 2019, n. 21650, in *Studium juris*, 2020, p. 326; Cass., 24 febbraio 2004, n. 3647, in *Vita not.*, 2004, p. 971.

<sup>13</sup> Cass., 10 maggio 1991, n. 5244, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1992, I, p. 678, con nota di PUTTI, in motivazione.

solo per la diversa durata<sup>14</sup>; tale termine inizia dalla data in cui il coniuge che non ha prestato il suo necessario consenso ha avuto conoscenza dell'atto o dalla data della eventuale trascrizione di questo atto nei registri della conservatoria.

Per un orientamento, l'eccezione di annullamento del contratto è proponibile anche dopo il termine di prescrizione dell'azione di annullamento, ma solo dalla parte convenuta per l'esecuzione del contratto in forma chiara ed univoca (art. 1442, comma 4)<sup>15</sup>. Per un diverso orientamento, invece, dalla specialità della norma in commento rispetto alla regola generale di cui all'art. 1442 (riguardante la prescrizione quinquennale dell'azione di annullamento del contratto e la corrispondente imprescrittibilità della relativa eccezione), deriva che il principio *quae temporalia ad agendum perpetua ad excipiendum* non sia applicabile, neppure in via analogica, ai casi previsti dall'art. 184<sup>16</sup>.

L'eccezione di sospensione del termine annuale (sotto il profilo che la prescrizione rimane sospesa tra coniugi) è infondata, atteso che rispetto al principio generale contenuto nell'art. 2941 n. 1, la norma di cui all'art. 184, comma 2, si pone come speciale e derogativa<sup>17</sup>.

## 2. Quando l'invalidità dell'atto cede all'interesse del mercato: l'acquisto di azioni proprie

Le ragioni che spingono una s.p.a. ad acquistare proprie azioni<sup>18</sup>, e diventare socia di sé stessa, possono essere di varia natura.

<sup>14</sup> Cass., 18 luglio 1998, n. 7055, in *Mass. Giur. it.*, 1998.

<sup>15</sup> Cass., 19 febbraio 1996, n. 1279, in *Vita not.*, 1996, p. 872; in *Giur. it.*, 1997, I, 1, p. 962.

<sup>16</sup> Cass., 27 ottobre 2003, n. 16099, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 53; in *Vita not.*, 2004, p. 275.

<sup>17</sup> Cass., 22 luglio 1987, n. 6369, in *Giust. cost.*, 1988, I, p. 135; in *Dir. famiglia*, 1988, p. 786. In dottrina, in margine a tale pronuncia, in senso sostanzialmente adesivo, M. FINOCCHIARO, *Alcune precisazioni in margine all'art. 184 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 140.

<sup>18</sup> Cfr. CARBONETTI, *L'acquisto di azioni proprie*, Milano, 1988; DONATIVI, *sub art. 2357 bis*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli e Santoro, Torino,

Ad esempio, se le risorse finanziarie della società sono superiori alle normali esigenze gestionali, può trattarsi di una forma di investimento delle proprie eccedenze attive: sebbene, infatti, l'investimento sia infruttifero<sup>19</sup>, la società può realizzare plusvalenze comprando in momenti di bassa quotazione per rivendere i titoli quando le quotazioni si saranno alzate. Oppure, quando si tratta di società quotate, l'acquisto in borsa delle proprie azioni può aiutare a stabilizzarne o a sostenerne le quotazioni. Oppure ancora, l'acquisto può essere strumentale al compimento di successive operazioni, come: la riduzione del capitale; la distribuzione delle azioni ai dipendenti o ai soci; la liquidazione della quota del socio recedente; l'emissione di obbligazioni convertibili nelle azioni proprie; nel caso di fusione, l'assegnazione delle azioni ai soci della incorporata ecc.<sup>20</sup>

A fronte di questi evidenti vantaggi, si pongono però i rischi dell'operazione, che incombono, oltre che sulla società medesima, sui creditori, sui soci venditori e sugli azionisti di minoranza.

In primo luogo, l'acquisto, da parte della società di azioni proprie, comporta l'utilizzazione a tal fine del capitale reale, che ne risulta corrispondentemente ridotto; sicché le azioni non sono acquistate in cambio di nuovi conferimenti, ma con risorse patrimoniali che già componevano il patrimonio sociale. Questo significa che il capitale nominale resta invariato mentre il capitale reale, ossia il patrimonio della società, si riduce. E si riduce senza che siano osservate le regole di cui all'art. 2445 c.c., e senza che detta riduzione sia

---

2003; POZZO, *L'acquisto di azioni proprie*, Milano, 2003; GALGANO, *La manovra sulle azioni proprie nel d.p.r. 30/86*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, p. 406. In generale, sulle problematiche più recenti emerse in materia di azioni proprie: SALAFIA, *Le azioni proprie nella formazione delle maggioranze costitutive e deliberative della società per azioni*, in *Società*, 2019, p. 617; BONAVERA, *Il computo delle azioni proprie con voto sospeso ai fini del quorum deliberativo*, *ibidem*, p. 275; BERTOLLOTTI, *Azioni proprie, quorum assembleari alla luce del (nuovo) comma 2 dell'art. 2357 ter c.c.*, in *Giur. it.*, 2013, p. 81; MAGGI, *I limiti impliciti all'acquisto di azioni proprie*, in *Società*, 2013, p. 806; CARBONETTI, *Azioni proprie e quorum assembleari*, *ibidem*, p. 168; ZAPPALÀ, *La nuova disciplina dell'acquisto di azioni proprie per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, *ivi*, 2011, p. 130.

<sup>19</sup> Le azioni proprie non danno diritto agli utili, che sono invece attribuiti proporzionalmente alle altre azioni.

<sup>20</sup> BIONE, *sub art. 2357*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 351.

accompagnata da una contestuale riduzione del capitale nominale. La riduzione, infatti, può aver luogo (oltre che mediante liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti) anche mediante rimborso del capitale ai soci, ma l'art. 2442 c.c. impone il rispetto dei limiti di cui agli artt. 2327 e 2413 c.c. Impone, inoltre, che l'avviso di convocazione dell'assemblea indichi le ragioni e le modalità della riduzione. E soprattutto prescrive, a tutela dei creditori sociali, che la deliberazione può essere eseguita soltanto dopo novanta giorni dalla data dell'iscrizione nel registro delle imprese, purché entro questo termine nessun creditore sociale anteriore all'iscrizione abbia fatto opposizione.

Ebbene, l'acquisto di azioni proprie incarna un vero e proprio rimborso di capitale ai soci cedenti, in spregio alle citate prescrizioni di legge: i soci alienanti le azioni, riceveranno dalla società acquirente un corrispettivo, pari al valore reale delle azioni, che proviene dal patrimonio sociale, e quindi dai loro stessi conferimenti, che in tal modo vengono loro restituiti.

Evidente è il danno per i creditori, che quando aggrediranno il patrimonio sociale scopriranno che esso è inferiore alla cifra costituente il capitale nominale.

Naturalmente questa evenienza si verifica soltanto quando l'acquisto avviene con somme che erano imputate a capitale. Non si ha, invece, alcuna diminuzione del capitale nominale, che non viene minimamente intaccato, se le somme per l'acquisto sono prelevate dagli utili distribuibili o dalle riserve disponibili. Di queste somme, trattandosi di eccedenze di bilancio liberamente distribuibili ai soci, la società è libera di disporre, ed è quindi libera anche di investirle nell'acquisto di azioni proprie.

L'art. 2357 c.c. ammette, pertanto, che la società acquisti azioni proprie purché siano rispettate quattro condizioni<sup>21</sup>, la prima delle

---

<sup>21</sup> Una diversa politica legislativa è stata adottata per le s.r.l., per le quali l'art. 2474 c.c. esclude la legittimità di tutte le operazioni sulle proprie quote: «in nessun caso la società può acquistare o accettare in garanzia partecipazioni proprie, ovvero accordare prestiti o fornire garanzia per il loro acquisto o la loro sottoscrizione».

La ragione di questo diverso trattamento normativo è stata rinvenuta nel fatto che le partecipazioni non possono essere rappresentate da azioni. Ma si è da altri osservato che, nelle stesse s.p.a., lo statuto può escludere l'emissione dei titoli azionari, e tuttavia la disciplina delle azioni proprie è dettata indipendentemen-

quali è proprio che l'acquisto avvenga «nei limiti degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato». Utilizzando, come corrispettivo dell'acquisto, somme non vincolate, liberamente distribuibili ai soci, non si corre il rischio di quell'annacquamento patrimoniale che risulterebbe invece da un pagamento fatto con somme prelevate dal capitale sociale o da riserve indisponibili (con conseguente inganno per i terzi che fanno affidamento sulla coincidenza del valore del patrimonio sociale con il capitale nominale).

Nella nozione di riserve disponibili rientrano soltanto le riserve che possono essere distribuite con delibera discrezionale dell'assemblea ordinaria. Vanno escluse le riserve statutarie ed i fondi iscritti in bilancio destinati al soddisfacimento di debiti presenti o eventuali. Vi rientra, invece, il fondo formato con le somme ricavate dal sovrapprezzo delle azioni.

La seconda condizione è che possono essere acquistate soltanto *azioni interamente liberate*. Si vanificherebbe, altrimenti, l'obbligo di compiere l'acquisto con utili distribuibili. Se si comprassero azioni che ancora non sono state integralmente liberate dai soci venditori, nell'attivo del bilancio esisterebbe il credito della società nei confronti di detti soci, ossia un credito che non verrà più soddisfatto. E quando la società utilizzerà somme risultanti dall'attivo di bilancio per l'acquisto delle azioni, non utilizzerà in realtà utili distribuibili, perché quel bilancio, che ancora reca all'attivo il credito verso i soci, non è veritiero.

Inoltre, anche qualora risultassero effettive le eccedenze attive utilizzate, l'assunzione nel portafoglio societario di azioni non intera-

---

te dalla mancanza o esistenza di detti titoli (OLIVIERI, PRESTI, VALLE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, p. 107). La reale *ratio* del divieto dovrebbe allora essere ulteriormente precisata, ed andrebbe ricondotta alla «caratteristica della c.d. "oggettivizzazione" o "spersonalizzazione" della partecipazione e del correlativo rapporto sociale, immanente e coesenziale all'indole stessa della partecipazione azionaria (quand'anche la stessa non fosse incorporata nei "certificati azionari") e non ravvisabile, invece, nella quota di s.r.l.» (OLIVIERI, PRESTI, VALLE, *op. loc. cit.*). Soltanto le azioni, in altre parole, e non le quote, sarebbero congenitamente destinate alla circolazione. E soltanto per le s.p.a. è giustificabile che questa circolazione sia ulteriormente incoraggiata ammettendo, a determinate condizioni, l'acquisto delle azioni proprie.

mente liberate è rischiosa: non v'è certezza che, una volta acquistate le azioni, i residui versamenti ancora dovuti saranno effettuati<sup>22</sup>.

La terza condizione è che l'acquisto deve essere *autorizzato dall'assemblea*, la quale ne fissa le modalità, indicando in particolare il numero massimo di azioni da acquistare, la durata, non superiore ai diciotto mesi, per la quale l'autorizzazione è accordata, il corrispettivo minimo ed il corrispettivo massimo<sup>23</sup>.

La ragione per la quale gli amministratori decidono l'acquisto di azioni proprie potrebbe essere il rafforzamento del loro stesso potere, o del potere dei gruppi di controllo. L'autorizzazione assembleare, pertanto, consente ai soci di effettuare un controllo preventivo sulle ragioni dell'acquisto e sull'operato degli amministratori, i quali potrebbero essere spinti da interessi personali o di terzi: innanzitutto, saranno gli amministratori stessi ad esercitare il diritto di voto connesso alle azioni acquistate con mezzi finanziari della società; inoltre, si pensi alla compera di azioni effettuata al fine di speculare sulla oscillazione del valore dei titoli.

Si tratta di uno dei rari casi in cui l'assemblea delibera su atti di gestione, ma non v'è deroga al principio della competenza generale degli amministratori per gli atti di gestione<sup>24</sup>: la delibera è *autorizzativa*, non vincola gli amministratori, i quali sono obbligati a chiedere il consenso dell'assemblea ma non ad eseguirne la volontà; possono quindi rinunciare ad effettuare l'acquisto deliberato, che rimane un atto di gestione di loro competenza e del quale essi soli sono responsabili.

Competente a concedere l'autorizzazione è l'assemblea ordinaria, non trattandosi di delibera compresa tra quelle che l'art. 2365 c.c. rimette espressamente all'assemblea straordinaria.

La Cassazione, chiamata a pronunciarsi sulla validità di una delibera assembleare che aveva disposto di destinare parte degli utili

---

<sup>22</sup> Tuttavia, sulla effettiva *ratio* della disposizione non v'è concordia in dottrina. Cfr. *amplius* BIONE, *sub* art. 2357, *cit.*, p. 360 s.

<sup>23</sup> L'utilizzazione del termine "corrispettivo" in luogo di "prezzo", fa propendere per l'ammissibilità di un acquisto realizzato, anziché con l'esborso di denaro, attraverso la permuta di beni sociali.

<sup>24</sup> Parla invece di "parziale deroga" al principio generale PROTO, *Società per azioni*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, *sub* art. 2357, p. 168, rilevando che nonostante l'acquisto sia soggetto al consenso dell'assemblea gli amministratori rimangono liberi di decidere se acquistare.



realizzati all'acquisto di azioni proprie, senza che tale oggetto fosse indicato espressamente nell'avviso di convocazione dei soci, ha statuito che l'autorizzazione all'acquisto di azioni proprie, in quanto espressione di una competenza specifica dell'assemblea e diretta a dare impulso ad uno specifico programma di azione della società, non può considerarsi come situazione meramente accessoria e conseguente all'esame del bilancio di esercizio. Di conseguenza ha ritenuto invalida la delibera<sup>25</sup>.

Ritengo tuttavia che l'illegittimità dell'acquisto, dovuta alla mancanza di autorizzazione, possa essere sanata mediante una successiva delibera assembleare che ratifichi l'operazione: in tal caso le azioni acquistate non dovranno essere né alienate né annullate.

L'ultima condizione, oggi richiesta per sole società aperte, è che il valore nominale delle azioni proprie acquistate non ecceda la *quinta parte del capitale* sociale (sottoscritto). All'origine la norma prescriveva il limite del 10% del capitale, divenuto del 20% a seguito della l. 9 aprile 2009, n. 33.

Ai fini del computo si tiene conto anche delle azioni possedute da società controllate. La legge ha cura di precisare che «in nessun caso» il limite del 20% può essere superato; significa che si configura una violazione di legge non solo quando si acquistano azioni proprie per un valore eccessivo; ma anche quando quel valore risponde, al momento dell'acquisto, alla percentuale prescritta, e successivamente la proporzione muta per effetto di una riduzione del capitale sociale.

Il limite del 20% è dettato in primo luogo al fine di evitare l'irreperibilità di azioni sul mercato, cui conseguirebbe l'impossibilità per gli altri soci di incrementare la loro partecipazione, e per i terzi di effettuare tentativi di scalata. Si vuole inoltre limitare, soprattutto alle società di più grandi dimensioni, la possibilità di influenzare le quotazioni dei propri titoli o di favorire l'ingresso di soci graditi alla maggioranza<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Cass., 20 dicembre 1995, n. 13019, in *Notariato*, 1996, p. 322, con nota di PAPPÀ MONTEFORTE, in *Dir. fallim.*, 1996, II, p. 471 e in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 751, con nota di SODI.

<sup>26</sup> Secondo PIAZZA, *Se la società possa acquisire proprie obbligazioni convertibili in azioni*, in *Contratto e impr.*, 1987, p. 787, invece, la norma trova fonda-

Questo limite era inizialmente previsto per tutte le società per azioni. Tuttavia, esso non vale oggi per le c.d. società “chiuse”. Infatti, il comma 3 dell’art. 2357 c.c., a seguito della modifica ad esso apportata dal d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142, in attuazione della direttiva 2006/68/CE<sup>27</sup>, ha conservato il limite del 10% soltanto per le società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio. Inoltre, come anticipato, il limite è stato poi innalzato dal 10 al 20% del capitale con la l. 9 aprile 2009, n. 33 di conversione del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5.

Le prescrizioni dell’art. 2557 c.c. valgono anche per gli acquisti fatti per tramite di società fiduciaria o per interposta persona: è l’ipotesi del terzo acquirente che si sia obbligato a ritrasferire le azioni alla società quando questa ne faccia richiesta.

### 2.1. *Le conseguenze degli acquisti compiuti in assenza delle condizioni di legge e la responsabilità degli amministratori*

Se una delle quattro condizioni citate è violata, l’atto di acquisto rimane valido: il legislatore, in tal modo, ha voluto salvaguardare l’interesse del mercato alla rapida e sicura circolazione dei titoli azionari. Le conseguenze dell’operazione illegittima sono pertanto diverse ed affatto peculiari: le azioni acquistate devono essere alienate (secondo modalità da determinarsi dall’assemblea) entro un anno dal loro acquisto.

La dismissione delle azioni può avvenire attraverso le modalità più varie: vendita, permuta, conferimento in società, ecc.; mentre può discutersi se sia legittima un’alienazione a titolo gratuito: la soluzione positiva è stata preferita quando le azioni sono assegnate gratuitamente ai soci in proporzione a quelle già possedute. Ma la li-

---

mento nell’esigenza di evitare che la sospensione del diritto di voto paralizzi l’attività della società. Si tratta di un’esigenza, tuttavia, che avrebbe potuto essere soddisfatta imponendo un qualsiasi limite inferiore al 50.

<sup>27</sup> Sulle novità apportate dal d.lgs. n. 142/2008 e i connessi problemi interpretativi: DE LUCA, *Acquisto delle proprie azioni (limiti)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 445; ANNARATONE, *Altre operazioni sulle proprie azioni*, *ivi*, 2009, p. 454; MARGIOTTA, PUGLISI, *Riflessioni in tema di azioni proprie*, in *Riv. notar.*, 2009, p. 789.

ceità dell'alienazione gratuita andrebbe ammessa, in generale, in tutti i casi nei quali dalla dismissione è possibile ricavare un vantaggio patrimoniale per la società, tenendo presente che la mancata alienazione condurrebbe alla riduzione obbligatoria del capitale, con pregiudizio dei creditori e della società medesima. E ciò anche sul rilievo che «la liceità di tale forma di dismissione, del tutto coerente con la libera distribuibilità ai soci delle somme impiegate per l'acquisto e con il principio di parità di trattamento, discende dall'evidente parallelo con l'operazione di aumento gratuito del capitale sociale»<sup>28</sup>.

Le azioni devono essere alienate entro un anno, che in caso di più acquisti decorre, di norma, dal momento di ogni singolo acquisto; quando la condizione violata è però il superamento del decimo del capitale, è logico ritenere che il termine annuale decorra dal momento in cui si è verificata l'eccedenza, e che l'alienazione non debba riguardare tutte le azioni comprate, ma semplicemente quelle la cui dismissione è sufficiente a rientrare nel limite di legge.

Se le azioni non sono vendute entro l'anno, deve procedersi immediatamente al loro annullamento e alla corrispondente riduzione del capitale. Qualora l'assemblea non provveda, gli amministratori e i sindaci devono chiedere che la riduzione sia disposta dal tribunale secondo il procedimento della riduzione del capitale per perdite. Si ha così una riduzione obbligatoria del capitale sociale senza rimborso ai soci, la quale comporta una modificazione dello statuto e va deliberata, pertanto, dall'assemblea straordinaria. La legge, pertanto, non mira a sanzionare il negozio vietato posto in essere, ma a neutralizzarne gli effetti.

Quanto alla posizione degli amministratori che hanno eseguito l'acquisto, nulla è espressamente previsto sul piano civilistico. La violazione delle prescrizioni di legge rileva, però, sul piano penale: l'art. 2628 c.c., rubricato «Illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante», sancisce che gli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge<sup>29</sup>, acquistano o sottoscrivo-

<sup>28</sup> BIONE, *sub* art. 2357, cit., p. 364, testo e nota 62.

<sup>29</sup> La precisazione «fuori dei casi consentiti dalla legge» è stata introdotta dalla Riforma, la quale ha tenuto presente che esistono casi in cui le operazioni sulle azioni proprie sono consentite. Un'ipotesi è quella del *leveraged buy out*, disciplinata oggi dall'art. 2501 *bis* c.c. e prevista dall'art. 7, lett. d) della l.d. 366/2001, la

no azioni o quote sociali, cagionando una lesione all'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge, sono puniti con la reclusione fino a un anno.

Si tratta di un reato proprio degli amministratori, dei quali è richiesto il dolo generico.

Dalla specificazione della necessaria presenza di una «lesione all'integrità del capitale sociale o delle riserve», consegue che per integrare gli estremi del reato non basta la mera inosservanza delle disposizioni sull'acquisto o sulla sottoscrizione, ma è necessario un evento di danno.

Il comma 2 norma cit. estende la stessa pena agli amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge (2359 bis-2359 quinquies), acquistano o sottoscrivono azioni o quote emesse dalla società controllante, cagionando una lesione del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge.

Il comma ult. della norma aggiunge tuttavia che, se il capitale sociale o le riserve sono ricostituiti prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio (relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta), il reato è estinto.

L'estinzione del reato si spiega con la scelta, che ispira tutta la riforma del diritto penale societario, di punire solo i comportamenti effettivamente produttivi di un danno.

Se la società fallisce, gli amministratori che, commettendo il reato previsto dall'art. 2628 c.c., hanno cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società, sono soggetti alle pene previste per l'ipotesi di bancarotta fraudolenta (art. 223 l. fall.).

## 2.2. I casi speciali di acquisto

Le novità introdotte dalla Riforma del 2003 con riguardo all'acquisto di azioni proprie sono contenute agli artt. 2357 bis e ter, e ri-

---

quale chiariva che «le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, non comportano violazione del divieto di acquisto e di sottoscrizione di azioni proprie, di cui, rispettivamente, agli artt. 2357 e 2357 quater del codice civile, e del divieto di accordare prestiti e di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, di cui all'articolo 2358 del codice civile». V. *amplius infra*.

guardano: la previsione della scissione accanto alla successione universale e alla fusione tra i casi speciali di acquisto previsti dall'art. 2357 *bis* c.c.; la disciplina del *trading* di azioni proprie (art. 2357 *ter* c.c.); il riconoscimento del diritto di opzione dato dalle azioni in portafoglio della società (2357 *ter* c.c.).

L'art. 2357 *bis* c.c. prevede alcuni casi speciali nei quali l'acquisto di azioni proprie è consentito anche in assenza (totale o parziale, a seconda delle ipotesi) delle condizioni richieste dalla norma precedente.

Esattamente, le limitazioni contenute nell'art. 2357 non si applicano quando l'acquisto di azioni proprie avvenga:

1) in esecuzione di una deliberazione dell'assemblea di riduzione del capitale, da attuarsi mediante riscatto e annullamento di azioni.

In questo caso, non vige limitazione alcuna. L'acquisto delle azioni proprie costituisce null'altro che una modalità tipizzata di riduzione reale del capitale sociale con rimborso dei conferimenti ai soci, da attuarsi nel rispetto dell'art. 2445 c.c. La previsione in oggetto integra quindi la disciplina prevista dall'art. 2445 c.c., aggiungendo alle due modalità in quella sede tipizzate (liberazione dei soci dall'obbligo dei versamenti ancora dovuti; rimborso del capitale ai soci), una terza modalità di riduzione facoltativa del capitale sociale.

La delibera assembleare di autorizzazione all'acquisto è resa superflua dal fatto che l'acquisto è preceduto, in questa ipotesi, dalla delibera assembleare di riduzione, con la quale si stabiliscono tempi e modi dell'operazione. Questa delibera, diversamente dalla delibera prevista per ogni altro caso di acquisto (o disposizione) di azioni proprie, non ha mera natura di autorizzazione; l'operazione che ne segue è quindi un atto esecutivo della volontà assembleare e non un atto di gestione, con la conseguenza che non possono essere imputati di *mala gestio* gli amministratori che effettuano l'operazione attenendosi alla delibera.

2) A titolo gratuito, sempre che si tratti di azioni interamente liberate.

Il fatto che le azioni sono interamente liberate, ed il carattere gratuito dell'acquisizione, rendono superflua l'autorizzazione assembleare: funzione della delibera è l'esercizio di un controllo da parte dei soci inerente ad eventuali abusi degli amministratori ine-

renti al se ed alle modalità dell'operazione; abusi che, nella specie, non sono ipotizzabili.

Ovviamente, il carattere gratuito esclude pure che all'acquisto siano destinate somme prelevate da utili distribuibili o riserve disponibili.

L'esenzione avrebbe potuto spingersi ancora oltre, eliminando il divieto di acquistare gratuitamente azioni non interamente liberate. Probabilmente si è voluto, mantenendo questa cautela, escludere che l'acquisizione di titoli per il quali non è ancora stato versato il relativo conferimento leda l'integrità del capitale sociale; e si è voluto altresì salvaguardare il principio di parità di trattamento degli azionisti, eliminando il pericolo che l'acquisto sia diretto a liberare alcuni soci, scelti dagli amministratori, dall'obbligo di eseguire il conferimento.

3) Per effetto di successione universale o di fusione o scissione.

Anche qui il problema di imporre il pagamento delle azioni con utili distribuibili o con riserve disponibili, neanche si pone, perché manca il pagamento di un corrispettivo.

Quanto alla fusione, il riferimento è alla fusione per incorporazione, la sola nella quale è possibile un trasferimento di azioni. Nella fusione in senso stretto, infatti, le azioni delle due società sono annullate e sostituite da quelle emesse dalla società che nasce dalla fusione.

L'esenzione, quanto a fusione e scissione, è dovuta al fatto che «l'acquisizione di azioni proprie è mera conseguenza di operazioni societarie viste con favore quali utili strumenti di ristrutturazione e di riorganizzazione di complessi aziendali»<sup>30</sup>.

4) in occasione di esecuzione forzata per il soddisfacimento di un credito della società, sempre che si tratti di azioni interamente liberate.

È l'ipotesi dell'azione esecutiva promossa dalla società nei confronti dei soci che hanno un debito nei suoi confronti<sup>31</sup>. Anche in questo caso, la società acquista le azioni senza dover pagare alcun

<sup>30</sup> BIONE, *op. cit.*, p. 369.

<sup>31</sup> Purché non si tratti di un debito inerente ai versamenti ancora dovuti: ipotesi, questa, regolata invece dall'art. 2344 c.c. («Mancato pagamento delle quote»).

corrispettivo. L'evidente interesse sociale all'acquisto rende superflua anche l'autorizzazione assembleare.

Nei casi di cui ai numeri 2, 3 e 4, rimane da rispettare, quale unica condizione, il limite quantitativo finalizzato ad impedire alla società di incidere sul mercato dei propri titoli. Come detto, però, attualmente il limite non opera più per le società per azioni "chiuse", mentre per le società per azioni "aperte" quel limite è stato portato al 20% del capitale.

Se, nelle società aperte, questo limite è superato, si applica per l'eccedenza il comma penult. dell'art. 2357 c.c. (dettato per la violazione di ciascuna delle condizioni imposte nei casi "ordinari" di acquisto di azioni proprie).

Pertanto, ancora una volta, la sanzione non è data dall'invalidità dell'acquisto: le azioni acquistate devono essere alienate secondo modalità da determinarsi dall'assemblea; con l'unica differenza che in questo caso l'assemblea ha tre anni di tempo dal loro acquisto per procedere all'alienazione (e non un anno come nei casi ordinari). Solo se esse non sono vendute entro tre anni, deve procedersi senza indugio al loro annullamento e alla corrispondente riduzione del capitale.

### 2.3. *La disciplina delle azioni proprie. Il trading*

Delle vicende delle azioni in portafoglio della società si occupa l'art. 2357 *ter* c.c., rubricato, per l'appunto, «Disciplina delle proprie azioni», e mirante ad evitare i pericoli di "annacquamento patrimoniale" e di "inquinamento gestionale"<sup>32</sup> di cui si è già dato conto.

Inizialmente, le azioni proprie dovevano essere iscritte nell'attivo del bilancio (come immobilizzazioni finanziarie o come attività finanziarie che non costituiscono immobilizzazione) al valore di costo. Al fine di conservare l'integrità del capitale sociale, era disposto che una riserva indisponibile, pari all'importo delle azioni proprie iscritte all'attivo del bilancio, doveva essere costituita e mantenuta finché le azioni non fossero trasferite o annullate. La «riserva per

---

<sup>32</sup> COSÌ, OLIVIERI, PRESTI, VALLE, *op. cit.*, p. 114.

azioni proprie» doveva quindi essere iscritta al passivo, in modo da costituire una posta di segno uguale e contrario rispetto all'appostazione all'attivo dello stato patrimoniale della voce «azioni proprie». L'iscrizione al passivo serviva ad evitare che gli utili utilizzati per l'acquisto delle azioni proprie, ancora presenti in bilancio per effetto dell'avvenuto acquisto, fossero in seguito distribuiti tra i soci o utilizzati per coprire perdite<sup>33</sup>. Era peraltro molto discusso se questa riserva avesse natura giuridica di una riserva vera e propria, vale a dire espressiva di valori che effettivamente compongono il patrimonio della società; ovvero se essa, lungi dall'esser parte del patrimonio netto, avesse natura di mero fondo correttivo dell'attivo, con funzione di controbilanciare, sostanzialmente annullandolo, il fatto che il valore delle azioni è altresì iscritto nell'attivo.

Tuttavia, a seguito dell'art. 6 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139 (entrato in vigore il 1° gennaio 2016), il comma 3, art. 2357-ter c.c. (che recitava, appunto: «Una riserva indisponibile pari all'importo delle azioni proprie iscritto all'attivo del bilancio deve essere costituita e mantenuta finché le azioni non siano trasferite o annullate») è stato sostituito dal seguente: «L'acquisto di azioni proprie comporta una riduzione del patrimonio netto di eguale importo, tramite l'iscrizione nel passivo del bilancio di una specifica voce, con segno negativo». Pertanto, attualmente, nel bilancio va iscritta una “riserva negativa per azioni proprie” (c.d. “RNAP”), mentre restano invariate nel loro importo originario le riserve contenenti le risorse impiegate per l'acquisto delle azioni proprie, le quali svolgeranno una funzione di posta rettificativa in bilanciamento della predetta riserva negativa.

Al fine, invece, di mantenere un corretto rapporto di potere tra assemblea e amministratori<sup>34</sup>, è stabilito, che finché le azioni restano in proprietà della società, i diritti amministrativi, a cominciare

---

<sup>33</sup> COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato delle s.p.a.*, diretto da Colombo e Portale, VII, I, Torino, 1995, p. 311.

<sup>34</sup> Se si vuole assicurare il corretto funzionamento dell'organizzazione corporativa delle società di capitali, occorre evitare che gli amministratori esercitino un potere in assemblea, in spregio alla regola elementare che il potere è dato a chi rischia (e di chi rischia maggiormente) perché chi rischia ha ragione di esercitarlo in maniera oculata.



dal diritto di voto, sono sospesi<sup>35</sup>. Se il diritto di voto fosse connesso anche alle azioni proprie, esso sarebbe esercitato in assemblea dagli amministratori, i quali finirebbero per assumere una posizione di potere all'interno dell'assemblea pregiudicandone il corretto funzionamento: le azioni in portafoglio potrebbero essere usate dagli amministratori per confermare sé stessi ad ogni scadenza del loro ufficio, per aumentare il loro compenso, per approvare i bilanci da loro predisposti, ecc.<sup>36</sup>.

Quanto ai diritti patrimoniali, la Riforma ribadisce che le azioni proprie non danno diritto agli utili né diritto di opzione: essi sono attribuiti alle altre azioni in proporzione.

La Riforma introduce però un'innovazione importante: è data facoltà all'assemblea, purché siano rispettate le condizioni previste dal primo e dal comma 2 dell'art. 2357<sup>37</sup>, di autorizzare l'esercizio totale o parziale del diritto di opzione.

Gli amministratori non possono disporre delle azioni proprie (legittimamente acquistate) senza un'autorizzazione dell'assemblea che stabilisca le modalità dell'alienazione. Dunque, così come occorre una delibera assembleare per acquistare le proprie azioni, ne occorre una seconda per disporne<sup>38</sup>. Si argina così il rischio che gli amministratori diano in pegno o in usufrutto, ovvero cedano, le azioni a propri fiduciari, al fine di esercitare il voto per loro tramite.

La norma, affrontando apertamente un noto problema (già risolto positivamente dalla dottrina prevalente), specifica che «a tal fine possono essere previste [...] operazioni successive di acquisto ed alienazione». Ciò significa che la successiva vendita delle azioni

---

<sup>35</sup> Tuttavia le azioni proprie sono computate nel capitale ai fini del calcolo delle quote richieste per la costituzione e per le deliberazioni dell'assemblea.

<sup>36</sup> GALGANO, *ult. op. cit.*, p. 138 s.: «la norma ha, dunque, la funzione di salvaguardare il corretto funzionamento della società, basato sull'equilibrio di poteri fra assemblea ed amministratori, e di garantire il capitale di comando dal rischio del cosiddetto *managing control*, ossia di un suo esautoramento ad opera dei propri *managers*».

<sup>37</sup> Rispettivamente: utilizzabilità dei soli utili distribuibili e delle riserve disponibili; autorizzazione dell'assemblea.

<sup>38</sup> Infatti l'art. 2357 *ter* non parla semplicemente di vendita, ma di «disposizione», al fine di includere nell'ambito applicativo della norma anche la costituzione di garanzie reali e di diritti reali minori.

in portafoglio può essere autorizzata già nella delibera che autorizza l'acquisto; e, di conseguenza, che gli amministratori, nei limiti dell'autorizzazione, possono compiere operazioni incrociate di acquisto e vendita, alternando dette operazioni nel tempo (c.d. *trading* di azioni proprie)<sup>39</sup>.

Quando la ragione dell'operazione sui propri titoli è il sostegno o la stabilizzazione di essi sul mercato finanziario, è normale che l'acquisizione delle azioni proprie sia preordinata sin dall'inizio alla successiva rivendita; non avrebbe senso, allora, imporre la convocazione di due diverse adunanze, una per deliberare la compera e l'altra per deliberare la vendita: ecco perché è data possibilità all'assemblea di autorizzare la vendita e predeterminarne le modalità nello stesso contesto in cui delibera l'acquisto.

Per la disposizione delle azioni proprie non sono previste le cautele viste *supra* in relazione all'acquisto. Il minor rigore è coerente con lo sfavore legislativo per il portafoglio azioni proprio della società: da un lato si delimita l'acquisto delle azioni proprie, dall'altro, una volta acquisite, se ne agevola la vendita.

Rimane, però, la necessità dell'autorizzazione; e sembra essenziale che la relativa delibera precisi con chiarezza i termini e le modalità di svolgimento dell'operazione, anche, e forse soprattutto, quando l'assemblea dia via libera al *trading* (e quindi non ad un singolo atto di disposizione ma alla realizzazione di un piano economico complesso). Autorizzando l'operazione, infatti, «si consegna nelle mani degli amministratori un pacchetto azionario [...] “senza padrone” e si attribuisce agli stessi un potenziale potere di influen-

---

<sup>39</sup> In tema, con divergenti valutazioni: D'ALESSANDRO, *Sulla legittimità del c.d. «trading» di azioni proprie*, in *Giust. civ.*, 1988, p. 2998; DALMARTELLO, *Ammissibilità del c.d. «trading» di azioni proprie*, in *Riv. società*, 1983, p. 649; NOBILI, *Osservazioni in tema di azioni proprie*, in *Riv. società*, 1987, p. 799; ASTOLFI, *Ammissibilità del trading di azioni proprie*, nota a Trib. Trieste, 3 luglio 1987, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 129; MENGHI, *Sulla liceità del trading di azioni proprie*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 51; ID., *L'autorizzazione assembleare all'acquisto di azioni proprie*, Milano, 1992.

In giurisprudenza, Trib. Trieste, 3 luglio 1987, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 873, con nota di ASTOLFI, cit., ha affermato che è legittima la deliberazione della assemblea di società per azioni con la quale si autorizzano gli amministratori simultaneamente all'acquisto ed alla vendita (anche frazionate) di titoli della società stessa.

za sugli assetti azionari dell'impresa»<sup>40</sup>. La legge ha tenuto conto di questo effetto con riguardo all'*acquisto* delle azioni proprie, quando ha prescritto che la delibera indichi il numero massimo delle azioni oggetto della negoziazione, la durata dell'autorizzazione (non superiore a 18 mesi), il corrispettivo minimo ed il corrispettivo massimo. Ma sebbene l'indicazione del «corrispettivo minimo e massimo» sia richiesta soltanto per l'acquisto (e per l'esercizio del diritto di opzione), non si dubita che la prescrizione vada estesa, stante l'*eadem ratio*, anche agli atti di disposizione.

La necessaria indicazione del numero massimo di azioni da acquistare potrebbe far dubitare della perdurante legittimità della prassi, frequente prima della Riforma, del c.d. *fondo rotativo*: l'assemblea stabilisce che le somme ricavate dalle eventuali alienazioni delle azioni proprie dovranno essere accantonate nella riserva acquisto azioni proprie<sup>41</sup>, per essere destinate a futuri reinvestimenti in nuovi acquisti di azioni proprie. Questa prassi rischia di far perdere all'assemblea il controllo, ora legislativamente sancito, sull'operato degli amministratori, in particolare in ordine al quantitativo delle azioni proprie da acquistare, perché «l'assemblea non sarebbe più in grado di prestabilire quanti acquisti verranno in concreto realizzati dagli amministratori, ossia il vero “numero massimo” [...] acquistabile nell'ambito della durata dell'autorizzazione»<sup>42</sup>. È pertanto saggio affiancare alla previsione del fondo rotativo l'espressa indicazione del numero massimo di azioni che gli amministratori hanno facoltà di acquistare<sup>43</sup>. Se poi il numero massimo è raggiunto prima della scadenza del termine per il quale l'autorizzazione era concessa, gli amministratori, se ritengono necessari ulteriori acquisti, devono chiedere ai soci di rinnovare il loro

---

<sup>40</sup> CERRATO, *sub artt. 2357-2357 quater*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, p. 410 s.

<sup>41</sup> Sulla prassi di creare, con la deliberazione di autorizzazione, una speciale «riserva per l'acquisto di azioni proprie», cfr. COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, cit., p. 501. Si tratta di una riserva facoltativa, a differenza di quella obbligatoria, prescritta dall'art. 2357, da iscrivere al passivo per un importo pari al costo di acquisto delle azioni.

<sup>42</sup> PARTESOTTI, *Le operazioni sulle azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, dir. da Colombo e Portale, VII, I, Torino, 1991, p. 433.

<sup>43</sup> CERRATO, *sub artt. 2357-2357 quater*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, p. 418.

consenso: in tal modo si rafforza il potere di controllo dell'assemblea, la quale ha modo di vagliare anche la legittimità delle operazioni condotte sulla scorta della prima autorizzazione.

Se l'operazione *ex art. 2357 ter c.c.* è compiuta in assenza della prescritta autorizzazione, al di là dei limiti in essa contenuti, o in forza di un'autorizzazione priva delle indicazioni prescritte dalla legge, si pone il problema della sorte dell'atto di disposizione e del ruolo che giocherebbe, in tale fattispecie, la sanzione della nullità.

L'art. 2357 *ter c.c.* non prevede sanzione alcuna. Ma per effetto dell'art. 6 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 139, sul quale v. *infra*, il comma 3, art. 2357 *ter c.c.* sancisce oggi che: «L'acquisto di azioni proprie comporta una riduzione del patrimonio netto di eguale importo, tramite l'iscrizione nel passivo del bilancio di una specifica voce, con segno negativo».

L'art. 2357 *c.c.*, invece, per l'opposta ipotesi dell'acquisto (eseguito violando una delle quattro condizioni richieste) impone che le azioni acquistate siano alienate entro un anno oppure siano annullate. L'atto di acquisto, pertanto, è valido. Dalla norma è possibile desumere la eguale validità dell'atto di disposizione previsto dall'art. 2357 *ter*<sup>44</sup>; anche perché ad una eventuale nullità dell'atto conseguirebbe proprio l'effetto che la legge guarda con sfavore: il ritorno delle azioni nel portafoglio della società. Né avrebbe senso annullare le azioni, ormai in proprietà di soggetti diversi dalla società.

Deve allora risolversi che, fermi gli effetti dell'alienazione, unica conseguenza sarà la responsabilità degli amministratori<sup>45</sup>. Si tratterà di una responsabilità penale ai sensi dell'art. 2632 *c.c.*, che punisce con la reclusione fino ad un anno gli amministratori che abbiano provocato una formazione o un aumento fittizi del capitale «me-

---

<sup>44</sup> Nel senso dell'annullabilità si è però pronunciata Cass., 1 aprile 1996, n. 3012, in *Società*, 1996, p. 1152, con nota di DE ANGELIS: «l'atto di disposizione delle azioni proprie compiuto dagli amministratori senza l'autorizzazione dell'assemblea non è nullo, ma soltanto annullabile, poiché l'interesse tutelato dalla disposizione in esame è quello di proteggere la società dal rischio di abusi da parte degli amministratori e di garantire ai soci una eventuale preferenza ai fini del mantenimento degli equilibri interni in atto, senza che in ciò possa configurarsi una norma di ordine pubblico».

<sup>45</sup> GALGANO, *La manovra sulle azioni proprie nel d.p.r. 30/86*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, p. 40; PARTESOTTI, *op. cit.*, p. 430 s.; CARBONETTI, *op. cit.*, p. 127; BIONE, *op. cit.*, p. 372.

dante attribuzioni di azioni o quote in misura complessivamente superiore all'ammontare del capitale sociale, sottoscrizione reciproca di azioni o quote, sopravvalutazione rilevante dei conferimenti di beni in natura o di crediti ovvero del patrimonio della società nel caso di trasformazione, sono puniti con la reclusione fino ad un anno».

Entrerà in gioco, inoltre, la responsabilità civile degli amministratori, qualora l'operazione abbia cagionato un danno alla società.

Se l'acquisto fosse stato sanzionato con la nullità, le conseguenze si sarebbero riversate anche sul terzo.

Al contrario, dalla validità dell'acquisto deriva che l'autorizzazione ha effetti soltanto interni e non influisce nel rapporto instaurato col terzo. Pertanto deve ritenersi legittima un'autorizzazione assembleare successiva all'acquisto o all'alienazione, con effetto di ratifica dell'operazione posta in essere dagli amministratori.

### 3. *La sottoscrizione di azioni proprie: la violazione del divieto non comporta nullità*

La società non può mai sottoscrivere azioni proprie (art. 2357 *quater* c.c.), né in sede di costituzione né in sede di aumento. Fa eccezione al divieto, la previsione del comma 1 dell'art. 2357 *ter*, che ammette che l'assemblea possa autorizzare l'esercizio del diritto di opzione anche relativamente alle azioni proprie detenute dalla società. Pertanto oggi gli amministratori, debitamente autorizzati, possono esercitare il diritto di opzione rispettando le medesime condizioni poste per l'acquisto di azioni proprie dai primi due commi dell'art. 2357.

Ma al di là di questa eccezione, il divieto è assoluto, lo sfavore legislativo è superiore a quello riconoscibile per l'acquisto di azioni proprie, perché superiori sono ritenuti i rischi. Se si permettesse la sottoscrizione di azioni proprie, si verificherebbe la seguente situazione: la società si impegnerebbe a liberare le azioni (quindi ad effettuare il pagamento, a titolo di conferimento) con denaro appartenente alla società stessa, ed a fronte di un aumento del capitale nominale, il patrimonio sociale rimarrebbe inalterato. Infatti, nei casi ordinari, ossia quando a sottoscrivere le azioni sono i terzi (oppure,

nel caso dell'aumento, i soci), la società, in forza di questa sottoscrizione, vanterà un credito nei confronti dei terzi medesimi inerente al versamento di quanto ancora dovuto. Ma se è la stessa società ad autosottoscrivere, essa diventerà creditrice di sé stessa.

Nonostante l'assolutezza del divieto, la sottoscrizione non è invalida<sup>46</sup>.

La sanzione non investe, infatti, l'atto, ma la posizione di chi lo ha compiuto: le azioni sottoscritte in violazione del divieto «si intendono sottoscritte e devono essere liberate dai promotori e dai soci fondatori o, in caso di aumento del capitale sociale, dagli amministratori».

L'interesse considerato è, ancora una volta, quello all'integrità del capitale sociale ed all'effettiva acquisizione dei conferimenti.

Se, in coerenza con l'imperatività della norma, si sanzionasse l'atto di sottoscrizione con la nullità, questo diverrebbe *tamquam non esset*, e sarebbe perduta ogni possibilità di coprire le azioni emesse. Attraverso il menzionato meccanismo, invece, l'obbligo di coprire i conferimenti promessi viene addossato a chi ha violato il divieto: nel caso di costituzione per pubblica sottoscrizione, ai promotori; nel caso di costituzione simultanea, ai soci fondatori; nel caso di aumento del capitale sociale, agli amministratori. Si attua un fenomeno di sostituzione legale nella titolarità delle azioni sottoscritte e nella soggezione all'obbligo di conferimento<sup>47</sup>.

La disposizione, tuttavia, non si applica a chi dimostri di essere esente da colpa.

Il comma ult. della norma si occupa di sanzionare la sottoscrizione indiretta, anch'essa vietata. In questo caso, la legge procede alla cancellazione del rapporto di interposizione, come se esso non fosse mai venuto in essere: chi abbia sottoscritto in nome proprio, ma per conto della società, azioni di quest'ultima è considerato a tutti gli effetti sottoscrittore per conto proprio. Spetterà a lui, pertanto, effettuare il versamento.

---

<sup>46</sup> Sulla scarsa propensione legislativa ad avvalersi della sanzione della nullità, cfr. DOLMETTA, *Sulle conseguenze civilistiche dell'acquisto di azioni proprie compiuto in violazione dei divieti di legge*, in *Riv. società*, 1996, p. 342 ss.

<sup>47</sup> FRÈ, SBISÀ, *Società per azioni*, I, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 434. Diversamente, CARBONETTI, *op. loc. cit.*, che inquadra la fattispecie nella conversione legale del negozio nullo.

Si tratta di una deroga alla regola vigente in materia di mandato, in base alla quale il mandante, ossia la società, dovrebbe fornire al mandatario, ossia al sottoscrittore, i mezzi necessari per l'adempimento delle obbligazioni che il mandatario ha contratte in proprio nome» (art. 1719 c.c.).

La liberazione delle azioni sottoscritte è ulteriormente garantita dal fatto che, alla responsabilità del sottoscrittore, si aggiunge quella di promotori, soci fondatori e, nel caso di aumento del capitale sociale, amministratori; i quali rispondono solidalmente della liberazione delle azioni se non dimostrano di essere esenti da colpa.

Si noti, sul piano della responsabilità, la differenza tra le previsioni del comma 2 e 3 dell'art. 2357 *quater*: nel caso di sottoscrizione diretta (si sottoscrivono azioni in nome e per conto della società) l'obbligo di liberare le azioni grava a carico di chi, sottoscrivendo in proprio nome, è divenuto titolare delle azioni, e quindi a carico dei soggetti che si sono resi *responsabili* della sottoscrizione (soci fondatori o amministratori).

Nel caso di sottoscrizione indiretta (si sottoscrivono azioni per conto della società ma in nome proprio), invece, l'obbligo di liberare le azioni che grava sui soci fondatori e sugli amministratori si aggiunge, rafforzandolo, all'obbligo del sottoscrittore, sebbene solo questo sia in effetti il titolare delle azioni e il *responsabile* dell'atto di sottoscrizione. Quanto ai primi, si ha pertanto «una dissociazione tra il profilo della responsabilità e quello della titolarità»<sup>48</sup>.

Quanto all'esenzione di coloro che dimostrino di essere esenti da colpa, se la sottoscrizione è avvenuta in esecuzione di una delibera del consiglio di amministrazione, l'amministratore avrà l'onere, *ex* comma 3, art. 2392 c.c., di far annotare senza ritardo il suo dissenso nel libro delle adunanze e delle deliberazioni del consiglio, dandone immediata notizia per iscritto al presidente del collegio sindacale. Solo così gli amministratori possono liberarsi da responsabilità.

Quanto invece alla prova liberatoria dei soci fondatori (o, nel caso di costituzione per pubblica sottoscrizione, dei promotori), il suo conseguimento dovrà essere «valutato, di volta in volta, sulla ba-

---

<sup>48</sup> BIONE, *op. cit.*, p. 384.

se del comportamento, commissivo o anche semplicemente omissivo, imputabile a ciascuno nella realizzazione dell'illecito»<sup>49</sup>.

Sul piano penalistico, la sottoscrizione è equiparata all'acquisto, sicché, in ordine alle responsabilità degli amministratori, si applica integralmente l'art. 2628 c.c.

#### 4. *Il divieto di assistenza finanziaria ex art. 2358 c.c. e la nullità del finanziamento*

Quando si parla di operazioni sulle proprie azioni, si intende: l'acquisto; la sottoscrizione; la concessione di prestiti o di garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione; l'accettazione di azioni proprie in garanzia.

Come visto ai par. precedenti, il divieto di *sottoscrizione* è assoluto (salvo l'ipotesi eccezionale relativa al diritto di opzione). Assoluto era anche, fino al 2008, il divieto delle «*altre operazioni sulle proprie azioni*» menzionate all'art. 2358 c.c. L'*acquisto* di azioni proprie, invece, è consentito purché siano rispettate alcune cautele. Mentre nel caso di sottoscrizione l'interesse da proteggere è quello alla corretta *formazione* del capitale, nel caso dell'acquisto si tratta di disciplinare le vicende di azioni già emesse e sottoscritte (ovviamente da soggetti diversi dall'emittente), e l'interesse tutelato è quello alla *conservazione* dell'integrità del capitale sociale. Ed il legislatore ha ritenuto che l'integrità del capitale possa essere mantenuta senza bisogno di vietare l'acquisto, ma semplicemente circondandolo di determinate cautele. Poiché l'acquisto può soddisfare interessi meritevoli di tutela, un divieto assoluto sarebbe stato eccessivamente penalizzante per la società.

La ragione per la quale l'ordinamento vieta o sottopone a particolari cautele le operazioni della società sulle proprie azioni è duplice: occorre, da un lato, mantenere l'integrità del capitale sociale, a vantaggio sia dei soci sia dei creditori sociali (rispettivamente: funzione produttivistica e funzione vincolistica del capitale). Le ope-

---

<sup>49</sup> BIONE, *op. cit.*, p. 384.



razioni sulle azioni proprie, infatti, possono concretare un'elusione dell'obbligo di eseguire i conferimenti o una restituzione anticipata dei conferimenti eseguiti.

Occorre, dall'altro lato, evitare gli abusi degli amministratori (e del capitale di comando), i quali, quando la società possiede azioni proprie, esercitano per suo conto i relativi diritti di voto in assemblea: il rischio è la concentrazione di un eccessivo potere in capo al *management*, a discapito della minoranza e del corretto svolgimento della democrazia assembleare.

A ciò va aggiunta, quando si tratta di società aperte, l'esigenza di tutelare il corretto funzionamento del mercato dei titoli da manovre speculative che possano alterare le quotazioni delle azioni e, in generale, di impedire che la società possa incidere sul mercato dei propri titoli.

#### 4.1. *L'assistenza finanziaria nelle s.r.l.*

Una diversa politica legislativa è stata adottata per le s.r.l., per le quali l'art. 2474 c.c. esclude la legittimità di *tutte* le operazioni sulle proprie quote: «in nessun caso la società può acquistare o accettare in garanzia partecipazioni proprie, ovvero accordare prestiti o fornire garanzia per il loro acquisto o la loro sottoscrizione».

La ragione di questo diverso trattamento normativo è stata rinvenuta nel fatto che le partecipazioni non possono essere rappresentate da azioni. Ma si è obiettato che, nelle stesse s.p.a., lo statuto può escludere l'emissione dei titoli azionari, e tuttavia la disciplina delle azioni proprie è dettata indipendentemente dalla mancanza o esistenza di detti titoli<sup>50</sup>. La reale *ratio* del divieto dovrebbe allora essere ulteriormente precisata, ed andrebbe ricondotta alla «caratteristica della c.d. «oggettivizzazione» o «spersonalizzazione» della partecipazione e del correlativo rapporto sociale, immanente e coesenziale all'indole stessa della partecipazione azionaria (quand'anche la stessa non fosse incorporata nei «certificati azionari») e non ravvisabile, invece, nella quota di s.r.l.»<sup>51</sup>. Soltanto le azioni, in altre

<sup>50</sup> OLIVIERI, PRESTI, VALLE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004, p. 107.

<sup>51</sup> OLIVIERI, PRESTI, VALLE, *op. loc. ult. cit.*

parole, e non le quote, sarebbero congenitamente destinate alla circolazione. E soltanto per le s.p.a. è giustificabile che questa circolazione sia incoraggiata ammettendo, a determinate condizioni, l'acquisto delle azioni proprie.

Proprio in materia di s.r.l. si rinvengono due interessanti interventi giurisprudenziali sul punto.

Il primo riguarda una controversia sorta prima dell'entrata in vigore dell'art. 28 d.p.r. n. 30 del 1986, introduttivo, all'art. 2483 c.c. (oggi riprodotto dalla Riforma del 2003, con lieve modifica, nell'art. 2474 c.c.). del divieto di accordare prestiti o fornire garanzie per l'acquisto di quote rappresentative del proprio capitale. Nonostante l'inesistenza, in quell'epoca, di una norma analoga a quella dettata dall'art. 2358 c.c. per le società per azioni<sup>52</sup>, la Suprema Corte ha stabilito che il divieto doveva, già allora, considerarsi operante anche per le società a responsabilità limitata, poiché «finanziare un terzo per l'acquisto di quote o prestare a tal fine garanzie, anche mediante l'accollo del debito relativo al pagamento del corrispettivo stabilito nella cessione, pregiudica o rischia di pregiudicare gli interessi protetti dal divieto esplicitamente posto dallo stesso art. 2483 c.c.»<sup>53</sup>.

Il secondo intervento inerisce ad una transazione tra due società, con la quale una s.r.l. aveva rinunciato alla pretesa risarcitoria

---

<sup>52</sup> L'art. 2483 c.c., nel testo in vigore quando la cessione era stata posta in essere (18 febbraio 1985), era così formulato: «la società non può fare anticipazioni sulle proprie quote, né prestiti a terzi per acquistarle». Nessun cenno era fatto, quindi, all'ulteriore divieto di accordare prestiti o fornire garanzie per l'acquisto di quote rappresentative del proprio capitale. Il d.p.r. n. 30 del 1986 ha dato attuazione alla seconda direttiva Cee in materia societaria, n. 77/91 del 13 dicembre 1976.

<sup>53</sup> Cass., 14 maggio 2004, n. 9194, in *Mass. Giust. civ.*, 2004. In applicazione di tale principio, la Corte ha cassato la sentenza di merito che aveva escluso la nullità del contratto di cessione di quota, con il quale la s.r.l. aveva fatto fronte al pagamento di una parte rilevante del prezzo della cessione delle quote, sebbene la «promessa» del trasferimento in favore dei cessionari di alcuni beni ricompresi nel patrimonio sociale fosse stata fatta dai soci e non dalla società. Ha invece ritenuto irrilevante il fatto che l'assunzione, da parte della società, dell'obbligo di provvedere al pagamento del prezzo delle quote «in natura», mediante il trasferimento di alcuni beni ricompresi nel patrimonio sociale, fosse stata solo «promessa» dai cessionari e non direttamente assunta dalla società al momento della cessione; reputando che detta circostanza non potesse valere ad escluderne l'illiceità e, quindi, la nullità ex art. 1418, comma 1, c.c.

vantata nei confronti di una s.p.a. ed oggetto di un giudizio in corso, contro sottoscrizione della seconda di un aumento di capitale della prima, la quale versava in difficili condizioni economiche. Anche in tal caso si sono ravvisati, almeno in astratto, gli estremi per l'applicazione dell'art. 2483 c.c. prev. (oggi art. 2474 c.c.) e, conseguentemente, della sanzione della nullità per frode alla legge: la rinuncia alla pretesa creditoria, infatti, è stata equiparata alla somministrazione di mezzi finanziari, ed è stata ritenuta, pertanto, una forma di sovvenzione destinata a consentire all'altra società di aumentare il capitale. (In concreto, però, i giudici hanno ritenuto non dimostrate l'esistenza del credito rinunciato e la contestualità dell'operazione di finanziamento, strumentale alla sottoscrizione dell'aumento di capitale)<sup>54</sup>.

#### 4.2. *L'assistenza finanziaria nelle s.p.a.*

L'originaria formulazione dell'art. 2358 c.c., rubricato «Anticipazioni sulle proprie azioni», disponeva che «la società non può fare anticipazioni sulle proprie azioni, né prestiti a terzi per acquistarli». All'ambiguità del termine «anticipazioni» ed alla mancata menzione, tra gli atti vietati, dei prestiti ai soci, aveva sopperito la giurisprudenza, sia ampliando il contenuto della norma sia, come visto *supra*, estendendone l'applicazione alle s.r.l.<sup>55</sup>

<sup>54</sup> App. Milano, 18 giugno 2004, in *Società*, 2004, p. 1259, con Commento di Salafia: «perché sia consentito far coerentemente applicazione della sanzione della nullità negoziale per frode alla legge (art. 1344 c.c.), occorre dimostrare l'esistenza del credito rinunciato e la contestualità dell'operazione di finanziamento effettuata in funzione di «scambio» con la rinuncia medesima, insomma l'esistenza di un patto «strumentale» per facilitare l'ingresso del futuro socio mediante accollo da parte della società – quali ne siano le modalità operative – del pagamento da lui dovuto».

<sup>55</sup> Cass., 4 ottobre 1984, n. 4916, in *Riv. not.*, 1985, p. 220, ed in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, p. 85: «il principio posto per le s.p.a. dall'art. 2358 c.c. va inteso come espressione manifesta di un divieto generale che coinvolge anche la disciplina delle società a responsabilità limitata».

Cass., 13 luglio 1981, n. 4540, in *Foro it.*, 1982, I, c. 148, ed in *Riv. not.*, 1981, p. 928: «il divieto di legge posto alle società a responsabilità limitata di acquistare le proprie quote si estende anche alla fideiussione prestata a favore del socio acquirente delle quote».

Fecero seguito rilevanti modifiche alla norma. La prima, con l'approvazione della seconda direttiva Cee (13 dicembre 1976), che condusse al d.p.r. n. 30 del 1986.

La formulazione dell'art. 2358 che ne scaturì non fu intaccata dalla Riforma del 2003. Ma in seguito essa è stata ulteriormente innovata per effetto dell'art. 1.4, d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142, che ha allentato i divieti per venire incontro agli interessi delle società quando, in concreto, le operazioni dirette all'incentivazione della sottoscrizione o dell'acquisto di azioni proprie della società concedente appaiano convenienti<sup>56</sup>.

In base al comma 1 dell'art. 2358 c.c., come oggi formulato, la società non può accordare prestiti, né fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie, «se non alle condizioni previste dal presente articolo».

Prima di delineare le attuali condizioni di ammissibilità, è bene riflettere sulle ragioni del divieto, che permane sebbene notevolmente allentato.

Queste operazioni comportano rischi analoghi a quelli insiti nell'acquisto di azioni proprie: se la società concedesse prestiti per l'acquisto di azioni proprie, sarebbero gli amministratori a decidere a chi prestare il denaro della società, e la scelta potrebbe ricadere su terzi compiacenti affinché essi, divenuti soci, votino in assemblea secondo le indicazioni degli amministratori. Inoltre, si rimetterebbe agli amministratori la facoltà di mutare a proprio piacimento la compagine sociale.

Evidenti sono anche i rischi per il capitale sociale derivanti dalla concessione di crediti, a soci o a terzi, di incerta realizzazione.

---

<sup>56</sup> Cfr. SALAFIA, *L'art. 2358 c.c. dopo il d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142*, in *Società*, 2014, p. 24; ID., *Il nuovo art. 2358 c.c. e la relazione con l'art. 2501 bis c.c.*, *ivi*, 2009, p. 575; DEMURO, *L'assistenza finanziaria nell'acquisto di proprie azioni*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 229; MARASÀ, *Considerazioni introduttive sul d.lgs. n.142/2008 di attuazione delle modifiche alla seconda direttiva comunitaria in materia di s.p.a.*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 569; CACCHI PESSANI, *L'assistenza finanziaria per l'acquisto e la sottoscrizione delle proprie azioni*, Milano, 2012; ABRIANI, *Il capitale sociale dopo la "nuova" Seconda Direttiva e il d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142: sulla c.d. "semplificazione" della disciplina dei conferimenti in natura, dell'acquisto di azioni proprie e del divieto di assistenza finanziaria*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, p. 254; SPOLIDORO, *Attuazione della direttiva 2006/68/CE sui conferimenti non in contanti, acquisto di azioni proprie e assistenza finanziaria*, in *Notariato*, 2009, p. 76.

Sarebbe possibile effettuare aumenti di capitale soltanto apparenti, perché finanziati con mezzi della società anziché dei sottoscrittori.

Lo stesso discorso vale per le garanzie costituite dagli amministratori su beni sociali per consentire a terzi l'acquisto delle azioni.

Il divieto di assistenza finanziaria è stato in passato inteso in termini molto ampi: vi sono fatti rientrare ogni specie di finanziamento per cassa (sia diretto sia tramite società fiduciaria o interposta persona: mutui, aperture di credito, sconti, pagamenti anticipati di debiti sociali, ecc.), di garanzia reale (pegno, ipoteca) e personale (fideiussioni, avalli, ecc.)<sup>57</sup>, e, in genere, ogni atto che produca, nella sostanza, un effetto di garanzia, come le girate cambiarie, l'assunzione di garanzie extracartolari, i riporti, la concessione di dilazioni di pagamenti dovuti alla società, la promessa del fatto del terzo, la rinuncia al credito nei confronti di un'altra società la quale sottoscrive un aumento di capitale della rinunciante<sup>58</sup>. E si ritiene che il divieto di assistenza finanziaria (concessione di prestiti o di garanzie) sia violato anche quando questa è successiva all'acquisto se l'accordo tra amministratori e terzi precede l'acquisto<sup>59</sup>. In definitiva, il divieto posto dall'art. 2358 c.c. finisce col ricomprendere ogni forma

<sup>57</sup> Cfr. Cass., 4 ottobre 1984, n. 4916, cit.; Cass., 13 luglio 1981, n. 4540, cit.

<sup>58</sup> È l'ipotesi considerata [sebbene con riferimento all'art. 2483 (ora art. 2472), omologo dell'art. 2358 per quanto concerne le s.r.l.] da App. Milano, 18 giugno 2004, in *Società*, 2004, p. 1259, con commento di V. Salafia, la quale ha così statuito: «perché nel negozio transattivo, con cui una società di capitali rinuncia ad una pretesa creditoria nei confronti di un'altra e questa sottoscrive un aumento di capitale della prima, si possa configurare uno dei negozi vietati dall'art. 2483 c.c. prev. E si possa, quindi, applicare coerentemente la sanzione di nullità per frode alla legge, occorre dimostrare l'esistenza del credito rinunciato e la contestualità dell'operazione di finanziamento (strumentale alla sottoscrizione dell'aumento di capitale), effettuata in funzione di scambio con la rinuncia medesima».

<sup>59</sup> In questo senso, in giurisprudenza, Trib. Ivrea, 12 agosto 1995, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, c. 196, con nota di MONTALENTI: «il prestito effettuato da una società per azioni ad altra società per l'acquisto delle proprie azioni è illecito e pertanto nullo, ancorché effettuato attraverso interposta persona e quantunque erogato successivamente all'acquisto delle azioni».

In dottrina, *ex multis*, D'ALESSANDRO, *Rapporti di scambio tra una società ed i suoi azionisti e divieto di assistenza finanziaria per l'acquisto delle proprie azioni*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 1027, e DOLMETTA, *Il merger leveraged buyout nella legge delega n. 366/2001: la target da s.p.a. a s.r.l.*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 241, secondo cui «nel contesto dell'art. 2358 [...] il momento temporale della prestazione di garanzia non riveste alcun particolare significato».

di agevolazione finanziaria finalizzata all'acquisto o sottoscrizione di azioni proprie, indipendentemente dal momento, anteriore o successivo rispetto all'acquisto medesimo, della sua esecuzione, purché sussista un nesso strumentale tra il prestito (o la garanzia) e l'acquisizione.

Più difficile è trovare una spiegazione del divieto, imposto a tutte le società di capitali, di ricevere in pegno azioni o quote proprie. Si è sostenuto che il divieto debba ritenersi espressione di un principio generale, teso ad evitare ogni attentato alla integrità del capitale sociale<sup>60</sup>. La reale spiegazione è forse reperibile soltanto in chiave storica, sulla scorta dell'ambigua nozione di «anticipazione» adottata dal vecchio testo della norma. Ma dovendo giustificare l'attualità (discutibile) di un simile divieto, sembra preferibile ricondurla all'intenzione di evitare che il diritto di voto, relativo a dette azioni, sia esercitato dagli amministratori, conseguendone altrimenti i consueti pericoli<sup>61</sup>.

Ebbene, per effetto delle modifiche apportate all'art. 2358 c.c. a seguito dell'intervento comunitario, la società ha la facoltà di accordare prestiti o di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle proprie azioni, "direttamente o indirettamente", purché sussistano determinate condizioni. Precisamente, occorre: che tali operazioni risultino autorizzate dall'assemblea straordinaria, sulla base di una relazione degli amministratori che ne illustri le condizioni (indicando il prezzo al quale il terzo acquisterà le azioni), gli obiettivi *imprenditoriali* che la giustifichino, i rischi che comporta per la liquidità e la solvibilità della società,

---

<sup>60</sup> Trib. Milano, 12 maggio 1997, in *Giur. it.*, 1998, p. 1666, con nota di SANZO, ne ha dedotto che il divieto può ritenersi applicabile in via analogica anche alle società cooperative.

<sup>61</sup> Questa terza ipotesi è l'unica, tra quelle previste dall'art. 2358 c.c., per le quali la seconda direttiva comunitaria non sanciva un divieto assoluto, ma si limitava a prescrivere l'adozione delle stesse cautele dettate per l'acquisto di azioni proprie. La soluzione adottata dal legislatore nazionale ha suscitato perplessità tra gli interpreti, anche perché «laddove si tratti di crediti preesistenti, la concessione alla società di una garanzia sulle stesse azioni, lungi dal creare pericoli di sorta rafforza, all'evidenza, la possibilità di realizzazione del credito e, perciò, la tutela dell'integrità del patrimonio sociale» (BIONE, *sub art. 2357*, in *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004, p. 388).

nonché lo specifico interesse che l'operazione presenta per la società; che la relazione sia depositata presso la sede della società durante i trenta giorni che precedono l'assemblea; che il verbale dell'assemblea, corredato dalla relazione, sia iscritto nel registro delle imprese; che l'importo complessivo delle somme impiegate e delle garanzie fornite non ecceda il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato (tenendo anche conto dell'eventuale acquisto di azioni proprie *ex art. 2357 c.c.*), con iscrizione di apposita riserva indisponibile.

Se le operazioni di assistenza finanziaria sono poste in essere in violazione delle predette condizioni, esse sono nulle.

Va però considerato che la trasformazione del divieto assoluto in divieto "condizionato" attuata con la riforma del 2008 porta a credere che sussista «un collegamento negoziale tra la concessione del finanziamento e l'acquisto (o sottoscrizione) di azioni, per il quale rileva l'elemento soggettivo, ossia la consapevolezza, da parte dei soggetti coinvolti nei diversi negozi che compongono l'operazione economica, dello scopo complessivo della stessa». Con la conseguenza che la nullità sarebbe ravvisabile soltanto in presenza di un motivo illecito comune, in modo da poter distinguere la posizione di eventuali terzi (inconsapevoli) coinvolti<sup>62</sup>.

Ancora una volta, peraltro, la validità o meno dell'operazione concreta dovrà essere vagliata alla luce dell'interesse protetto dalla norma, che nella sua ultima formulazione appare ancora con maggior evidenza del passato come posta a presidio della tutela dell'integrità del capitale sociale e, in particolare, si ritiene volta ad evitare distribuzioni ai soci che riducano il patrimonio netto al di sotto del capitale sociale sottoscritto e delle riserve non distribuibili<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> PAOLINI, *Nullità delle operazioni di assistenza finanziaria*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1570 ss. (in nota a Trib. Venezia, Sez. spec. in materia di imprese, 29 aprile 2016).

<sup>63</sup> CARRIÈRE, *La nuova disciplina dell'assistenza finanziaria*, in *Società*, 2010, p. 7 ss.

#### 4.3. *Violazione del divieto, nullità del finanziamento e responsabilità degli amministratori*

Nelle fattispecie previste dall'art. 2358 c.c., differentemente che per l'acquisto ed analogamente alla sottoscrizione, in assenza delle condizioni oggi previste dalla legge, l'operazione comporta la nullità.

In proposito, può apparire incoerente che sia ammesso, a determinate condizioni, acquistare azioni proprie, mentre sia così pesantemente sanzionato agevolare (mediante prestiti e concessioni di garanzie) detti acquisti. La giustificazione di una così sensibile diversità di trattamento normativo è probabilmente da ricercare nella summenzionata necessità, particolarmente sentita, di imporre un limite al potere degli amministratori, onde evitare che il patrimonio sociale sia distratto dal perseguimento dell'oggetto sociale in favore degli interessi individuali di alcuni soggetti desiderosi di acquisire o accrescere una partecipazione nella società. Si vuole quindi impedire che gli amministratori decidano arbitrariamente gli equilibri di potere tra soci agevolando, con il finanziamento, la scalata (o l'uscita) di qualcuno<sup>64</sup>.

Ciò induce a pensare che sia proprio questa la *ratio* principale del divieto, perché l'altra esigenza fondamentale, quella di tutelare l'integrità del capitale sociale, avrebbe potuto trovare soddisfazione, proprio come si è fatto per l'ipotesi dell'acquisto, semplicemente imponendo che le somme interessate all'operazione fossero coperte da utili distribuibili o riserve disponibili.

Ma il legislatore potrebbe anche aver basato la distinzione su valutazioni di merito; alcuni obiettivi societari, ritenuti meritevoli di sicura protezione, possono essere raggiunti soltanto attraverso l'acquisto e non tramite l'assistenza finanziaria: alludo al *trading* di azioni proprie, alla riduzione del capitale, alla successiva assegnazione delle azioni ai soci. Inoltre, le cautele prescritte per l'acquisto di azioni proprie (necessità dell'autorizzazione dell'assemblea, limite massimo all'acquisto, sospensione del diritto di voto), sono in grado di limitare un uso distorto dei titoli di cui la società si rende acquirente, mentre non potrebbe dirsi altrettanto quando la società,

---

<sup>64</sup> F. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, 1019 s.



anziché acquistare essa stessa, finanzia l'acquisto da parte di soci o di terzi<sup>65</sup>.

Ad ogni modo, quale che sia l'interesse *preminente* protetto dall'art. 2358 c.c., sembra ragionevole pensare che la nullità sia posta a salvaguardia di interessi compositi. Si tratta di interessi particolari, quali sono quello dei soci ad impedire abusi e manovre spericolate da parte degli amministratori, e quello della stessa società come organismo produttivo in grado di attuare il proprio programma.

Si tratta altresì, però, di interessi generali: tutelare l'integrità del capitale sociale ed evitare che la società si depatrimonializzi, e quindi conservare il patrimonio delle imprese alla sua naturale destinazione di garantire i loro debiti, e non i debiti altrui.

Da ciò consegue che la norma è inderogabile e che la sua violazione (in assenza delle condizioni ora previste) comporta la nullità del finanziamento posto in essere<sup>66</sup>.

Non è mancato, in verità, chi ha sostenuto la mera annullabilità dell'operazione, osservando come in questo campo l'area della nullità vada sempre più restringendosi, anche quando si tratta di contrarietà a norme imperative; ed evidenziando che la nullità sanzionerebbe proprio i soggetti che dovrebbero essere tutelati, ossia coloro che fanno affidamento sulla soddisfazione del credito garantito<sup>67</sup>. Si è poi richiamato l'art. 1471 c.c., il quale, prevedendo, per alcuni casi di acquisto (nn. 2 e 3), l'annullabilità, dimostrerebbe che detta sanzione non è incompatibile con la violazione di norma imperativa quando il divieto è posto nell'interesse di una delle parti<sup>68</sup>.

In effetti, a queste considerazioni va oggi ad aggiungersi quella che la violazione dell'art. 2358 c.c., dopo la riforma del diritto pena-

<sup>65</sup> Queste valutazioni in BIONE, *op. cit.*, p. 386 s., testo e nota 5.

<sup>66</sup> SALAFIA, *Il «leveraged buy out» nella riforma societaria*, in *Società*, 2004, p. 936.

<sup>67</sup> PORTALE, DOLMETTA, *Divieto di accettare azioni o quote proprie in garanzia e casse di risparmio «riformate»*, in *Banca, borsa*, 1989, I, p. 703. A favore dell'annullabilità anche GALLESIO PIUMA, *Le anticipazioni sulle proprie azioni e i prestiti a terzi per l'acquisto delle stesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, II, p. 148.

<sup>68</sup> FRÉ, *Società per azioni (artt. 2325-2461)*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1989, p. 275, secondo cui l'art. 2358 c.c. prevederebbe una particolare incapacità della società (ma *contra*, adesso: FRÉ, SBISA, *Della società per azioni*, tomo I [artt. 2325-2409], Bologna-Roma, 1997, p. 451).

le commerciale (d.lgs. 61/2002), non è più penalmente sanzionata (prima lo era ai sensi dell'art. 2360, comma 1, n. 2, c.c.). Se ne potrebbe dedurre, nella prospettiva segnalata da ultima, una maggior difficoltà di qualificare come nulli *ex art.* 1418 c.c. i contratti di finanziamento che assistono l'operazione illecita (ferma restando la possibilità di esperire, eventualmente, le azioni di annullamento per conflitto di interessi *ex artt.* 1394 e 2391 c.c.)<sup>69</sup>.

Sembrano però determinanti sia l'imperatività della norma sia l'assenza di qualsivoglia deroga, sul punto, ai principi generali del contratto: l'art. 1418 c.c. sanziona con la nullità il contratto contrario a norme imperative salvo che la legge disponga diversamente; e l'art. 2358 c.c. non esprime deroga alcuna. È pertanto preferibile la soluzione, cui era pervenuta anni addietro un'attenta dottrina<sup>70</sup> ed accolta dai giudici<sup>71</sup>, che ravvisa nella fattispecie *ex art.* 2358 c.c. un'ipotesi legalmente tipizzata di motivo illecito comune e determinante (art. 1345 c.c.), dalla quale deriva la sanzione della nullità.

Alla nullità dell'operazione di prestito, consegue il diritto della società alla restituzione in base alle norme sulla ripetizione dell'indebito. Dalla menzionata configurazione di un motivo illecito comune, deriva che l'*accipiens* non potrà che essere di mala fede, con la conseguenza che la società avrà diritto agli interessi dal giorno del pagamento. Se, però, il finanziamento è stato effettuato per il tramite di società fiduciaria o per interposta persona, si dovrà distinguere tra il terzo (acquirente o sottoscrittore delle azioni) in buona fede ed il terzo che abbia contrattato conoscendo il collegamento tra il finanziamento da lui ricevuto e quello concesso dalla società. Mentre nel secondo caso sarà nullo anche il finanziamento indiretto, nel primo non sarà possibile ravvisare una frode alla legge, sicché la nullità

---

<sup>69</sup> CARRIÈRE, *Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti*, in *Riv. società*, 2003, p. 1040, nota 71, aggiunge che «si è così depotenziato il principale deterrente di natura «civilistica» all'effettuazione e al finanziamento di operazioni che possano ancor oggi ritenersi lesive dell'art. 2358 cod. civ.».

<sup>70</sup> CARBONETTI, *L'acquisto di azioni proprie*, cit., p. 179, seguito dalla maggioranza degli autori.

<sup>71</sup> Nel senso della nullità: Cass., 21 gennaio 1970, n. 123; Trib. Ivrea, 12 agosto 1995, cit.

del contratto concluso tra la società e l'interposto non si estenderà al contratto concluso tra l'interposto ed il terzo finanziato<sup>72</sup>.

Nell'impossibilità di richiamare la disciplina dell'annullabilità in luogo di quella della nullità, permane, peraltro, il problema posto dalla dottrina: come tutelare i creditori sociali, i quali, proprio per effetto del pregiudizio che la società riceve dalla dichiarazione di nullità<sup>73</sup>, e quindi dal fallimento dell'operazione programmata, rischiano di aggravare la loro posizione.

Assume quindi massimo rilievo, sotto questo profilo, la responsabilità degli amministratori per i danni eventualmente cagionati.

Tuttavia, con la menzionata abrogazione del vecchio testo dell'art. 2630 c.c., che puniva la violazione dell'art. 2358 c.c. con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la comminazione di una pena pecuniaria, il divieto di assistenza finanziaria rimane sprovvisto di un valido deterrente. L'applicazione dell'art. 2628 c.c., infatti, che punisce le «illecite operazioni sulle azioni o quote sociali o della società controllante» (così la rubrica), è applicabile soltanto agli «amministratori che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote sociali, cagionando una lesione dell'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge», oppure agli amministratori «che, fuori dei casi consentiti dalla legge, acquistano o sottoscrivono azioni o quote emesse dalla società controllante, cagionando una lesione dell'integrità del capitale sociale o delle riserve non distribuibili per legge»<sup>74</sup>.

Il vuoto creatosi è tanto più grave se si pensa che, grazie all'applicazione delle norme generali sul concorso delle persone nel reato, la sanzione di cui al citato art. 2630 (testo previgente) non si limita-

---

<sup>72</sup> CARBONETTI, *L'acquisto di azioni proprie*, cit., p. 180.

<sup>73</sup> La quale a differenza dell'annullamento, come noto, può essere richiesta da chiunque ne abbia interesse. Si noti, d'altra parte, che se la sanzione fosse davvero l'annullabilità si arriverebbe presumibilmente all'estremo opposto: la sanzione non sarebbe *mai* attuata, salvo il caso di una sostituzione dei soggetti legittimati, ossia gli amministratori (FRÉ, SBISA, *op. cit.*, p. 451).

<sup>74</sup> In entrambi i casi la pena prevista è la reclusione sino ad un anno. Il comma 3 dell'art. 2628 c.c. specifica tuttavia che il reato è estinto se il capitale sociale o le riserve sono ricostituiti prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio relativo all'esercizio in relazione al quale è stata posta in essere la condotta.

va a colpire gli amministratori, ma colpiva anche i terzi a favore dei quali era stato accordato il prestito o era stata fornita la garanzia.

La Riforma, d'altronde, non ha bilanciato la depenalizzazione con una specifica e rigorosa disciplina sanzionatoria sul piano civile, dovendo applicarsi pertanto, quanto alla responsabilità, il regime generale.

#### 4.4. *La deroga a favore dei dipendenti*

L'ottavo (*ex terzo*) comma dell'art. 2358 c.c., in ossequio ad un diffuso *favor* per i dipendenti (cfr. art. 2441, comma ult., c.c. e art. 2349 c.c.), precisa che non sono precluse «le operazioni effettuate per favorire l'acquisto di azioni da parte di dipendenti della società» (o da parte dei dipendenti di società controllanti o controllate).

Tuttavia «le somme impiegate e le garanzie prestate debbono essere contenute nei limiti degli utili distribuibili regolarmente accertati e delle riserve disponibili risultanti dall'ultimo bilancio regolarmente approvato» (comma 6, art. 2358).

Il riferimento alle «somme impiegate» concerne il denaro concesso ai dipendenti per finanziare l'acquisto da parte loro delle azioni.

Le «garanzie prestate», invece, sono quelle date dalla società ad un terzo che finanzia l'acquisto. In tal caso, non vi è un immediato esborso di denaro: il limite degli utili distribuibili e delle riserve disponibili si calcola, quindi, con riguardo alle somme che la società dovrebbe versare nel caso di escussione della garanzia.

#### 5. *Il leveraged buy out e i problemi di legittimità: nullità dell'operazione?*

Il «*leveraged buy out*» è la complessa operazione mediante la quale una compagine imprenditoriale, normalmente costituitasi in società, mira ad acquisire una diversa società di maggiori dimensioni e dotata di un capitale sociale superiore, sfruttando i finanziamenti concessi da terzi. I finanziatori saranno rimborsati, in un secondo

momento, grazie ai flussi di cassa (c.d. *cash flow*) della società acquisita. Si ottiene così il risultato di acquisire le azioni o il complesso aziendale<sup>75</sup> della società prescelta nonostante un ridotto apporto di capitali propri, e grazie al massiccio ricorso al capitale di prestito, ottenuto sulla base della capacità di indebitamento della società che si vuole acquisire (c.d. “leva finanziaria”, da cui il termine *leveraged*).

In pratica, avviene che una società appositamente creata (c.d. *newco*) ovvero una società già esistente ma sfornita di risorse finanziarie di rilievo, ottiene dalle banche un finanziamento, che viene in genere garantito, contestualmente all’acquisizione, con la dazione in pegno delle azioni della società bersaglio.

Le somme ottenute in prestito sono utilizzate per l’acquisto della totalità o della maggioranza delle azioni di una società di più grosse dimensioni (c.d. *target*) al fine di assumerne il controllo. Raggiunto questo primo obiettivo, le due società deliberano la fusione, in modo che la *newco* incorpori la *target* oppure dando vita ad una nuova società (c.d. fusione in senso stretto). Ma è anche possibile che sia la controllata ad incorporare la controllante (c.d. fusione inversa)<sup>76</sup>.

A questo punto, il nuovo soggetto giuridico nato dalla fusione disporrà, oltre che delle risorse economiche (normalmente esigue) della *newco*, anche di quelle prima appartenenti alla sola *target*, e, soprattutto tramite queste ultime, sarà in grado di rimborsare alle banche i finanziamenti ottenuti<sup>77</sup>. La *newco* avrà così acquisito la *target* senza sopportarne il costo<sup>78</sup>.

---

<sup>75</sup> Quando oggetto immediato e diretto dell’acquisizione sono le azioni, si parla di *transaction merger*; quando sono i beni aziendali, di *assets sale*.

<sup>76</sup> Contraria alla liceità del c.d. *reverse merger leveraged buy out* è parte minoritaria della dottrina: BERNONI e COLACICCO, *I leveraged buy-out realizzati mediante un’operazione di fusione inversa*, in *Riv. dott. comm.*, 1996, p. 273.

<sup>77</sup> Dopo la fusione il finanziamento non è più garantito dalle azioni della *target*, ormai annullate, per cui le banche chiedono di norma che il prestito sia garantito con la costituzione di garanzie reali sul patrimonio della società risultante dalla fusione: si tratta, solitamente, di ipoteche sui beni appartenuti alla società bersaglio.

<sup>78</sup> Evidente è, poi, il vantaggio sul piano fiscale quanto all’imposta di registro: oggetto del trasferimento non sarà il complesso aziendale, ma soltanto le azioni della società acquisita.

Fondamentale è il reperimento di un'azienda che abbia i requisiti idonei perché l'operazione sia condotta con successo. La società obiettivo dovrebbe essere individuata tra quelle che hanno un livello di indebitamento di partenza molto basso, che sono in grado di generare un flusso costante di utili, che possono disporre di attività separate (e quindi autonomamente cedibili sul mercato) o di beni aziendali di valore rilevante, che non abbia pendenti rischiosi programmi di investimento.

Occorre poi, naturalmente, che la proprietà della società obiettivo sia disposta ad accettare l'offerta della *newco*, la quale può avere vario contenuto. Ad esempio: la proposta di costituire, con la fusione, una nuova società operativa, il cui capitale sarà ripartito tra i soci delle due società che si fondono; la proposta di costituire una *holding*, alla quale trasferire le azioni delle due società che si fondono; la proposta di mantenere due entità economiche separate e procedere allo scambio azionario tra i soci delle due società.

Si tratta di operazioni complesse (alle quali ben si addice la definizione di "finanza straordinaria") che solitamente rendono necessarie l'intermediazione e la consulenza di soggetti esterni dotati di specifiche esperienza e competenza professionale: le c.d. società di «*Merger and acquisition*» (M&A), che consigliano la migliore struttura economico-finanziaria dell'operazione avendo riguardo all'ammontare dei mezzi propri e dei capitali di prestito necessari per procedere all'acquisto, e la cui utilità risiede anche nel consentire alla società acquirente ed alla società acquisenda di non esporsi direttamente durante le prime fasi della trattativa, quando si tratta di reperire gli (eventuali) *partners* industriali interessati all'acquisizione e gli (indispensabili) *partners* finanziari, solitamente coincidenti con le banche d'affari<sup>79</sup>.

Nelle operazioni di maggior portata economica, il finanziamento è in genere effettuato attraverso l'erogazione di una linea di credito (solitamente a breve-medio termine: 3-6 anni) da parte di un pool

---

<sup>79</sup> La *Merchant Bank*, spesso, partecipa direttamente nella nuova azienda ed è rappresentata nel consiglio di amministrazione e nel collegio sindacale. Le sue quote di capitale non sono tuttavia di controllo ed essa non esercita alcuna interferenza sulla gestione corrente dell'azienda, rimanendo così sempre separati il suo ruolo di socio finanziatore e quello altrui di socio imprenditore.

di banche appositamente creato. Spesso si tratta di banche che intrattenevano già rapporti creditizi con l'azienda per linee ordinarie e che, intervenendo pro-quota, si ripartiscono il rischio dell'operazione. Attraverso la banca capofila o la *Merchant Bank* che gestisce l'operazione, si mette a disposizione della *newco* una linea di credito di durata ed importo predeterminati; alla scadenza, il prestito sarà rimborsato ovvero rinnovato entro l'importo precedentemente indicato come massimo.

Il patrimonio della *target* (o società bersaglio, o società obiettivo) costituisce il parametro di riferimento dei finanziatori, che su di esso faranno affidamento al momento di valutare se concedere o meno il prestito: la liquidità e la produttività della *target* sono la loro garanzia<sup>80</sup>. Il rimborso avverrà, infatti, utilizzando i flussi di cassa della *target* ovvero le somme ricavate dalla vendita di alcuni beni aziendali precedentemente appartenuti ad essa.

Tutto ciò avverrà soltanto dopo l'avvenuta fusione, sicché le risorse investite nel rimborso del mutuo saranno in realtà, ormai, risorse a pieno titolo della nuova società sorta con la fusione (o della società incorporante). La nuova realtà aziendale sarà formata dalle attività che furono della *target* e dalle passività della *newco*.

Parimenti, se date dopo la fusione, anche le garanzie che accedono al credito risulteranno prestate dalla nuova società.

Non potrebbe essere altrimenti: se fosse la *target* stessa, prima di fondersi nella *newco*, a dare prestiti o a concedere garanzie per il buon fine dell'operazione, essa non farebbe altro che «accordare prestiti» o «fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione delle azioni proprie», in violazione del divieto sancito, con norma di carattere imperativo, dall'art. 2358 c.c.

L'operazione ora descritta non è altro che una, e sicuramente la più semplice, delle tante variabili che la prassi presenta in materia di *leveraged buy out*. Si tratta, in effetti, dello schema più noto, quello del “*merger leveraged buy out*” (c.d. MLBO), ove all'acquisizione della “società obiettivo” si perviene per mezzo della fusione (da qui il termine “*merger*”).

---

<sup>80</sup> Proprio in considerazione dell'alto livello di rischio, solitamente i tassi di rendimento richiesti dalle banche sono notevolmente più alti di quelli di mercato.

Eppure, anche l'operazione giuridico-economica così concepita aveva destato, nella giurisprudenza precedente la Riforma organica del diritto societario, forti perplessità, dettate soprattutto dal timore che, per suo tramite, si potesse concretizzare una violazione del citato art. 2358 c.c.

Poiché questa norma vieta alla società di concedere prestiti o garanzie per la sottoscrizione e per l'acquisto delle «proprie» azioni, sicuramente incarnano la fattispecie vietata le operazioni di tal genere poste in essere dalla stessa *target* prima della fusione. Alla *target* è fatto divieto, pertanto, di finanziare la *newco* attribuendole le somme necessarie all'acquisto (o alla sottoscrizione) delle azioni appartenenti alla prima; così come le è vietato concedere in pegno le proprie azioni o costituire ipoteca sui propri immobili a garanzia di un debito contratto dalla *newco* al fine di acquistare le azioni della *target*.

L'operazione appena descritta, sicuramente illegittima, esula tuttavia dallo schema del MLBO, che si differenzia per prevedere il soddisfacimento del debito contratto dalla *newco* con gli istituti di credito, non con il patrimonio della *target*, ma con quello di un nuovo soggetto giuridico da essa formalmente distinto: la società sorta dalla fusione. Il finanziamento, è concesso, è vero, in considerazione della solvibilità della società obiettivo, ma in previsione della creazione di una nuova società che erediterà, nella sostanza, le sue risorse economiche e produttive.

Sarà allora il nuovo soggetto di diritto che rimborserà le banche e che, immediatamente dopo la fusione, costituirà, grazie alla solidità del proprio patrimonio frutto della fusione di *newco* e *target*, la garanzia generica del rimborso; quella stessa garanzia generica che aveva, già prima della fusione, invogliato le banche, sulla scorta della prevedibile buona salute della futura società, a concedere il prestito. Non vi sarà, così, alcun acquisto di azioni proprie, perché la *target* rimarrà estranea alla dazione del prestito o alla concessione delle garanzie.

O per lo meno: rimarrà “formalmente” estranea, perché è evidente che, nella sostanza, il rimborso avverrà grazie alle liquidità della società acquisita e la garanzia generica, costituita dal patrimonio della società sorta dalla fusione, sarà sicura ed affidabile soltanto perché la nuova società può adesso vantare le risorse della socie-



tà acquisita. Prima della fusione, infatti, la *newco*, se appositamente creata, è solo un involucro, una scatola vuota; se invece è una società operativa già esistente, è comunque, verosimilmente, una società sottocapitalizzata, il che, nonostante i dubbi avanzati in passato, non rappresenta certo un problema nel nostro ordinamento<sup>81</sup>, ove è sufficiente che il capitale sociale non sia inferiore al minimo legale.

<sup>81</sup> La tesi contraria oppone l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio di "congruità" o, quanto meno, di "non manifesta inadeguatezza" del capitale rispetto all'oggetto sociale, argomentando dal disposto dell'art. 2448, n. 2; tale norma, che prescrive lo scioglimento della società per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, includerebbe tra i casi di scioglimento anche l'insussistenza iniziale o sopraggiunta del rapporto di congruità. La conclusione sarebbe confortata anche da altre norme del nostro codice civile: l'art. 2445, che ammetterebbe la riduzione per esuberanza solo se il capitale risulta esuberante rispetto a quello adeguato al conseguimento dell'oggetto sociale, ed il coordinato disposto degli artt. 1322, comma 2 e 1420, dal quale risulterebbe che lo scopo dei contratti plurilaterali dev'essere non solamente possibile ma altresì realizzabile in concreto.

La tesi è stata sostenuta in dottrina da PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 69 ss.; ID., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 3 ss. (ma nella formulazione più "temperata" del "capitale non manifestamente inadeguato"). Seguendo detta tesi acquisterebbero autonoma rilevanza, nel nostro sistema, sia l'impossibilità dell'oggetto originaria che quella sopravvenuta: mentre quella sopravvenuta, però, è espressamente disciplinata dall'art. 2448, comma 2, c.c., l'impossibilità originaria si ricaverebbe da una particolare interpretazione dell'art. 2327 c.c.; tale norma, che così recita: «La società per azioni deve costituirsi con un capitale non inferiore a duecento milioni di lire», andrebbe, in realtà, così letta: «La S.p.A. deve costituirsi con un capitale che sia sufficiente a realizzare l'oggetto sociale; in ogni caso non deve essere inferiore duecento milioni di lire». Ed infatti la regola del *capital chiffré* «deve essere completata da un'altra regola, desumibile dal sistema ed altrettanto imperativa, che impone di dotare la società per azioni di un capitale che stia sempre in rapporto di congruità o, quanto meno, di non manifesta insufficienza (o inadeguatezza) con l'attività esercitata dalla società» (PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, cit., p. 28).

In giurisprudenza v. Trib. Roma, 13 dicembre 1977, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2817; Trib. Milano, 16 novembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 731, con nota di TANTINI; Trib. Avezzano, 2 maggio 1980, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2358; Trib. Udine, 12 giugno 1982, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2619; Trib. Lecce, 19 aprile 1983, in *Società*, 1984, p. 193. Si noti, tuttavia, che spesso l'effettiva ragione del diniego di omologazione sembra essere, piuttosto che la prospettata esigenza di "congruità", l'eccessiva genericità dell'oggetto sociale. Così, ad es., Trib. Udine, 12 luglio 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 1016, con nota di LAMANDINI, *Riduzione del capitale sociale per perdite e "congruità" del capitale residuo*; Trib. Roma, 14 dicembre 1977, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 157, con nota di G. FERRI; aderiscono a questa tesi anche: Trib. Udine, 12 giugno 1982, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2619; Trib. Roma 14 dicembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 738.

Orbene, questa operazione, che possiamo definire come “*leveraged buy out* classico”, e sulla cui ammissibilità si ravvisavano oscillazioni dottrinali e giurisprudenziali, è oggi sicuramente legittima nel nostro ordinamento per effetto dell’introduzione dell’art. 2501 *bis* c.c.

La Riforma del 2003 ha confermato la valenza positiva del MLBO perché ha riconosciuto che questa tecnica di acquisizione consente il raggiungimento di obiettivi meritevoli di tutela (nel contempo minimizzando i costi).

Innanzitutto il MLBO è, nonostante i suoi rischi, lo strumento ideale per la trasformazione degli amministratori in imprenditori mantenendo la continuità dell’azienda. Quando a capo della *newco*, infatti, sono gli stessi amministratori della *target*, attraverso il *leverage* si può procedere all’acquisto dell’azienda da parte del suo *management*<sup>82</sup>.

Sotto il profilo economico, l’acquisizione comporta non solo il potenziamento della società acquisita, che vede investire nell’impresa nuove risorse e nuove professionalità, ma anche la crescita della stessa impresa acquirente, su cui si riflette positivamente il rilancio dell’attività imprenditoriale della società incorporata.

Il cambio del gruppo di comando e del *management*, attuato attraverso il *leverage*, è poi la soluzione ideale per i vecchi proprietari di aziende familiari che non sono più interessati alla gestione, o che non vedono nella nuova generazione di famiglia l’interesse o la competenza tecnica necessaria per proseguire. Si pensi alle aziende a base familiare, ove l’operazione si pone l’obiettivo di mantenere (o acquistare) il controllo della società attraverso l’acquisizione delle quote di partecipazione dei parenti disinteressati a continuare l’attività (c.d. *family buy-out*).

---

A questa tesi è agevole obiettare che la misura del capitale iniziale non è necessariamente indicativa della possibilità futura di conseguire l’oggetto sociale; peraltro, una approfondita verifica del requisito della congruità richiederebbe indagini di carattere istruttorio che non erano consentite in sede di omologazione e che tanto meno sono consentite, oggi, al notaio.

<sup>82</sup> Si distingue, precisamente, tra *management buy-out* e *management buy-in*: nel primo, sono i *managers* della stessa *target* a divenire proprietari dell’impresa bersaglio; nel secondo, invece, si tratta di *managers* esterni all’impresa bersaglio che mirano a gestire la stessa una volta acquisita. L’acquisto può anche essere fatto dai dipendenti dell’impresa (*workers* o *employee buy-out*).

Altro vantaggio può consistere nella riorganizzazione degli assetti patrimoniali del gruppo, quando la fusione avviene tra società dello stesso gruppo (c.d. *corporate buy-out*).

In definitiva, il *favor* legislativo per l'operazione «trova i suoi fondamenti teorico-pratici nelle concezioni che vedono nella promozione del mercato del controllo (e nell'avvicendamento del *management*) una delle più auspicabili conquiste del mercato dei capitali; soprattutto per incentivare lo sviluppo delle piccole-medie imprese»<sup>83</sup>.

Nello schema del LBO, tuttavia, è possibile calare operazioni che si pongono gli obiettivi più vari: in concreto, l'operazione può avere finalità puramente speculative, come ad esempio lo smembramento post-fusione dell'azienda acquisita e la rivendita dei singoli rami aziendali al fine di ricavarne un corrispettivo superiore a quello sborsato per l'acquisizione dell'azienda nel suo complesso. Oppure, può mirare all'eliminazione dal mercato di un'impresa concorrente: come accade quando, una volta acquisita la società obiettivo, si paga il finanziamento utilizzato per l'acquisizione impiegando la totalità del suo patrimonio, così distruggendo, nella sostanza, l'azienda acquisita<sup>84</sup>.

Questo uso distorto del *leverage* può comportare un pregiudizio sia per il mercato e l'economia generale, sia per i creditori e, se il LBO ha ad oggetto solo il pacchetto di maggioranza, per i singoli soci di minoranza, i quali, alla fine dell'operazione, si ritrovano una società indebitata o persino smembrata nel suo patrimonio. (Sebbene possa ribattersi che la tutela dei creditori è assicurata dalle norme sulla fusione e la tutela dei soci da un corretto rapporto di cambio).

Ciò aiuta a comprendere perché le ragioni dell'operazione che, come vedremo, rappresentano il fulcro della nuova disciplina, assumano importanza decisiva: esse consentono di escludere che il *leverage* sia utilizzato in maniera distorta e per il perseguimento di scopi illeciti. È quindi evidente che alla disciplina in oggetto dovranno sottoporsi tutti quei soggetti giuridici che facciano realmente ricorso all'in-

---

<sup>83</sup> SANTOSUOSSO, *Il rapporto banca-impresa nelle operazioni di leveraged buy out*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2003, I, p. 492.

<sup>84</sup> SALAFIA, *Il «leveraged buy out» nella riforma societaria*, in *Società*, 2004, p. 935.

debitamento per acquisire una società, giacché, indipendentemente dalle ragioni dichiarate, sono le ragioni effettive quelle alle quali la norma allude; diversamente, essa si presterebbe ad una ben facile elusione, giacché sarebbe sufficiente *dichiarare* ragioni diverse.

Si tratta quindi di un esempio particolarmente emblematico del rapporto tra il fatto concreto e l'opzione tra validità o invalidità, da valutare alla luce dell'interesse concreto alla base dell'operazione.

### 5.1. *La soluzione adottata dalla Riforma del 2003*

Il nuovo diritto societario, riconoscendo l'utilità di una prassi da tempo ampiamente sfruttata all'estero e negli ultimi anni in Italia<sup>85</sup>, consente adesso la «fusione a seguito di acquisizione con indebitamento» (così la rubrica dell'art. 2501 *bis* c.c.). Precisamente, viene ad essere disciplinata la «fusione tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, quando per effetto della fusione il patrimonio di quest'ultima viene a costituire garanzia generica o fonte di rimborso di detti debiti»<sup>86</sup>.

---

<sup>85</sup> TOMA, *Finanziarsi con il «leveraged buy out»*, in *Finanziamenti su misura News*, 2, 2001, Ipsoa, p. 42, osserva che trattasi di una prassi che si rivela utile in particolar modo in tre situazioni: il *family buy-out*, il *management buy-in*, il *management buy-out*. Precisamente: «il primo caso è quello delle aziende caratterizzate da un azionariato frazionato, in cui alcuni soci sono interessati a proseguire l'attività imprenditoriale mentre altri desiderano monetizzare le proprie partecipazioni. In questi casi il “buy-out” può aiutare i soci gestori a ricompattare l'azionariato, rilevando le partecipazioni degli azionisti uscenti. Il secondo caso è quello invece delle aziende nelle quali non sono presenti, né eredi, né managers interessati. In questi casi attraverso un “buy-out”, una banca può rilevare l'azienda assieme a managers esterni che lei individua. Il terzo caso è quello invece delle aziende in cui l'imprenditore è privo di eredi, ma nelle quali esiste un management forte. In questi casi l'intervento del “buy-out” aiuta i managers aziendali a rilevare l'azienda stessa, trasformandosi in imprenditori». Secondo l'Autore, la terza tipologia è quella più frequentemente utilizzata in Italia.

<sup>86</sup> In dottrina, v. VICARI, *L'assistenza finanziaria per l'acquisto del controllo delle società di capitali*, Milano, 2006, p. 108; FABBRINI-CARRIÈRE, *Le buone ragioni del “leveraged buy-out”*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 ottobre 2003; MALGUZZI, *La disciplina del leveraged buy-out dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. dott. comm.*, 2006, p. 1035; GAREGNANI, *Profili di valutazione nelle operazioni di fusione: con cambio e MLBO*, Milano, 2006, p. 107.

Affinché l'operazione sia legittima, è necessario che siano rispettate le regole previste dai commi 2-5 della norma in oggetto, che costituiscono formalità inderogabili, e che mirano a risolvere un problema universalmente sentito negli studi precedenti: quello della tutela dei creditori sociali, dei soci di minoranza e dei soci uscenti.

Si tratta, in sostanza, di una serie di obblighi informativi che devono risultare: dal progetto di fusione, dalla relazione degli amministratori, dalla relazione degli esperti, e dalla relazione della società di revisione.

Nel progetto di fusione gli amministratori devono indicare le risorse economiche con le quali si farà fronte all'indebitamento: a tal fine, non basterà una dettagliata descrizione del patrimonio della *target*, perché la norma si riferisce soprattutto alle risorse prodotte dalla realizzazione del piano economico. Occorre quindi che il progetto contenga un *financial plan* con l'indicazione delle fonti cui si attingerà per restituire il debito contratto per l'acquisizione: *cash flow* futuri, vendita di beni aziendali, dismissioni di partecipazioni, ecc.

Ma la nuova disciplina ruota soprattutto attorno al piano economico e finanziario oggetto della relazione che gli amministratori dovranno presentare all'assemblea (c.d. *business plan*), nel quale devono essere indicati gli obiettivi prefissati, le *risorse finanziarie* adoperate, e le *ragioni* per le quali si adotta questa tecnica di acquisizione.

L'indicazione, posta a carico degli amministratori, delle ragioni che giustificano l'operazione, sembra il frutto dell'accoglimento della tesi enunciata dal Tribunale di Milano nei suoi ultimi provvedimenti in materia, ove si avvertiva la necessità di valutare caso per caso, al fine di evitare che il LBO costituisca operazione in frode alla legge, le «concrete ragioni imprenditoriali che lo giustificavano»<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Trib. Milano, 13 maggio 1999, in *Società*, 2000, p. 75, con nota di SPOLIDORO, in *Giur. it.*, 1999, p. 2105, con nota di MONTALENTI, ed in *Vita not.*, 2000, p. 991. Trib. Milano, 25 gennaio 2001, in *Giur. it.*, 2001, p. 761, inerente ad un caso di *management buyout*, ha affermato che spetta al giudice stabilire se l'operazione realizzi o meno una frode alla legge, i cui indici si possono trovare nella carenza di un progetto industriale valido, nella mancanza di un piano finanziario equilibrato,

Agli esperti, toccherà valutare la congruità del rapporto di cambio delle vecchie azioni (o quote) con le nuove. Ma soprattutto toccherà loro valutare, e trattasi di una novità potenzialmente dirompente a livello di sistema, la «ragionevolezza» delle indicazioni fornite dagli amministratori nel progetto di fusione. Il riscontro della ragionevolezza inerisce sia ai motivi strategici dell'operazione sia ai debiti, nel senso che l'acquisizione non deve comportare un eccessivo indebitamento rispetto alle possibilità future di rimborso e di adempimento di tutte le obbligazioni assunte. La relazione degli amministratori non avrà un contenuto "ragionevole", quindi, se è possibile presumere, a causa dell'eccessivo indebitamento, l'insolvenza della società risultante dalla fusione<sup>88</sup>.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 2501 *bis* c.c. prevede un controllo anche sui conti che sono stati fatti nel piano economico-finanziario, giacché impone alle società di revisione della *newco* e della *target*, ovviamente qualora queste ultime (o una di esse) siano società quotate nei mercati regolamentati o facciano ricorso al mercato dei capitali di rischio, di presentare una relazione, da allegare al progetto di fusione.

L'inosservanza delle previsioni di cui ai commi citati dovrebbe pervadere, di norma, tutto il procedimento di fusione e rendere nulla anche la deliberazione di fusione.

Quando l'atto di fusione è già stato stipulato ed iscritto nel registro delle imprese, la nullità della delibera deve a mio avviso ritenersi sanata ai sensi dell'art. 2504 *quater* c.c. Non va tuttavia sottovalutata l'eventualità del perdurante diritto dei soci e dei terzi danneggiati dalla fusione al risarcimento dei danni nei confronti della *newco* (quale società incorporante) o della società nascente dalla fusione, ed a scapito del suo patrimonio: il che, evidentemente, non sarebbe privo di riflessi neanche per la Banca.

---

nel puro desiderio di sostituirsi alla compagine societaria d'origine senza portare innovazioni imprenditoriali.

<sup>88</sup> Cfr. SANTOSUOSSO, *op. cit.*, p. 496 s., il quale coglie l'analogia con la *rule of reason* applicata dalla giurisprudenza americana.

## 5.2. *Violazione del divieto di assistenza finanziaria e nullità del leveraged buy out*

L'art 7, comma 1, lett. *d*), della legge di delega al governo per la riforma del diritto societario (l. 3 ottobre 2001, n. 366), sanciva che «le fusioni tra società, una delle quali abbia contratto debiti per acquisire il controllo dell'altra, non comportano violazione del divieto [...] di accordare prestiti e di fornire garanzie per l'acquisto o la sottoscrizione di azioni proprie, di cui all'articolo 2358 del codice civile». Si è autorevolmente osservato<sup>89</sup> che, nonostante l'apparenza,

<sup>89</sup> SCHLESINGER, *Merger leveraged buy out* e riforma societaria, in *Corr. giur.*, 2003, p. 705 s., secondo il quale la lettera *d* della l. 366/2001 non costituisce una norma di delega, bensì una norma di interpretazione autentica, che ha il fine di escludere interpretazioni troppo estensive del divieto ex art. 2358 c.c.

In tema, cfr. anche MONTALENTI, *sub artt. 2501 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004, p. 2320; ID., *Il leveraged buy-out*, Milano, 1991; GRANDE STEVENS, *Fuori chi bara*, in *Espansione*, 1988, 212, p. 55 ss.; MORELLO, *Il problema della frode alla legge rivisitato (fusione per prevalenti scopi fiscali; leveraged buy-out e management buy-out)*, in AA.Vv., *Fusioni, concentrazioni e trasformazioni tra autonomia e controllo*, Milano, 1990, p. 121 ss.; ID., *Frode alla legge*, in *Digesto – Disc. priv. Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 517; SALAFIA, *Il «leveraged buy out» nella riforma societaria*, in *Società*, 2004, p. 935; V. BARBA, *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003; MORANO, *Il merger leveraged buy-out alla luce del nuovo art. 2501 bis*, in *Società*, 2003, p. 952; ID., *Leveraged buy-out: aspetti finanziari, giuridici e contrattuali*, Milano, 1989; GAMBINO, *Intervento*, da AA.Vv., *Il leveraged buy-out in Italia*, in *Dir. fallim.*, 1990, I, p. 675; FRIGNANI, voce *Leveraged buy-out*, in *Digesto, disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1993, p. 1 ss.; ID., *Il leveraged buy-out nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 419; GOMMELLINI, *Le operazioni di leveraged buy-out di fronte al diritto italiano delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 161 ss.; CALVELLO, *Leveraged buy-out*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 1255; PARDOLESI, *Leveraged buy-out: una novità a tinte forti (o fosche?)*, in AA.Vv., *Leveraged buy-out: un istituto da diffondere in Italia?*, a cura di Grassini e Bona, Bologna, 1989, ed in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 419; PARTESOTTI, *Le operazioni sulle azioni*, in *Tratt. delle società per azioni*, dir. da Colombo e Portale, II, Torino, 1991, p. 487 ss.; BERNONI, COLACCICCO, *I leveraged buy-out realizzati mediante un'operazione di fusione inversa*, in *Riv. dott. comm.*, 1996, p. 273; SPOLIDORO, *Incorporazione della controllante nella controllata e «leveraged buy out»*, in *Società*, 2000, p. 84; SANTOSUOSSO, *Il rapporto banca-impresa nelle operazioni di leveraged buy out*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2003, I, p. 492; PICONE, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 1442; FACCHIN, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *Impresa c.i.*, 2003, p. 1615; e, per una sintesi della giurisprudenza in materia prima della Riforma, BRUNO, *Il leveraged buy out nella casistica giurisprudenziale*, in *Banca, borsa*, 2002, I, p. 807.



questa disposizione non ha in realtà attribuito al governo una delega a modificare l'art. 2358 c.c.: da un lato, ciò non sarebbe potuto avvenire, giacché la norma fu emanata in attuazione di una direttiva comunitaria ed è quindi immodificabile unilateralmente da parte del singolo Paese membro; dall'altro, l'art. 2358 c.c. è rimasto totalmente immutato a seguito della Riforma.

Pertanto il legislatore non ha inteso escludere dal novero delle violazioni dell'art. 2358 c.c. le fattispecie che prima vi rientravano, ma ha viceversa mantenuto la regola secondo cui le fusioni sono lecite purché non si contravvenga al divieto di assistenza finanziaria di cui alla norma.

Anche l'operazione di LBO presenta quindi rilevanti profili per lo studio delle nullità e dei suoi effetti e, in particolare, del confronto tra il completo spiegamento di tali effetti o il loro affievolimento, in relazione agli interessi coinvolti.

Da un lato, è latente il pericolo di un conflitto di interessi, specialmente con riguardo alla situazione nella quale versa il *buy out team* una volta che, avvenuta l'acquisizione delle azioni (o della maggioranza delle azioni) della *newco*, occorra deliberare la fusione. Gli imprenditori che hanno condotto l'operazione, infatti, al termine della stessa costituiscono il gruppo dirigente della *target*, ma altresì il gruppo dirigente della *newco* da essi fondata, e hanno il potere di amministrare entrambe le società. Mentre, però, la *newco* non ha altri soci che loro, nella *target* possono esistere anche dei soci di minoranza.

Esiste, poi, l'interesse dei soci uscenti, ossia di chi vende le proprie azioni alla *newco*, ad una corretta trattativa e ad una corretta formazione del prezzo. Questo interesse potrebbe essere pregiudicato dalla condotta del *management* nella fase antecedente l'inizio delle trattative, nella quale si corre il rischio di manovre volutamente tese al deprezzamento del valore delle azioni da acquisire<sup>90</sup>.

Esiste, infine, il pericolo dell'*insider trading*. Il *management* potrebbe avvalersi di informazioni riservate al fine della formazione del prezzo da offrire ai soci.

---

<sup>90</sup> MARASCO, «Leveraged» e «management buy out»: operazioni lecite, operazioni in frode e funzioni del notaio, in *Notariato*, 1996, p. 177, testo e nota 130.



La delicatezza della questione, in definitiva, deriva dalla «molteplice veste che il management di *target co.* potrebbe trovarsi ad assumere, essendo in un sol tempo: azionista di controllo di *new co.*, amministratore di *new co.* stessa, titolare della società che controlla *target co.*, amministratore di *target co.* medesima»<sup>91</sup>.

Se l'operazione comporta una violazione dell'art. 2358 c.c., come visto, essa dev'essere considerata nulla.

Va però rilevato che gli interessi protetti dall'art. 2358 c.c. trovano qui una parziale tutela, sul piano civilistico, nella stessa normativa della fusione: i rimedi che questa disciplina appresta in caso di pregiudizio sono il diritto dei creditori di opporsi alla fusione, le azioni revocatorie e il diritto dei soci di minoranza, il cui interesse può essere pregiudicato dall'incongruità del rapporto di cambio, di impugnare la delibera di fusione per conflitto di interessi o abuso di potere e di chiedere il risarcimento del danno<sup>92</sup>.

Potrebbero ravvisarsi anche delle condotte delittuose di rilevanza penale: da un lato, se intervenisse il fallimento, quella della bancarotta fraudolenta *ex art.* 223 l. fall.; dall'altro, quelle di cui alle nuove fattispecie criminose sanzionate agli artt. 2629 e 2634 c.c.<sup>93</sup>. Ma a tal fine l'operazione dovrebbe configurare gli specifici estremi previsti dalle citate norme, perché di per sé, a seguito della summenzionata depenalizzazione dell'art. 2358 c.c., un'operazione di *leverage* non sembra oggi riconducibile ad alcuna figura di reato.

Va peraltro aggiunto che a seguito della nuova formulazione dell'art. 2358 c.c. per effetto del d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142, oggi più che mai è possibile ricondurre la *ratio* del divieto "condizionato", contenuto in tale norma, all'esigenza di tutelare l'integrità del

---

<sup>91</sup> MARASCO, *op. cit.*, p. 181, secondo cui sarebbe preferibile che, prima della fusione, il *management* rassegnasse le dimissioni, in modo che venga assicurata maggiore neutralità alla trattativa sulle condizioni della fusione.

<sup>92</sup> FRÉ, SBISÀ, *Della società per azioni*, tomo I (artt. 2325-2409), Bologna-Roma, 1997, p. 445, secondo cui «la fusione, pertanto, lungi dall'essere strumento di elusione dell'art. 2358 c.c., è condizione per il rispetto degli interessi tutelati dalla norma».

<sup>93</sup> In questi casi, tutti gli atti relativi all'operazione, compreso il contratto di finanziamento, dovrebbero intendersi nulli per contrarietà a norme imperative (art. 1418, comma 1, c.c.). Cfr. CARRIÈRE, *Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti*, cit., p. 1040, nota 71.

capitale sociale. E ciò si riverbera anche sul rapporto con la disciplina della fusione a seguito di indebitamento per acquisizione, di cui all'art. 2501 *bis* c.c., giacché dovrà concludersi che sono senz'altro consentite tutte quelle operazioni di *merger leveraged buy out* che non intacchino il capitale sociale; viceversa, come si è osservato in dottrina, «potrà avvedersi come alcune patologiche deviazioni del MLBO possano ritenersi illecite proprio perché lesive del principio dell'integrità del capitale sociale (sub specie di annacquamento e illecita distribuzione) e quindi censurabili proprio e soprattutto in base all'art. 2358 c.c. (nuova veste) e non tanto ai sensi dell'art. 2501 *bis* c.c.»<sup>94</sup>.

Resta, però, il dubbio se le operazioni di MLBO, nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 2358 c.c., possano essere condotte anche nel caso in cui la società obiettivo sia una S.r.l. Infatti, è rimasto immutato l'art. 2474 c.c., alla cui stregua: «In nessun caso la società può acquistare o accettare in garanzia partecipazioni proprie, ovvero accordare prestiti o fornire garanzia per il loro acquisto o la loro sottoscrizione».

Da un lato, dunque, l'art. 2501 *bis* c.c. si applica anche alle s.r.l., dall'altro, però, non è stata estesa anche alla s.r.l. la modifica dell'art. 2358 c.c. Potrebbe quindi sostenersi che le operazioni in parola possano essere effettuate soltanto quando la società obiettivo sia una S.p.a o una S.a.p.a.<sup>95</sup>, sebbene sembri più ragionevole pensare che si tratti di un mero difetto di coordinamento e che quindi la s.r.l. non debba restare esclusa dalla disciplina introdotta sul punto dal d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142<sup>96</sup>.

---

<sup>94</sup> CARRIÈRE, *La nuova disciplina dell'assistenza finanziaria*, in *Società*, 2010, p. 7 ss.

<sup>95</sup> In tal senso, PAOLINI, *Nullità delle operazioni di assistenza finanziaria*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1570 ss.

<sup>96</sup> SALAFIA, *L'art. 2358 c.c. dopo il d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142*, in *Società*, 2014, p. 24 ss.



## CAPITOLO IV

### LA NULLITÀ *EX NUNC*

SOMMARIO: 1. La nullità del contratto di lavoro subordinato. – 1.1. Gli effetti della prestazione di fatto: la tesi contrattualistica. – 1.2. La tesi legalistica: la legge e le norme collettive sostituiscono la disciplina contenuta nel contratto invalido. – 1.3. La prestazione lavorativa di fatto e il principio *quod nullum est nullum producit effectum*. – 1.4. Ambito applicativo dell'art. 2126 c.c. Lavoro subordinato, lavoro autonomo, parasubordinazione. – 1.5. Inapplicabilità della tutela del lavoratore subordinato nei casi di illiceità dell'oggetto o della causa del contratto di lavoro. – 2. Il contratto di mezzadria. – 3. L'introduzione dell'art. 230 *ter* e il lavoro nell'impresa del partner: confronto con gli effetti del contratto di lavoro nullo. – 4. La nullità delle società di capitali e delle cooperative. – 4.1. Le attuali cause di nullità. – 4.2. La nullità di cui al n. 1. – 4.3. La nullità di cui al n. 2. – 4.4. La nullità di cui al n. 3. – 4.5. L'efficacia della fattispecie *ex art.* 2332 c.c. – 4.6. Irretroattività della dichiarazione di nullità e *favor societatis*. – 5. La nullità di società personali. – 5.1. La nullità della singola partecipazione in società personale. – 6. Il problema dell'efficacia della nullità nei contratti di durata. – 7. Il diverso valore di scambio del contratto nullo, tra nullità classica e nullità *ex nunc*. – 8. Il matrimonio putativo: la ultrattività del matrimonio nullo. – 8.1. Coniuge in mala fede e terzo: responsabilità. – 8.2. I diritti successori del coniuge putativo. – 8.3. Conclusioni.

#### 1. *La nullità del contratto di lavoro subordinato*

Nel diritto italiano, unico tra i codici europei<sup>1</sup> a contenere una

---

<sup>1</sup> Tra le legislazioni straniere, una norma analoga è contenuta nella legge spagnola sul contratto di lavoro, del 26 gennaio 1944, che all'art. 55 sancisce: «*En caso de que se anulare un contrato el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya*

norma come l'art. 2126 c.c.<sup>2</sup>, l'elaborazione risente fortemente degli studi germanici<sup>3</sup>, che, prendendo le mosse dalla concezione istituzionalista dell'impresa (*Unternehmen an sich*), tendevano, già nel primo dopoguerra, a svalutare l'aspetto individualistico e contrattualistico per esaltare quello istituzionale ed organizzativo.

Per risolvere il problema della prestazione lavorativa di fatto, la teoria in oggetto si servì, inoltre, delle conclusioni cui era pervenuta la c.d. teoria dell'inserzione (*Eingliederungstheorie*)<sup>4</sup>, che dava preminente rilievo alla effettiva inserzione del lavoratore di fatto nella struttura organizzativa del datore di lavoro. Questa teoria fu spinta all'estremo, tracciando una netta distinzione tra il contratto ed una diversa ed autonoma fonte del rapporto: più precisamente, la fonte del rapporto non era più il contratto, ma un atto unilaterale dell'imprenditore, consistente nell'assunzione o nell'inserzione del lavoratore nella propria impresa. Affinché il rapporto venisse in essere, era

---

*hubiere prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido, salvo si la nulidad proviniera de voluntad maliciosa del trabajador*». Altra disposizione che ricorda il nostro art. 2126 c.c. è rinvenibile nella legge francese del 17 ottobre 1981, n. 81-941 (che ha apportato modifiche al *Code du travail*), il cui ambito è però limitato ai rapporti di lavoro nei quali il lavoratore sia uno straniero non autorizzato ad esercitare attività salariate in Francia: egli viene assimilato ad un lavoratore regolarmente assunto.

<sup>2</sup> La modalità di formulazione della norma è stata accolta negativamente dalla generalità degli studiosi: cfr. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1969, p. 148; DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970, p. 13; RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 118, il quale pur mostrandosi critico verso la lettera dell'art. 2126 c.c., la quale condensa con formulazione infelice le conclusioni cui era precedentemente giunta la dottrina, apprezza però l'utilità della norma, la quale offre all'interprete «l'innegabile vantaggio di poter considerare come punto di partenza quello che invece per la dottrina francese e germanica è il risultato utile da acquisire».

<sup>3</sup> RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., p. 78, sottolinea la difficoltà in cui si imbatte l'interprete italiano nel confrontarsi con gli studi svolti dagli interpreti del BGB, sia per la peculiare importanza che la dottrina tedesca attribuisce agli aspetti etici del lavoro in comune, sia sotto il profilo linguistico, giacché i termini impresa, azienda, comunità di lavoro non rendono appieno i corrispondenti termini tedeschi; sul piano dei concetti, poi, va aggiunto che l'obbligazione di durata (*Dauerschuldverhältnis*) assume in Germania un significato etico-sociale sconosciuto al nostro ordinamento.

<sup>4</sup> Per approfondimenti e riferimenti bibliografici sulla teoria della *Unternehmen an sich* e su quella della *Eingliederungstheorie*, v. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., rispettivamente p. 81 ss. e p. 90 ss.

pertanto sufficiente che all'esecuzione della prestazione si accompagnasse la conoscenza e la non proibizione da parte del datore di lavoro. Solo se l'inserzione fosse avvenuta all'insaputa del datore di lavoro o addirittura contro la sua volontà, come nel caso dell'occupazione violenta, il principio di autoresponsabilità avrebbe impedito la configurazione di un rapporto di lavoro e la conseguente nascita, in capo al lavoratore, dei relativi diritti.

Detta soluzione fu invero oggetto di perplessità anche da parte degli stessi sostenitori della teoria dei rapporti contrattuali di fatto, i quali non concordarono né sulla natura né sulla funzione di tale atto di inserzione. La critica della nostra dottrina, poi, si è incentrata sulla stessa premessa ideologica che è alla base di una simile costruzione, fondata su un'idea che non trova riscontro nei moderni orientamenti costituzionali: «fare dell'atto di assunzione un atto unilaterale non negoziale (e perciò assolutamente discrezionale) del datore di lavoro, corrisponde ad una idea totalitaria che vede l'impresa quale mezzo di organizzazione dell'attività individuale, posto alle dirette dipendenze dello Stato (o quanto meno strettamente legato al suo indirizzo economico)»<sup>5</sup>.

Della costruzione sopra esposta conserva tuttavia interesse il nucleo fondamentale, che pone al centro della fattispecie, accanto all'effettiva attività svolta, l'inserzione in una "comunità" aziendale, ossia in un rapporto comune continuativo col datore di lavoro al fine di realizzare un interesse comune. Sul rapporto comunitario si fonda la fiducia di ciascuna parte nella cooperazione dell'altra per il raggiungimento del risultato reciprocamente promesso nel contratto viziato.

Più in generale, alla teoria dei rapporti contrattuali di fatto va riconosciuto il merito di aver dato una nuova dimensione al comportamento attuativo delle parti del contratto invalido: non più mera fase esecutiva del contratto, ma vera e propria fonte del rapporto, dal quale la legge fa scaturire quegli effetti che il contratto stesso non potrebbe produrre a causa della propria invalidità<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> RICCA, *op. cit.*, p. 92 s.

<sup>6</sup> In questo senso può cogliersi l'analogia con il fine che spinse all'elaborazione della categoria dei quasi-contratti, ossia quello di opporsi ad un sistema delle

La peculiare rilevanza sociale degli interessi coinvolti allontana il rapporto di lavoro dalla prospettiva individualistica tipica del contratto, e stimola ad una comprensione del fenomeno attraverso strumenti logici non del tutto coincidenti con quelli negoziali.

A differenza del codice civile del 1865, che, all'art. 1570, definiva la locazione delle opere come il contratto con cui «una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede», il codice civile vigente ha soggettivizzato le definizioni dei nuovi istituti giuridici del libro del lavoro (prestatore di lavoro, imprenditore, institore, lavoratore autonomo) e ha sostituito al termine «mercede» quello di «retribuzione», stabilendo che questa, in mancanza di accordo tra le parti, sia determinata dal giudice. Ha inoltre dettato la regola di cui all'art. 2126 c.c.

L'art. 2126 c.c. rende superflue sia la disciplina *ex artt.* 2033 ss. c.c. sia quella *ex artt.* 2041 s., cui si faceva invece riferimento vigente il codice del 1865. La norma, dettata con riguardo al contratto di lavoro subordinato<sup>7</sup>, sancisce che «la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa».

Pertanto, nel caso di esecuzione di fatto dei rapporti di lavoro subordinato, il lavoratore ha comunque diritto alla retribuzione. In tutti gli altri casi, non trovando spazio la regola dell'art. 2126 c.c., il contratto nullo non produrrà effetti e si farà capo agli ordinari rimedi restitutori: ripetizione dell'indebito e arricchimento senza causa.

Nell'ambito operativo dell'art. 2126 c.c. ricadono anche i rapporti inerenti al settore del pubblico impiego<sup>8</sup>, sebbene ciò sia stato

---

fonti delle obbligazioni "chiuso", la cui rigidità si riteneva non conforme alle esigenze della società moderna.

<sup>7</sup> Cass., sez. lav., 18 luglio 1983, n. 4958, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 3193 (confermando la sentenza impugnata) ha considerato prestazione di lavoro, che, come tale, doveva essere retribuita, i due giorni che l'attore aveva trascorso presso la società convenuta per il compimento di un esperimento attitudinale, mediante esecuzione di un manufatto, nonché a scopo ricognitivo dell'azienda e delle lavorazioni che vi si svolgevano.

<sup>8</sup> Infatti l'art. 2129 c.c. estende la regola anche ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici. Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2001, n. 1218, in *Foro amm.*, 2001, ha statuito che «la nullità *ex lege* della costituzione di un rapporto di pubblico impiego non ammette l'applicabilità nella fattispecie della l. 18 aprile 1962, n.

talvolta posto in dubbio argomentando da una presunta differenza di *ratio* tra l'art. 2126 c.c., che sarebbe tipicamente riferibile al settore privato (nel quale occorre evitare che l'imprenditore sfrutti le capacità del dipendente, imponendogli prestazioni di maggiore impegno rispetto a quelle pattuite e retribuite), e le disposizioni di legge vigenti in materia di pubblico impiego, che sarebbero ispirate «alla constatazione opposta, e cioè alla necessità di tutelare l'interesse pubblico a prestazioni di adeguato livello, con impedita effettuazione delle medesime da parte di personale non selezionato, non sussistendo al riguardo forme adeguate di controllo interno»<sup>9</sup>.

La *ratio* della regola contenuta nell'art. 2126 c.c. è chiaramente individuabile nella rilevanza sociale del lavoro e nella volontà legislativa di tutelare adeguatamente un soggetto, il lavoratore subordinato, che versa in situazione di inferiorità rispetto all'altra parte del rapporto. Lo scopo è non lasciare privi di tutela diritti primari

---

230, – che consente la trasformabilità automatica di un rapporto di lavoro a termine in uno a tempo indeterminato – ma implica che tale rapporto nasca e viva come mero rapporto di fatto, con conseguente applicabilità dell'art. 2126 c.c., tranne che non vi si ravvisino elementi da cui desumere l'illiceità bilaterale delle parti o l'illiceità della causa». Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4134, in *Dir. & Formazione*, 2001, p. 700, partendo da eguale premessa, ha sancito che rispetto ai rapporti di mero fatto, gli indici rilevatori del pubblico impiego «assumono solo funzione di astratta qualificazione al fine della determinazione della giurisdizione e della disciplina economica e previdenziale cui debbono essere sottoposte le prestazioni lavorative». La tutela accordata dall'art. 2126 c.c. si estende anche al diritto al trattamento pensionistico maturatosi a favore del dipendente statale nel periodo in cui il rapporto ha avuto di fatto esecuzione (cfr. Corte conti, sez. giur. reg. Campania, 19 ottobre 1998, n. 186, in *Riv. Corte conti*, 1998, p. 182). Le Sezioni unite (Cass., sez. un., 28 gennaio 1998, n. 844, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 1959) hanno stabilito che la domanda del dipendente pubblico di pagamento della retribuzione, ai sensi dell'art. 2126 c.c., per lo svolgimento di prestazione lavorativa di fatto, e comunque di indennizzo per ingiustificato arricchimento della p.a., è inidonea ad escludere la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Per lo stato della giurisprudenza sul punto, cfr. la sintetica ricostruzione di COLZI, *Elementi di rilievo del rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, p. 917.

<sup>9</sup> Tar Toscana, sez. III, 28 aprile 1998, n. 79, in *TAR*, 1998, I, p. 2595, che ne ha dedotto che, nell'attuale sistema normativo, l'assegnazione di mansioni superiori al personale pubblico sanitario è in contrasto con la volontà del datore di lavoro quale espressa nel sistema normativo stesso, con la conseguenza che resta precluso il riconoscimento di effetti al rapporto illegittimamente instaurato nei termini di cui all'art. 2126 c.c.



del lavoratore, in ossequio alla fondamentale esigenza di garantire che le prestazioni lavorative, comunque rese, siano retribuite, salvo casi eccezionali in cui sia prospettabile una violazione, da parte di entrambi i soggetti del rapporto, di indirizzi vitali per l'integrità dell'ordinamento, sicché risulta inopportuno attribuire a chi si è reso partecipe di un tale *vulnus* una qualsiasi utilità<sup>10</sup>.

Se vi è sostanziale concordia sul fondamento della regola, si è invece divisi sull'applicabilità delle pattuizioni convenzionali contenute nel contratto invalido<sup>11</sup>, che è negata dai fautori della concezione acontrattualistica (o legalistica), in base alla quale la volontà legale si sostituisce alla volontà contrattuale nulla o annullata<sup>12</sup>, ed è ammessa dalla tesi contrattualistica, secondo la quale, una volta che la prestazione lavorativa è stata eseguita, al contratto invalido conseguono gli stessi effetti che sarebbero prodotti da un contratto valido<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Tar Sicilia, sez. Catania, 23 settembre 1997, n. 1841, in *TAR*, 1997, I, p. 4223 e in *Enti pubblici*, 1998, p. 474.

<sup>11</sup> Il tema è stato recentemente approfondito da VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, vol. I, *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004, p. 138 ss., il quale evidenzia (p. 142) l'importanza dell'indagine diretta a stabilire se l'art. 2126 c.c. prenda in considerazione il "contratto" come atto di autonomia privata o come mero atto o fatto giuridico. L'a. riconduce gli effetti giuridici, conservati dall'art. 2126 c.c., al contratto invalido, nella convinzione che la salvezza della disciplina contrattuale del rapporto soddisfi maggiormente l'interesse di entrambe le parti. Il rapporto fra contratto invalido e prestazione è spiegato (p. 172 ss., in part. p. 176 s.) attraverso il meccanismo della *condicio iuris*: il contratto nullo avrebbe una efficacia giuridica "limitata" (giacché il rapporto cessa *ex lege* con l'interruzione della prestazione) e «condizionata, nel senso che il contratto nullo non è sufficiente perché quegli effetti si producano, ma è necessario a tal fine un altro elemento, costituito dalla esecuzione della prestazione lavorativa».

<sup>12</sup> MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1969, p. 351.

<sup>13</sup> Sulla «tendenza a spiegare l'art. 2126 in chiave negoziale», cfr. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito. Artt. 2033-2040*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 160; BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 363, parla di fattispecie negoziale complessa, nella quale l'invalidità dell'atto (negoziale) di autonomia non osta a che il negozio stesso sia integrato con l'esecuzione; BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, p. 178, spiega la regola in termini di convalida tacita; ANDREOLI, *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, p. 49 ss., definisce la nullità del contratto di lavoro una "nullità pendente".

### 1.1. Gli effetti della prestazione di fatto: la tesi contrattualistica

A prima vista, l'art. 2126 c.c. sembrerebbe dare ragione alla tesi contrattualistica<sup>14</sup>, la quale vede nel contratto l'elemento costitutivo della fattispecie: la lettera normativa, secondo la quale l'invalidità del contratto di lavoro "non produce effetto", parrebbe esprimere il comando che il contratto invalido produca quegli stessi effetti che produrrebbe se fosse valido. In questi termini, la disciplina contenuta all'art. 2126 c.c. dovrebbe essere spiegata quale "inefficacia dell'invalidità" del contratto.

La riconducibilità della produzione degli effetti al contratto invalido confermerebbe la necessità logica di una differenziazione tra nullità e "inesistenza": v. cap. I, par. 1.

All'interno delle tesi contrattualistiche, numerosi interpreti hanno riconosciuto nell'art. 2126 c.c. un'ipotesi di convalida tacita assimilabile alle ipotesi previste agli artt. 590 e 799 c.c. L'art. 1423 c.c., come noto, nell'enunciare l'invalidità della convalida del contratto nullo, fa salva una diversa volontà di legge; a questa diversa volontà, come visto (cap. II), si è soliti ricondurre i casi eccezionali della conferma ed esecuzione volontaria di disposizioni testamentarie nulle o di donazioni nulle, e, per alcuni fautori della concezione contrattualistica, l'art. 2126 c.c.<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> RIVA SANSEVERINO, *Della impresa*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Libro V, *Del lavoro*, 1969, p. 570; ANDREOLI, *op. cit.*, p. 42; G. STELLA RICHTER, *op. cit.*, pp. 178-182 s. (in part. p. 182: «la legge supplisce, nel momento genetico, alla inefficienza causale del contratto in quanto nullo, ma in tale ambito è altresì confinato l'intervento della legge stessa, giacché gli effetti finali, anche se non possono essere generati dal contratto data la sua nullità, corrispondono pur sempre a quelli divisati dalle parti, e dunque il contenuto del rapporto è nella sostanza analogo a quello negoziale»).

<sup>15</sup> ANDREOLI, *op. cit.*, p. 39 ss. (p. 53); ZAGO, GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Padova, 1964, p. 163, che affianca al concetto di sanatoria quello della «relativizzazione della nullità assoluta» (p. 171); FEDELE, *Invalidità del contratto di lavoro e prestazione di fatto del lavoro*, in *Dir. econ.*, 1958, p. 136 ss., il quale parla di una sanatoria "parziale" (p. 147); CORRADO, *Il contratto di lavoro. Aspetti dell'evoluzione del sistema del diritto privato*, Milano, 1962, p. 59, che ravvisa, invece, una "sanatoria progressiva", DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 28, che nega che l'art. 2126 c.c. costituisca una forma di sanatoria, ma ammette la sanabilità del contratto di lavoro invalido ex art. 1444 c.c.; PROSPERETTI, *Sulla esistenza e invalidità di un contratto di lavoro*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, p. 261 ss.; *Id.*, *Il*

Secondo un'altra soluzione, l'art. 2126 c.c. produrrebbe la conversione delle cause di invalidità in cause di risoluzione del rapporto, facendo sì che la pronunzia di invalidità non spieghi i suoi effetti sulle prestazioni già eseguite, esattamente come accade per i contratti di durata<sup>16</sup>. Questa irretroattività della pronunzia di invalidità consente di mantenere in piedi il contratto come se fosse valido durante il periodo di svolgimento della prestazione di fatto.

Vengono così poste sullo stesso piano la pronunzia di nullità e quella di annullamento, di modo che la prima finisce con l'assumere carattere costitutivo, e che le regole sulla convalida e sulla prescrizione previste per il contratto annullabile vengono estese anche al contratto nullo<sup>17</sup>, il quale, dunque, *producit effectum*.

Nonostante l'indubbio successo da essa riscosso, alla teoria contrattualistica possono essere mosse numerose obiezioni.

Sul piano pratico, innanzitutto, la concezione contrattuale può condurre, in determinate ipotesi, a risultati aberranti: come nei casi in cui il compenso pattuito nel contratto invalido risulti eccessivamente elevato in conseguenza del dolo o della violenza del lavoratore, o dell'incapacità, dell'errore o del difetto di rappresentanza del datore di lavoro<sup>18</sup>.

---

*lavoro subordinato*, in *Tratt. dir. lav.*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1966, p. 48 ss. e p. 80 ss.; BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, p. 179; RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1968, p. 179; GHIDINI, *Diritto del lavoro*, Padova, 1969, p. 169. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 116 ss., affronta il problema nel quadro delle ipotesi in cui il contratto nullo è preso in considerazione dal legislatore (p. 150 ss.).

<sup>16</sup> TORRENTE, *Del lavoro*, in *Comm. c.c.*, Torino, 1962, p. 275. Alla tesi aderiscono, ma con esclusivo riferimento all'ipotesi di annullamento, FEDELE, *op. cit.*, p. 148 e SUPPIEJ, *La struttura del contratto di lavoro*, I, Padova, 1957, p. 148. Spiegano il fenomeno in termini di limitazione delle conseguenze della nullità R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 344 ss., testo e nota 25; HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Padova, 1968, p. 47 ss.

<sup>17</sup> Sulla inapplicabilità, di massima, dell'istituto della convalida al contratto nullo, cfr. FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1992, p. 55 ss., ove l'applicabilità della convalida al solo contratto annullabile è vista come la conferma della distinzione tra nullità ed annullabilità. Le diverse figure, invece, «che potrebbero richiamare la riserva finale dell'art. 1423 c.c., si dimostrano meglio catalogabili in istituti diversi dalla convalida» (FRANZONI, *ult. op. cit.*, p. 70).

<sup>18</sup> Cfr. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 143; RICCA, *op. cit.*, p. 148, nota 60; SACCO, *Nullità ed annullabilità (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 459.

Ma soprattutto, la tesi contrattualistica non può dar conto delle ragioni per cui, una volta affermata l'applicabilità delle determinazioni convenzionali, non si produca quello che del contratto è l'effetto principale: la stessa obbligazione di lavorare.

Infatti, la giurisprudenza è costante nel ritenere che il rapporto di lavoro posto in essere senza le forme e le procedure necessarie, qualificabile quindi come rapporto di fatto, produca come "unici effetti" quelli contemplati dall'art. 2126 c.c.<sup>19</sup>. In particolare, in caso di nullità o annullabilità del contratto di lavoro, si è stabilito che l'inefficacia di tali vizi per il periodo in cui il rapporto ha avuto attuazione, prevista dall'art. 2126 c.c., opera retrospettivamente, *senza vincolare le parti alla continuazione del rapporto* e senza determinare tutti quegli effetti del rapporto di lavoro non compatibili con l'inesistenza dell'obbligazione lavorativa<sup>20</sup>.

È pur vero che la lettera del comma 1 dell'art. 2126 c.c. elimina, senza operare distinzioni, tutti gli effetti della sentenza che dichiara la nullità del contratto o che lo annulla, per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione; sicché dalla prestazione di fatto non

---

<sup>19</sup> Cons. Stato, sez. V, 18 gennaio 1993, n. 102, in *Foro amm.*, 1993, p. 130. Molto singolare è la recente Cass., 23 luglio 2004, n. 13891, che dopo aver premesso che l'art. 2126 c.c. permette la configurazione di un rapporto contrattuale che «nasce e produce i suoi effetti non già sulla base di valide dichiarazioni di volontà, ma piuttosto in base al contatto sociale», perviene alla soluzione secondo cui «al pari dell'esecuzione, anche il suo contrario assume valore dichiarativo, per cui il comportamento, protratto per un tempo apprezzabile che si risolve nella totale mancanza di operatività di un rapporto caratterizzato dal complesso intreccio di molteplici obbligazioni reciproche, deve essere valutato in modo socialmente tipico quale dichiarazione risolutoria». In altri termini, non sarebbe possibile «considerare esistente un rapporto di lavoro senza esecuzione».

<sup>20</sup> Cass., sez. lav., 28 luglio 1995, n. 8260, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, ha infatti deciso, ad esempio, che al rapporto di fatto non è applicabile l'art. 2103 c.c. (nel testo introdotto dall'art. 13, l. n. 300 del 1970), secondo cui il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte. Inoltre, nel caso in cui al rapporto viziato segua la costituzione di un rapporto valido, ai fini di quest'ultimo non rilevano le mansioni svolte dal lavoratore nella fase precedente.

Cass., sez. lav., 17 gennaio 1985, n. 379, in *Mass. Giust. civ.*, 1985, in un caso attinente ad un rapporto di lavoro subordinato nel quale il lavoratore (nella specie, un tecnico di laboratorio medico) era privo dell'abilitazione necessaria, pur riconoscendo a quest'ultimo la tutela ex art. 2126 c.c., ha tuttavia escluso che dal contratto invalido nascesse alcun diritto alla riassunzione nell'ipotesi di licenziamento.

nasce il solo diritto alla retribuzione, ma anche altri diritti – come quello, ad esempio, all'indennità di anzianità – riconosciuti dalla legge a favore del lavoratore<sup>21</sup>; ma questi diritti sono effetti propri della fattispecie legale, e non dell'atto invalido. Più precisamente, essi non derivano dal contratto di lavoro, ma direttamente dalla legge, la quale li ricollega non già al rapporto obbligatorio, bensì all'avvenuta esecuzione della prestazione<sup>22</sup>.

Si avrebbe, pertanto, un contratto che viene invalidato con effetti diversi a seconda che l'attività da eseguire sia o non sia iniziata: nel primo caso, la dichiarazione di nullità produrrebbe effetti *ex nunc*; nel secondo caso, poiché non è mai sorto l'obbligo di adempiere il contenuto del contratto, produrrebbe effetti *ex tunc*. Ma se così stanno le cose, è evidente che gli effetti prodotti nella prima ipotesi non sono da ricondurre al contratto invalido, bensì alla stessa esecuzione della prestazione di fatto, che è poi il vero oggetto della tutela approntata.

La mancata nascita dell'obbligazione di lavorare o di continuare il lavoro iniziato fa cadere la tesi della convalida<sup>23</sup>: se l'art. 2126 c.c. producesse davvero l'effetto di sanatoria del contratto nullo, allora dovrebbe tornare in vita l'*intero* contratto nullo, dovrebbe essere possibile la produzione di *tutti* i suoi effetti. La verità è che gli effetti che si producono sono quelli riconducibili esclusivamente alla prestazione in quanto tale, non ad un contratto che è inidoneo sin dall'inizio a porsi come fonte di diritti e di obblighi.

Inoltre, giacché la regola in oggetto opera indipendentemente da ogni consapevolezza delle parti, «manca nel meccanismo dell'art. 2126 c.c. quell'altro aspetto individuante della sanatoria, che è costituito dalla conoscenza in capo alle parti della causa di invalidità»<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Come nei casi di Cass., sez. lav., 1° marzo 1984, n. 1451, in *Mass. Giust. civ.*, 1984, e di Cass., sez. lav., 26 gennaio 1984, n. 618, in *Mass. Giust. civ.*, 1984.

<sup>22</sup> Comm. imp. distr.le, sez. XLII, Milano, 15 marzo 1994, n. 179, in *Boll. trib.*, 1994, p. 723, ha affermato che «qualsiasi altra somma erogata al lavoratore in presenza di un contratto di lavoro nullo, deve ritenersi svincolata dal rapporto contrattuale, proprio a causa della sua invalidità. L'indennità sostitutiva delle ferie non godute costituisce, pertanto, un'attribuzione patrimoniale del tutto autonoma rispetto al contratto di lavoro che trova fondamento esclusivamente nel fatto illecito commesso dal datore di lavoro che ha violato il precetto normativo che sancisce l'irrinunciabile diritto del lavoratore al riposo».

<sup>23</sup> Cfr., tra gli altri, MONTICELLI, *op. cit.*, p. 130 ss. (in part. p. 131).

<sup>24</sup> VENOSTA, *op. cit.*, p. 149.

La tesi della sanatoria è pregiudicata dalla sua stessa premessa ideologica di innalzare il contratto ad unico fulcro dei meccanismi costitutivi del rapporto, e finisce con l'averne una valenza meramente descrittiva, rinunciando a spiegare a quali degli effetti conseguenti all'art. 2126 c.c. sia indispensabile il contratto e a quali sia invece sufficiente il fatto della prestazione.

Quanto alla tesi della irretroattività delle pronunzie di invalidità, si è giustamente contestata la innaturale equiparazione di nullità ed annullamento che essa comporta, dal momento che l'art. 2126 c.c. richiama distintamente le due forme di invalidità, rendendo così applicabili le diverse discipline disposte per ciascuna delle due sanzioni<sup>25</sup>.

La tesi dell'irretroattività, inoltre, «presenta la singolarità di non ancorare l'effetto della pronunzia giudiziale, né alla data della conclusione del contratto invalido, né a quello della domanda, ma ad un momento variabile caso per caso, cioè a quello in cui cessa la prestazione lavorativa: ciò che può verificarsi anche dopo la domanda giudiziale o dopo la sentenza»<sup>26</sup>.

Va anche negato che la prestazione lavorativa di fatto abbia natura negoziale<sup>27</sup>, sicché sono irrilevanti l'eventuale incapacità di agire ed i vizi del consenso: il diritto del prestatore di fatto alla retribuzione non deriva dal contratto di lavoro invalido ma direttamente dall'esecuzione della prestazione; come è dimostrato, ancora una volta, dal fatto che il contratto non produce il suo effetto tipico principale: l'obbligazione di lavorare a carico del lavoratore subordinato e la correlativa pretesa in capo al datore di lavoro.

Altra obiezione che può porsi alla tesi contrattualistica è che essa non tiene in giusto conto che, vista la *ratio* dell'art. 2126 c.c.,

---

<sup>25</sup> CORRADO, *I diritti dei superstiti in caso di morte del lavoratore*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 346. Analogamente: DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 31.

<sup>26</sup> CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 321; cfr. anche DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 33.

<sup>27</sup> Si tratta dell'opinione prevalente, sebbene all'interno di questa vi sia chi parla di atto giuridico in senso stretto (FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, in *Ann. dell'Università di Ferrara*, Ferrara, 1952, p. 197), chi di atto reale (RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 149), chi di dichiarazione non negoziale (DELL'OLIO, *op. cit.*, p. 236 ss.) e chi, infine, di «atto meramente esteriore» (MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955, p. 110 ss. e p. 240 ss.).

la regola che tutela i diritti del lavoratore in forza della rilevanza sociale della prestazione eseguita non può essere limitata al caso dell'invalidità del contratto, ma va coerentemente estesa all'ipotesi del lavoratore che abbia eseguito attività lavorativa in difformità dal contenuto contrattuale<sup>28</sup>. In tal caso, applicare comunque le regole pattizie si risolverebbe in un'evidente contraddizione: ciò conferma ulteriormente che l'autonomia privata perde rilievo in favore della disciplina legale, la quale assume a riferimento la prestazione concretamente effettuata.

Tutte le tesi che tentano di spiegare il problema della prestazione di lavoro di fatto riconducendo il rapporto di lavoro al contratto percorrono una strada segnata da un limite preciso, che condiziona il cammino nelle premesse e nel punto di arrivo: quello di ravvisare nel contratto l'unica possibile fonte costitutiva del rapporto; un limite così rigido che il contratto mantiene questa sua unicità persino quando è nullo.

Ma il principio di atipicità delle fonti espresso dall'art. 1173 c.c. dimostra che il contratto non è l'unica possibile fonte di costituzione del rapporto di lavoro.

### 1.2. *La tesi legalistica: la legge e le norme collettive sostituiscono la disciplina contenuta nel contratto invalido*

La tesi contrattualistica talvolta sembra affiorare in giurisprudenza<sup>29</sup>, sebbene sia difficile reperire precise prese di posizione in

<sup>28</sup> Sul punto, cfr. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 347 ss. e p. 377 ss.

<sup>29</sup> Cfr. Cons. giust. amm. sic., 25 ottobre 1996, n. 371, in *Giust. amm. sic.*, 1997, p. 54 e in *Foro amm.*, 1997, p. 220: «i rapporti di lavoro col personale assunto da enti pubblici in base ad atti dichiaratamente contrattuali, ma che presentano tutte le connotazioni proprie del rapporto di pubblico impiego, senza le forme e le procedure necessarie o addirittura *contra legem*, possono essere riconosciuti solo ai fini economici, nei limiti di quanto previsto dall'art. 2126 c.c., che fa salvo per il lavoratore il trattamento economico e previdenziale spettantegli per le mansioni svolte nel periodo in cui l'atto nullo ha avuto esecuzione; nei confronti di tali tipi di rapporti: a) è inapplicabile l'art. 2126, comma 2, c.c., che associa diritto (pieno) alla retribuzione alla sola ipotesi di "violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro"; b) è applicabile invece il comma 1 del cit. art. 2126; spetta dunque al lavoratore il solo corrispettivo determinato nell'atto invalido di assunzione, salva la necessità che lo fissi il giudice, se manchi la determinazione, o risulti insufficiente».



un senso o nell'altro. Si tratta, più esattamente, di un pragmatismo dettato dall'idea che la conservazione delle pattuizioni private giovi maggiormente alle parti del rapporto. Il problema irrisolto, però, è il reperimento di un criterio idoneo al raggiungimento di un simile risultato.

Sul piano pratico, i giudici concordano nell'escludere l'applicazione di tutte quelle norme che disciplinano e limitano la facoltà di recesso del datore di lavoro<sup>30</sup>. Né potrebbero applicarsi al rapporto eseguito di fatto le norme sulla conservazione del rapporto di lavoro, come quelle in tema di sospensione; o alcuni poteri e doveri delle parti come il potere direttivo e il potere di obbedienza; né rilevano le pattuizioni inerenti alle modalità della prestazione lavorativa, sebbene ciò non escluda che il concreto svolgimento del rapporto sia idoneo a far sorgere in capo alle parti importanti doveri e diritti, come quelli di custodia, di sicurezza e di fedeltà, che trovano la loro fonte nei principi di diritto comune, in specie nel principio di correttezza o di buona fede<sup>31</sup>.

Secondo la tesi acontrattualistica o legalistica, l'esecuzione della prestazione di fatto ha come effetto il sorgere, in capo al lavoratore, di tutti i diritti riconducibili allo svolgimento del rapporto, il più importante dei quali è il diritto alla retribuzione, sotto ogni sua forma (compreso il trattamento di fine rapporto), per la cui commisurazione sono applicabili la disciplina legale e quella dei contratti collettivi.

---

te, in relazione alla quantità e qualità del lavoro prestato; c) il criterio di sufficienza non può riferirsi alle retribuzioni previste dalla contrattazione collettiva per la corrispondente qualifica, che sono definite in base a vari elementi che eccedono la mera valutazione della prestazione lavorativa; d) l'interessato deve precisare ed offrire elementi, per dimostrare il preteso divario tra quanto percepito in base al titolo (nullo) di assunzione, e quanto gli spetterebbe in applicazione (diretta) dell'art. 36 Cost.». Conforme: *Cons. giust. amm. sic.*, sez. giurisdiz., 1° ottobre 1996, n. 273, in *Giust. amm. sic.*, 1996, p. 92.

<sup>30</sup> Cass., sez. lav., 22 novembre 1985, n. 5799, in *Not. giur. lav.*, 1986, p. 138.

<sup>31</sup> Così CAFERRA, *op. cit.*, pp. 327-329, il quale indica, quali conseguenze giuridiche che trovano il loro presupposto nella esecuzione della prestazione di lavoro: l'obbligo del datore di lavoro di adottare tutte le misure idonee a tutelare la integrità fisica e la personalità dei prestatori di lavoro (art. 2087 c.c.); l'acquisto dei diritti assoluti connesso allo svolgimento dell'attività lavorativa (art. 2590 c.c.); l'acquisto dei diritti sindacali; i diritti e gli obblighi sanciti nella normativa speciale in materia previdenziale.



È inoltre possibile la determinazione giudiziale *ex art.* 2099, comma 2, c.c.: in tal caso il giudice farà riferimento al parametro oggettivo della corrente valutazione di mercato, ma gli tornerà utile anche una valutazione del rapporto come concretamente svoltosi e, eventualmente, senza che ciò possa però assumere rilievo assoluto, e come puro metro di riferimento, una valutazione delle pattuizioni contenute nel contratto invalido.

Mi pare che, nonostante la cattiva formulazione della norma, che sembra additare una “inefficacia dell’invalidità del contratto” («la nullità o l’annullamento del contratto di lavoro non produce effetto...»), l’invalidità, quale sanzione generale, rimanga fedele a sé stessa: il contratto nullo, in particolare, rimane tale, e dunque improduttivo di effetti. Il contratto, a seguito della dichiarazione di nullità o della sentenza di annullamento, è definitivamente inefficace: è alla legge ed ai contratti collettivi che l’art. 2126 c.c. rimette la protezione del prestatore, nella esclusiva considerazione dell’attività lavorativa *già* eseguita di fatto<sup>32</sup>. Soltanto se il rapporto è stato eseguito, si producono gli effetti legali diretti alla tutela dell’agente; in caso contrario, nessun effetto si produce ed il contratto di lavoro nullo rimane alla stregua di un qualsiasi contratto nullo.

Si può comprendere allora perché illustri studiosi sottolineassero in passato che la fonte degli effetti è in realtà una *fattispecie complessa*, formata dal contratto invalido più l’atto di esecuzione del contratto medesimo<sup>33</sup>.

Anche di recente<sup>34</sup>, inquadrando e fornendo una spiegazione dogmatica dell’art. 2126 c.c. all’interno della teorica dei rapporti

---

<sup>32</sup> Per la tesi della produzione *ex lege* degli effetti: FUNAIOLI, *op. cit.*, pp. 180-190; RICCA, *op. cit.*, p. 148: «in realtà la prestazione di fatto trova la sua fonte esclusivamente della legge, e la sua determinazione in questa e nelle norme collettive, ma soprattutto nella attività realmente svolta. La disciplina convenzionale è totalmente sostituita dalla disciplina normativa, e, ove questa manchi, dalla determinazione giudiziale».

<sup>33</sup> FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell’Università di Ferrara*, 1952, p. 197 s.; Analogamente: BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 363.

<sup>34</sup> STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997, p. 119.

contrattuali di fatto, si è tornato a parlare di fattispecie «autonoma rispetto a quella che disciplina gli effetti della invalidità negoziale». Dalla nullità *ex art.* 2126 c.c. deriva, come di norma, l'inefficacia; mentre gli effetti che eccezionalmente si producono non sono riconducibili al contratto invalido, ma non sono altro che i normali effetti di un altro atto giuridicamente rilevante<sup>35</sup>, costituito, nella specie, dalla prestazione di lavoro in concreto eseguita.

La costruzione in termini di fattispecie complessa, composta dal contratto e dall'esecuzione della prestazione, paga evidentemente dazio alla insuperabilità di un dato inevitabile: l'esistenza di un atto (sia pur invalido) è comunque condizione imprescindibile di applicabilità della tutela.

Ma quel che più conta, al di là dalle definizioni di carattere dogmatico, ed in aderenza, piuttosto, alla *ratio* normativa, è questo: si tratta di effetti legali che hanno esclusivo riferimento a quanto già avvenuto nella realtà del rapporto: è *il fatto* che merita tutela, non l'atto viziato<sup>36</sup>. Il lavoratore può in qualsiasi momento interrompere l'attività intrapresa reclamando l'invalidità dell'atto; e può ottenere la retribuzione relativa alle prestazioni già eseguite vantando il trattamento cui gli dà diritto il fatto.

Se si condivide che, eccezionalmente, il rapporto può trarre origine dal fatto (esecuzione della prestazione) anziché dall'atto (contratto di lavoro), è agevole trattare il rapporto stesso separatamente dal contratto e autonomamente rispetto ad esso.

Da questo punto di vista, è apprezzabile il tentativo di contemperare la tesi contrattualistica e quella "legale", attraverso la spiegazione che l'invalidità del contratto (che resta invalido), se opera sul piano interno in conformità delle norme sull'autonomia privata, non opera invece all'esterno, cioè riguardo alla prestazione effettivamente eseguita. La prestazione lavorativa conserva pertanto la sua

---

<sup>35</sup> L'a. si rifà, sul punto, agli studi di DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 66.

<sup>36</sup> Pertanto, se si condivide la premessa, ne consegue logicamente che con la nullità del contratto debbano cadere anche le clausole più favorevoli al lavoratore eventualmente stabilite in esso. A questa soluzione si oppongono, ovviamente, coloro che riconducono la produzione degli effetti direttamente al contratto invalido: se esso produce i suoi normali effetti per tutto il periodo di attuazione, devono ritenersi operanti anche le eventuali clausole più favorevoli in esso stabilite.

rilevanza giuridica rispetto al contratto invalido, perché considerata dalla legge quale “prestazione isolata”<sup>37</sup>.

La soluzione, nel tentativo di operare una mediazione tra le due principali tesi dottrinarie, applica però il contenuto contrattuale con riferimento alla determinazione dell’elemento più importante, la retribuzione. La convenzione sul compenso, più precisamente, potrebbe essere stralciata dal contratto invalido se essa non è di per sé affetta da vizi: il che sarebbe quindi possibile se, per esempio, l’accordo sulla retribuzione è contenuto in un contratto invalido per vizi attinenti alla forma (come il contratto di arruolamento); non invece se il datore di lavoro era incapace o il suo consenso era viziato.

Ma è evidente la difficoltà concreta di discernere, nell’ambito dello stesso contratto, i casi nei quali le clausole sul compenso sono contagiate dall’incapacità o dai vizi del volere, e quelli in cui non lo sono. Questa soluzione comporta, inoltre, l’inevitabile ammissione che alcune parti del contratto dovrebbero essere ritenute valide; ne risulta l’ambiguità di una costruzione che tenta di superare la concezione contrattuale rimanendo nel contempo aderente alla lettera dell’art. 2126 c.c., quando meglio sarebbe, forse, limitarsi a prendere atto dell’infelice formulazione della norma<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> È la tesi sostenuta da DELL’OLIO, *op. cit.*, *passim*, il quale, quanto al concetto di “prestazione isolata”, si rifà agli studi di GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 565 ss.

<sup>38</sup> Per una sintetica critica alla tesi dei riflessi esterni dell’invalidità del contratto, cfr. CAFERRA, *Disciplina dell’indebito e tutela del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 326 e p. 331, il quale conclude (p. 332) nel senso che, in mancanza di un valido accordo, la quantificazione concreta del diritto alla retribuzione non potrebbe riferirsi al contenuto contrattuale, ma dovrebbe essere rimessa alla determinazione del giudice a norma dell’art. 2099. Questa sarebbe l’unica costruzione in grado di consentire soluzioni articolate tenendo presenti tutti gli interessi in gioco nella determinazione della retribuzione, nelle sue varie componenti come il compenso per il lavoro straordinario, notturno, festivo, per ferie non godute, ecc., e compresa l’indennità di anzianità.

Sarebbe così pienamente rispettata la *voluntas legis* di assicurare al lavoratore, conformemente alla lettera dell’art. 2126 c.c., anche i benefici che gli derivano dal contratto invalido. Il giudice, infatti, sebbene vincolato al rispetto dei minimi retributivi *ex art. 36 Cost.*, ben potrebbe, nel suo prudente apprezzamento, adottare i criteri seguiti dalle parti: «anzi il concreto modo di operare della causa di invalidità (si pensi all’esempio del vizio di mera forma) potrà costituire un fattore determinante per indurre il giudice a riconoscere un trattamento economico, non diverso

Non sembra decisiva, peraltro, neanche la premessa su cui questa tesi si basa, ossia la necessità di operare un temperamento tra teoria contrattualistica e teoria legalistica, desunta dalla convinzione che, nonostante le lacune della prima, la conservazione delle determinazioni convenzionali sia sicuramente auspicabile in alcuni casi; tra questi, spiccherebbe l'ipotesi in cui l'accordo sul compenso sia stato concluso separatamente dal contratto di lavoro e non risulti pertanto viziato<sup>39</sup>. Può obiettarsi che, nella specie, la teoria legalistica non impedisce l'applicazione del contenuto della pattuizione separata: infatti, il richiamo all'operatività della legge in funzione sostitutiva dell'autonomia contrattuale, opera soltanto se il contratto è nullo o annullabile (art. 2126 c.c.); ma se la pattuizione separata non è affetta da vizio alcuno, l'integrazione legale non è chiamata in gioco, sicché il giudice, limitatamente a quanto inerisce la determinazione della retribuzione, dovrà affidarsi a quanto convenuto dalle parti.

### 1.3. *La prestazione lavorativa di fatto e il principio quod nullum est nullum producit effectum*

Accanto alle opzioni tecniche, affiorano particolarmente le scelte ideologiche dell'interprete. La tesi contrattualistica incarna una concezione che vede nei privati i migliori giudici di sé stessi: l'autonomia privata, ed in particolare il contratto come strumento di libertà e di uguaglianza, sono il miglior rimedio verso la ricomposizione degli equilibri economici e dei diritti. In quest'ottica, non v'è miglior soluzione che rimettere alla stessa disciplina pattizia, sebbene contenuta in un atto invalido, la tutela dell'attività concretamente svolta dal prestatore.

La tesi acontrattualistica, al contrario, pone al centro dell'indagine il problema della tutela del lavoro, così meglio cogliendo, a mio avviso, il valore sociale dell'art. 2126 c.c. Nella norma è innegabile

---

da quello concordato ed eventualmente già attuato nel concreto svolgimento del rapporto, come il più adeguato alla quantità e qualità del lavoro svolto».

<sup>39</sup> DELL'OLIO, *Sulla "inefficacia dell'invalidità" del contratto di lavoro (art. 2126, comma 1°, c.c.)*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, V, Napoli, 1972, p. 272 s.

la considerazione legislativa per un dovere di collaborazione tra le parti<sup>40</sup>, che ha la sua peculiare ispirazione nella fondamentale connotazione del lavoro come primario mezzo di sostentamento e di benessere dei singoli e collettivo; per questa ragione, la fiducia riposta dal lavoratore nella realizzazione di un profitto, diviene un interesse destinato a prevalere sulle generali esigenze sottese alle norme sulla forma e sui vizi del contratto.

Se il lavoro è, per eccellenza, il mezzo di sostentamento, questo significa che nell'art. 2126 c.c. sono in gioco esigenze vitali della persona<sup>41</sup> del lavoratore, le quali non possono essere confinate a meri motivi del contratto ma entrano a far parte della sua causa sotto il profilo della sufficienza della retribuzione: «con il contratto di lavoro non si realizza tanto una causa di scambio, lavoro contro mercede, quanto piuttosto si adempie ad un interesse (del datore di lavoro) che coincide con un interesse corrispondente del prestatore»<sup>42</sup>.

Tra i sostenitori della tesi acontrattualistica, c'è chi ravvisa la ragione dell'autonomia dal contratto, del rapporto giuridico tra le parti, nella circostanza che il contratto di lavoro crea uno *status*<sup>43</sup>; e nell'assoggettare ad una disciplina esclusivamente legale la prestazione di lavoro, la qualifica come *atto reale*<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Per il tentativo di classificare il contratto di lavoro quale contratto di collaborazione piuttosto che come contratto di scambio cfr. RICCA, *Retribuzione sufficiente e molteplicità di redditi di lavoro*, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1812 e nota 24.

<sup>41</sup> Il diritto ad una equa retribuzione ex art. 36 Cost. è definito nei termini di un diritto pubblico della personalità da PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, p. 189.

<sup>42</sup> RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., p. 129 s., il quale sottolinea con forza come «nel contratto di lavoro tutti gli effetti gravitano sul (la prestazione di) lavoro, quale mezzo di elevamento e di dignità sociale, e quale mezzo di sostentamento: l'interesse delle parti contrapposte coincide quindi in ciò, che ambedue ritengono di trarre benefici diversi da un unico oggetto: il lavoro. Altro è che l'imprenditore conti di trarne i maggiori benefici, col minor costo, ed il lavoratore maggiori guadagni, col minor sacrificio: tutto ciò attiene [...] soltanto al campo dei motivi, che nulla hanno a che vedere con lo schema (causale) del contratto». Negli stessi termini: ID., *Retribuzione sufficiente e molteplicità di redditi di lavoro*, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1813. *Contra*: ZAGO, GARELLI, *op. cit.*, p. 59 ss.

<sup>43</sup> Così RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., p. 133, intendendo però il concetto in senso lato, quale situazione di particolare valore morale e sociale.

<sup>44</sup> RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., pp. 148-155. L'a. richiama l'istituto della gestione di affari a conferma del fatto che un atto astrattamente illecito, che sostanzialmente viola l'altrui sfera giuridica, può ricevere tutela giuri-

Questa totale sostituzione della disciplina legale a quella convenzionale sembra a prima vista risolversi nella cancellazione di ogni portata innovativa dell'art. 2126 c.c., così «riportando i termini del problema giuridico alla situazione precedente al codice del '42 e riducendo l'intervento del legislatore alla mera affermazione di principio dell'esigenza di tutela del lavoro»<sup>45</sup>.

In effetti, di primo acchito, sembrerebbe facile dedurre la superfluità della norma: se essa non fa altro che rinviare alla disciplina legale, e quindi alla commisurazione del compenso dovuto secondo valori obbiettivi di mercato, ciò significa che la regola della "inefficacia dell'invalidità" perde il suo carattere di eccezionalità: sarebbe stata sufficiente, per approntare una simile tutela, la disciplina generale dell'indebito oggettivo, di cui l'art. 2126 c.c. parrebbe solo una mera conferma in campo giuslavoristico<sup>46</sup>.

Tuttavia, la norma in oggetto, che da un lato davvero s'inserisce, quale sua conferma, nella regola generale che ogni "pagamento" non dovuto deve essere restituito, mantiene una sua specialità proprio nella peculiare importanza sociale e giuridica che vi assumono i principi del diritto del lavoro.

In relazione al principio *quod nullum est nullum producit effectum*, occorre indagare quali diritti competano al lavoratore in conseguenza dell'aver eseguito un *facere*, cui non era tenuto: perché non conseguente ad un valido contratto; e perché, come visto, al fatto dell'attività posta in essere non è riconducibile la nascita di un'obbligazione di lavorare o di continuare l'attività intrapresa.

---

dica; e ritiene inoltre che i modi di acquisto della proprietà a titolo originario, siano la dimostrazione della tutela da parte dell'ordinamento della realizzazione di un risultato utile. Si tratta di due fenomeni ai quali è accordata una tutela meramente conservativa, perché garantisce lo stato di fatto di una situazione già verificatasi.

<sup>45</sup> CAFERRA, *op. cit.*, p. 322, secondo il quale «trattasi di una conclusione che chiaramente urta, da un lato, contro il dato testuale e, dall'altro, contro il chiaro proposito innovativo manifestato dal legislatore nei lavori preparatori, dove si intendono superare le soluzioni inappaganti, attinte secondo gli interpreti dal diritto comune».

<sup>46</sup> CAFERRA, *op. cit.*, p. 333 s., afferma che «il nesso, indubbiamente esistente nella valutazione normativa, tra contratto nullo o annullato e "l'esecuzione del rapporto" induce a configurare la disciplina dettata dall'art. 2126 come trattamento di una prestazione indebita», sebbene la norma abbia carattere di specialità rispetto alla disciplina generale dell'indebito.

Mi sembra allora metodo adeguato, per capire cosa comporti l'introduzione dell'art. 2126 c.c. nel diritto positivo, operare un raffronto con quel che avverrebbe se detta norma non esistesse. Ora, in assenza della regola che toglie efficacia all'invalidità del contratto, alla sentenza di nullità o di annullamento conseguirebbe la ripetibilità della prestazione eseguita: prevale, infatti, la soluzione giurisprudenziale dell'applicabilità della disciplina del pagamento dell'indebito anche alle prestazioni aventi ad oggetto un *facere*. In considerazione, però, dell'impossibilità di restituire materialmente la prestazione, si opererebbe una restituzione per equivalente: il lavoratore avrebbe diritto al corrispettivo che gli spetterebbe per la prestazione eseguita, determinato secondo valori obbiettivi di mercato.

In altre parole, in assenza di una norma come l'art. 2126 c.c., al *solvens indebiti* spetterebbe un compenso pari al valore "medio" dell'attività svolta<sup>47</sup>.

Se così stanno le cose, è netta la distinzione tra le conseguenze della tesi contrattualistica e gli effetti della disciplina dell'indebito: se questa dà diritto ad un compenso medio, la prima attribuisce al lavoratore la medesima remunerazione stabilita dalle parti nel contratto, che può essere notevolmente inferiore o superiore alla retribuzione normalmente concessa ad un lavoratore subordinato per lo svolgimento di analoga attività lavorativa. Si farebbe riferimento, inoltre, alle pattuizioni che le parti hanno convenuto in ordine agli altri diritti ed obblighi inerenti al rapporto.

La tesi contrattualistica, pertanto, astrae la regola dell'art. 2126 c.c. dall'ambito dell'indebito e le conferisce una portata *eccezionale* rispetto al sistema generale delle obbligazioni restitutorie (con l'importante conseguenza, tra l'altro, dell'inapplicabilità della regola in via analogica ad altre fattispecie, come quelle del lavoro parasubordinato).

Meno netta è la distinzione tra art. 2126 c.c. e pagamento indebito se si segue la tesi acontrattualistica, tant'è che il primo potrebbe addirittura sembrare di scarsa utilità. In entrambi i casi, infatti, il

---

<sup>47</sup> Detto compenso spetterebbe nei limiti dell'arricchimento del datore di lavoro se si applicasse alle prestazioni di fare e di non fare, come vuole la tesi tradizionale ed oggi minoritaria, l'art. 2041 c.c. piuttosto che gli artt. 2033 ss. c.c.

lavoratore sarebbe retribuito in base a valori medi di mercato (restituzione per equivalente).

L'utilità dell'art. 2126 c.c. sta però nel fatto che esso impone, al di là da qualsiasi dubbio, il rispetto dei minimi retributivi sancito dall'art. 36 Cost.: «il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa».

Il comma 2 dell'art. 2099 c.c. sancisce che «in mancanza di accordo tra le parti, la retribuzione è determinata dal giudice». Ebbene, in mancanza della specificazione dell'art. 2126 c.c., si porrebbe un dubbio di gravità estrema: se il giudice, nel determinare il valore della prestazione, debba valutare esclusivamente il valore obbiettivo della stessa, secondo il criterio tipico della restituzione per equivalente, ovvero possa tenere conto della più ampia garanzia costituzionale e, in base ad essa, fruire di una maggiore libertà decisionale al fine di tutelare maggiormente il lavoratore previa valutazione delle concrete circostanze di fatto<sup>48</sup>.

Il criterio ordinario di quantificazione rilevante in materia di indebito, infatti, proprio per la sua obiettività, prescinde dalla particolare posizione delle parti del rapporto, e quindi dalla peculiare tutela del lavoro e dalla connessa protezione riservata dall'ordinamento al lavoratore subordinato; il giudice deve limitarsi alla considerazione della prestazione quale attribuzione patrimoniale *sine causa*. Questo criterio contrasta con l'invito costituzionale alla protezione sociale del lavoratore subordinato, alla constatazione concreta dell'eventuale lesione della sua libertà o della sua personalità; e contrasta con la necessaria valutazione della posizione di inferiorità del lavoratore. L'art. 2126 c.c. consente, invece, di ribadire la specialità del

---

<sup>48</sup> Insiste sulla necessità di approntare una soglia minima invalicabile di protezione del lavoratore Cons. Stato, sez. V, 24 agosto 2000, n. 4594, in *Riv. personale ente locale*, 2001, p. 375: «l'adattamento del regime ordinario ad una ipotesi che fin da principio è contrassegnata dalla violazione di prescrizioni inderogabili deve avvenire entro i limiti strettamente necessari a salvaguardare l'interesse del prestatore d'opera. È una costante dei rapporti di fatto quella di apprestare una *tutela minima* delle ragioni dell'interessato e di applicare ad essi il modello normativo previsto per il 'rapporto di diritto' ordinario non già in maniera integrale, ma in maniera solo sufficiente a salvaguardare il nucleo di interessi assunto dal legislatore».



diritto del lavoro e di attuarla anche in ambito restitutorio<sup>49</sup>. Trattasi di norma non eccezionale, dunque, bensì *speciale* (suscettibile di applicazione analogica).

La norma s'inserisce perfettamente all'interno della disciplina della nullità e dell'indebito ed è coerente con il sistema restitutorio generale: la prestazione eseguita in base ad un contratto di lavoro invalido rimane sempre una prestazione non dovuta destinata ad una funzione esecutiva, e non vi sarebbe ragione di escludere la disciplina generale approntata. Sussiste, piuttosto, l'esigenza di specificare quella tutela in ossequio alla particolare rilevanza sociale del lavoro ed alla preminente necessità di protezione del lavoratore: l'art. 2126 c.c. rafforza la tutela già offerta a qualsiasi *solvens indebiti* di prestazione di fare, in ossequio ai principi fondamentali del diritto del lavoro.

Se ad un agente "qualsiasi" compete la sola restituzione per equivalente, e quindi il solo "compenso medio", al lavoratore subordinato spetta il compenso medio più tutte le garanzie e tutele previste dalla normativa speciale in materia di lavoro, compresi i contratti collettivi e gli usi. Di tal guisa non si ha, semplicemente, una prestazione di fatto che viene assimilata ad una prestazione tipica, ma si ha un rapporto di lavoro subordinato di fatto cui è applicabile la disciplina legale del rapporto di lavoro subordinato tipico. Si evitano disparità tra soggetto debole e soggetto debole: sia che l'attività sia prestata di fatto, sia che consegua ad un rapporto instaurato regolarmente, non esistono discriminazioni in punto di tutela.

La *ratio* della regola mi persuade che la legge non voglia rendere effettivo il compenso convenuto, premiando con una mano una pattuizione che con l'altra mano sanziona con la nullità o l'annullabilità. Essa vuole, piuttosto, garantire al lavoratore il diritto ad un compenso "giusto": ed è tale, appunto, non il corrispettivo pattuito,

---

<sup>49</sup> Un'altra obiezione che può farsi contro la tesi contrattualistica è proprio questa: se l'invalidità del contratto non produce effetti, ciò significa che l'intero contenuto contrattuale deve applicarsi al rapporto, e che la retribuzione convenuta si impone anche se inferiore alla misura stabilita nei contratti collettivi o ai minimi retributivi di cui all'art. 36 Cost. Si tratta, evidentemente, di una soluzione che urta contro la stessa *ratio* dell'art. 2126 c.c. (e che porterebbe peraltro all'assurdità, come rileva DELL'OLIO, *ult. op. cit.*, p. 275, di attribuire al contratto invalido una forza giuridica addirittura maggiore di quella del contratto valido).

che può essere frutto peraltro di un consenso viziato, e che fisserebbe dunque un tetto massimo spesso inadeguato, ma il corrispettivo commisurabile in base al valore che assume nel nostro ordinamento l'aver eseguito una determinata prestazione in condizione di subordinazione.

Per altro verso, la prestazione eseguita, che va tutelata in quanto tale (e non in quanto scaturente da un contratto che era e rimane improduttivo di effetti), beneficia della più ampia protezione possibile, a salvaguardia dei diritti del lavoratore, dal rispetto dei quali non è possibile prescindere, indipendentemente da quale sia la fonte del rapporto giuridico e dalla sua validità.

Al lavoratore subordinato di fatto, così come ad ogni altro lavoratore subordinato, perciò, non spetta il solo diritto al compenso commisurato secondo i canoni della restituzione per equivalente tipici della disciplina dell'indebito (salvo sempre il rispetto della retribuzione sufficiente *ex art. 36 Cost.*); ma anche, in aggiunta, ogni tutela prevista a favore del lavoro subordinato, e così in materia previdenziale, come in materia di ferie, festività, pause, ecc.

Questa opinione trova il conforto della *Relazione al progetto preliminare del libro delle obbligazioni*<sup>50</sup>, che rilevava come la disciplina dell'indebito non avrebbe potuto andare oltre il problema del compenso, mentre «resta spesso a vedere se il datore di lavoro esaurisca i suoi doveri con la corresponsione al lavoratore di un indennizzo per l'utilità ricavata [...] o se egli debba essere tenuto [...] negli stessi limiti in cui lo sarebbe stato se il contratto di lavoro non fosse stato invalido». E fa in proposito gli esempi della responsabilità civile per inosservanza dell'obbligo di assicurazione, delle maggiorazioni per il lavoro straordinario e per quello festivo, delle ferie, dei salari minimi, ecc.

La Relazione si preoccupava del fatto che l'invalidità del contratto avrebbe potuto comportare, in presenza di una prestazione qualificabile come indebita, l'applicazione della semplice disciplina ordinaria dell'indebito. Essa scongiurava così sia questo perico-

---

<sup>50</sup> Cfr. Ministero di Grazia e Giustizia, *Lavori preparatori del codice civile (anni 1939-41). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro*, Roma, 1942.

lo, sia l'applicazione delle determinazioni contrattuali, proclamando che, se il contratto di lavoro è invalido, «può venire meno solo la disciplina contrattuale, ma non viene resa inapplicabile quella della legge, dei contratti collettivi o dell'uso».

L'art. 2126 c.c. non si pone come un'eccezione alla *machinery* restitutoria, né si pone al di fuori della disciplina della nullità contrattuale. Con esso, più semplicemente, il legislatore prende atto della natura e degli interessi della prestazione di lavoro subordinato, quale prestazione indebita "speciale", in quanto connotata da una particolare rilevanza sociale, e come tale meritevole di una protezione restitutoria rafforzata.

#### 1.4. *Ambito applicativo dell'art. 2126 c.c. Lavoro subordinato, lavoro autonomo, parasubordinazione*

Affinché si applichi la norma, innanzitutto, il contratto deve essere invalido<sup>51</sup>. La regola dell'art. 2126 c.c. non vale, pertanto, quando si abbia sostituzione automatica di clausole, come può avvenire in caso di clausole contrarie a norme imperative o derogative *in peius* alle previsioni dei contratti collettivi. Essa non dovrebbe, parimenti, valere nei casi di risoluzione o di rescissione per lesione o in cui il contratto è inefficace perché sottoposto a condizione.

È pacifico che la regola sancita all'art. 2126 c.c. è operativa esclusivamente con riguardo alle prestazioni di lavoro subordinato e non a quelle di lavoro autonomo: è quanto si desume, oltre che dai lavori preparatori del codice del 1942, dalla collocazione della norma all'interno del titolo inerente al lavoro nell'impresa. Il diritto alla retribuzione, deve però essere riconosciuto anche al professionista intellettuale che abbia svolto la propria attività professionale (di fatto) alle dipendenze altrui senza essere iscritto all'albo: infatti in questo caso non si applica, come di norma, l'art. 2231 c.c. (che nega

---

<sup>51</sup> A volte la norma è stata applicata anche ai contratti inesistenti: Cass., 14 settembre 1965, n. 2001, in *Mass. Foro it.*, 1965, c. 589. Tuttavia la lettera dell'art. 2126 c.c. è chiara nel considerare esclusivamente il contratto nullo e quello annullabile; in assenza di una fattispecie contrattuale tornano ad applicarsi gli ordinari rimedi restitutori dell'azione di arricchimento senza causa e dell'azione di ripetizione dell'indebito.

l'azione per il compenso), ma proprio l'art. 2126 c.c., per effetto del rinvio operato dal comma 1 dell'art. 2238 c.c., secondo cui «se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa, si applicano anche le disposizioni del titolo II». La posizione di inferiorità in cui versa il lavoratore nei confronti di una controparte che esercita il controllo sulla sua attività, al di là della concreta qualifica professionale, fa sì che riemergano le esigenze di tutela costituenti la *ratio* dell'art. 2126 c.c.

Una volta escluso dal campo di applicazione della norma il lavoro autonomo, rimane aperto il problema dei rapporti riconducibili al lavoro c.d. parasubordinato. I giudici, rilevando che la regola ha carattere eccezionale attinente al lavoro subordinato, sono soliti affermare, prevalentemente, che le disposizioni dell'art. 2126 c.c. non trovano applicazione ai rapporti di lavoro autonomo neanche se essi presentano le caratteristiche della parasubordinazione<sup>52</sup>. A questa affermazione non osterebbe la riconducibilità dei rapporti di lavoro autonomo alla previsione di cui all'art. 409, n. 3, c.p.c., la quale avrebbe rilevanza esclusivamente processuale (in quanto assoggetta alla procedura di lavoro le controversie concernenti rapporti di collaborazione in cui la prestazione d'opera sia continuativa, coordinata e prevalentemente personale, anche se non a carattere subordinato), mentre l'art. 2126 c.c. è norma di natura sostanziale<sup>53</sup>. Il diritto alla retribuzione viene pertanto negato, a titolo esemplificativo: nel

---

<sup>52</sup> Cass., sez. lav., 27 novembre 1995, n. 12259, in *Mass. Giust. civ.*, 1995; Cass., sez. lav., 8 luglio 1993, n. 7489, *ivi*, 1993; Cass., sez. un., 12 novembre 1983, n. 6730, *ivi*, 1983; Cass., sez. lav., 27 novembre 1995, n. 12259, in *Lav. nella giur.*, 1996, p. 431; Cass., sez. lav., 18 febbraio 1997, n. 1459, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 309; in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 181; in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2491, con nota di ALBI. Per le corti di merito, cfr. Trib. Genova, 4 marzo 1997, in *Not. giur. lav.*, 1997, p. 347.

<sup>53</sup> Cass., sez. lav., 21 giugno 2000, n. 8471, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 641, con nota di OGRISEG, *Lavoro parasubordinato e tutela delle prestazioni di fatto*. Conformi tutte le decisioni citate alla nota precedente. Anche la Corte costituzionale ha affermato la rilevanza solo processuale e non sostanziale della categoria della parasubordinazione: Corte cost., 24 luglio 1995, n. 365, in *Cons. Stato*, 1995, II, p. 1263; in *Mass. Giust. civ.*, 1995, I, p. 2612; in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 523, ha stabilito che il rapporto di autotrasporto di cose per conto di un soggetto committente, di tipo c.d. parasubordinato, caratterizzato da prestazioni continuative, con organizzazione prevalentemente personale, rimane nello schema del contratto di trasporto, con soggezione alla relativa disciplina sostanziale, sebbene, per la

caso delle attività didattiche svolte da un soggetto quale cultore della materia nell'ambito di collaborazione professionale con un istituto universitario<sup>54</sup>; nel caso dell'attività, svolta da un medico generico di base convenzionato con un'unità sanitaria locale, in favore di assistiti in eccedenza rispetto al massimale di legge<sup>55</sup>.

A volte, però, la tutela *ex art.* 2126 c.c. è stata riconosciuta anche nel caso di parasubordinazione. Si è affermato che un'interpretazione estensiva della nostra norma sarebbe autorizzata dal precetto costituzionale contenuto nel comma 1 dell'art. 35 Cost. (secondo cui il lavoro è tutelato in tutte le sue forme ed applicazioni), sicché l'art. 2126 c.c. trova applicazione anche in ipotesi di lavoro autonomo che presenti i caratteri della cosiddetta parasubordinazione previsti dall'art. 409, n. 3, c.p.c.<sup>56</sup>. Naturalmente, ove si propenda per

---

caratteristica di parasubordinazione, sia estensibile l'assetto processuale delle relazioni lavorative.

<sup>54</sup> Cass., sez. lav., 19 aprile 2001, n. 5738, in *Mass. Giust. civ.*, 2001.

<sup>55</sup> Cass., sez. lav., 25 marzo 1995, n. 3496, in *Mass. Giust. civ.*, 1995. Cfr., però, Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2001, n. 4134, in *Dir. & Formazione*, 2001, p. 700, seppure con riferimento alla nullità dell'atto costitutivo del rapporto di pubblico impiego dei c.d. medici "gettonati", che hanno prestato servizio presso i Policlinici universitari (nullità questa derivante dagli artt. 18 ss., l. 25 ottobre 1977, n. 808, e unico del d.l. 23 dicembre 1978, n. 817, conv. con mod. dalla l. 19 febbraio 1979, n. 54). La Corte ha affermato che detta nullità comporta che i provvedimenti relativi alla costituzione del rapporto, sono certamente improduttivi di qualsiasi effetto giuridico, salvo che ai fini della considerazione dell'esistenza di un rapporto lavorativo di fatto con tutte le conseguenze favorevoli di cui all'art. 2126 c.c.

<sup>56</sup> Cass., sez. lav., 12 febbraio 1986, n. 867, in *Mass. Giust. civ.*, 1986. Conformi: Pret. Roma, 6 maggio 1993, in *Giur. merito*, 1994, p. 901, con nota di GIAMMARIA; Cass., 10 gennaio 1990, n. 14, in *Mass. Giust. civ.*, 1990. Questa ultima pronuncia ha statuito che l'art. 2126 c.c. «trova applicazione anche a tutela del lavoro parasubordinato (art. 409, n. 3, c.p.c.) alla stessa stregua di quello subordinato, con riguardo alle esigenze fondamentali del lavoratore. Pertanto, anche la nullità del contratto di lavoro parasubordinato con un'amministrazione pubblica, per difetto della forma scritta, necessaria *ad substantiam*, non esclude il diritto alla retribuzione del lavoratore autonomo che abbia prestato un'attività inserita in modo coordinato e continuativo nella organizzazione dell'amministrazione stessa, ove non ricorra l'ipotesi di illiceità della causa o dell'oggetto del contratto, prevista dal comma 2 dell'art. citato, e sempre che non si tratti di un esercizio di attività che richieda con riguardo ad una professione intellettuale l'iscrizione in un apposito albo od elenco». (Nella specie, l'amministrazione era autorizzata a concludere contratti a termine con esperti e l'attività svolta era stata di consulenza amministrativa).

Interessante, soprattutto nella sua premessa, mi sembra Cass., sez. lav., 23 maggio 1987, n. 4681, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2529 e in *Resp. civ.*, 1987, p. 595:

questa seconda soluzione, il carattere di lavoro parasubordinato dovrà previamente essere vagliato con attenzione dal giudice, vista l'incidenza pratica delle conseguenze<sup>57</sup>.

Se si accetta la premessa secondo cui la nostra norma non ha carattere eccezionale, bensì speciale, perché costitutiva di una tutela restitutoria rafforzata, l'estensione in via analogica della tutela anche alle categorie atipiche, non solo è consentita, ma è addirittura imposta dalla necessità di operare una parificazione socio-economica nei confronti di situazioni che, alla luce della *ratio* dell'art. 2126 c.c., mantengono intatta la struttura fondamentale della fattispecie, ossia una prestazione lavorativa svolta in condizione di inferiorità nei confronti di un soggetto che esercita il potere di controllo.

Peraltro, questa soluzione permette di estendere la protezione di cui all'art. 2126 c.c. ad una fascia molto più ampia di lavoratori<sup>58</sup>.

---

«l'art. 2126, comma 1, c.c. è privo di carattere di eccezionalità nella parte in cui – in sostanziale parallelismo con la disciplina dell'indebito oggettivo (applicabile anche per le restituzioni conseguenti alla nullità di contratti aventi ad oggetto un *facere* invece che un *dare*) – riconosce al lavoratore il diritto all'equivalente della prestazione eseguita, indipendentemente dall'arricchimento e dallo stato soggettivo (buona o mala fede) del beneficiario. Conseguente che, sotto tale aspetto, la citata norma è applicabile per analogia, in mancanza di specifiche disposizioni, a rapporti caratterizzati da prestazioni lavorative autonome, specialmente se riconducibili ad un rapporto di cosiddetta parasubordinazione, e, in particolare, all'ipotesi di contratto di agenzia concluso, in violazione dell'art. 9, l. 12 marzo 1968, n. 316, da persona non iscritta nell'apposito ruolo, atteso che tale contratto è nullo non per illiceità della causa o dell'oggetto ma solo per contrarietà a norma imperativa». (Nella specie, la S.C. – confermata, sul punto, l'impugnata sentenza – ha, in particolare, ritenuto corretta l'attribuzione all'agente non iscritto al ruolo del diritto al compenso per le prestazioni eseguite ed all'indennità di cui all'art. 1751 c.c.).

<sup>57</sup> Cass., 27 febbraio 1998, n. 2157, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, p. 449, ad es., ha affermato che “nel caso di prestazioni di agenzia svolte da una società di capitali, il difetto del carattere prevalentemente personale delle medesime esclude la possibilità di configurare un rapporto di parasubordinazione ex art. 409, n. 3, c.p.c., manca il rapporto di lavoro parasubordinato (art. 409, n. 3, c.p.c.) e pertanto non può farsi questione dell'applicabilità ad esso dell'art. 2126 c.c., nel caso in cui la società non sia iscritta al ruolo degli agenti (art. 9, l. 12 marzo 1968, n. 316) e rivendichi provvigioni non ricevute”.

<sup>58</sup> Per lo stato della protezione attualmente garantita a quelle forme di lavoro (c.d. atipico) che non rientrano né nella categoria del lavoro subordinato né in quella del lavoro autonomo, v., recentemente, OGRISEG, *op. cit.*, p. 642 ss., la quale dà atto (p. 644) che l'orientamento giurisprudenziale maggioritario, esclude a tutt'oggi l'operatività della disciplina sostanziale prevista in caso di subordinazione, in considerazione del carattere autonomo del lavoro parasubordinato. Di con-

Quanto realmente rileva ai fini dell'operare della regola, è l'elemento della subordinazione, inteso in senso lato quale concreta soggezione del prestatore ad un altro soggetto che assume il controllo ed il potere direttivo, di modo che il primo riveste una condizione di inferiorità economica e sociale nei confronti del secondo<sup>59</sup>. Ciò induce a ritenere l'art. 2126 c.c. applicabile anche a quei contratti, non rientranti tecnicamente nello schema del contratto di lavoro, e pertanto atipici, i quali tuttavia si risolvono sostanzialmente nell'obbligazione di lavorare alle dipendenze altrui.

Le capacità espansive della norma in oggetto non sembrano però tali, come si è invece sostenuto, da consentire l'applicazione della regola anche in quei casi nei quali, con la forma dello scambio, tipica del rapporto di lavoro, interferisce quella associativa: è il caso dei c.d. contratti agrari, quali mezzadria, colonia parziaria e soccida, del lavoro conferito in società<sup>60</sup> e del lavoro associato. In questi casi,

---

seguenza, viene esclusa l'applicabilità alle collaborazioni coordinate e continuative: del principio costituzionale della sufficienza della contribuzione (art. 36 Cost.); della disciplina relativa al decorso della rivalutazione e del privilegio sugli interessi successivamente all'apertura della procedura concorsuale; dell'art. 2103 c.c. (mansioni del lavoratore); della disciplina inerente al licenziamento; dell'art. 2751 bis, n. 1, c.c. (sul privilegio generale inerente ai crediti per retribuzioni dovute ai lavoratori subordinati); di parte della disciplina della prescrizione e della tutela dell'attività sindacale nei luoghi di lavoro.

Cfr. anche: MONTECALVO, *Applicabilità dell'art. 2126 c.c. nei casi di prestazione di fatto di lavoro non subordinato*, in *Giur. it.*, 1986, IV, c. 366; DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970, p. 96; GRIECO, *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*, Napoli, 1983, p. 43; SANTORO PASSARELLI, *Chiose sulla parasubordinazione*, in *Dir. lav.*, 1989, I, p. 201 (tutti favorevoli all'estensione della tutela). Contrari, invece, temendo che una parificazione in punto di tutela svilirebbe le peculiarità disciplinari del lavoro subordinato: PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, p. 596; BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lavoro e dir.*, 1987, p. 41 ss.; BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 353.

<sup>59</sup> Lo svolgimento di fatto della prestazione da parte di un lavoratore subordinato, può fare sorgere il diritto al compenso anche se la prestazione era rivolta in favore della Pubblica Amministrazione: la disposizione dell'art. 2126 c.c. è applicabile pure nel caso di prestazioni lavorative eseguite a favore di un ente pubblico, nell'ambito di un rapporto di lavoro subordinato di natura privata sorto – anche senza preventiva stipulazione in forma scritta del relativo contratto – in violazione di una norma imperativa (Cass., sez. lav., 17 maggio 1985, n. 3044, in *Mass. Giust. civ.*, 1985; Cass., sez. lav., 17 maggio 1985, n. 3045, *ivi*, 1985).

<sup>60</sup> Su cui cfr. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967, p. 163 ss.



l'incompatibilità dell'elemento della partecipazione del prestatore al rischio dell'impresa con l'elemento della subordinazione appare argomento non superabile.

1.5. *Inapplicabilità della tutela del lavoratore subordinato nei casi di illiceità dell'oggetto o della causa del contratto di lavoro*

L'art. 2126 c.c., nell'escludere gli effetti che normalmente deriverebbero dall'invalidità del contratto di lavoro, aggiunge: «salvo che la nullità dipenda da illiceità dell'oggetto o della causa».

La norma va coordinata con l'art. 2035 c.c.

L'art. 2126 c.c., in virtù della precisazione ora vista, non si applica alle prestazioni illecite; è noto che nell'ambito dell'illiceità rientra sia la nozione di illegalità sia quella di immoralità: ferma restando, allora, la inapplicabilità della regola *ex art. 2126 c.c.*, occorre capire se dal rapporto di lavoro sorga una obbligazione restitutoria. Poiché la nascita di quest'ultima, in caso di illiceità, è impedita soltanto se l'illiceità stessa assume il carattere della immoralità, si impone la necessità di distinguere a seconda che la illiceità dipenda dalla contrarietà alla legge o all'ordine pubblico (illegalità), ovvero al buon costume (immoralità): nel primo caso, il lavoratore ha diritto comunque ad agire con l'azione di arricchimento o, se si ritiene applicabile la disciplina dell'indebito anche alle prestazioni di fare, con l'azione di ripetizione, *ex art. 2037 c.c.*; trattandosi invece di prestazione immorale, opererebbe l'art. 2035 c.c. con conseguente irripetibilità della stessa.

Pertanto: l'immoralità esclude ogni tutela della posizione del lavoratore; la illiceità esclude la protezione speciale accordatagli dall'art. 2126 c.c., ma non la normale protezione prevista dai rimedi generali: la cessazione della protezione speciale del lavoratore subordinato è dovuta al fatto che in caso di illiceità dell'oggetto o della causa egli non è più meritevole agli occhi della legge; la prestazione da lui eseguita rimane, però, indebita, e come tale è sottoposta ai principi sanciti agli artt. 2033 c.c. e 2035 c.c. con riguardo ad ogni pagamento privo di causa.



## 2. *Il contratto di mezzadria*

Le considerazioni svolte in merito al contratto di lavoro invalido possono essere estese con riguardo a quello di mezzadria. L'art. 3, comma 1, della legge 15 settembre 1964, n. 756, sancisce il divieto di stipulare nuovi contratti di mezzadria dopo l'entrata in vigore della legge medesima.

Perché si ricada nel divieto, il contratto deve importare la nascita di un nuovo rapporto<sup>61</sup>. La norma non è violata dalla cessione del contratto di mezzadria, che lascia immutato il contenuto originario del rapporto facendo subentrare il cessionario nella posizione del precedente mezzadro.

Il comma 2 dell'art. 3, legge cit., dopo aver sancito la nullità dei contratti stipulati in violazione del divieto, aggiunge che tuttavia la nullità «non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione».

La lettera della legge riproduce pertanto la formula adottata dall'art. 2126 c.c.

Una prima differenza è tuttavia la seguente: l'art. 2126 c.c. esclude l'applicazione della regola nei casi in cui la nullità derivi da illiceità dell'oggetto o della causa; il contratto di mezzadria, essendone vietata la stipulazione, contrasta con una norma imperativa e tuttavia la prestazione di fatto viene comunque tutelata<sup>62</sup>.

Inoltre, nonostante la nullità del contratto, il rapporto, instaurato *contra legem*, è soggetto alla proroga legale (art. 1, n. 5 *ter*, l. 4 agosto 1971, n. 592). L'art. 14 della l. n. 756 del 1964 limitava originariamente la proroga ai contratti di mezzadria in corso alla da-

<sup>61</sup> Cass., 25 novembre 1989, n. 5120, in *Dir. giur. agr.*, 1992, p. 164.

<sup>62</sup> Cass., 8 marzo 1980, n. 1557: a norma dell'art. 3 della legge 15 settembre 1964 n. 756, recante norme in tema di contratti agrari, un contratto di mezzadria posto in essere successivamente alla data di entrata in vigore della predetta legge è nullo *ex lege*, ma è eccezionalmente idoneo a produrre effetto per entrambe le parti per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione.

Cass., 29 novembre 1984, n. 6255, in *Giust. civ.*, 1985, I, p. 1108 e in *Giur. agr.*, 1985, p. 336: l'art. 3, comma 2, della legge n. 756 del 1964, nello stabilire la nullità dei contratti di mezzadria stipulati in violazione del relativo divieto previsto dal comma 1 dello stesso articolo, prevede l'inapplicabilità di tale nullità per il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione, con la conseguenza che, in relazione al detto periodo, trovano applicazione le norme sulla mezzadria.

ta della sua entrata in vigore; per i contratti di tipo mezzadrile instaurati di fatto in data posteriore all'entrata in vigore della legge del 1964, la proroga legale trova fondamento nell'art. 5 *ter* della l. n. 592 del 1977 e successivamente nell'art. 53, comma 3, della l. n. 203 del 1982. Quest'ultima norma ha precisato che il succitato art. 14 della l. n. 756 del 1964 (nonché il comma 1 dell'art. 2 della l. n. 508 del 1975) deve essere interpretato nel senso che la proroga legale si estende a tutte le concessioni ed a tutti i contratti agrari ivi considerati, verbali o scritti, siano essi anteriori o successivi all'entrata in vigore delle leggi medesime.

Si tratta di un'interpretazione autentica della l. n. 756 del 1964 che, avendo natura retroattiva, implica che la proroga ivi prevista si applichi anche ai contratti stipulati successivamente alla sua entrata in vigore<sup>63</sup>.

Al mezzadro, infine, è riconosciuto il diritto di prelazione agraria (art. 7, l. 14 agosto 1971, n. 817).

Si è in presenza di uno svolgimento delle ragioni di tutela della categoria dei mezzadri: «alla esigenza di non lasciare privo di una tutela adeguata (cioè corrispondente alla particolare disciplina del rapporto di mezzadria) chi aveva comunque svolto la sua attività lavorativa, unitamente alla famiglia colonica, si è aggiunta la necessità, imposta dalla realtà della instaurazione «di fatto» di nuovi rapporti di mezzadria, di sottrarre i mezzadri al rischio di essere costretti a lasciare il podere in conseguenza della impugnativa di nullità da parte del concedente»<sup>64</sup>.

La conseguenza della citata regolamentazione, è che il rapporto di mezzadria, la cui costituzione sarebbe vietata dalla legge del

---

<sup>63</sup> Cass., 4 febbraio 1987, n. 1071, in *Giust. civ. Mass.*, 1987. Di rilievo è la decisione, a quanto consta senza precedenti, di Cass., 21 gennaio 2000, n. 683, in *Giust. civ. Mass.*, 2000: «la prosecuzione di fatto del rapporto di mezzadria, al termine della durata stabilita dall'art. 34 della legge 3 maggio 1982 n. 203, non determina il venir meno del diritto del concedente di chiedere la declaratoria di avvenuta cessazione del contratto perché l'art. 45 della stessa legge esclude la possibilità di una tacita rinnovazione (tant'è che non è imposta alcuna disdetta) in quanto risolvendosi nell'instaurazione di un nuovo rapporto contrattuale, in contrasto con il divieto di nuovi contratti associativi».

<sup>64</sup> CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 357.

1964, gode sostanzialmente del medesimo trattamento riservatogli anteriormente alla legge<sup>65</sup>. (Va anche detto, però, che la nullità conserva comunque una sua esile valenza nell'esclusione di qualsiasi effetto al contratto di mezzadria per i casi in cui esso non abbia avuto esecuzione).

Ancora una volta la spiegazione del fenomeno è possibile, da un lato tenendo separati i concetti di atto e di prestazione, dall'altro avendo cura di precisare gli interessi considerati dalla legge: in tal senso la sanzione riguarderebbe il contratto, l'esigenza di tutela l'attività comunque svolta.

### 3. *L'introduzione dell'art. 230 ter e il lavoro nell'impresa del partner: confronto con gli effetti del contratto di lavoro nullo*

Il tema della tutela del lavoro a fronte di un contratto nullo o inesistente non può prescindere da un riferimento al lavoro nella famiglia.

Come noto, è da sempre dibattuta l'estensione dell'istituto di cui all'art. 230 *bis* c.c. alla convivenza *more uxorio*. Parte cospicua della giurisprudenza è infatti convinta che la norma introdotta nel 1975 sia «eccezionale, in quanto si pone come eccezione rispetto alle norme generali in tema di prestazioni lavorative ed è pertanto insuscettibile di interpretazione analogica»; si è così ritenuta «manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 230 *bis* nella parte in cui esclude dall'ambito dei soggetti tutelati il convivente *more uxorio*, posto che elemento saliente dell'impresa familiare è la famiglia legittima, individuata nei più stretti congiunti, e che un'equiparazione fra coniuge e convivente si pone in contrasto con la circostanza che il matrimonio determina a carico dei coniugi con-

---

<sup>65</sup> ANGELICI, voce *Rapporti contrattuali di fatto*, cit., par. 3.2., di modo che la sanzione della nullità è sembrata risolversi, di fatto, in una mera affermazione di principio: così BETTI, *Critica della riforma agraria con particolare riguardo alla legge antimazzadria*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, II, Milano, 1967, p. 56 ss.; GOLDONI, *Sulla «inefficacia della nullità» dei contratti di mezzadria posteriori alla legge 15 settembre 1964*, n. 756, Milano, 1973, p. 71; LAZZARA, *La nozione di affitto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 329, nt. 8.

seguenze perenni ed ineludibili (quale il dovere di mantenimento o di alimenti al coniuge, che persiste anche dopo il divorzio), mentre la convivenza è una situazione di fatto caratterizzata dalla precarietà e dalla revocabilità unilaterale *ad nutum*»<sup>66</sup>.

Il Riformatore del 2016 ha completato il quadro tracciato da quello del '75 e ha cercato di colmare la lacuna: il comma 46, art. 1 della c.d. legge Cirinnà (l. 76/2016) introduce nel codice civile l'art. 230 *ter*, attraverso il quale, pur non estendendo per intero (almeno testualmente) i diritti che l'art. 230 *bis* conferisce al coniuge e agli altri familiari, garantisce – anche nell'ambito della Convivenza di fatto regolata dalla legge medesima – «una partecipazione agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi, nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, commisurata al lavoro prestato».

Si nota la precisazione che tali diritti patrimoniali sono commisurati al lavoro prestato, mentre nell'art. 230 *bis* c.c. essi sono commisurati «in proporzione alla quantità e qualità del lavoro prestato». Il significato, però, non muta: in entrambi i casi, i diritti agli utili, ai beni acquistati e agli incrementi dipendono dai risultati economici dell'impresa; ciò ha rilievo fondamentale ove si rifletta sull'assenza, nella nuova norma, del diritto al mantenimento che caratterizza invece l'art. 230 *bis*. Infatti, se fosse deliberato (con decisione alla quale il convivente non può partecipare) di non dividere gli utili, il

---

<sup>66</sup> Cass., sez. lav., 2 maggio 1994, n. 4204, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, p. 844. Nello stesso senso: Cass., 29 novembre 2004, n. 22405, in *Fam. pers. succ.*, 2006, p. 995; Cass., 24 marzo 1977, n. 1161, in *Giust. civ.*, 1977, I, p. 1190; Cass., 18 ottobre 1976, n. 3585; in *Nuovo Dir. Agr.*, 1977, p. 345. Per i giudici di merito, tra gli altri: Trib. Padova, 4 aprile 2003; Trib. Milano, 5 ottobre 1988, in *Lavoro 80*, 1989, p. 206; Pret. Forlì, 13 maggio 1975, in *Dir. lav.*, 1976, II, p. 5; Trib. Roma, 10 luglio 1980, in *Dir. fam.*, 1980, II, p. 611.

Hanno invece ammesso l'applicazione dell'art. 230 *bis* c.c. anche alla famiglia di fatto, in quanto formazione sociale atipica a rilevanza costituzionale: Cass., sez. lav., 15 marzo 2006, n. 5632, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1728, e in *Fam., Pers., Succ.*, 2006, p. 995, con nota di STOPPIONI (sebbene in via di *obiter dictum*, sulla premessa che la convivenza *more uxorio* costituisce una formazione sociale atipica a rilevanza costituzionale); Cass., 16 giugno 1978, n. 3012, in *Foro it.*, 1978, I, c. 2137; Cass., 17 luglio 1979, n. 4221, in *Dir. fam.*, 1979, p. 77; Trib. Torino, 24 novembre 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 574, con nota di OBERTO; Trib. Milano, 24 giugno 1978; Trib. Ivrea, 30 settembre 1981, in *Riv. dir. agr.*, 1983, II, p. 463, con nota di SALARIS.

lavoro prestato resterebbe privo di remunerazione durante il periodo in cui il partner esplica la propria attività al servizio dell'impresa, contribuendo tra l'altro all'altrui mantenimento, ma non al proprio!

Nessun riferimento fa la nuova norma a fondamentali diritti riconosciuti dall'art. 230 *bis* a tutti i partecipanti all'impresa familiare: il diritto al mantenimento, il diritto di partecipare alle decisioni, il diritto di prelazione. Né vengono regolati il trasferimento e la liquidazione della partecipazione (come fa invece il comma 4, art. 230 *bis*).

I (pochi) diritti oggi riconosciuti, ossia quelli agli utili, ai beni e agli incrementi, spettano al «convivente di fatto che presti stabilmente la propria opera all'interno dell'impresa dell'altro convivente»<sup>67</sup>.

A proposito della nuova norma codicistica, gli studiosi hanno immediatamente criticato il debole livello di protezione accordato al convivente, anche in raffronto con la più incisiva tutela riconosciuta ai familiari dall'art. 230 *bis* c.c.<sup>68</sup> e come le rilevanti diversità tra le due disposizioni siano di dubbia costituzionalità e «susceptibili di dar vita a forme di discriminazione rispetto al lavoro prestato nell'impresa dal coniuge o dalla persona unita civilmente al soggetto imprenditore, da una parte, e dal convivente dell'imprenditore, dall'altra»<sup>69</sup>.

Innanzitutto, l'art. 230 *ter* non dà rilievo al lavoro prestato dal *partner* «nella famiglia», come fa invece l'art. 230 *bis* per il coniuge (e, ora, per la persona unita civilmente). Pertanto, il lavoro del *partner* e quello del coniuge (o unito civilmente) assumono una diversa valenza, perché mentre il primo è tutelato solo in quanto l'attività sia svolta nell'impresa, il secondo è riconosciuto anche se prestato

---

<sup>67</sup> Quanto alla pretesa in giudizio di tali diritti, anche all'art. 230 *ter* c.c. si applica, pur in assenza di un richiamo esplicito, il rito normalmente operante per l'impresa familiare, ossia quello del lavoro, così come opera la disciplina dettata dall'art. 2113 c.c. per rinunzie e transazioni. Anche il lavoro del *partner*, infatti, può rientrare tra i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa previsti dall'art. 409, n. 3, c.p.c.

<sup>68</sup> QUADRI, *Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230 ter c.c.*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, p. 590 ss. GUERRIERI, *Convivenza di fatto e impresa familiare*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2018, p. 1007 ss., parla di «un micro-sistema normativo denso di ambiguità e incertezze».

<sup>69</sup> TOLA, *Famiglia, famiglie e discriminazioni nell'impresa familiare*, in *Nuova Giur. civ.*, 2017, p. 88.

all'interno della famiglia. Eppure in entrambi i casi, indifferentemente, le mansioni espletate "in famiglia" possono accrescere la produttività dell'impresa. A ben vedere, ciò crea una discriminazione a danno del partner, non solo rispetto al coniuge, il cui lavoro nella famiglia «si considera funzionale e crea utilità per l'impresa, e come tale va riconosciuto nella sua dignità», ma anche rispetto agli eventuali figli della coppia convivente<sup>70</sup>.

Il convivente non gode, inoltre, degli stessi diritti economici che spettano al coniuge e alla parte dell'unione civile.

L'art. 230 *ter* c.c. non fa alcun cenno al diritto al mantenimento.

Il legislatore non si è raffigurato né i riflessi indiretti di tale esclusione né le conseguenze sistematiche. Infatti, poiché il convivente ha diritto, ai sensi dell'art. 230 *ter* c.c., agli utili, ai beni (con gli utili acquistati) e agli incrementi – ma non al mantenimento –, ciò significa che in assenza di utili aziendali egli avrà lavorato invano! E la mancata remunerazione del suo lavoro si verificherà anche, e con maggior gravità, qualora gli utili esistano, ma si sia deliberato di non distribuirli. Tanto più grave, tale ultima eventualità, perché il convivente non può partecipare alle scelte sull'impiego degli utili e degli incrementi, dal momento che l'art. 230 *ter* non fa menzione alcuna dei diritti di gestione straordinaria che l'art. 230 *bis* riconosce indistintamente a tutti i familiari collaboratori, i quali possono quindi collettivamente decidere, ad esempio, di reimpiegare gli utili a fini produttivi. Ne deriva che il convivente, privato per legge del diritto al mantenimento, può essere privato di ogni altro diritto economico per decisione altrui; peraltro rimanendo estraneo, oltre che al processo deliberativo, anche ai profili legati all'informazione sui

---

<sup>70</sup> TOLA, *op. cit.*, p. 88. Per QUADRI, *op. cit.*, p. 590, il mancato riferimento al lavoro nella famiglia costituisce la differenza più rilevante rispetto all'art. 230 *bis*, ma «tale lacuna legislativa [...] potrebbe trovare una spiegazione nella ritrosia del legislatore a riproporre una disposizione ambigua, già oggetto di discussioni e incertezze». Per la tutela del lavoro nella famiglia, quando svolto dal coniuge dell'imprenditore, v. Cass., 16 dicembre 2005, n. 27839, in *Vita not.*, 2006, p. 794. Cass., sez. un., 4 gennaio 1995, n. 89, in *Società*, 1995, p. 514, e in *Corr. giur.*, 1995, p. 674, attribuisce rilievo al lavoro casalingo, sebbene con la specificazione che esso non può di per sé solo ritenersi sufficiente a giustificare la partecipazione all'impresa familiare del coniuge: occorre infatti che l'apporto lavorativo del coniuge, sebbene diretto in via immediata a soddisfare le esigenze domestiche e personali della famiglia, risulti funzionale all'accrescimento della produttività dell'impresa.

valori dell'impresa<sup>71</sup>. Ulteriore paradosso è che il partner potrebbe aver contribuito, col proprio lavoro, al mantenimento degli altri partecipanti all'impresa familiare, giacché per orientamento prevalente il diritto agli utili spettante al convivente si calcola al netto dei costi sostenuti dall'imprenditore per il mantenimento dei familiari che collaborano all'impresa<sup>72</sup>.

Sul piano sistematico, poi, il Novellatore non si è reso conto che proprio la previsione del diritto incondizionato al mantenimento costituisce la garanzia di «esistenza libera e dignitosa» sancita dall'art. 36 Cost., nei casi di assenza o di mancata distribuzione di utili, e quindi impedisce che l'art. 230 *bis* c.c. confligga con la Carta Costituzionale<sup>73</sup>.

Infine, la mancata previsione del mantenimento nell'art. 230 *ter* c.c. mette in crisi soluzioni date per acquisite con riferimento all'art. 230 *bis* c.c. Come noto, dalla tesi, dominante, della natura individuale dell'impresa familiare, deriva che i diritti dei familiari lavoratori si configurino come posizioni di credito nei confronti del familiare imprenditore; laddove per converso, per chi sostiene, in posizione del tutto minoritaria, la natura collettiva dell'impresa, sorgerebbe un diritto reale immediato sugli utili e sugli incrementi. Orbene, la giurisprudenza, aderendo alla prima soluzione, sostiene, anche in virtù della lettera del comma 4, art. 230 *bis* c.c. (che parla di liquidazione «alla cessazione della prestazione del lavoro»), la esigibilità degli utili soltanto alla cessazione dell'impresa (o della partecipazione del familiare all'impresa), giacché in costanza di prestazione lavorativa i partecipanti già godono del diritto di mantenimento, che esclude, appunto, l'urgenza di anticipate distribuzioni<sup>74</sup>. Ma è

---

<sup>71</sup> TOLA, *op. cit.*, p. 88, nota che sarà possibile ipotizzare un'effettiva partecipazione agli utili e agli incrementi semplicemente nei limiti degli utili che l'imprenditore affermi di aver conseguito (salvo i casi in cui l'imprenditore sia tenuto alla redazione del bilancio; evenienza, questa, esclusa per l'imprenditore agricolo, che non ha obbligo di contabilità).

<sup>72</sup> Così la giurisprudenza sull'art. 230 *bis* c.c.: Cass., 16 aprile 1992, n. 4650, in *Giur. it.*, 1993, I, 1052, con nota di BALESTRA; Cass., 2 aprile 1992, n. 4057, in *Mass. Giust. civ.*, 1992.

<sup>73</sup> TOLA, *op. cit.*, p. 88.

<sup>74</sup> Cass., sez. lav., 16 marzo 2016, n. 5224; Cass., sez. lav., 8 aprile 2015, n. 7007; Cass., 8 marzo 2011, n. 5448, in *Mass. Giust. civ.*, 2011; Cass., 15 luglio 2009, n. 16477, in *Dir. fam. e pers.*, 2010, p. 575.

sin troppo ovvio che questa motivazione viene meno per il convivente, il quale non ha diritto al mantenimento.

Per di più, il partner, nonostante contribuisca col proprio lavoro alla crescita e alla produttività dell'impresa, è privato dei poteri di gestione straordinaria e quindi della possibilità di incidere sulle decisioni di maggiore importanza (comprese, come visto, quelle sulla destinazione degli utili e degli incrementi). Secondo l'art. 230 *bis* c.c., i partecipanti hanno un potere di controllo sulla gestione dell'imprenditore: potere che la lettera dell'art. 230 *ter* c.c. non attribuisce, invece, al convivente. In definitiva, «l'imprenditore potrebbe frustrare le aspettative del convivente reinvestendo sistematicamente gli utili nell'attività di impresa e impedendogli, dunque, di godere di liquidità, nella misura necessaria per vedere retribuito il proprio lavoro e mantenersi autonomamente», fermo restando il diritto di credito sorto in capo al convivente non imprenditore nei confronti dell'imprenditore e il dovere di quest'ultimo di ispirare le proprie decisioni a correttezza e buona fede<sup>75</sup>.

Il convivente non ha, neanche, il diritto di prelazione sull'azienda. Soluzione più ragionevole sarebbe stata conferirlo, ma depurato da quello di riscatto (già dubbio per i familiari di cui all'art. 230 *bis*). Infatti, l'assenza di un regime pubblicitario della convivenza avrebbe costituito un ostacolo per il terzo acquirente dell'azienda, costretto a restituire la stessa sebbene impossibilitato, al momento dell'acquisto, a conoscerne il rischio. Risulta invece incomprensibile l'esclusione radicale del diritto di preferenza, che può spettare, paradossalmente, ai generi dell'imprenditore (affini di secondo grado) ma non al partner col quale ha condiviso la propria esistenza. Tanto più che l'attribuzione al convivente del diritto di prelazione senza riscatto, da un lato, avrebbe tutelato il partner lavoratore nell'impresa – che in caso di vendita dell'azienda in violazione del divieto avrebbe potuto comunque rivalersi, grazie all'azione di risarcimento del danno – e, dall'altro, non avrebbe inciso sulla circolazione del bene, sulla certezza dei traffici e sul godimento del terzo.

---

<sup>75</sup> È la preoccupazione di GUERRIERI, *ult. op. cit.*, p. 1007 ss., secondo cui il parametro della buona fede porta ad escludere non solo la possibilità di eludere il diritto agli utili per svariati anni consecutivi, ma anche quella di frustrare l'aspettativa all'utile nella singola annata, nelle ipotesi, note all'imprenditore, in cui il suo convivente non ha altrimenti la possibilità di mantenersi.



Sul piano tributario, va infine ricordato come la prassi consueta di formalizzare il rapporto di fatto, per mezzo del c.d. “contratto di convivenza”, nasca non tanto per ragioni probatorie, quanto ai fini fiscali, perché il Testo unico delle imposte sui redditi (all’art. 5 del d.p.r. n. 917/86) consente di abbattere le aliquote imputando parte dei redditi dell’impresa familiare al familiare che presti in modo continuativo e prevalente la sua attività di lavoro nell’impresa. Ma tale normativa non è stata richiamata per il convivente.

Alla luce della situazione normativa attuale, dal confronto con la protezione concessa al lavoratore subordinato dall’art. 2126 c.c. emerge che in presenza di un contratto di lavoro, seppure nullo, il partner gode oggi un *favor* ben maggiore rispetto a quello che sembrerebbe a prima vista riservargli una nuova norma creata *ad hoc* come l’art. 230 *ter* c.c.: il contratto nullo, cui sia seguito il *fatto* della prestazione lavorativa resa, gli conferisce il diritto alla retribuzione con le modalità, i diritti accessori e la quantificazione di cui ai par. prec., anche quando l’impresa è in perdita; il solo *fatto*, invece, della prestazione eseguita in famiglia, non preceduto dalla stipulazione di un contratto nullo, è inidoneo ad attribuirgli protezione alcuna in assenza di utili o se, pur essendo l’impresa *in bonis*, gli altri familiari abbiano deliberato di non distribuire gli utili.

#### 4. *La nullità delle società di capitali e delle cooperative*

Il principio consacrato per la società per azioni al comma 2 dell’art. 2332 c.c., è applicabile anche alla s.a.p.a., alla s.r.l., alle cooperative e alle mutue assicuratrici, per effetto dei richiami di cui, rispettivamente, agli artt. 2454, 2463, 2523, 2574 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (che sostituiscono gli artt. 2464, 2475, 2519 e 2547 c.c.).

In queste situazioni all’ordinamento giuridico interessa l’attività più del contratto (o dell’atto unilaterale): ne conseguono regole divergenti dalla disciplina generale dei contratti (art. 1418 ss. c.c.), ed eventualmente da quella più specifica dei contratti associativi (artt. 1420 e 1446 c.c.), operativa prima dell’iscrizione della società nel registro delle imprese.

In verità, anche prima dell'iscrizione la disciplina generale del contratto (e sia pure del contratto associativo), sembra avere, in concreto, un campo operativo molto marginale, conservando utilità soltanto ai fini risarcitori. Da un lato se ne deve, a rigore, escludere la vigenza quando l'ordinaria impugnativa contrattuale è stata proposta prima dell'iscrizione della società nel registro delle imprese: l'iscrizione è il presupposto di fatto che fa scattare l'operatività dell'art. 2332 c.c., sicché l'azione potrà proseguire solamente se inerente ad una delle cause comprese nell'elenco tassativo di cui al comma 1. Dall'altro lato, se dopo la proposizione dell'azione non si desse luogo all'iscrizione, si renderebbe applicabile la disciplina ora prevista dall'art. 2331 c.c., che, al comma 4, stabilisce che se entro novanta giorni dalla stipulazione dell'atto costitutivo l'iscrizione non ha avuto luogo, le somme versate (a norma dell'art. 2342, comma 2, c.c.) devono essere restituite ai sottoscrittori e l'atto costitutivo perde efficacia.

Se prima dell'iscrizione della società nel registro delle imprese, esisteva solo un contratto di società produttivo di effetti tra i soli contraenti, a seguito della registrazione esiste un'organizzazione di persone e di mezzi abilitata ad operare con i terzi e che, nonostante l'invalidità della costituzione, è entrata nel traffico giuridico. Si rende pertanto opportuna una reazione dell'ordinamento che contemperi, con la necessità di apprestare rimedi alle patologie dell'ente societario, quella di salvaguardare l'organizzazione imprenditoriale ed i rapporti economici instaurati coi terzi.

Da qui, la deroga ai principi generali sancita dal legislatore all'art. 2332 c.c.: a parte l'art. 1422 c.c., che dichiara imprescrittibile l'azione di nullità, e l'art. 1421 c.c., che la dichiara proponibile da parte di chiunque vi abbia interesse (e l'azione può quindi essere promossa sia da un socio sia da un terzo che ne abbia interesse) e rilevabile d'ufficio dal giudice, la disciplina speciale non lascia altri spazi<sup>76</sup>. In particolare, neanche nei limitatissimi casi in cui può ancora oggi essere dichiarata la nullità di una società di capitali o cooperative iscritta nel registro delle imprese, opera il principio *quod nullum est nullum producit effectum*.

---

<sup>76</sup> GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da Galgano, XXIX, Padova, 2003, p. 93.

Sino al 1969, la vistosa deroga ai principi generali ineriva solamente agli *effetti*, non alle *cause* della nullità della società per azioni; ed infatti queste ultime si evincevano dalla disciplina di diritto comune, come accade tuttora per le società personali.

A seguito della modifica introdotta dal d.p.r. 29 dicembre 1969, n. 1127, che aveva come fine l'adeguamento della nostra legislazione societaria alla I direttiva del Consiglio CEE del 9 marzo 1968<sup>77</sup>, il comma 1 dell'art. 2332 c.c. sanciva che, avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società per azioni poteva essere pronunciata soltanto negli otto casi ivi tassativamente previsti.

Con la Riforma organica del 2003 sono state soppresse le cause di nullità che erano menzionate ai nn. 1, 3, 6, 7 e 8 del vecchio testo dell'art. 2332.

Il n. 1, menzionando la mancanza dell'atto costitutivo, intendeva la mancanza materiale del documento o, al limite, falsità materiale integrale dello stesso, giammai, come ritenevano in molti, la mancanza o l'inesistenza giuridica dell'atto costitutivo. Questa seconda soluzione avrebbe finito col rimettere alla discrezione dell'interprete la scelta di quali vizi negoziali di diritto comune possano comportare la nullità della società, con grave pregiudizio delle esigenze di certezza del diritto sottese alla novella del 1969.

La questione è stata definitivamente risolta dalla Riforma del 2003, che sopprimendo questa causa di nullità si uniforma agli ordinamenti degli altri Paesi dell'Unione europea, nessuno dei quali vi aveva attribuito rilievo. Va anche detto, però, che alla luce dell'eliminazione citata ed in combinazione con la quasi coeva eliminazione del controllo omologatorio sull'atto costitutivo (l. 340 del 2000), rimane più che mai aperto il problema del controllo della conformità dell'atto costitutivo allo schema legale: il problema può essere esaminato in uno con quello oggi posto dal mantenimento, tra le cause di nullità, della mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico (v. *infra*).

---

<sup>77</sup> Trattasi di un adattamento disorganico ed irrazionale, definito da MINERVINI, *Primi approcci con una «miniriforma»*. *Una nuova disciplina della pubblicità per le società di capitali*, in *Riv. società*, 1970, p. 200 ss., come un «pasticcio» legislativo.

Il n. 3, che, riprendendo il dettato dell'art. 11 della direttiva comunitaria («inosservanza delle formalità relative al controllo preventivo»), menzionava la «inosservanza delle disposizioni di cui all'art. 2330 relative al controllo preventivo», è stato soppresso dall'art. 32, comma 3, della l. 24 novembre 2000, n. 340, abolitiva dell'omologazione dell'atto costitutivo.

Il numero 6 riguardava l'inosservanza della disposizione di cui all'art. 2329, n. 2, e dunque il mancato versamento dei tre decimi dei conferimenti in denaro; un vizio afferente, quindi, non all'*atto* costitutivo ma al *procedimento* costitutivo. In ossequio allo spirito della direttiva comunitaria, teso a restringere il più possibile le cause invalidanti, doveva ritenersi che non fosse causa di nullità il versamento che, seppure non conforme alle modalità previste dal n. 2 dell'art. 2329 c.c., fosse stato comunque effettuato nelle mani degli amministratori.

Nel nuovo diritto societario, che rende più snella la procedura di attuazione dei conferimenti in denaro, il mancato versamento dei tre decimi torna ad avere lo stesso valore che aveva prima del '69, vale a dire quello di una semplice condizione per la costituzione della società. Sul piano pratico, inoltre, si ha la conferma che, contrariamente a quanto da alcuni affermato in passato, la società non è nulla nel caso di mancata attuazione dei conferimenti in natura.

Con riguardo al n. 7, basti qui notare come l'ordinamento ricollegasse eccezionalmente all'incapacità l'effetto della nullità, non concependo la validità della costituzione di una società tra soggetti tutti incapaci. Il legislatore, considerando anche questa ipotesi sotto il profilo della nullità, mostrava di voler racchiudere tutte le ipotesi dell'art. 2332 c.c. nel contesto unitario dell'invalidità. La norma era ad ogni modo oggetto di interpretazione restrittiva, ritenendosi avesse riguardo alla sola incapacità legale.

Peraltro la circostanza che, in questo caso, si avesse nullità della società indipendentemente dal fatto che l'incapacità fosse fatta valere come motivo di annullamento delle singole partecipazioni sociali, era agevolmente spiegabile con la considerazione che l'incapacità di tutti i soci fondatori avrebbe impedito il regolare funzionamento della società. Da questo punto di vista, è possibile credere che nonostante la soppressione, ad opera della Riforma, di questa causa,

essa continui a rilevare come causa di scioglimento della società *ex art. 2484, n. 3, c.c.*

Riprende inoltre ad applicarsi, con riguardo alla singola partecipazione, la normativa generale sull'incapacità, e dunque la disciplina dell'annullabilità.

La «mancanza della pluralità dei fondatori», di cui al n. 8, andava intesa nel senso della mancanza fisica ed era riferita esclusivamente all'ipotesi di partecipazione all'atto costitutivo di una sola persona<sup>12</sup>. La società non era nulla se la pluralità dei fondatori veniva meno successivamente alla stipulazione dell'atto costitutivo, per effetto dell'impugnativa di singole partecipazioni: l'annullamento, infatti, avendo efficacia irretroattiva, non valeva ad escludere la pluralità iniziale dei fondatori; in questo caso, pertanto, si sarebbe verificata l'ipotesi dell'unico azionista *ex art. 2362 c.c.* Non era nulla, inoltre, la c.d. società preordinata ad unico azionista, costituita cioè con l'intervento in atto di uno o più prestanomi compiacenti che trasferiranno le azioni ad un unico socio subito dopo che sia completato il procedimento costitutivo.

La soppressione di questa causa di nullità, già venuta meno per la s.r.l. nel 1993, era una scelta obbligata in un sistema che ormai ammette la costituzione anche della società per azioni per atto unilaterale (*art. 2328 c.c.*).

#### 4.1. *Le attuali cause di nullità*

La Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, in attuazione della l. 3 ottobre 2001, n. 366), ha dunque soppresso buona parte delle cause di nullità, che dalle originarie otto sono state portate a tre. Intervenendo sul comma 1 dell'*art. 2332 c.c.* (la cui formulazione appariva «per taluni versi fin troppo inutile e fonte di inquietanti interrogativi per altri»<sup>78</sup>, ha opportunamente ridotto le originarie cause di nullità della società, nullità che, avvenuta l'iscrizione nel registro

---

<sup>78</sup> MERIDDA, *Sulle cause di nullità delle società di capitali (art. 2332 c.c.)*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 775. Ritenevano invece ingiuste le critiche al testo dell'*art. 2332 c.c.* FERRARA, CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001, p. 393.

delle imprese, può oggi essere dichiarata soltanto nei seguenti casi: 1) mancata stipulazione dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico; 2) illiceità dell'oggetto sociale; 3) mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sociale o l'oggetto sociale.

Così facendo, la Riforma ha da un lato ottemperato all'invito, contenuto nella l.d. 366/2001, di limitare la rilevanza dei vizi nella fase costitutiva, perpetrando quel *favor* per la salvaguardia delle società già operanti sul mercato confermato nel '69, dall'altro ha colto l'occasione per eliminare alcune delle cause di nullità che avevano originato tante difformità interpretative da rischiare l'erosione del principio del *numerus clausus* contenuto nella norma in questione.

A questa soluzione è stata pregiudiziale la positiva soluzione del problema, se la riduzione delle cause fosse consentita alla luce dall'art. 11 della direttiva comunitaria. Una corretta interpretazione della normativa comunitaria, coordinata con la *ratio* di quella disciplina, ha permesso l'affermazione dell'idea, secondo la quale quell'elenco non sancisce i vizi che devono necessariamente dar luogo alla dichiarazione di nullità, ma contiene semplicemente un invito ai legislatori nazionali affinché siano eliminate tutte le cause di nullità diverse da quelle contemplate nell'elenco; ferma restando la loro facoltà di scelta in ordine al persistente valore da attribuire ai vizi che vi sono menzionati<sup>79</sup>. Lo scopo che ispirava la normativa comunitaria, infatti, è la *riduzione* dei vizi che assumono rilievo nella fase costitutiva.

Ne consegue che il legislatore nazionale era libero di limitare a proprio piacimento le cause rilevanti, sempre che non preferisse, addirittura, escludere la rilevanza di qualsiasi vizio<sup>80</sup>.

---

<sup>79</sup> Cfr. Corte Giustizia CE, 13 novembre 1990 (c.d. decisione *Marleasing*), in *Foro it.*, 1992, IV, c. 173, e App. Parigi, 21 settembre 2001, in *Riv. soc.*, 2002, p. 1033.

<sup>80</sup> CAMPOBASSO, *La costituzione della società per azioni*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003, (Atti del Convegno di Courmayeur del 27-28 settembre 2002), p. 59, ed in *Società*, 2003, n. 2 *bis*, p. 291, ricorda come questa soluzione trovi conferma nell'esperienza comparativistica: dalla legge azionaria spagnola (art. 34), al codice di commercio belga (art. 13 *ter*), sino alla legislazione tedesca (art. 275 *AktG*), la quale limita i vizi rilevanti alla mancanza di ogni indicazione re-

L'applicabilità del comma 1 dell'art. 2332 c.c. anche alle cooperative, ammessa dai più, era negata da alcuni<sup>81</sup>, soprattutto in ragione del fatto che l'art. 2519 c.c. limitava il riferimento agli effetti («gli effetti [...] della nullità dell'atto costitutivo sono regolati [...] dagli articoli [...] e 2332»).

È indubbio che, in concreto, alcune delle cause di nullità previste dall'art. 2332, comma 1, c.c., nella formulazione precedente la Riforma delle società, non potessero operare (si pensi, ad esempio, al mancato versamento dei tre decimi). Al contrario, oggi, le cause di nullità rimaste sono tutte compatibili con la struttura della cooperativa; il nuovo art. 2523 c.c., però, che avrebbe potuto risolvere il problema rinviando all'art. 2332 c.c. nella sua interezza, continua a fare riferimento ai soli effetti della nullità, così lasciando irrisolta la questione. L'omissione era giustificabile nella codificazione del '42, giacché allora l'art. 2332 c.c. riguardava ancora soltanto gli effetti della nullità; non lo è invece oggi, sebbene si possa pensare che, non intervenendo sulla norma, il legislatore abbia voluto confermare la soluzione favorevole, che era prevalsa nella prassi.

La Riforma ha giustamente mantenuto il titolo della rubrica «nullità della società», il che si conforma perfettamente, oltre che alla disciplina degli effetti, alle cause di nullità oggi previste, che attingono tutte all'atto costitutivo (sono state eliminate quelle inerenti al *procedimento* di costituzione).

Al di fuori di questo elenco, nessuna irregolarità o difformità dal modello legale può interferire con l'esistenza della società dopo la sua iscrizione. L'elenco, per il principio di tassatività, deve considerarsi esaustivo di ogni vizio costitutivo, seppure l'art. 2332 c.c. fa riferimento ai soli vizi originanti la «nullità». Si tratta di un'espressione che va intesa in senso lato, come comprensiva anche di ogni causa di annullabilità, inesistenza e inefficacia. Il legislatore ha voluto ridurre la patolo-

---

lativa al capitale sociale o all'oggetto sociale, e alla nullità delle indicazioni inerenti l'oggetto sociale; vizi, peraltro, che possono essere fatti valere solamente entro tre anni dall'iscrizione.

<sup>81</sup> Cfr. ad es. CARBONI, *Le imprese cooperative e le mutue assicuratrici*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 17, III, Torino, 1984, p. 451, e da FORTUNATO, *Trasferimento di quota e recesso del socio nella cooperativa edilizia*, in *Riv. coop.*, 1987, p. 71.

gia dell'atto costitutivo alle sole cause previste dalla norma, alle quali dev'essere ricondotto ogni tipo di vizio. Avere introdotto un *numerus clausus* delle cause di nullità può essere tradotto nell'intento, implicito già nella riforma del '69, di presentare l'attuale art. 2332 c.c. «come un corpo normativo unitario ed inscindibile che definisce ed esaurisce l'ambito e le modalità di incidenza dell'iscrizione della società nel registro delle imprese sui vizi afferenti alla fattispecie costitutiva»<sup>82</sup>.

Quanto all'annullabilità, la soluzione non sembra dubitabile, se non altro perché sarebbe un controsenso restringere così fortemente l'incidenza dei vizi che danno luogo a nullità per poi lasciare spazio illimitato a sanzioni di minor gravità.

Il problema dell'inefficacia si è posto soprattutto con riferimento alla discussa configurabilità della simulazione nelle società capitalistiche<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> GIACCARDI MARMO, *La revoca dell'omologazione degli atti sociali*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 371 ss. Sulla tassatività delle cause di nullità, v. anche FAUCEGLIA, *Riflessioni in tema di nullità della società di capitali e valutazione del conferimento del bene in natura*, in *Società*, 2017, p. 993 ss.

<sup>83</sup> La dottrina prevalente propende per la soluzione negativa (cfr. ad es. FRÈ, SBISÀ, *Società per azioni*, I, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1997, pp. 43 ss.). V. però l'approfondita analisi svolta nella recente opera di RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società*, II, *Le società di capitali. La società per azioni. Formazione della società per azioni*, Padova, 2003, p. 238 ss., il quale conclude (p. 242) che «una volta intervenuta la funzione pubblica mediante l'iscrizione nel registro delle imprese non può impugnarsi il provvedimento costitutivo della società, ma può sempre agirsi per la simulazione assoluta del contratto costitutivo della società, secondo le regole proprie della simulazione dei contratti. Da questa azione [...] deriverà la dichiarazione di simulazione del contratto di società, mediante una sentenza che ha proceduto all'accertamento della simulazione. La conseguenza sarà l'inesistenza della società e il venir meno della personalità giuridica perché collegata alla esistenza della società».

Anche per Cass., 20 giugno 1983, n. 4231, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, la configurabilità della simulazione non può trovare ostacolo nelle norme che assegnano efficacia costitutiva all'iscrizione nel registro e regolano tassativamente le ipotesi di nullità (artt. 2331 e 2332 c.c.), se la simulazione stessa venga invocata per il contratto di società e non per la società medesima quale ente. La giurisprudenza nettamente prevalente ritiene, però, che la direttiva C.E.E. n. 151 del 1968 di armonizzazione della disciplina societaria, deponga per la soluzione negativa, in considerazione delle particolari e inderogabili formalità che presiedono alla sua organizzazione: Cass., 17 novembre 1992, n. 12302, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, e Cass., 28 aprile 1997, n. 3666, in *Giust. civ.*, 1997, I, p. 2129, con nota di SALAFIA, in *Società*, 1997, p. 1138, con nota di CARDARELLI, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 443, con nota di CIAN, in *Riv. dir. comm.*, 1997, II, p. 257, e in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 193, con nota di GUIDOTTI.



L'interpretazione restrittiva è peraltro in linea con quanto affermava l'art. 11 della prima direttiva Cee di armonizzazione della disciplina societaria, secondo il quale al di fuori dell'elenco previsto dall'art. 2332 c.c. «le società non sono soggette ad alcuna causa di inesistenza, nullità assoluta, nullità relativa o annullabilità».

Questo non significa, ovviamente, che venga meno la tutela negli altri casi, ad esempio in quelli di incapacità o di vizio del consenso<sup>84</sup>, giacché rimane salva la possibilità di proporre ogni impugnativa relativamente ai vizi della singola partecipazione sociale.

Non può ritenersi, però, che la disciplina degli effetti dell'azione proposta rimanga insensibile alla *ratio* emergente dall'art. 2332 c.c.: l'invalidità dell'adesione del singolo socio non potrà produrre effetto alcuno sull'esistenza dell'ente giuridico, neanche se la sua partecipazione debba valutarsi essenziale ai sensi dell'art. 1420 c.c. o dell'art. 1446 c.c.

Anche in questo caso, la sentenza non ha effetto retroattivo, ma dà vita ad un'ipotesi di recesso *ex lege* del socio, al quale sarà liquidata la partecipazione in base alla situazione patrimoniale societaria esistente al momento della dichiarazione di invalidità<sup>85</sup>. Alla restituzione del conferimento, tipica di una visione contrattualistica, si sostituisce la liquidazione della quota.

È da escludere, altresì, che, per i casi di mancata convalida, possano trovare spazio i principi in materia di nullità parziale oggettiva del contratto (art. 1419 c.c.)<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> La possibilità di impugnare la singola partecipazione per vizi del consenso è negata da ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, p. 277 ss.

<sup>85</sup> Per tutti, CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Torino, 2002, p. 184.

<sup>86</sup> V. però Cass., 14 maggio 1992, n. 5735, in *Giur. comm.*, 1993, II, p. 461, con nota di GIAMPAOLINO. RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, p. 273, considera l'ipotesi dell'oggetto sociale complesso al cui interno soltanto alcune delle attività previste siano illecite. L'autore sostiene l'inoperatività dell'art. 1419 c.c., norma che ritiene dettata per il contratto ma non estensibile al caso di specie, giacché l'art. 2332 c.c. non richiama il contratto come forma essenziale della società e la stessa contrattualità della società si è degradata dopo la novella del 1969. La conseguenza è la nullità della società anche nel caso di nullità parziale.

Per l'inapplicabilità dell'art. 1419 c.c. anche BOCCHINI, *I vizi della costituzione e la «nullità della società per azioni»*, Napoli, 1977, p. 264 e, adesso, PALMIERI, *La nuova disciplina della nullità della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 850, il quale pone anche il diverso problema dell'operatività della revocatoria del conferi-

L'ulteriore restrizione delle cause di nullità sancita con la Riforma, in definitiva, è la più logica e opportuna prosecuzione del processo di armonizzazione comunitaria avviato nel 1968 dalla I direttiva CEE, rappresentando, sul piano legislativo, la naturale continuazione di un *iter* di cui il d.p.r. n. 1127 del 1969 ha costituito una tappa intermedia verso l'attuale formulazione della norma.

L'esiguo numero di precedenti giurisprudenziali volti alla dichiarazione di nullità delle società capitalistiche e delle cooperative, pertanto, è destinato a divenire ancora più esiguo: ma questo non è sintomo di una scarsa incidenza pratica dell'art. 2332 c.c., giacché la sua funzione è proprio quella di evitare la comminazione della sanzione<sup>87</sup>; fatti salvi, ovviamente, i casi nei quali la violazione della legalità è talmente grave da far passare in secondo piano l'esigenza di conservazione dei valori produttivi (è l'ipotesi dell'illiceità dell'oggetto sociale), o i casi nei quali la deficienza in sede di costituzione finirebbe col pregiudicare il regolare funzionamento dell'organizzazione societaria (si pensi, ad es., ai riflessi concreti della mancanza nell'atto costitutivo di ogni indicazione relativa all'oggetto sociale).

#### 4.2. *La nullità di cui al n. 1*

Quanto alle singole cause rimaste, il n. 1 del comma 1 dell'art. 2332 c.c. menziona la mancanza dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico, già richiesta dall'art. 2328 c.c. È una conferma che questa forma è prescritta *ad substantiam*.

Il vizio in oggetto riguarda le ipotesi in cui l'atto costitutivo è stato redatto da un notaio incapace o incompetente, nonché i casi nei quali mancano le prescrizioni minime necessarie affinché si possa parlare di atto pubblico.

---

mento, avvisando che il sistema fondato sull'art. 2332 c.c. «obbliga, se non a parificare la revocazione del conferimento ad una causa di scioglimento del singolo rapporto sociale, quanto meno ad adeguare il rigore degli artt. 2901 c.c. e 71 ss. l. fall. al contesto in cui si troverebbero qui ad operare».

<sup>87</sup> PALMIERI, *op. cit.*, p. 846, acutamente nota che «il grado di effettiva applicazione dell'art. 2332 c.c. è inversamente proporzionale al numero dei casi di nullità dichiarate».

Non va però dimenticato che, vigente il vecchio testo, autorevoli scrittori ritenevano che questo vizio inerisce non tanto alla mancanza vera e propria della forma prescritta, quanto alla mancanza del controllo notarile o, com'è più verosimile, ad una verifica notarile svolta in maniera inadeguata. Così ragionando, si rischierebbe di ricorrere alla sanzione della nullità in una miriade di ipotesi difficilmente preventivabili, e prevedibili fonti di ulteriori suddivisioni interpretative. Sicuramente il principio di tassatività toglie pregio a qualsiasi interpretazione mirante a riconoscere, nel controllo insufficiente, gli estremi della mancanza dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico.

Si tenga però presente che l'inosservanza delle disposizioni inerenti al controllo preventivo, contemplata al n. 3 del vecchio art. 2332 c.c. ma scomparsa dalla nuova norma, non è più soggetta alla sanzione. Si deve concludere, che oggi l'efficacia sanante prodotta dall'iscrizione della società nel registro delle imprese, riguarda anche la società costituitasi in assenza della verifica notarile di legalità<sup>88</sup>.

Rimane il problema di un atto costitutivo affidato ormai alle sole cure di un professionista che, per quanto competente, non offre, per ovvie ragioni, le medesime garanzie di imparzialità e di autonomia tipiche del giudice. Ciò accade perché, d'un tratto, scompare il sindacato in sede onoraria, ma anche, con la nuova formulazione dell'art. 2332 c.c., il giudizio in sede contenziosa.

Poiché il sindacato giurisdizionale conserva una funzione, sia pure eventuale, nella fase modificativa, una soluzione potrebbe essere quella del riesame dell'intero atto costitutivo (comprensivo dello statuto) ad opera del tribunale chiamato a pronunciarsi per l'omologa delle delibere assembleari<sup>89</sup>: infatti, i giudici aditi in sede onoraria, potrebbero, in teoria, procedere al controllo dello statuto nella sua interezza.

Storicamente, il problema era stato originato dall'art. 2436, comma 2, c.c., che prescriveva il deposito nel registro delle imprese del testo aggiornato dell'atto costitutivo e dello statuto dopo ogni modifica di tali atti; si era ritenuto che il deposito in oggetto costituisse parte integrante del procedimento di omologazione e che il sin-

---

<sup>88</sup> Pone il problema MONTAGNANI, *Commento all'art. 2330 c.c.*, in *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, tomo I – artt. 2325-2422 c.c., a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, p. 57 s.

<sup>89</sup> Così MONTAGNANI, *op. cit.*, p. 58.

dacato giurisdizionale potesse estendersi anche al testo aggiornato<sup>90</sup>. In realtà le finalità della norma, introdotta in attuazione della direttiva Cee n. 68/151 del 9 marzo 1968, erano semplicemente pubblicitarie, affinché i terzi potessero prendere completa visione degli atti societari, e la redazione del testo aggiornato si riduceva ad una mera attività materiale, da effettuarsi, a cura della società, anche dopo la definizione del procedimento omologativo<sup>91</sup>.

Il citato comma 2 dell'art. 2436 c.c., a seguito del d.lgs. 6/2003 si è tradotto, senza sostanziali modifiche, nel comma 6 dell'art. 2436 c.c.

Il problema deve oggi essere affrontato in riferimento al controllo, ormai eventuale, che il tribunale può effettuare sulle delibere: se il sindacato potesse estendersi, ancora una volta, sull'intero statuto, si riaprirebbero le stesse questioni chiuse dall'art. 2332 c.c. e si manifesterebbe la medesima incongruenza del sistema restitutorio rispetto al fenomeno societario. Con la differenza, però, che se la nullità viene dichiarata a seguito di un giudizio contenzioso, le questioni di carattere restitutorio sono risolte dall'art. 2332 c.c. (e degli artt. 2377 ss. c.c.); se, invece, come nel caso che occupa, ciò avviene nell'ambito del giudizio camerale, quelle norme non possono trovare cittadinanza.

L'ostacolo principale per risolvere il problema dell'impossibilità di sindacare la «mancanza dell'atto costitutivo nella forma dell'atto pubblico» ai sensi dell'art. 2332 c.c., è, in definitiva, lo stesso art. 2332 c.c., e propriamente il principio di tassatività delle cause di nullità dell'atto costitutivo, rimasto intatto anche a seguito della Riforma organica. Le tre cause oggi previste sembrano esaurire la patologia prevista dal legislatore con riguardo all'ente. Conseguenzialmente, se si ritiene la disciplina *ex art.* 2332 c.c. esaustiva del sistema dell'invalidità delle società, si deve escludere che il sindacato omologatorio possa vanificare i limiti contenuti in quella norma.

---

<sup>90</sup> V. Trib. Genova, 17 febbraio 1987, in *Società*, 1987, p. 845, con nota di SALAFIA. Il descritto fenomeno veniva sostanzialmente a tradursi in una sorta di revoca della precedente omologazione: ALBANESE, *La revoca dell'omologazione e le prassi di estendere il controllo alle clausole non oggetto di modifica*, in *Contr. e impr.*, 1999, III, p. 1380 ss.

<sup>91</sup> Cfr. App. Genova, 23 aprile 1987, in *Società*, 1987, p. 845, con nota di SALAFIA.

Si potrebbe obiettare che i due procedimenti sono posti dall'ordinamento a tutela di due diverse aree di interessi: la *ratio* del procedimento contenzioso ha riflessi limitati ai rapporti tra soci e società; la *ratio* del procedimento camerale è ispirata all'esigenza di pubblico interesse di consentire che il controllo di legalità, venga esercitato in corrispondenza della permanenza nel mondo giuridico del soggetto a suo tempo abilitato ad operare e della continuità degli atti che esso pone in essere.

Rimane, tuttavia, senza soluzione il problema posto dalla peculiarità della sentenza contenziosa dichiarativa della nullità. A ben vedere, l'unico *escamotage* in grado di cancellare l'incompatibilità tra la sentenza di nullità ed il decreto in camera di consiglio si sostanzia nell'ipotizzare un decreto reso in sede onoraria al quale si ricolleghino i medesimi effetti previsti dall'art. 2332 c.c.: scioglimento della società e nomina dei liquidatori. Nessun dato normativo, però, supporta questa interpretazione.

#### 4.3. *La nullità di cui al n. 2*

Il n. 2 ribadisce la permanenza di un'ipotesi particolarmente importante, quella della illiceità dell'oggetto sociale.

Può notarsi l'eliminazione, rispetto al n. 4 del vecchio testo, del riferimento alla «contrarietà all'ordine pubblico» dell'oggetto sociale, ritenuto assorbito da quello all'illiceità. Non è più dubbio, pertanto, che la nozione di illiceità accolta da questa norma coincida con quella tradizionale di «contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume».

Anche se il punto è stato molto discusso, sembra preferibile, e ormai vincente, l'opinione che l'illiceità debba essere valutata sulla base dell'attività dichiarata nell'atto costitutivo e non invece di quella esercitata poi in concreto dalla società<sup>92</sup>.

<sup>92</sup> Per le due posizioni cfr. ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985, p. 275, e FRANCESCHELLI, *Nullità per illiceità dell'oggetto di società di capitali registrate?*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 786 ss. RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, p. 272, aderendo alla soluzione che riferisce la causa di nullità anche all'attività svolta, osserva che si deve distinguere: nel caso di attività successiva all'iscrizione si ha soltanto un'ipotesi di scioglimento

Si è ventilata l'opportunità di una rivalutazione della tesi minoritaria secondo cui la norma farebbe riferimento alle ipotesi di illiceità sopravvenuta in fatto<sup>95</sup>. A ben vedere il rilievo dell'illiceità sopravvenuta è consacrato dalla stessa Riforma, quando, al comma 2 dell'art. 223 *quater* disp. att., legittima l'autorità competente al rilascio delle autorizzazioni amministrative, per il caso di iscrizione della società avvenuta nonostante la loro mancanza o invalidità, a proporre istanza per la cancellazione dal registro delle imprese al tribunale, il quale provvederà ai sensi dell'art. 2332 c.c. La norma non si applica solo al caso di mancanza o irregolarità *ab origine* dell'autorizzazione prescritta, ma anche al caso di successiva revoca dell'autorizzazione e a quello in cui la prescrizione di legge sia subentrata dopo l'iscrizione.

Deve però continuare a ritenersi che l'illiceità di cui parla la norma non sia riferita all'attività, ma alla clausola dell'atto costitutivo, la quale è divenuta *contra legem* per effetto della revoca o della sopravvenuta necessità dell'autorizzazione. Lo stesso dicasi quando l'oggetto dichiarato, inizialmente lecito, contrasta in seguito con mutate norme imperative che impediscono o limitano lo svolgimento dell'attività sociale dichiarata nell'atto costitutivo.

Il problema più rilevante è quello della persistenza in vita di società con un riconosciuto oggetto illecito.

Anche in questo caso, la conferma della fattispecie come causa di nullità della società va analizzata tenendo in conto l'abolizione del giudizio omologatorio sull'atto costitutivo: questo "indebolimento" del controllo, che si accentuerebbe ulteriormente qualora al notaio non competesse un sindacato anche sull'atto già iscritto, assume preoccupante gravità se si accoglie la tesi tradizionalmente prevalente in tema di legittimazione ad esperire l'azione *ex art.* 2332 c.c.

---

della società; nel caso di previsione dell'oggetto illecito nell'atto costitutivo e di successivo svolgimento dell'attività illecita, con lo scioglimento della società concorre la nullità dell'atto costitutivo. Per la giurisprudenza, può essere utile la lettura di Trib. Milano, 21 novembre 1991, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3138.

<sup>95</sup> Così BARBA, *Commento all'art. 2332 c.c.*, in *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, tomo I – artt. 2325-2422 c.c., a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003, p. 72.

Infatti, escludendo il potere-dovere del notaio addetto alla verbalizzazione della delibera di rilevare anche gli eventuali vizi dell'atto costitutivo o dello statuto, l'unico strumento di tutela sarà l'azione di nullità *ex art.* 2332 c.c. La legittimazione all'azione di nullità, tuttavia, è concessa, secondo l'opinione dominante, esclusivamente ai soci: dal combinato disposto degli artt. 2332 c.c. e 1421 c.c., si deduce che all'esercizio dell'azione rimangono estranei sia i terzi sia il pubblico ministero. Non è realistico, però, pensare che i soci di una società costituita in violazione di determinate prescrizioni di legge (e ciononostante a loro vantaggio iscritta), promuovano un giudizio per chiedere la nullità della propria società, ponendo a base della domanda il difetto del preventivo controllo della liceità dell'oggetto sociale<sup>94</sup>.

Non è chiaro se il problema possa essere risolto ab origine dal controllo notarile di legalità sulla deliberazione. La l. 340 del 2000 non spiega se a fronte di uno statuto con oggetto illecito, il notaio chiamato a pronunciarsi sulla sola delibera (legittima) oggetto del proprio verbale, abbia il potere-dovere di rifiutare l'iscrizione della delibera legittima e consegnare il verbale agli amministratori avvisandoli del vizio riscontrato.

Si tenga presente, poi, che nessun potere di controllo è concesso al pubblico ministero, neanche sulla scorta di un'interpretazione estensiva dell'art. 69 c.p.c., alla cui stregua questo soggetto esercita l'azione civile soltanto nei casi stabiliti dalla legge, tra

---

<sup>94</sup> Trib. Udine, 17 novembre 1989, in *Società*, 1990, p. 919. Il pericolo delle citate conseguenze è avvertito da Trib. Lecce, 10 febbraio 1989, in *Società*, 1989, p. 618, ove il timore che debba consentirsi che una società costituita con oggetto illecito, ad esempio per il compimento di attività criminose (sfruttamento della prostituzione, commercio di stupefacenti) esponga i propri associati alla repressione penale, ma conservi, in difetto dell'azione di nullità *ex art.* 2332 c.c., da nessuno degli interessati esperita, pieno titolo di appartenenza all'ordinamento societario, nel quale, per un errore di valutazione, fu immessa.

Si è peraltro affermato in giurisprudenza che l'azione di nullità di una società di capitali non spetta al singolo socio, dal momento che questi è terzo, rispetto al negozio posto in essere dall'ente persona giuridica, e non parte, e che l'eventuale incidenza negativa del contratto si verifica in via diretta sulla società e solo in via mediata sul singolo socio e, quindi, non può integrare un suo interesse, come terzo, a far valere la nullità (Cass., 2 giugno 1988, n. 3742, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, c. 90).

i quali non rientra l'azione di nullità *ex art.* 2332 c.c.<sup>95</sup>. Parimenti infruttuoso sembra il tentativo di ricorrere al procedimento *ex art.* 2409 c.c. per il caso che gli amministratori facciano esercitare alla società attività vietate dalla legge: è vero che l'art. 2409 c.c., all'ultimo comma, legittima espressamente il pubblico ministero a denunciare al tribunale le gravi irregolarità nella gestione sociale (i terzi creditori sociali sarebbero anch'essi tutelati dalla possibilità di sollecitare l'intervento del pubblico ministero; e, infine, i terzi creditori particolari del socio potrebbero esperire, residualmente, l'azione surrogatoria *ex art.* 2900 c.c. ove ne sussistano le condizioni). È però evidente che il riferimento all'azione *ex art.* 2409 c.c., comporta, nella specie, una notevole macchinosità della soluzione, per non parlare della difficoltà di coordinarla con la disciplina dell'art. 2332 c.c.

La soluzione preferibile sembra allora essere un ampliamento della sfera dei soggetti legittimati all'azione di nullità, facendovi rientrare non solo i soci, ma qualunque altro terzo interessato, secondo un processo evolutivo già in atto nell'ambito del diritto amministrativo. D'altra parte, la nullità della società è *assimilabile*, negli effetti, allo scioglimento dell'ente, ma la causa di nullità non è una causa di scioglimento; rimane una causa di nullità che rifiuta, per ragioni pratiche, alcune applicazioni della propria disciplina ma che, per le stesse ragioni pratiche, deve recuperare la piena operatività delle norme non espressamente derogate, coordinandosi così con l'intenzione di espellere dall'ordinamento le società illecite e di tutelare tutti i soggetti interessati, che non sono necessariamente i soci<sup>96</sup>.

---

<sup>95</sup> La stessa giurisprudenza nega tale possibilità: è rimasto isolato, infatti, l'orientamento del tribunale di Milano, che afferma la legittimazione del pubblico ministero a promuovere l'azione diretta a far accertare la nullità di una società per azioni alla quale partecipava una Anstalt del Liechtenstein: Trib. Milano, 18 luglio 1977, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 744, con nota critica di BORGIOI, *Art. 2332 c.c.: pubblico ministero con licenza di agire*.

<sup>96</sup> Si può senz'altro concordare con PALMIERI, *op. cit.*, p. 861, quando individua tra i terzi potenzialmente interessati i creditori particolari dei soci, i soci delle società partecipanti alla s.p.a. nulla, gli amministratori e i sindaci, i titolari di strumenti finanziari diversi dalle azioni.



#### 4.4. *La nullità di cui al n. 3*

Il numero 3 conferma la previsione del vecchio n. 5, il quale sanciva che è causa di nullità della società iscritta la mancanza nell'atto costitutivo o nello statuto di ogni indicazione riguardante la denominazione della società, o i conferimenti, o l'ammontare del capitale sottoscritto o l'oggetto sociale.

Si trattava anche in questo caso, evidentemente, di vizi di natura formale, rilevabili *ictu oculi* dalla lettura del contratto sociale: il richiamo alla mancanza di «ogni indicazione» relativa ai suddetti elementi significava che ad escludere la nullità era sufficiente che ciascuno di essi potesse comunque desumersi dall'atto costitutivo o dallo statuto: se, ad esempio, un socio ha conferito in società la propria azienda e la relativa ditta, è possibile desumere la volontà di fare della ditta la denominazione sociale e dell'attività aziendale l'oggetto della società<sup>97</sup>.

L'unica differenza di rilievo rispetto al passato è che è stato omesso il richiamo allo statuto, ritenendosi sufficiente quello al solo atto costitutivo, di cui lo statuto forma parte integrante ai sensi dell'ultimo capoverso dell'art. 2328 c.c. (tant'è che oggi, in caso di discordanza, prevale quanto affermato nello statuto). Il riferimento al solo atto costitutivo esclude che gli elementi citati possano risultare da atti esterni ad esso, come sono i patti parasociali.

È opportunamente confermato che per chiedere la nullità non basta una qualsiasi lacuna formale, ma occorre la mancanza di «ogni indicazione» relativa ad uno degli elementi richiesti. La conferma lascia intendere che la sanzione della nullità non può essere provocata (salvo quanto stiamo per dire) dalla semplice genericità dell'oggetto sociale: in questo caso si prospetta semmai una responsabilità notarile per omesso adeguato controllo.

La stessa soluzione deve valere nei casi in cui manchi uno degli elementi non menzionati all'art. 2332 c.c., ovvero nei casi in cui gli elementi indicati nella norma non siano adeguatamente indicati pur non difettando «ogni indicazione» di essi.

---

<sup>97</sup> FERRARA, CORSI, *op. cit.*, p. 394, i quali pongono, in chiave dubitativa, la questione se operi la nullità nell'ipotesi in cui la determinazione della denominazione o dell'oggetto sociale sia rimessa agli amministratori: anche in tal caso, infatti, non può parlarsi di una mancanza di *indicazione* inerente gli elementi della società.

Di fronte ad un vizio dell'atto costitutivo, in concreto, ci si dovrà domandare se la legge pretenda la liquidazione ovvero imponga soluzioni che non compromettano l'esistenza stessa della società. Se, ad esempio, è illecito l'oggetto dichiarato, la società, ripetiamo, è nulla; ma se è illecita l'attività successivamente svolta in discordanza con la clausola dell'atto costitutivo, la società è valida, e le soluzioni saranno semmai la responsabilità degli amministratori, l'annullabilità delle delibere, ecc.<sup>98</sup>.

In alcune ipotesi la soluzione dovrà essere attentamente valutata in concreto: tornando all'esempio dell'oggetto sociale generico, è vero che, di massima, la situazione non corrisponde, almeno letteralmente, alla «mancanza di ogni indicazione», ma è altrettanto vero che il giudice non potrà esimersi dal dichiarare la nullità dell'ente nei casi in cui questa indicazione (si pensi ad un oggetto consistente nello «esercizio di attività industriali») frustra, in concreto, le esigenze alla base della norma, che possono riassumersi nella legalità dell'agire societario, nel corretto funzionamento della futura organizzazione imprenditoriale, e nella trasparenza nei confronti dei terzi.

Sembra fondamentale, in particolare, distinguere tra due diversi ambiti: quello delle cause di nullità della società e quello, certamente più ampio e nel quale le prime sono ovviamente ricomprese, dei vizi dell'atto costitutivo la cui assenza dev'essere vagliata dal notaio<sup>99</sup>.

Il notaio ha il dovere di redigere un atto costitutivo valido, nel contempo assolvendo alla sua fondamentale funzione «adeguatrice» della volontà delle parti, traducendo le loro pattuizioni in uno schema societario conforme alle disposizioni dell'ordinamento ed in grado di prevenire le future contestazioni. Quando l'art. 138 *bis* della legge notarile (introdotto dall'art. 32 della riforma), a proposito della responsabilità del notaio, parla di *manifesta inesistenza delle condizioni richieste dalla legge*, si riferisce ai caratteri minimi indispen-

<sup>98</sup> Cfr. sul punto GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, cit., p. 95.

<sup>99</sup> Per uno scrupoloso raccordo tra la vecchia normativa e le innovazioni introdotte dalla l. 340 del 2000 con riguardo ai problemi di volontaria giurisdizione, cfr. MACERONI, *L'omologazione e i controlli ex ante sugli atti societari (dopo la legge 340/2000)*, Padova, 2002. Si tenga però presente che il d.lgs. n. 5 del 17 gennaio 2003 ha reso autonomo il procedimento in camera di consiglio in materia societaria, sostituendo alle previsioni generali di cui agli artt. 737 ss. c.p.c. degli specifici procedimenti camerati (artt. 25 ss.).

sabili a caratterizzare il tipo sociale prescelto. Il compito del controllo preventivo è di evitare, nei limiti del possibile, le discrasie tra struttura legale e struttura reale dell'impresa. In quest'ultimo caso, il deterrente non è offerto dalla sanzione della nullità dell'ente societario, ma dalla responsabilità notarile, in linea con uno degli obiettivi fondamentali della Riforma del diritto societario, ossia l'annientamento delle distanze tra "realtà statutaria" e "realtà dell'impresa" attraverso il conferimento di un maggiore spazio all'autonomia privata.

Si pensi alla società costituita con capitale inferiore al minimo, che sembra un tipico esempio di ipotesi originante la responsabilità del pubblico ufficiale che ha rogato l'atto, ma non la nullità della società<sup>100</sup>.

In quest'ottica, la *ratio* dell'annessione della «mancanza di ogni indicazione...» tra le cause di nullità, non sembra essere soltanto la volontà di assicurare l'adeguato funzionamento dell'organizzazione societaria, ai cui fini le indicazioni della denominazione, dei conferimenti, del capitale e dell'oggetto dell'ente sono sicuramente essenziali. Non va obliterato che l'atto costitutivo è destinato alla pubblicazione nel registro delle imprese, e che la conoscenza pubblica dei conferimenti, della denominazione sociale, ecc., è un'esigenza insopprimibile dell'ordinamento a vantaggio soprattutto dei creditori e dei terzi,

---

<sup>100</sup> Parimenti, non dà luogo a nullità (ma il problema è già stato ampiamente risolto nella prassi) la c.d. "sottocapitalizzazione". La possibilità di indagare sulla "congruità" del capitale sociale rispetto all'oggetto che la società si propone di perseguire era sostenuta in dottrina da PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 69 ss.; Id., *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 3 ss. (ma nella formulazione più "temperata" del "capitale non manifestamente inadeguato"). In giurisprudenza si è avuta in passato qualche sporadica applicazione di questa tesi: v. Trib. Roma, 13 dicembre 1977, in *Foro it.*, 1977, I, c. 2817, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, p. 157, con nota di G. FERRI e in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 738; Trib. Milano, 16 novembre 1977, in *Giur. comm.*, 1978, II, p. 731, con nota di TANTINI; Trib. Avezzano, 2 maggio 1980, in *Foro it.*, 1980, I, c. 2358; Trib. Udine, 12 giugno 1982, in *Foro it.* 1982, I, c. 2619; Trib. Lecce, 19 aprile 1983, in *Società*, 1984, p. 193. Si noti, tuttavia, che spesso l'effettiva ragione del diniego di omologazione sembrava essere, piuttosto che la prospettata esigenza di "congruità", l'eccessiva genericità dell'oggetto sociale. Così, ad es., Trib. Udine, 12 luglio 1989, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 1016, con nota di LAMANDINI, *Riduzione del capitale sociale per perdite e "congruità" del capitale residuo*.

a beneficio dei quali è plasmata, d'altronde, tutta la disciplina dettata dall'art. 2332 c.c. Accanto alla funzione di verifica della legalità esiste, pertanto, una funzione di informazione e di pubblicità in evoluzione. A fronte di un controllo giurisdizionale che viene meno nella fase preventiva, è più che mai indispensabile una documentazione di tutti gli elementi indispensabili affinché il controllo possa effettuarsi a posteriori, in ossequio ai principi della trasparenza e della dissuasione morale. La strada prescelta è quella della trasparenza, della qualità dell'informazione, del soddisfacimento dei requisiti formali, in coerenza con un procedimento di decongestione della giustizia che sembra destinato ad attuarsi attraverso strumenti nuovi.

#### 4.5. *L'efficacia della fattispecie ex art. 2332 c.c.*

Secondo una tesi<sup>101</sup>, l'art. 2332 c.c. produrrebbe l'effetto di sanare tutti i vizi dell'atto costitutivo. In questa prospettiva, l'azione di nullità darebbe luogo alla liquidazione quale «mezzo normale di estinzione delle società valide». Tale sanatoria avrebbe un fine prettamente pubblicitario: l'effetto sanante costituirebbe, infatti, una «sottocategoria» degli effetti costitutivi dell'iscrizione, perché l'iscrizione nel registro delle imprese sarebbe condizione *sine qua non* della sanatoria.

Il ragionamento consente di ricondurre al contratto invalido, sanato per mezzo dell'iscrizione, la rilevanza giuridica della fattispecie societaria.

Altri<sup>102</sup> ponevano al centro dell'indagine non tanto l'iscrizione, quanto il decreto di omologazione, così evidenziando la natura pubblicistica del procedimento costitutivo della società.

In senso contrario, si è negato che la disciplina della nullità sia connessa al procedimento di omologazione, osservando che essa si

---

<sup>101</sup> GHIDINI, *Il registro delle imprese*, Milano, 1943, p. 65 ss.; CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947, p. 332 ss.; PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954, p. 371 ss.

<sup>102</sup> ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, Roma, 1936, p. 89. Quanto alla disciplina dell'omologazione prima della Riforma, v. ALBANESE, *L'omologazione degli atti societari*, Padova, 2000, e relativa bibliografia.

applica anche quando detto procedimento non ha avuto luogo. Si è quindi aderito alla opposta tesi della sanatoria, ritenendo che l'effetto sanante sia da collegare direttamente all'acquisto in capo alla società della personalità giuridica<sup>103</sup>.

Un approccio interpretativo caratterizzato dalla volontà di escludere o di restringere la portata generale dell'art. 2332 c.c., per confinarlo al ruolo di regola eccezionale, è stato offerto anche da chi, muovendosi su basi logiche differenti, ha negato la stessa esistenza della società successivamente alla dichiarazione di nullità dell'atto costitutivo: da quel momento, la persona giuridica-società verrebbe meno. La sentenza di nullità, spiegherebbe tutti i suoi effetti, sebbene con efficacia *ex nunc*. A seguito della sentenza non vi sarebbero né personalità giuridica, né un'assemblea o un collegio sindacale; esisterebbe, semplicemente, un *patrimonio comune* che va liquidato, dopo l'estinzione delle obbligazioni sociali, secondo le norme che regolano la divisione della comunione<sup>104</sup>.

Questa tesi ravvisa una contraddizione in termini nell'affermazione che dopo lo scioglimento la società continua ad esistere come persona giuridica fino al termine della liquidazione, e la contemporanea affermazione della sua nullità *ex nunc* e del suo scioglimento. La configurazione di una società nulla *ex nunc* ma ancora esistente fino a che non sia ultimata la liquidazione, pone infatti il problema di come sia possibile liquidare una società nulla.

Dovrebbe allora concludersi che, a seguito della pronuncia della nullità, la società cessa di esistere, estinguendosi *ex nunc*. L'ente, che ha acquistato la personalità giuridica dal momento dell'iscrizione nel registro delle imprese, la conserverebbe sino al momento della dichiarazione di nullità dell'atto costitutivo; a seguito della sentenza, esso verrebbe meno come persona giuridica e rimarrebbe soltanto un patrimonio da liquidare secondo le norme sulla divisione<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> FERRARA JR., CORSI, *op. cit.*, p. 435.

<sup>104</sup> GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962, p. 233 s. Diametralmente opposta è invece la soluzione di PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, Milano, 1957, p. 452, il quale, pur negando l'esistenza di una società e ravvisando la formazione di un patrimonio autonomo, ritiene applicabili le norme sulla liquidazione della società. Nell'ambito dello studio dei rapporti contrattuali di fatto, aderisce alle considerazioni svolte da GRAZIANI, RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 162.

<sup>105</sup> GRAZIANI, *op. cit.*, pp. 230-233.

In realtà, non vi è alcuna contraddizione tra l'esistenza della società fino all'avvenuta liquidazione e la sua nullità *ex nunc*. Ciò che è nullo, infatti, è il contratto (o l'atto unilaterale), mentre ciò che si scioglie è l'ente, che non può tuttavia estinguersi prima che le ragioni dei creditori e dei soci siano state soddisfatte: ecco perché la società esiste e conserva la personalità giuridica.

Per la medesima ragione, è inaccettabile anche l'opinione di chi sostiene, ancora più radicalmente, che la società, a causa della nullità del proprio atto costitutivo, non è mai venuta ad esistenza, perché sarebbe inammissibile che una società costituita invalidamente possa esistere come persona giuridica. In questi termini, l'art. 2332 c.c. risolverebbe semplicemente un problema di liquidazione del patrimonio costituito con i conferimenti, a tutela dei creditori, che l'ordinamento riconosce degni di tutela. Non esiste la società. Esiste però un patrimonio, che va liquidato non (come riteneva Graziani) secondo le norme della divisione, perché scopo dell'art. 2332 c.c. sarebbe proprio quello di evitare l'applicazione delle norme che regolano gli effetti della divisione del patrimonio comune nei confronti dei terzi; rendendo operative, all'opposto, quelle sulla liquidazione societaria<sup>106</sup>.

Alla base di questa soluzione è la preminenza data all'*attività* compiuta in nome dell'ente, che va tutelata autonomamente dalla validità dell'atto costitutivo<sup>107</sup>. Non esiste la società, ma soltanto l'attività che essa ha posto in essere, la quale rileva soprattutto nei confronti dei terzi. L'attività è autonoma rispetto agli atti dei quali è composta e deve essere valutata indipendentemente da essi: soltanto con riferimento ai singoli atti si potrà allora parlare di nullità o di annullabilità, mentre l'attività, che deve essere valutata nel suo complesso, può essere ritenuta lecita o illecita, ma mai nulla o improduttiva di effetti per il periodo in cui si è compiuta<sup>108</sup>. In questa prospettiva, la nullità della società e del suo atto costitutivo non

<sup>106</sup> RICCA, *op. cit.*, p. 165 ss.

<sup>107</sup> Con riguardo al carattere autonomo dell'attività sono fondamentali gli studi di ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, p. 147 ss. e di AULETTA, *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958, p. 981 ss.

<sup>108</sup> Cfr. ASCARELLI, *ult. op. cit.*, p. 149.

coinvolge l'attività sociale posta in essere, la quale non può essere cancellata. All'unico scopo che conta, che è poi quello di attribuire autonoma rilevanza giuridica all'attività, non sarebbe necessario fingere che l'ente esista quando in realtà esso, vista la nullità della sua fonte, non è mai sorto. Le conseguenze sarebbero: l'inesistenza della società e quindi la sua incapacità di essere destinataria di effetti giuridici; l'inesistenza di obblighi attuali in capo ai soci diversi dai conferimenti.

Questo ragionamento si scontra con la difficoltà di spiegare perché, in assenza della società, permanga l'obbligo dei conferimenti. Non convince appieno, infatti, la spiegazione secondo cui l'obbligo sarebbe strumentale alla determinazione dell'entità del patrimonio da liquidare, sul quale si rivarranno, attraverso la graduazione degli interessi in conflitto operata *ex lege*, prima i creditori e poi i soci. L'obbligo sembra invece rispondere alla volontà legislativa di tutelare l'affidamento dei terzi, i quali riponevano le loro attese nell'esistenza della società e nella sua consistenza patrimoniale.

Ma soprattutto, la nullità dell'atto costitutivo disciplinata dall'art. 2332 c.c. non coincide con l'inesistenza della società come persona giuridica, perché l'esistenza della società stessa, nonché la conservazione dei rapporti sociali, sono funzionali alla protezione di interessi che giustificano l'eccezionale idoneità del negozio nullo a produrre effetti. Dal collegamento degli effetti al contratto (o all'atto unilaterale) nullo, è possibile dedurre che le norme da seguire per la liquidazione non sono quelle positivamente previste dal codice civile agli artt. 2487 ss. d.lgs. n. 6 del 2003 (prima artt. 2450 ss. c.c.), bensì quelle statutarie, anche se difformi da quelle legali<sup>109</sup>.

L'opinione tradizionalmente più seguita è nel senso che l'art. 2332 c.c. operi una vera e propria deroga alla disciplina della nullità, convertendo le cause di nullità in cause di scioglimento: l'intera società esiste ed è valida sino alla sopravvenuta dichiarazione di nullità, la quale produce effetti puramente *ex nunc* e dà luogo alla liquidazione<sup>110</sup>. Anche gli altri effetti previsti dall'art. 2332 c.c., os-

<sup>109</sup> Cfr., sul punto, G. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 185 s.

<sup>110</sup> SALANDRA, *La nullità della società secondo il nuovo codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, p. 16; ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1953, pp. 623 ss.; P. GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959, p. 373; PA-

sia la liquidazione (grazie alla quale vengono definiti i rapporti antecedenti alla dichiarazione di nullità) e l'impossibilità di pronunciare la nullità quando la causa dell'invalidità sia stata eliminata, sono in stretta correlazione e dipendenza con l'efficacia irretroattiva della dichiarazione di nullità<sup>111</sup>.

La visione più moderna si è svincolata da quella che sembrava l'esigenza primaria alla base di alcune delle tesi sin qui richiamate, ossia ricondurre la produzione degli effetti al negozio, al fine di salvaguardarne la posizione di centralità tra le fonti delle obbligazioni. La tendenza è quella di «intendere l'art. 2332 c.c. non più soltanto all'interno del contratto, bensì come il risultato della sovrapposizione ad esso di altre e diverse esigenze in particolare volte a comprimere la tutela individuale dei contraenti e in tal modo privilegiare il funzionamento del mercato in cui l'impresa societaria opera»<sup>112</sup>.

Si è così sottolineata la funzione della norma di «assicurare una adeguata tutela dei terzi con i quali la società abbia intrattenuto rapporti giuridici prima della dichiarazione della nullità, salvaguardando la posizione di chi abbia posto in essere rapporti con la società, una volta entrata, con la sua organizzazione e con la sua attività, nel traffico giuridico»<sup>113</sup>. L'affidamento dei terzi creditori (e la loro buona fede) è peraltro giustificato dal fatto che la società è iscritta nel registro delle imprese, ciò che lascia presumere una sua regolare costituzione.

Ma si è anche aggiunto che la norma non tutela i creditori sociali in quanto tali, ma solo come tramite intermedio di una tutela che

---

VONE LA ROSA, *op. cit.*, p. 360. Una diversa tesi, sempre partendo dal presupposto dell'esistenza della società, è stata proposta da DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946, p. 23, secondo cui l'iscrizione nel registro delle imprese convertirebbe la nullità dell'atto costitutivo in semplice annullabilità.

<sup>111</sup> G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, XI ed. a cura di Angelici e Ferri, Torino, 2001, p. 368.

<sup>112</sup> ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, XXV, 1991, § 2.2, nega che i vizi dell'atto costitutivo si trasformino in cause di scioglimento della società. Per RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, pp. 276, 279, vi sarebbe concorso tra cause di nullità della società e cause di invalidità dell'atto costitutivo. Ne consegue, tra l'altro, che l'atto costitutivo, come contratto, sarebbe suscettibile anche di annullabilità.

<sup>113</sup> COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1986, p. 557; ID., *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 273 ss.



ha ad oggetto l'interesse generale delle società di capitali alla eliminazione di una possibile remora alla conclusione degli affari, consistente nel timore dei terzi di vedersi opporre la nullità della società<sup>114</sup>.

Tra gli interessi tutelati sarebbe, inoltre, anche l'interesse del gruppo di controllo, il quale grazie alla previsione del comma 5 ha facoltà di eliminare, con una deliberazione presa a maggioranza, la causa della nullità<sup>115</sup>.

Partendo dalla peculiarità degli interessi coinvolti dalla fattispecie societaria, ci si è anche chiesti se non si debbano più precisamente ravvisare, nelle scelte legislative, non una ma due fattispecie: quella della società la cui nullità sia dichiarata prima dell'iscrizione nel registro delle imprese; quella della società dichiarata nulla dopo che è terminato il procedimento costitutivo. Nel primo caso, ove emergono i problemi dell'atto negoziale e quindi i profili individualistici dei contraenti, opererebbe la regola dell'invalidità retroattiva; mentre nel secondo caso detta regola lascerebbe il posto al procedimento di liquidazione, rilevando piuttosto i problemi oggettivi legati al concreto avvenuto svolgimento dell'attività societaria. La delimitazione delle cause di nullità operanti successivamente all'iscrizione, potrebbe essere la conferma che, nei limitati casi previsti dall'art. 2332 c.c., l'anomalia è tale da non incidere esclusivamente sull'atto costitutivo ma sulla stessa società in quanto tale<sup>116</sup>.

La peculiare disciplina della nullità *ex art. 2332 c.c.* non trova la sua più completa spiegazione, né può essere pienamente inquadrata, all'interno dello schema contrattuale, in virtù della variegata gamma di interessi e di valori che l'ordinamento ricollega alla fattispecie<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988, p. 309. ID., *Le società per azioni*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. dell'economia*, diretto da Galgano, VII, Padova, 1984, pp. 97 ss.; e adesso ID., *Il nuovo diritto societario*, cit., pp. 95 ss. *Contra* RAGUSA MAGGIORE, *op. cit.*, pp. 280 s.

<sup>115</sup> JAEGER-DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, 3, Milano, 1994, p. 256.

<sup>116</sup> È la tesi sostenuta da ANGELICI, *La società nulla*, cit., pp. 138 ss.; ID., *Rapporti contrattuali di fatto*, cit., § 2.2.

<sup>117</sup> Non è allora privo di utilità (se non collocare direttamente), quanto meno tentare di comprendere meglio il fenomeno, all'interno della teoria dei rapporti contrattuali di fatto: STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997, pp. 157, 283, il quale riconosce, però, che sia l'art. 2126 c.c. sia l'art.

Se, per effetto della nullità dell'atto costitutivo, il patrimonio della società dovesse essere restituito ai soci, esso si dissolverebbe rispetto ai creditori sociali<sup>118</sup>. La compromissione dell'interesse di qualsiasi soggetto terzo che abbia concluso affari con l'organizzazione societaria, si convertirebbe inoltre nella generale lesione della sicurezza dei traffici. Verrebbero infine dilapidati i valori produttivi espressi dalla società, che la legge intende salvaguardare.

Gli stessi soci beneficiano di questa speciale regolamentazione: se è vero che l'atto nullo non li libera dall'obbligo di eseguire i conferimenti, occorre pure considerare che grazie a questa disciplina essi sono esentati dalla responsabilità personale ed illimitata per le obbligazioni contratte dalla società nulla. L'obbligo dei conferimenti denota e conferma che la società non cessa di essere persona giuridica, e che le regole operative sono quelle della fase liquidatoria, tipiche dello scioglimento. In caso contrario, perdita l'autonomia del patrimonio sociale, i soci e gli amministratori non potrebbero più fare appello alla propria responsabilità limitata per opporsi alle richieste dei creditori, ma risponderebbero in base alle regole delle operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione (art. 2331 c.c.).

Porre in evidenza la peculiarità del fenomeno societario, tuttavia, non significa soltanto comprendere la particolare efficacia che gli atti producono nei confronti dei terzi, ma comporta anche, e forse soprattutto, il riconoscimento della peculiare struttura organizzativa di cui è plasmato l'ente societario. L'analisi della *ratio* dell'art. 2332 c.c., vale a dire, non può essere disgiunta da quella della «particolare natura del valore, organizzativo, dell'atto in cui l'attività prende le sue forme» e della particolare natura dello stesso rapporto atto-attività<sup>119</sup>.

Il perno sul quale poggia il particolare valore organizzativo dell'atto è, nel fenomeno societario, l'«idoneità all'imputazione», va-

---

2332 c.c. costituiscono deviazioni dal nostro sistema giuridico che come tali non possono essere qualificate secondo una categoria unitaria.

<sup>118</sup> Si tenga inoltre presente, che la perdita della personalità giuridica consentirebbe anche agli eventuali creditori del singolo socio di aggredire il patrimonio sociale, con conseguente pregiudizio dei creditori della società.

<sup>119</sup> FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001 (ristampa), p. 360.

lore che, una volta attuatosi, non può più venire meno, pena, altrimenti, il travolgimento dell'attività<sup>120</sup>.

Questa considerazione va tenuta in giusto conto quando si esamina la possibilità di escludere o limitare gli effetti del principio *quod nullum est nullum producit effectum* anche alle società di persone nulle.

#### 4.6. Irretroattività della dichiarazione di nullità e favor societatis

Il comma 5 dell'art. 2332 c.c. è la massima espressione del *favor* per la conservazione della società<sup>121</sup>: è portatore di un principio, connesso e consequenziale a quello dell'irretroattività della dichiarazione di nullità, esattamente opposto a quello vigente in materia contrattuale dell'inammissibilità della convalida del contratto nullo; con l'ulteriore particolarità che, nella specie, la facoltà di sanatoria non spetta agli autori dell'atto, cioè ai contraenti, ma allo stesso ente che in assenza di convalida subirebbe gli effetti della nullità.

Si tratta dell'ennesima importante conferma, che nel regolare questa fattispecie il legislatore non ha preso in considerazione il negozio in quanto tale, ma l'organizzazione che ne scaturisce. Ciò è dimostrato dalla facoltà, concessa alla maggioranza assembleare, di eliminare qualsiasi vizio come se si trattasse sempre di ipotesi di scioglimento rimesse alla volontà sociale. Nonostante la nullità, la società è in vita e l'assemblea ha pieni poteri. Si pone anzi un problema di tutela della posizione del singolo socio che ha fatto istanza per la nullità, dal momento che il procedimento potrà essere tempestivamente bloccato dall'assemblea con una delibera a maggioranza. Ma ciò è dovuto, appunto, alla prevalenza data dal legislatore alla conservazione della società.

<sup>120</sup> Da questo punto di vista, le difficoltà, che abbiamo prima definito di ordine soprattutto pratico, diverrebbero anche, e a maggior ragione, di ordine dogmatico, insuperabili senza forzare un sistema che «appare sempre più chiaramente costruito sulla base, e coerente alle esigenze, dell'atto e dell'imputazione-qualificazione, più che non dell'attività e della sua organizzazione» (FERRO LUZZI, *op. cit.*, p. 361).

<sup>121</sup> Cfr. sul punto BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, p. 529 ss.

La centralità della disposizione è stata riconosciuta nel rilievo che il sindacato sulla validità espresso dal giudice *ex art.* 2332 c.c., diversamente da quanto avviene nel sistema contrattuale, «non concerne l'atto nella sua dimensione storica, ma come lo stesso risulta, in base ai dati iscritti nel registro delle imprese, nel momento in cui il tribunale è chiamato a valutarne la validità»<sup>122</sup>.

Il d.lgs. n. 6 del 2003 ha ritoccato il vecchio comma 5 omettendo la originaria specificazione secondo la quale l'eliminazione della causa di nullità doveva necessariamente avvenire «per effetto di una modificazione dell'atto costitutivo». L'omissione è tutt'altro che casuale e chiude una questione in precedenza risolta grazie alle intuizioni della dottrina: il fatto che alcune delle cause di nullità non potessero essere modificate tramite una delibera assembleare<sup>123</sup> poteva far sorgere il dubbio che la sanatoria non riguardasse tutti i vizi compresi nell'elenco di cui al comma 1. La soluzione era stata però nel senso di un'interpretazione sostanziale e non meramente formale, abbracciata adesso dalla nuova formulazione della norma: ciò che conta, è che le cause di nullità siano venute meno.

Nelle ipotesi in cui l'eliminazione della causa di nullità può essere effettuata mediante delibera assembleare, sarà sufficiente il voto della maggioranza dei soci in assemblea straordinaria. Non dovrebbe occorrere l'unanimità, neanche nel caso di ripetizione dell'atto costitutivo per atto pubblico, la quale, anche se attuata in esecuzione di una delibera dell'assemblea, sarebbe in ogni caso subordinata alla verifica notarile, così sopperendo alla lacuna che aveva originato la causa della nullità<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> PALMIERI, *op. cit.*, p. 859.

<sup>123</sup> L'esempio più evidente, oggi, è quello dell'atto costitutivo privo della forma dell'atto pubblico. Prima della Riforma, si portavano gli esempi del mancato versamento dei tre decimi presso un istituto di credito, e dell'incapacità di tutti i soci fondatori. In questi casi si riteneva comunque sufficiente che fossero subentrati, rispettivamente, la redazione per atto pubblico dell'atto costitutivo, il versamento dei tre decimi, la capacità di uno dei soci. Cfr. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Torino, 2002, p. 184, nota 1.

<sup>124</sup> PALMIERI, *op. cit.*, p. 860, ritiene che alla mancata redazione per atto pubblico possa porsi rimedio anche nelle ipotesi di trasformazione, fusione o scissione, prevedendo queste operazioni una nuova verifica notarile di legalità. Non sembra decisiva, sul punto, la contraria opinione contenuta nella Relazione illustrativa al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

Infine, il comma 6, introdotto dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ha il fine di dare adeguata notizia ai terzi dell'esistenza della sentenza dichiarativa della nullità, a maggior tutela dei loro interessi, già protetti dal divieto imposto ai liquidatori di eseguire nuove operazioni<sup>125</sup>.

Non è chiaro perché il compito di iscrivere il dispositivo della sentenza nel registro delle imprese gravi, oltre che sui liquidatori, anche sugli amministratori, dal momento che una volta dichiarata nulla la società, essi decadono dal loro incarico<sup>126</sup>. Tanto più che la disposizione acquista valore sostanzialmente innovativo proprio in riferimento agli amministratori, se si pensa che per i liquidatori l'obbligo già poteva farsi discendere, in precedenza, dal vecchio testo dell'art. 2450 *bis* c.c., secondo il quale «la sentenza che nomina i liquidatori [...] e ogni atto successivo che importi cambiamento delle persone dei liquidatori devono essere [...] depositati in copia autentica a cura dei liquidatori medesimi per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese».

##### 5. *La nullità delle società personali*

È discusso se il principio, espresso dall'art. 2332 c.c., che trasforma le cause di nullità delle società di capitali e delle società cooperative in cause di scioglimento, sia estensibile alle società di persone. Si tratta di capire se, una volta intervenuta la dichiarazione di nullità di una società personale, essa operi *ex nunc*, dal momento della sentenza, convertendosi in causa di scioglimento con conseguente salvezza degli atti già compiuti in nome della società; ovvero

---

<sup>125</sup> BARBA, *ult. op. cit.*, p. 73, sottolinea che la portata pratica della disposizione va individuata nel collegamento con l'art. 16, comma 5, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5 (sul nuovo processo societario), secondo cui le decisioni sulle controversie aventi ad oggetto, tra l'altro, la nullità della società iscritta, sono emesse ai sensi dell'art. 281 *sexies* c.p.c.: questa norma, che concerne le decisioni assunte a seguito di trattazione orale, prevede la possibilità che il giudice pronunci la sentenza al termine della trattazione, dando lettura del dispositivo.

<sup>126</sup> BERTUZZI, MANFROCE, PLATANIA, *Società per azioni. Costituzione, patti parasociali, conferimenti (artt. 2325-2345 c.c.)*, in *La Riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, p. 91 ss.

operi *ex tunc*, dal momento della stipulazione dell'atto costitutivo, pregiudicando gli effetti di ogni atto di gestione sociale precedentemente posto in essere, in aderenza alla normativa generale sulla nullità contrattuale.

La questione non si pone se l'invalidità è dichiarata quando la società non ha ancora iniziato ad operare sul mercato; in tal caso non sussistono particolari esigenze da tutelare, diverse da quelle cui dà luogo un qualsiasi contratto: si tratta di definire esclusivamente i rapporti tra le parti contraenti. Varranno pertanto le ordinarie regole in materia di nullità e di annullabilità; la pronuncia di nullità, in particolare, avrà efficacia retroattiva e troverà applicazione la disciplina dell'indebito oggettivo *ex art. 2033 c.c.*: le parti, che non saranno più obbligate ad eseguire i conferimenti promessi, avranno diritto ad ottenere la restituzione degli eventuali conferimenti già versati.

Il problema si pone nei casi in cui l'attività sociale ha già avuto inizio, presentando situazioni analoghe a quelle esistenti per le società di capitali<sup>127</sup>. La domanda è se l'art. 2332 c.c. sia espressione di un principio generale estensibile alle società di persone<sup>128</sup>, ovvero contempli una regola eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica<sup>129</sup>.

A favore di quest'ultima tesi, militano la reciproca autonomia del sistema delle società di capitali e di quello delle società persona-

---

<sup>127</sup> Per la necessità di distinguere a seconda che l'attività sociale sia iniziata o meno v., da ultimo, CATURANI, *Contributo allo studio della società di persone nulla*, in *Studi in onore di G. Capozzi*, Milano, 1992, I, p. 404 ss.

<sup>128</sup> ASCARELLI, *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952, p. 128 ss., 163 ss.; COTTINO, *Considerazioni*, cit., p. 322; CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Torino, 2002, p. 76 ss.; SCHERMI, *Sull'effetto ex nunc della dichiarazione di nullità del contratto costitutivo di società di persone*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 1546 ss., p. 1550 (in nota a Cass., 2 gennaio 1995, n. 7), per il quale non avrebbe luogo, però, un'applicazione analogica della norma dell'art. 2332 c.c., bensì l'applicazione del «principio essenziale, da essa desumibile, che ne è a fondamento, tradotto in normativa adattata alla struttura del tipo società di persone». Alle stesse soluzioni, talvolta, si è pervenuti attraverso l'applicazione del principio dell'apparenza, in un'ottica di tutela dei terzi di buona fede: FERRARA, CORSI, *op. cit.*, p. 270 s.

In giurisprudenza, affermano l'applicazione analogica dell'art. 2332 c.c.: Trib. Napoli, 25 maggio 1980, in *Società*, 1984, p. 430; Trib. Biella, 29 luglio 1994, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 257, con nota di COTTINO, *Note minime in tema di nullità di società di persone*.

<sup>129</sup> PAVONE LA ROSA, *op. cit.*, p. 203 ss.

li, e la circostanza che la norma si innesta nell'ambito di un procedimento formale, teso all'iscrizione nel registro delle imprese, che, a differenza di quanto accade per le società di persone, ha valore costitutivo.

In senso opposto, si osserva che l'art. 2332 c.c. costituisce semplicemente la testimonianza più notevole di un principio di conservazione dell'attività svolta in rapporto con terzi, che non è esclusivo delle società capitalistiche e cooperative ma è proprio di tutti i contratti associativi; tant'è che lo si è ritenuto estensibile non soltanto alle società di persone, ma anche alle associazioni<sup>130</sup>, alle cooperative<sup>131</sup> ed ai consorzi<sup>132</sup>.

Ma, se si condividono le osservazioni esposte con riguardo alle società di capitali, non valgono tanto la peculiare natura del tipo sociale in questione, l'effetto, costitutivo o meno, dell'iscrizione nel registro delle imprese, o ancora se l'ente abbia personalità giuridica o soltanto autonomia patrimoniale; ciò che conta, piuttosto, e che va apprezzato in via autonoma da questi elementi, è la rilevanza giuridico-economica dell'attività *di fatto* concretamente svolta dalla società. Ne consegue che, se non è estensibile il n. 1 dell'art. 2332 c.c., perché l'elencazione tassativa delle *cause* di nullità è evidentemente dettata con esclusivo riguardo alle società di capitali e cooperative, è tuttavia pienamente ammissibile l'estensione applicativa del principio espresso nella seconda parte dell'articolo, inerente all'attività che la struttura organizzativa ha svolto con i terzi, e dunque agli *effetti* della dichiarazione di nullità.

Ugualmente, se è applicabile la regola sulla conservazione della società, significa che quest'ultima *esiste* e che può aver luogo il procedimento di liquidazione societaria<sup>133</sup>: alla dichiarazione di nullità

<sup>130</sup> GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1976, p. 147 ss.

<sup>131</sup> ANGELICI, *La società nulla*, cit., p. 288; BASSI, *Delle imprese cooperative e delle mutue assicuratrici*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, Milano, 1988, p. 510 ss.

<sup>132</sup> BORGIOLO, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, p. 270 s.

<sup>133</sup> Trib. Milano, 2 ottobre 1984, in *Società*, 1985, p. 58: «l'art. 2332 comporta – in definitiva per le stesse ragioni che hanno determinato il legislatore a stabilire che la dichiarazione di nullità dell'atto costitutivo (in deroga al più generale principio *quod nullum est nullum producit effectum*) apre la liquidazione della società – che, sino alla pronuncia definitiva di cui al comma 4 del più volte citato art.

della società personale seguirà, dunque, una procedura di liquidazione avente ad oggetto la normale ripartizione del patrimonio sociale.

L'operatività del principio *quod nullum est nullum producit effectum* comporterebbe inconvenienti analoghi a quelli che il legislatore ha inteso evitare per la società per azioni. D'altro canto, il ripristino delle situazioni patrimoniali esistenti al momento della stipula del contratto sociale appare, concretamente, soluzione di difficile praticabilità e, soprattutto, di scarsa efficacia. Chi applica l'art. 2033 c.c., infatti, e quindi risolve la questione degli effetti della pronuncia di nullità attraverso il ripristino della situazione patrimoniale delle parti contraenti, sarà tenuto ad operare una difficile determinazione dei conferimenti, degli utili e delle perdite, nonché degli atti di gestione compiuti (senza titolo) per conto della società<sup>134</sup>. E dovrà concludere che, non producendo il contratto sociale effetto alcuno, «ciascuna delle parti potrebbe rifiutare i conferimenti promessi e chiedere la restituzione dei beni conferiti secondo i principi generali in tema di nullità del contratto»<sup>135</sup>.

Di ciò prende atto quella parte della giurisprudenza, la quale conviene che la soluzione deve essere «necessariamente ricercata nella natura stessa del contratto sociale, nel suo porsi non solo come regolazione dell'interesse dei singoli soci e dei soci tra loro, ma come norma programmatica dell'agire sociale, la cui realizzazione è destinata ad investire la sfera di terzi estranei all'originario atto costitutivo». Viene così ad evidenziarsi la struttura del «fatto» costituito dall'attività sociale, e l'art. 2332 c.c. diviene, al di là della *sedes materiae*, l'indice sistematico della rilevanza che va attribuita «comunque ed in altra sede (società di persone) alla realizzazione dell'agire

---

2332, la società, iscritta ed operante, continua ad esistere sia nella realtà che nel mondo giuridico».

<sup>134</sup> È la soluzione prescelta, ad esempio, da Cass., 14 maggio 1963, n. 1190, in *Mass. Foro it.*, 1963, c. 350 e da Cass., 15 dicembre 1972, n. 3612.

<sup>135</sup> Cass., 4 luglio 1987, n. 5862, in *Foro it.*, 1988, I, c. 471. La questione è affrontata da un'ottica strettamente processualistica da Trib. Napoli, 17 agosto 1989, in *Riv. dir. impresa*, 1989, p. 589, con nota di MANTINEO, *Esercizio in forma societaria di professione medica e nullità del contratto sociale*, che inferisce dalla nullità della società personale la sua inesistenza come autonomo centro di rapporti giuridici processuali.



societario, da valutarsi su un piano diverso da quello proprio dell'atto costitutivo»<sup>136</sup>.

Le strade praticabili per ricondurre tutti i contratti che comportano lo svolgimento di attività esterna, al principio di conservazione testimoniato dall'art. 2332 c.c. sono, almeno in astratto, molteplici: l'applicazione diretta, l'*analogia iuris*<sup>137</sup>, il rapporto contrattuale di fatto. L'adozione da parte dei giudici nel caso concreto di una di queste tre tecniche è comunque indice della accresciuta sensibilità delle corti rispetto alla necessità di equiparare pienamente gli effetti della declaratoria di nullità di una società personale che abbia agito come tale, allo scioglimento<sup>138</sup>.

<sup>136</sup> Trib. Bologna, 15 gennaio 1990, in *Società*, 1990, p. 492, con commento di Paolucci. La sentenza rileva l'esistenza nel nostro sistema di vari indici sistematici che testimoniano la divaricazione tra momento contrattuale e fenomeno organizzativo: il fenomeno dell'apparenza della società; l'art. 2320 c.c., inerente la responsabilità dell'accomandante; l'art. 147 della legge fallimentare.

<sup>137</sup> Trib. Milano, 2 ottobre 1984, in *Rep. Foro it.*, 1985, «*Società*», n. 694; Trib. Napoli, 25 marzo 1980, *ibid.*, n. 227; Trib. Monza, 26 agosto 1991, in *Foro it.*, 1992, I, c. 3146. La soluzione è stata recentemente criticata da MESSINA, *Effetti della nullità del contratto costitutivo di società di persone*, in *Società*, 1995, p. 1046 (commento a Cass., 19 gennaio 1995, n. 565): «a parte i dubbi che il termine analogia può indurre (si applica l'*analogia legis* in casi simili, non diversi o addirittura opposti, come nel caso società di capitali/società di persone), sembra comunque inapplicabile tecnicamente una disposizione specifica ad una disciplina generale».

<sup>138</sup> A volte risulta chiaramente come questa esigenza sia avvertita come prevalente rispetto al problema del mezzo tecnico-giuridico attraverso il quale pervenire al risultato: «vuoi che ciò avvenga per il trasferimento di un'interpretazione analogica dell'articolo 2332, comma 4 in quanto espressivo di una regola estensibile alla totalità dei rapporti sociali di fatto, vuoi che, in alternativa (ma, più propriamente, a giustificazione del ricorso al magistero dell'analogia, *in parte qua*), si faccia ricorso alla categoria concettuale della fattispecie contrattuale di fatto (arg. ex artt 2126, 1754 e 1755, 1591, codice civile) ed al rilievo che la dichiarazione di nullità lascia sopravvivere fino alla sua pronuncia [...] una compagine sociale che ha agito, all'esterno e nei rapporti interni, alla stessa guisa di una società di fatto» (Cass., 19 gennaio 1995, n. 565, cit., la quale ha fatto conseguire la conclusione che la ripartizione del patrimonio comune, una volta soddisfatti i terzi, si configura come liquidazione della quota e costituisce debito di valore). È singolare che solo due settimane prima la medesima sezione della Cassazione (la prima sez.) avesse espresso un principio diametralmente opposto: «la dichiarazione di nullità della società di persone è regolata dalla normativa generale sulla nullità del contratto. Ciò significa pertanto che tale dichiarazione è destinata ad operare con effetto *ex tunc* dal momento della conclusione del contratto costitutivo di società, travolgendo tutti gli atti e gli effetti della gestione sociale di fatto compiuta» (Cass., 2 gennaio 1995, n. 7,

La summenzionata discrasia tra norma e sua applicazione emerge, però, dallo stesso prodotto giurisprudenziale, giacché l'esigenza di tutela prevale sul problema del mezzo tecnico-giuridico attraverso cui pervenire al risultato, da ottenere «vuoi che ciò avvenga per il trasferimento di un'interpretazione analogica dell'articolo 2332, comma 4 in quanto espressivo di una regola estensibile alla totalità dei rapporti sociali di fatto, vuoi che, in alternativa (ma, più propriamente, a giustificazione del ricorso al magistero dell'analogia, *in parte qua*), si faccia ricorso alla categoria concettuale della fattispecie contrattuale di fatto (arg. ex artt. 2126, 1754 e 1755, 1591, c.c.) ed al rilievo che la dichiarazione di nullità lascia sopravvivere fino alla sua pronuncia [...] una compagine sociale che ha agito, all'esterno e nei rapporti interni, alla stessa guisa di una società di fatto»<sup>139</sup>.

È quindi legittimo chiedersi se le esigenze tutelate dall'art. 2332 c.c. non siano in realtà più ampie, e riguardino «l'eccezionale ipotesi che possa venir meno, o considerarsi non venuto in essere un centro di imputazione, con quel che ne dovrebbe conseguire»<sup>140</sup>. Sulla base del riconoscimento anche alle società di persone del valore di centro di imputazione dell'atto, si elide (ma forse, anche, si elude) il senso della distinzione tra società di persone o di capitali: sarebbe la società-organizzazione che merita la protezione sancita dall'art. 2332 c.c.

Se si riconosce anche alle società di persone il valore di centro di imputazione dei rapporti, al di là della distinzione tra società di capitali o di persone, è la società-organizzazione che merita la protezione sancita dall'art. 2332 c.c.

In questa direzione andava la soluzione adottata nel disegno di legge (c.d. disegno legge Rovelli), poi rimasto lettera morta, recan-

---

in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 35, perviene all'enucleazione della detta regola sulla base dell'affermazione che l'art. 2332 c.c. non può essere esteso per analogia alle società di persone, atteso che detta norma è imperniata su un procedimento formale (l'iscrizione nel registro delle imprese) che è invece assente, nel suo valore costitutivo, nelle società di persone).

<sup>139</sup> Così Cass., 19 gennaio 1995, n. 565, cit.

<sup>140</sup> FERRO LUZZI, *op. cit.*, p. 360, nota 58, il quale propende (p. 362) per l'applicazione del principio di cui all'art. 2332 c.c. a tutti i fenomeni associativi, argomentando che la "idoneità all'imputazione" vi ricorrerebbe con caratteristiche di base e funzioni sostanzialmente omogenee. La soluzione è da condividere se si ritiene che si debba riconoscere un centro di imputazione non soltanto negli enti dotati di personalità giuridica, ma anche, appunto, in ogni ente associativo.

te «La revisione delle disposizioni generali sulle società e la riforma delle società di persone», approvato dal Consiglio dei Ministri in data 7 febbraio 2001<sup>141</sup>, che mirava a introdurre anche per le società personali, all'art. 2264 c.c., una regola equivalente a quella dell'art. 2332 c.c. (Sulla stessa linea, peraltro, si è posto l'art. 20 del d.lgs. 2 febbraio 2001, n. 96, con riguardo alla società tra avvocati)<sup>142</sup>.

In verità, anche lo schema di disegno legge Rovelli solo parzialmente risolveva il problema: esso escludeva la retroattività degli effetti della nullità e dell'annullabilità solamente per le società personali iscritte nel registro delle imprese; per quelle non iscritte, invece, la nullità avrebbe continuato a produrre i suoi ordinari effetti in base alla disciplina generale.

Porre come momento discriminatore quello dell'iscrizione anziché quello dell'effettivo inizio dell'attività sociale, com'è stato da più parti notato<sup>143</sup>, si pone in contrasto con la soluzione di salvaguardare l'attività di fatto svolta dalla società come valore in sé, ed è di difficile giustificazione. Anche perché prospettare la conversione delle

<sup>141</sup> L'intervento normativo avrebbe innovato i capi I, II, III, e IV del Titolo V del Libro V del codice civile e soppresso la società semplice. La Commissione di studio per la revisione sistematica del diritto commerciale si era avvalsa dei lavori della Commissione Ministeriale presieduta dal Prof. Franco Di Sabato, conclusi nel 1992.

<sup>142</sup> La norma, rubricata Invalidità della società, è così formulata: «La nullità della società per vizi di costituzione può essere pronunciata solo nei casi previsti dalle disposizioni che disciplinano la nullità dei contratti.

La dichiarazione di nullità o la pronuncia di annullamento non pregiudicano l'efficacia degli atti compiuti in nome della società.

La sentenza che dichiara la nullità o che pronuncia l'annullamento nomina uno o più liquidatori, in persona dei soci o di terzi, purché professionisti esercenti con il titolo di avvocato.

La invalidità non può essere pronunciata quando la causa di essa è stata eliminata per effetto di una modificazione dell'atto costitutivo iscritta nella sezione speciale del registro delle imprese.

La responsabilità dei soci non è esclusa dalla dichiarazione di nullità o dall'annullamento dell'atto costitutivo».

<sup>143</sup> BELVISO, *La nullità delle società di persone*, in *Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica*, a cura di Di Sabato, *Quaderni della Rivista di diritto dell'impresa*, Napoli, 1993, p. 85, in part. p. 94 s. Cfr. anche DE VITIS, *L'invalidità delle società di persone*, in *Atti del Convegno di studio intitolato Le disposizioni generali sulle società di persone. Prospettive di riforma* (Lecce, 27 e 28 ottobre 2000), a cura di Rocco di Torrepadula, Milano, 2001, p. 201.

cause di invalidità in cause di scioglimento per le sole società iscritte, costringe l'interprete alla formulazione di due distinti regimi dei vizi dell'atto costitutivo delle società personali: quello delle società iscritte, quello delle società irregolari.

Una tale soluzione, per questo verso, sembra addirittura un omaggio all'opposta tesi che dà importanza decisiva al momento di formazione dell'ente, sul rilievo che l'art. 2332 c.c. sia inscindibile dall'effetto (per le società di capitali, costitutivo) dell'iscrizione nel registro delle imprese.

Al momento, pertanto, nonostante sia palpabile il lento ma costante *trend* di assimilazione delle cause di nullità delle società alle cause di scioglimento, rimane, di fondo ma ineludibile, il problema del mancato reperimento di una simile regola nel diritto positivo; sul piano tecnico, anzi, è indubbio che per effetto dell'art. 1323 c.c. i singoli tipi di società siano sottoposti alla normativa generale sul contratto, compresa, quindi, quella della nullità. A questa regola può derogare solo una norma regolante il tipo, ma «una deroga c'è, all'art. 2332, per le società di capitali; non c'è, e non può dunque operare, per le società di persone»<sup>144</sup>.

Per questa ragione, la Cassazione è costretta, da un lato, ad ammettere che i tentativi di ampliamento della regola di conservazione degli atti societari «sono sicuramente di notevole pregio teorico», ma dall'altro a riconoscere (diremmo: suo malgrado) che essi «non trovano conforto nel sistema positivo, che, proprio per non aver dettato per le società personali un equivalente dell'art. 2332 c.c., ha mantenuto le stesse al livello della contrattualità e dei suoi rimedi»<sup>145</sup>.

### 5.1. *La nullità della singola partecipazione in società personale*

Problemi di non minore portata sarebbero sollevati dall'applicazione del principio *quod nullum est nullum producit effectum* all'i-

---

<sup>144</sup> GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 8.

<sup>145</sup> Cass., 2 gennaio 1995, n. 7, cit. Conforme, Trib. Alba, 22 ottobre 1999, in *Società*, 2000, p. 319, con nota di CIVERRA, *Inapplicabilità dell'art. 2332 c.c. alle società personali*. Contro, ovviamente, la citata Cass., 19 gennaio 1995, n. 565.

potesi di nullità della partecipazione del singolo socio che non investe l'intero contratto sociale (nullità parziale).

Se la partecipazione viziata è *essenziale* per il conseguimento dell'oggetto sociale, in applicazione della disciplina dei contratti associativi (artt. 1420 e 1446 c.c.), la nullità della singola partecipazione coinvolge l'intero contratto<sup>146</sup>.

In caso invece di partecipazione non essenziale, nulla osta a che la società continui fra gli altri soci. Quanto alle cause di annullabilità, si tenga però presente che, salvo che si tratti di incapace legale, il socio la cui partecipazione era viziata non può agire per l'annullamento se ha preso parte all'attività sociale, perché deve ritenersi che egli abbia dato volontaria esecuzione al contratto *ex art.* 1442, comma 2, c.c. (e detta convalida, come noto, ha efficacia retroattiva).

L'applicazione della disciplina ordinaria della nullità nel caso di vizio afferente la singola partecipazione non essenziale comporta che, da un lato, il socio non debba più effettuare i conferimenti dovuti; dall'altro che la società, avendo ricevuto un pagamento indebito, debba restituire il solo conferimento, ossia il valore *nominale* dell'apporto iniziale: ne conseguirebbe la definitiva acquisizione del valore patrimoniale della quota in capo alla società, e quindi agli altri soci, mentre colui la cui partecipazione è risultata viziata non avrebbe neanche il diritto di ritenere gli utili percepiti.

Già in passato è stata rilevata<sup>147</sup> l'ingiustificata disparità di trattamento del socio rispetto all'ipotesi di nullità dell'intero contratto sociale: «in questo caso il socio ha diritto alla quota di ripartizione del patrimonio sociale, laddove nel caso di nullità parziale si vede esclusivamente riconosciuto il valore nominale della quota, con conseguente arricchimento da parte degli altri soci dell'intero valore patrimoniale della quota di partecipazione invalida».

---

<sup>146</sup> Non manca però chi sostiene che anche in questo caso non si produca l'invalidità dell'intero rapporto, ma semplicemente lo scioglimento non retroattivo della società per impossibilità di conseguimento dello scopo comune: ASCARELLI, *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955, pp. 345 ss.; FORMIGGINI, *I vizi del consenso nel contratto di società*, Milano, 1950, p. 40.

<sup>147</sup> MONTALENTI, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, in *Giur. comm.*, 1989, p. 662.

La restituzione del solo conferimento ha però una sua giustificazione esclusivamente se il contraente non ha preso parte all'attività sociale; in caso contrario, sempre che l'attività sociale sia davvero a lui riferibile (ciò non accade se la partecipazione era viziata da incapacità o da assoluta mancanza di volontà<sup>148</sup> è miglior soluzione concedere al socio (che a ben vedere non è mai stato tale) la *liquidazione della quota*, ossia la restituzione del valore della partecipazione sociale al momento della sentenza di nullità<sup>149</sup>.

Si rende così operativo, anche per la singola partecipazione (non essenziale), lo stesso principio di non retroattività delle cause di nullità, le quali si convertono in cause di scioglimento del singolo rapporto.

Si fanno salvi, a questo modo, non solo l'interesse del contraente, ma anche quello dei creditori sociali, che sarebbe invece pregiudicato dal meccanismo restitutorio comportante, *ex art. 2033 c.c.*, la ripetizione del conferimento. I creditori della società, infatti, sarebbero pregiudicati dalla restituzione del conferimento in tutti i casi nei quali il patrimonio sociale è in perdita, perché verrebbe attribuito al socio un valore evidentemente superiore di quello attuale della quota, con conseguente depauperamento del patrimonio sul quale i creditori vantano diritti, proprio nelle ipotesi in cui detti creditori dovrebbero essere maggiormente tutelati<sup>150</sup>.

Si fa salvo, infine, l'interesse del terzo che ha acquistato dalla società diritti sui beni conferiti dal socio la cui partecipazione sia poi

<sup>148</sup> ANGELICI, *La società nulla*, cit., p. 415.

<sup>149</sup> È quindi corretta la decisione di Cass., 2 aprile 1999, n. 3166, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 741 (relativa ad un conferimento immobiliare a tempo indeterminato effettuato in esecuzione di contratto verbale costitutivo di società di fatto, dichiarato nullo per mancanza della forma scritta ai sensi dell'art. 2251 c.c., in relazione all'art. 1350, n. 9, c.c.). La corte ha sostenuto la totale equiparabilità, *quoad effectum*, di detta nullità al fenomeno dello scioglimento della società, con conseguente necessità di procedere alla liquidazione della quota del singolo socio, avuto riferimento alla complessiva situazione patrimoniale dell'azienda alla data dello scioglimento, comprensiva di tutte le relative componenti, fra cui anche la quota relativa all'avviamento. In senso analogo: Trib. Napoli, 19 ottobre 1998, in *Foro napoletano*, 2000, p. 187, con nota di LA SALA, *Effetti dell'invalidità di partecipazione non essenziale in società di persone*.

<sup>150</sup> Sul punto, LA SALA, *op. cit.*, p. 195, il quale segnala anche, come ulteriore effetto positivo dell'efficacia *ex nunc* della nullità della singola partecipazione, il fatto che l'*ex socio* non avrebbe diritto alla ripetizione delle somme da lui versate alla società per reintegrare precedenti perdite.

risultata viziata: si evita che tra lo stesso terzo ed il socio che reclama la restituzione del conferimento, sorga un conflitto, per la cui soluzione si imporrebbe l'applicazione della normativa comune, ossia l'art. 1153 c.c. in caso di beni mobili, l'art. 2652, n. 6, c.c. per i beni immobili e l'art. 2690, n. 3, c.c. per i beni mobili iscritti in pubblici registri<sup>151</sup>.

Questa soluzione, sicuramente preferibile rispetto a quella tradizionale che vorrebbe integralmente applicata la disciplina ordinaria, mostra però il fianco ad una critica di non poco momento: solo in astratto la liquidazione della quota favorisce i creditori del patrimonio comune rispetto alla restituzione del conferimento; la liquidazione opera al netto dei debiti sociali, mentre, in concreto, «ciò avverrà soltanto se il valore della quota è inferiore al valore nominale del conferimento», e quindi se il patrimonio è in perdita<sup>152</sup>.

## 6. *Il problema dell'efficacia della nullità nei contratti di durata*

Per finire, va rammentato il tentativo di estendere all'intera categoria dei contratti di durata la regola dell'irretroattività degli effetti della pronuncia di nullità<sup>153</sup>.

È noto quanto il nostro ordinamento prevede espressamente, per i casi dell'avveramento della condizione (art. 1360 c.c.) e della risoluzione del contratto (art. 1458 c.c.): se si tratta di contratti ad esecuzione periodica o continuata, la retroattività, tipicamente collegata sia alla condizione sia alla risoluzione, non opera riguardo alle prestazioni già eseguite.

Non soltanto per i rapporti di lavoro e di società, ma per tutti i rapporti di durata (come somministrazione<sup>154</sup>, rendita, locazione,

<sup>151</sup> PALMIERI, *Conferimenti immobiliari ed invalidità nelle società di persone*, in *Riv. società*, 1992, p. 1413; LA SALA, *op. cit.*, p. 195.

<sup>152</sup> MARASÀ, *Le società. Società in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, pp. 33 s.

<sup>153</sup> HUECK, *Vertragstheorie und Eingliederungstheorie*, in *Recht der Arbeit*, 1955, p. 327.

<sup>154</sup> Per un recente accenno giurisprudenziale, inerente ad un rapporto di somministrazione, cfr. Cass., 26 luglio 2002, n. 11059, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p.

comodato, deposito ecc.), la risoluzione non può avere effetto retroattivo: non perché le prestazioni, una volta eseguite, si consumano e non possono essere restituite<sup>155</sup>, ma per la gravità delle conseguenze pratiche della retroattività, e quindi dell'ordinaria ripetibilità.

Ovviamente, una cosa è la risoluzione, altra la nullità; nei casi di specie, tuttavia, le due situazioni possono essere accomunate per la scelta di salvare il rapporto in ossequio ad una comune esigenza di stabilità e di conservazione degli effetti giuridico-economici prodottisi.

Può quindi essere legittimo domandarsi se l'art. 2332 c.c., non sia (insieme all'art. 2126 c.c.) espressione di un principio generale valevole per tutti i contratti di durata: di modo che l'irretroattività non sarebbe connaturata soltanto alla risoluzione, ma anche all'accertata invalidità del contratto<sup>156</sup>.

Poiché, si è detto, ai rapporti di durata, una volta accertata l'invalidità, dovrebbe necessariamente applicarsi la normativa dell'indebito, occorrerebbe riflettere sul fatto che l'obbligazione di ripetizione è un'obbligazione tipicamente restitutoria, che per tale ragione può avere ad oggetto esclusivamente una prestazione di contenuto analogo a quella indebitamente corrisposta.

Il richiamo all'istituto dell'indebito, con riguardo ai contratti di durata, non sarebbe dunque pertinente. (La tesi, ovviamente, parte dal presupposto, cui si oppone la dottrina tradizionale, che l'indebito si applichi anche alle prestazioni di fare, le quali non sarebbero dunque terreno esclusivo dell'azione di arricchimento senza causa).

Si è così sostenuto che, in considerazione della particolare natura dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, ad essi pos-

---

1364: «la mera prestazione di fatto quale fonte di diritti non riguarda soltanto la prestazione di lavoro subordinato in assenza di un valido contratto, ma costituisce la regola generale di ogni altro rapporto di durata, ed in particolare di quello di somministrazione, che si protrae dopo la scadenza del contratto, in virtù della esecuzione che ad esso le parti continuano a dare, in special modo se a ciò tenute in base ad un obbligo di legge».

<sup>155</sup> Come ritiene, invece, G. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 173.

<sup>156</sup> Così, testualmente, G. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 176; e già prima TORRENTE, *Del lavoro*, in *Comm. del c.c.*, V, 2, Torino, 1962, p. 275 e BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965, p. 395; nonché, limitatamente all'ipotesi di annullamento del contratto di lavoro, SUPPIEJ, *La struttura del rapporto di lavoro*, I, Padova, 1957, p. 122, nota 54.



sa estendersi una generale applicazione delle regole stabilite in tema di società nulla, lavoro di fatto e matrimonio putativo, ossia, in sostanza, la conversione dell'azione di nullità in mera impugnativa *ex nunc*. In altre parole, dovrebbe riconoscersi «che la regola generale per cui la sentenza che accerta la nullità ha natura di pronuncia di mero accertamento dell'inefficienza causale del negozio, che viene in tal modo privato degli effetti fin da principio, non può essere ritenuta operante anche per i contratti ad esecuzione periodica o continuata, una volta che si sia in concreto verificata l'esecuzione degli stessi, e almeno per la parte adempiuta»<sup>157</sup>.

Con riguardo ai contratti di durata, tuttavia, la legge si esprime per la conservazione o per la salvezza degli effetti prodotti solamente nei casi della risoluzione e dell'avveramento della condizione, mentre tace riguardo ad un'eventuale deroga alla retroattività della pronuncia di nullità, ad eccezione, appunto, dei casi del contratto di lavoro e del contratto di società.

Lo stesso presupposto dal quale questa tesi parte, peraltro, non può essere accettato. Si sostiene, infatti, che poiché l'obbligazione di ripetizione è un'obbligazione tipicamente restitutoria, essa debba avere necessariamente ad oggetto una prestazione uguale alla prestazione indebitamente eseguita; e che soltanto quando la restituzione in natura sia impedita a causa dell'impossibilità *sopravvenuta* della prestazione, si sostituirebbe un'obbligazione indennitaria *ex art. 2037 c.c.*: questa norma, infatti, fa riferimento esclusivo al perimento o al deterioramento della *res indebiti*. Nel caso, invece, delle prestazioni oggetto dei contratti di durata, l'impossibilità della restituzione è *originaria*, poiché è connaturata alla prestazione stessa.

Non potendosi pertanto applicare, nella specie, la normativa sull'indebito, il principio giuridico sancito all'art. 2332 c.c. (e all'art. 2126 c.c.) andrebbe esteso analogicamente a tutte le ipotesi che si presentano con identità di *ratio*<sup>158</sup>.

Questa soluzione non può essere accolta. Le esigenze che spinsero il legislatore a formulare l'art. 2126 c.c. e l'art. 2332 c.c. atten-

<sup>157</sup> G. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 177. Questa soluzione varrebbe a maggior ragione per il caso di annullabilità del contratto: la sentenza, già di per sé di natura costitutiva, avrebbe l'unica particolarità di agire irretroattivamente.

<sup>158</sup> G. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 178.

gono alla soddisfazione di interessi precisi: quello dei lavoratori (e non, si badi, di tutti i lavoratori, ma soltanto di quelli subordinati o al massimo «parasubordinati»; quello dei traffici economici svoltisi, non mediante qualsiasi mezzo e da parte di qualsiasi soggetto, ma attraverso una struttura imprenditoriale e organizzativa che abbia le forme della società (o, al limite, associativa).

In secondo luogo, è condivisibile il giudizio sull'art. 2037 c.c. di inadeguatezza a risolvere i problemi restitutori originati dall'invalidità dei contratti di durata; ma ciò non apre automaticamente le porte all'ingresso, in via analogica, di principi che contraddicono il regime ordinario delle obbligazioni restitutorie: si applicherà, infatti, la norma primaria in materia di esecuzione di prestazioni non dovute, l'art. 2033 c.c., e la restituzione avverrà per equivalente, come avviene per ogni obbligazione avente ad oggetto un *facere*<sup>159</sup>.

Ne consegue che il *solvens* avrà sempre diritto ad ottenere il valore obiettivo della prestazione, senza che operi quel dosaggio quantitativo predisposto dall'art. 2037 c.c. a seconda che il percipiente fosse di buona o di mala fede<sup>160</sup>. Non vige, pertanto, la regola che commisura l'obbligazione restitutoria all'oggettivo valore della cosa nel caso di mala fede dell'*accipiens*, ma impone il limite dell'arricchimento nel caso di buona fede.

La differenza con la soluzione che, nel tentativo di recuperare il contratto nullo, applica l'art. 2332 c.c. è evidente: la sanatoria dei contratti eseguiti renderebbe operativo il corrispettivo fissato dalle parti, sfilando la sanzione della nullità e ridando valore ad un contratto che è stato sottoposto a valutazione negativa dall'ordinamento.

Al contrario, il valore obiettivo della prestazione non coincide necessariamente con quello attribuito in contratto. La pattuizione delle parti sul corrispettivo assume valore di mero *fatto storico*, del

---

<sup>159</sup> Non può essere condivisa, dunque, la soluzione (minoritaria) offerta sul punto da Cass., 23 maggio 1987, n. 4681, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2529 e in *Resp. civ.*, 1987, p. 595, la quale sostiene l'applicabilità analogica dell'art. 2037 c.c.

<sup>160</sup> Conforme: MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, p. 31 s., p. 60 ss. *Contra*: GIOVATI, *L'agente abusivo nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Resp. civ.*, 1990, p. 109 ss., secondo cui l'art. 2037 c.c. detterebbe un criterio valido per ogni ipotesi di indebito oggettivo, adattabile ad ogni ipotesi in cui la prestazione è irrestituibile, sia per fatto originario sia per fatto sopravvenuto.

quale il giudice (valutate le circostanze concrete e le cause dell'invalidità) può sempre tenere conto quale parametro di determinazione della somma di denaro spettante al *solvens indebiti*.

7. *Il diverso valore di scambio del contratto nullo, tra nullità classica e nullità ex nunc*

Il contratto nullo può essere oggetto di cessione. Il senso e il valore di mercato di una tale operazione cambia però molto a seconda che si versi nelle ipotesi generali di nullità classica con effetti retroattivi o nelle particolari ipotesi di nullità *ex nunc*.

La cessione del contratto, così come comprende crediti, debiti, aspettative, diritti potestativi, ecc., comprende anche, sul piano processuale, il trasferimento di tutte le azioni che spettano ad un soggetto che sia parte contrattuale.

In merito alla nullità del contratto trasferito, occorre distinguere due ipotesi:

1) è possibile che il cessionario sia subentrato in un contratto del quale non conosceva la nullità: in questo caso, egli potrà chiedere al cedente il risarcimento del danno *ex art. 1410 c.c.* per non avergli garantito «la validità del contratto ceduto».

Quanto alla sorte del negozio di cessione, vi è chi sostiene che anch'esso, quale negozio di secondo grado, debba considerarsi affetto da nullità<sup>161</sup>, ma è preferibile ritenere che la cessione rimanga valida, ma il cessionario possa agire (oltre che per il risarcimento) per ottenerne la risoluzione per inadempimento<sup>162</sup>: ciò significa che il nostro sistema ammette la cedibilità di contratti inesistenti o nulli.

<sup>161</sup> CARBONE, *La cessione del contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, *La cessione del contratto*, vol. XIII, *Il contratto in generale*, tomo VI, Torino, 2000, p. 350: «La “nullità” o l’“inesistenza” giuridica del contratto oggetto del trasferimento travolge anche il contratto di cessione, in base ad un principio più volte espresso dall’ordinamento (artt. 1234 e 1972 c.c.), secondo cui la nullità del negozio presupposto non può non estendersi a quello di secondo grado».

<sup>162</sup> PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955, p. 127; ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 291.

Questa soluzione, nonostante l'astratta ammissibilità anche della soluzione opposta, è in linea con la *ratio* di protezione del cessionario desumibile dall'art. 1410 c.c., ed assicura a quest'ultimo maggiore tutela. Sulla base della *perpetuatio obligationis*, va spiegata la sostituzione dell'obbligo risarcitorio all'impegno traslativo (non realizzabile a causa della inesistenza o nullità del contratto-base). Infatti, «l'obbligo di risarcimento è da considerare come "secondario" rispetto all'impegno traslativo assunto con la cessione: l'originaria prestazione, cioè, a causa dell'inesistenza del contratto alienato, va intesa assumere un diverso contenuto – il risarcimento –, ma *nel permanere della sua identità giuridica*. E per tale ragione al cessionario deve essere riconosciuta una *duplice* possibilità: esercitare la garanzia, ma subordinatamente al pagamento del prezzo della cessione, dato che quest'ultima sarebbe pur sempre valida; oppure chiedere la risoluzione del contratto, ottenendo, per tale via, una somma inferiore, pari, cioè, alla differenza tra il pieno interesse positivo ed il valore della controprestazione, ma rimanendo liberato dall'obbligo di attuare quest'ultima»<sup>163</sup>.

2) È anche possibile, però, che il cessionario fosse a conoscenza della nullità del contratto-base: in tal caso, egli non può avanzare pretese risarcitorie *ex art.* 1410 c.c.; e la stessa soluzione, a maggior ragione, vale quando cedente e cessionario abbiano concordemente e consapevolmente convenuto di trasferire un contratto invalido. Può anche accadere che siano cedente e ceduto ad accordarsi per tenere nascosta al cessionario l'inesistenza o la nullità del contratto: in tal caso si tratta di una simulazione, la quale, *ex art.* 1415 c.c., non può essere opposta al cessionario: non v'è ragione, quindi, perché entri in gioco la garanzia di cui all'art. 1410 c.c.

In definitiva, la questione va sempre risolta sulla scorta del principio di autonomia privata: se è stato tradito il legittimo affidamento del cessionario sulla validità del contratto ceduto, questi potrà ottenere dal cedente il risarcimento del danno *ex art.* 1410 c.c., nonché la risoluzione del negozio di cessione per inadempimento.

Se, invece, il cessionario era consapevole della nullità, e ciò nonostante abbia deciso di subentrare nel rapporto col ceduto, allora è

---

<sup>163</sup> ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, cit., p. 291 s.

possibile desumere che le parti abbiano inteso deliberare una cessione delle azioni restitutorie sorgenti dal contratto nullo: il cessionario acquisterà tutte le azioni che gli derivano dall'assunzione della qualità di parte di un contratto nullo.

Il contratto nullo, dunque, non è un contratto incredibile ed il suo trasferimento non comporta nullità del negozio di cessione. Il cessionario ha diritto ad essere risarcito se non era a conoscenza della nullità, ma ha anche diritto ad acquistare, con l'accordo del cedente e del ceduto, una posizione contrattuale afferente il contratto invalido.

Il cessionario, pertanto, potrà esperire l'azione di restituzione che spettava al cedente: la natura personale di tale azione non è di ostacolo, poiché il cessionario agisce come parte contrattuale, ossia come soggetto subentrato nella identica posizione che occupava, nel rapporto contrattuale, il suo dante causa.

Va tuttavia specificato che l'azione di restituzione deve essere esplicitamente esperita, indipendentemente dal fatto che il cedente avesse già impugnato il contratto.

Non solo: il cessionario dovrà agire specificamente in ripetizione anche qualora egli stesso avesse già acquistato la posizione di parte e ottenuto l'accertamento della nullità del contratto ceduto<sup>164</sup>. Su questo punto, infatti, il nostro sistema non ha conosciuto l'evoluzione di quello francese, ove si è pervenuti al risultato che l'azione di nullità è di per sé sufficiente ad ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto nullo<sup>165</sup>. In Italia rimane invece saldo il principio processualistico secondo cui l'azione di nullità è un'azione di mero accertamento<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> Cfr., ad es., App. Napoli, 25 febbraio 1998, in *Arch. locaz.*, 1998, p. 877.

<sup>165</sup> Cfr. GUELFUCCI THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, 1992.

<sup>166</sup> Anche in Germania, come in Italia, è necessario azionare specificamente i rimedi restitutori per recuperare quanto già pagato, ma ciò è dovuto al fatto che nel sistema tedesco i mezzi per l'impugnazione dei contratti sono esperibili solamente se il contratto non sia stato ancora eseguito: dopo l'esecuzione, si può solo agire in giudizio per ottenere la restituzione.

## 8. Il matrimonio putativo: la ultrattività del matrimonio nullo

La sentenza di invalidità del matrimonio dovrebbe, a rigore, far venire meno tutti i suoi effetti: *quod nullum est nullum producit effectum*.

La legge, però, non può ignorare che il matrimonio ha creato, di fatto, una comunità familiare, né può disinteressarsi della posizione giuridica dei figli nati dall'unione invalida; occorre, inoltre, dare rilievo all'eventuale buona fede dei coniugi. È per questo che essa considera valido il matrimonio nei casi di c.d. matrimonio putativo (art. 128 c.c.): l'efficacia della sentenza d'invalidità non sarà, allora, retroattiva, ma decorrerà dal momento in cui la sentenza di nullità o di annullamento è divenuta definitiva; correlativamente, fino allora, si produrranno gli effetti del matrimonio invalido.

Questa decorrenza *ex nunc* comporta che, in sostanza, la sentenza di invalidità del matrimonio si risolva in una pronuncia di scioglimento del vincolo, con una deroga ai principi generali che si giustifica «con esigenze di certezza e pubblicità degli *status*, con la tutela della buona fede, con la tutela della effettività del rapporto, con la tutela dei figli»<sup>167</sup>.

La fattispecie “matrimonio putativo” è costituita da un elemento di natura oggettiva, il matrimonio (esistente, ma) invalido, e da un elemento di natura soggettiva, la buona fede dei coniugi o di uno di essi.

La disciplina ruota intorno allo stato soggettivo. Se entrambi i coniugi sono in mala fede, il matrimonio invalido è considerato improduttivo di effetti sin dall'origine, così seguendo le regole generali: le dichiarazioni di nullità o di annullamento retroagiscono ed il matrimonio è considerato come se non fosse mai esistito. Ciò vale anche per i figli, i quali non avranno lo stato di legittimi, ma di naturali riconosciuti, se il riconoscimento è consentito.

Se la mala fede riguarda soltanto uno dei coniugi, gli effetti del matrimonio putativo si avranno solo nei confronti del coniuge in buona fede.

---

<sup>167</sup> FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002, p. 679. Per la deroga che l'ipotesi in parola apporta al principio *quod nullum est nullum producit effectum*, v. anche PIGNALOSA, *Il matrimonio putativo: una nullità di protezione ante litteram*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, p. 568 ss.

Nonostante la mala fede dei coniugi, o meglio, indipendentemente da quale sia lo stato soggettivo dei coniugi, si producono sempre gli effetti del matrimonio valido rispetto ai figli nati o concepiti durante il rapporto coniugale<sup>168</sup>, salvo che la nullità dipenda da bigamia o incesto.

In caso di bigamia o incesto, i figli hanno lo stato di figli naturali riconosciuti, nei casi in cui il riconoscimento è consentito. Invece, se i coniugi hanno contratto il matrimonio in buona fede, o il loro consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi, l'annullamento opera soltanto *ex nunc*, per cui sono fatti salvi tutti gli effetti nel frattempo prodottisi, anche rispetto ai figli nati o concepiti durante il matrimonio nonché ai figli nati prima del matrimonio e riconosciuti anteriormente alla sentenza che ha dichiarato l'invalidità.

Il matrimonio produce tutti gli effetti del vincolo valido finché la sentenza che pronuncia la nullità non sia passata in giudicato e, nel caso di sentenze ecclesiastiche, fino al momento dell'efficacia del provvedimento di esecutorietà della Corte d'Appello (e non invece, si badi, fino al momento dell'efficacia della pronuncia ecclesiastica)<sup>169</sup>.

La retroattività dell'efficacia della sentenza viene limitata al fine di tutelare le situazioni che si sono formate sull'apparenza di un valido atto matrimoniale. Così, a seguito della pronuncia di invalidità: i coniugi riacquistano lo stato libero, potendo, di conseguenza, addivenire ad un altro matrimonio; cessano gli obblighi reciproci, salvo eventuali obblighi alimentari; non possono essere ripetute le prestazioni effettuate per il mantenimento di un "coniuge", in quanto trovano giustificazione, quanto meno, nella convivenza *more uxorio* intervenuta tra i soggetti; si determina lo scioglimento della comunione legale e la cessazione del fondo patrimoniale. Si verifica, inoltre, la nullità della donazione obnuziale, ma il coniuge di buona fede non è tenuto alla restituzione dei frutti percepiti.

L'art. 129, 1 c., c.c. stabilisce che «Quando le condizioni del matrimonio putativo si verificano rispetto ad ambedue i coniugi, il

---

<sup>168</sup> Cfr. Cass., 23 marzo 1985, n. 2077, in *Rep. Foro it.*, 1985, *Matrimonio*, n. 116.

<sup>169</sup> Cfr. Cass., 11 giugno 2008, n. 15562; Trib. Catania, 8 giugno 1979, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Matrimonio*, n. 206.

giudice può disporre a carico di uno di essi e per un periodo non superiore a tre anni l'obbligo di corrispondere somme periodiche di denaro, in proporzione alle sue sostanze, a favore dell'altro, ove questi non abbia adeguati redditi propri e non sia passato a nuove nozze»<sup>170</sup>.

---

<sup>170</sup> L'ultima parte dell'art. 129 c.c. rinvia all'art. 155 c.c. (relativo al regime di separazione personale) in ordine alla disciplina dei rapporti tra genitori e figli. Come noto, detta norma è stata modificata dalla l. 8 febbraio 2006, n. 54. Il rito è quello ordinario contenzioso e la competenza è del tribunale ordinario.

La Suprema Corte, dopo aver premesso che le condizioni per l'affidamento ed il mantenimento della prole, a seguito di nullità del matrimonio concordatario pronunciata dal tribunale ecclesiastico e delibata in Italia, sono disciplinate dall'art. 155 c.c., ha affermato, risolvendo un problema dibattuto, che detto richiamo comporta l'applicabilità non solo della disciplina sostanziale, ma anche di quella processuale ad essa sottesa (Cass., 9 marzo 1995, n. 2728). Ha quindi stabilito che è possibile ricorrere alle disposizioni sulla revisione delle condizioni della separazione contenute nel codice di rito negli artt. 710 s. c.p.c., a nulla rilevando, poi, che in occasione dell'eventuale giudizio di separazione, non sia stato adottato alcun provvedimento circa il mantenimento della prole (il principio dell'applicabilità della disciplina processuale è stato ribadito da Cass., 6 luglio 2000, n. 9011: «La sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio, delibata in Italia, non modifica il regime giuridico quanto ai provvedimenti nei confronti dei figli, posto che l'art. 18, l. 27 maggio 1929, n. 847 – tuttora in vigore, anche a seguito dell'Accordo del 18 febbraio 1984 tra Stato italiano e Santa Sede di modifica del Concordato lateranense – dichiara applicabili, qualora la sentenza dichiarativa di nullità del matrimonio celebrato davanti al ministro del culto cattolico venga resa esecutiva, le disposizioni del codice civile sul matrimonio putativo, ivi compreso l'art. 129 c.c., che a sua volta prevede l'applicabilità, per i provvedimenti che il giudice adotta riguardo ai figli, dell'art. 155 c.c.; trovano pertanto applicazione anche le norme processuali che disciplinano la competenza del giudice chiamato ad emettere tali provvedimenti, tra cui, in particolare, l'art. 38 disp. att. c.c., con la conseguenza che la competenza a provvedere sull'affidamento e sul mantenimento dei figli minori spetta al tribunale ordinario e non al tribunale per i minorenni»).

La Corte di Cassazione ha inoltre deciso che poiché la Riforma ha riconosciuto, nel caso di matrimonio putativo, nell'interesse di figli minori, l'applicazione diretta dell'art. 155 c.c., autorizzando il giudice (che è il tribunale ordinario e non quello minorile) a stabilire la misura ed il modo con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento, alla istruzione e alla educazione dei figli, a tutela del detto diritto dei minori si deve anche estendere la misura cautelare che l'art. 156, comma 6, c.c. prevede, in caso di inadempienza, autorizzando il giudice a disporre su richiesta dell'avente diritto il sequestro di parte dei beni del coniuge obbligato, ogni qualvolta il credito di mantenimento possa subire il pericolo di non essere soddisfatto (Cass., 11 ottobre 1983, n. 5887). Si aggiunga, che la giurisprudenza ritiene che la sentenza costituisca titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale *ex art.* 2818 c.c. (Cass., 22 febbraio 1982, n. 1094). Si ritiene, peraltro, che all'*ex* coniuge debitore possano essere imposte anche altre garanzie personali o reali sulla ba-



Nonostante il tenore letterale della norma, essa non è applicabile soltanto quando entrambi i coniugi siano in buona fede, ma, anche, quando il coniuge economicamente più debole sia stato in buona fede e l'altro coniuge sia stato in mala fede. Diversamente interpretata, la norma porterebbe all'assurda conseguenza che il coniuge in mala fede, cui non sia imputabile la nullità del matrimonio, non sarebbe né responsabile *ex art. 129 bis (v. infra)*, né obbligato *ex art. 129 c.c.*

L'art. 129 cit. distingue secondo che entrambi i coniugi oppure uno solo di essi fossero stati in buona fede al momento della celebrazione: nel primo caso, il coniuge privo di adeguati redditi propri avrà il diritto di ricevere somme periodiche di denaro dall'altro, in proporzione alle sue sostanze, ma per un periodo di tempo non superiore a 3 anni; nel secondo caso, il coniuge in buona fede ha diritto ad un'indennità risarcitoria per i danni derivanti dall'aver contratto un matrimonio invalido, anche in mancanza di una prova effettiva di tali danni.

Dette somme periodiche, che hanno natura di assegno di mantenimento, sono quantificate dal giudice tenendo conto e della situazione economica del coniuge beneficiario e di quella del coniuge obbligato. Sotto il primo profilo, occorre che il beneficiario, pur non versando in stato di bisogno, abbia redditi inadeguati ad assicurargli il tenore di vita goduto prima dell'annullamento; sotto il secondo profilo, vanno considerati i redditi e, in generale, tutte le sostanze del coniuge tenuto alla corresponsione.

Con il variare, eventuale, di tali condizioni, potrà mutare il contenuto dell'obbligo di corresponsione, valendo, nella specie, la clausola *rebus sic stantibus*. Ad ogni modo, l'insufficienza dei redditi e

---

se della legge sul divorzio e dell'art. 156 c.c. (v. Cass., 11 ottobre 1983, n. 5887). Cfr. invece, a proposito dell'assegnazione della casa coniugale, Cass., 13 settembre 2002, n. 13428: «Per effetto della delibazione, da parte della corte d'appello, di una sentenza ecclesiastica dichiarativa della nullità del matrimonio, la regolamentazione dell'affidamento dei figli minori e del loro mantenimento trova fondamento nelle norme dettate in tema di matrimonio putativo, con la conseguenza che, richiamando l'art. 129 (che disciplina, appunto, i rapporti tra coniugi in caso di matrimonio putativo) il successivo art. 155 c.c., deve ritenersi legittimo il provvedimento di assegnazione della casa coniugale al genitore affidatario dei figli minori, a prescindere dalla circostanza che proprietario della stessa risulti il coniuge non affidatario».

lo stato libero del coniuge beneficiario dovranno sussistere, oltre che al momento della nascita del diritto, durante tutto lo svolgimento del rapporto. Se viene meno il suo stato di disagio economico, o se egli passa a nuove nozze, o, ancora, se si verifica un deterioramento della situazione economica dell'obbligato, il diritto si estingue.

L'assegno decorre dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento: fino a quel momento, d'altronde, si producono gli effetti del matrimonio valido. È invece discusso se sia possibile, ed entro quali termini, la proposizione della domanda diretta ad ottenere l'assegno anche dopo il passaggio in giudicato della dichiarazione di invalidità<sup>171</sup>.

Rispetto al divorzio, l'azione di nullità presenta il vantaggio, per il coniuge obbligato, di poter risultare economicamente meno onerosa, poiché l'assegno è dovuto all'altro solo se in buona fede e comunque per un periodo non superiore ai tre anni. Correlativamente, è meno tutelato, rispetto al divorzio, il coniuge debole, anche perché l'esistenza del suo diritto è rimessa ad una valutazione discrezionale del giudice<sup>172</sup>, il quale dovrà accertarsi: che il matrimonio nullo sia stato contratto in buona fede da entrambi i coniugi o da uno di essi; che uno dei coniugi sia privo di redditi propri idonei a garantirgli il mantenimento dello stesso tenore di vita condotto durante il matrimonio (sicché dovrà effettuare una comparazione tra il tenore di vita antecedente alla pronuncia e quello successivo); che il coniuge debole non abbia contratto nuove nozze. Inoltre, la posizione del coniuge debole è ulteriormente sfavorita, rispetto al divorzio, perché il giudice non si pronuncerà su questioni quali il diritto sull'abitazione familiare o il diritto alla pensione di reversibilità<sup>173</sup>.

Importanti sono, anche, gli effetti delle decisioni ecclesiastiche che dichiarano la nullità del matrimonio.

---

<sup>171</sup> Cfr. sul punto MESSINETTI, *Il matrimonio putativo*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo, I, Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997, p. 451; F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, II, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 204.

<sup>172</sup> NIVARRA, PALMERI, *Il matrimonio putativo e il «matrimonio dichiarato nullo»*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2, Torino, 1999, 2<sup>a</sup> ed., p. 988.

<sup>173</sup> NICOLÒ, *La simulazione nel matrimonio nel quadro della nuova legge sul diritto di famiglia*, in *Quaderni romani diritto canonico*, diretti da Fedele, I, Roma, 1977, 1, p. 195.

Il matrimonio dichiarato nullo dai Tribunali ecclesiastici per una delle cause ammesse dal diritto canonico, per effetto del concordato stipulato dall'Italia con la Santa Sede, perde efficacia anche nell'ordinamento civile quando la sentenza ecclesiastica è delibata dalla corte d'appello. Ciò significa che nel nostro ordinamento giuridico acquista rilevanza l'ordinamento canonico, e, precisamente, la disciplina delle cause di nullità da questo approntata. Infatti, l'art. 8 dell'Accordo di revisione, al fine di agevolare l'applicazione delle norme del codice civile sul matrimonio putativo, prevede che la corte d'appello possa, nella sentenza intesa a rendere esecutiva una sentenza canonica, attribuire a favore del coniuge che ne abbia diritto e che ne faccia richiesta una provvisoria sulle indennità spettantegli a norma degli artt. 129 e 129 *bis* c.c., rimandando le parti avanti al giudice competente in primo grado per la decisione su tali questioni. Tuttavia, poiché i rapporti tra ex coniugi vengono regolati dagli artt. 128 ss. c.c., accade che, in concreto, il coniuge economicamente più debole, una volta riconosciuta agli effetti civili la sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio, resta insufficientemente garantito, considerando che con il divorzio avrebbe diritto al miglior trattamento previsto dagli artt. 5 ss. l. divorzio. Ciò, si è osservato, «può apparire iniquo se si considera che la nullità ecclesiastica può giungere a distanza di molti anni dalla celebrazione del matrimonio, privando di effetti un'unione dalla quale ha avuto origine una comunione di vita in cui si sono radicati affidamenti, scelte di vita non facilmente reversibili»<sup>174</sup>. Per queste ragioni, la dottrina ha auspicato, *de iure condendo*, una parificazione, analoga a quella vigente in altri ordinamenti europei, degli effetti della nullità o dell'annullamento del matrimonio e degli effetti del divorzio, con l'attribuzione al giudice, in entrambi i casi, di poteri di accertamento in ordine alle condizioni economiche delle parti, alle ragioni della fine del rapporto, o al contributo dato da ciascuno alla vita familiare e alla formazione del rispettivo patrimonio personale; in definitiva, di tutti quei poteri accertativi che attualmente sono riconosciuti al giudice solo in presenza della pronuncia di divorzio.

---

<sup>174</sup> FERRANDO, in FERRANDO, QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, p. 12.

La Corte costituzionale non ha ritenuto costituzionalmente illegittima l'applicazione alle nullità ecclesiastiche, rese efficaci nell'ordinamento interno, degli artt. 129 e 129 *bis* c.c. anziché dell'art. 5, l. 1° dicembre 1970, n. 898<sup>175</sup>. E la Suprema Corte ha affermato che la norma in commento (così come la successiva) si applica anche ai casi di nullità matrimoniale pronunciata dai tribunali ecclesiastici, a seguito della deliberazione<sup>176</sup>.

### 8.1. *Coniuge in mala fede e terzo: responsabilità*

L'art. 129 *bis* c.c. regola come segue la «Responsabilità del coniuge in mala fede e del terzo»: «Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, è tenuto a corrispondere all'altro coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una congrua indennità, anche in mancanza di prova del danno sofferto. L'indennità deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni. È tenuto altresì a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati» (comma 1). «Il terzo al quale sia imputabile la nullità del matrimonio è tenuto a corrispondere al coniuge in buona fede, se il matrimonio è annullato, l'indennità prevista nel comma precedente» (comma 2). «In ogni caso il terzo che abbia concorso con uno dei coniugi nel determinare la nullità del matrimonio è solidalmente responsabile con lo stesso per il pagamento dell'indennità» (comma 3).

Mentre, con riguardo all'art. 129 c.c., non si dubita dell'estraneità di qualsiasi profilo sanzionatorio (giacché la norma mira semplicemente a tutelare il coniuge di buona fede), più discussa è la *ratio* di quest'ultima norma dedicata al matrimonio putativo, la quale obbliga il coniuge cui sia imputabile la nullità, ad esempio perché abbia estorto con violenza il consenso dell'altro, a corrispondere al coniuge in buona fede, qualora il matrimonio sia annullato, una con-

<sup>175</sup> Corte Cost., 27 settembre 2001, n. 329.

Cass., 13 luglio 1992, n. 8477, ha affermato che, in sede di deliberazione, la corte d'appello può disporre l'indennità in favore del coniuge in buona fede, e la corresponsione degli alimenti, solo in via provvisoria, perché le decisioni definitive nel merito spettano al giudice competente secondo le norme processuali generali.

<sup>176</sup> Cass., 25 novembre 1988, n. 6331.

grua indennità, la quale deve comunque comprendere una somma corrispondente al mantenimento per tre anni.

I presupposti necessari per l'applicabilità dell'art. 129 *bis* c.c. sono: con riguardo alla posizione del coniuge obbligato, la mala fede – intesa come conoscenza della causa invalidante – e l'imputabilità, allo stesso coniuge, della causa da cui deriva l'invalidità del vincolo; con riguardo alla posizione del coniuge beneficiario, è richiesta la buona fede, ovvero la mancata conoscenza e conoscibilità, con un minimo di diligenza, della causa di nullità. La norma, inoltre, a differenza delle due precedenti, fa espresso riferimento al danno (sebbene presunto).

Per l'orientamento prevalente, pertanto, a differenza dell'art. 129 c.c., che configura un assegno con natura assistenziale ispirato al principio di solidarietà, la norma in commento contempla un'indennità di natura risarcitoria. Alcuni autori<sup>177</sup> affiancano, anche, una natura sanzionatoria: precisamente, la norma definirebbe una sanzione per il comportamento colpevole del coniuge in mala fede, il quale, sebbene conoscesse la causa di nullità, non l'aveva comunicata all'altro (non rilevando se egli si fosse attivato per occultare la causa di invalidità o se si fosse limitato a tenere un comportamento omissivo idoneo a lasciare l'altro nell'ignoranza). Frequente è il richiamo, poi alle pene private (di cui l'ipotesi in esame condividerebbe, appunto, la funzione afflittiva), o alla responsabilità prenegoziale<sup>178</sup>.

Prevale, oramai, la soluzione di considerare la fattispecie un'ipotesi specifica della regola *ex art.* 2043 c.c.: il coniuge di buona fede dovrà dimostrare il nesso causale tra la situazione che ha comportato la nullità ed il comportamento del coniuge convenuto; l'unica differenza è che, qui, non occorre dare la prova degli effettivi danni patiti dal coniuge in buona fede. Se, come previsto dalla norma, non è fornita la prova del danno sofferto, subentrerà una valutazione equitativa del giudice, cui è quindi delegato un ampio potere discrezionale. Se, invece, è data la prova del danno, va tenuto presente

<sup>177</sup> MESSINETTI, *Il matrimonio putativo*, cit., p. 453.

<sup>178</sup> Giacché i comportamenti commissivi o omissivi sono tenuti prima della celebrazione del matrimonio: in tal senso, F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 216.

che il criterio dell'indennità corrispondente al mantenimento per tre anni rappresenta il contenuto minimo dell'indennità: il coniuge danneggiato, pertanto, avrà diritto al risarcimento integrale (comprensivo sia dei danni patrimoniali sia di quelli non patrimoniali) se riesce a fornire la prova del maggior danno.

Sebbene si ritenga, in prevalenza, che le norme sul matrimonio putativo non si applichino al matrimonio inesistente, a questa regola, secondo alcuni autori<sup>179</sup>, farebbe eccezione l'art. 129 *bis* c.c., proprio perché la fonte dell'indennità da esso prevista risiede in una fattispecie diversa dal matrimonio in sé, e consistente, appunto, nel fatto illecito (e quindi nell'esistenza di un danno ingiusto).

La norma, che si applica anche nel caso di nullità del matrimonio concordatario dichiarata esecutiva nell'ordinamento dello Stato, configura, quindi, una ipotesi di responsabilità civile a carico del coniuge in mala fede o a carico del terzo cui sia imputabile la causa di nullità, per violazione dell'obbligo di buona fede e per lesione della libertà matrimoniale<sup>180</sup>.

L'inquadramento della fattispecie quale ipotesi speciale di responsabilità aquiliana fa dubitare che, una volta liquidata l'indennità, il coniuge in buona fede possa ancora agire *ex art.* 2043 c.c.

Altra conseguenza di tale inquadramento, è l'assoggettamento del termine per richiedere l'indennità alla prescrizione quinquennale di cui all'art. 2947 c.c., decorrente, nella specie, dal passaggio in giudicato della sentenza che ha dichiarato l'invalidità del matrimonio o che ha reso esecutiva agli effetti civili la sentenza di nullità del giudice canonico o del giudice straniero.

Se rispettano la somma minima dei tre anni di mantenimento, sono da considerarsi validi gli accordi, stipulati in previsione dell'annullamento, con i quali le parti predeterminano l'entità dell'indennità.

---

<sup>179</sup> FERRANDO, *Il matrimonio*, cit., p. 726; LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978, p. 152; NICOLÒ, *sub art.* 129 *bis*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1992, p. 445; *contra*, MESSINETTI, *Il matrimonio putativo*, cit., p. 458.

<sup>180</sup> PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, p. 80. Per VISINTINI, *Invalidità del matrimonio e responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 872, la disciplina in esame «si inquadra perfettamente nell'ambito della responsabilità per violazione di obblighi di correttezza»

Il coniuge al quale sia imputabile la nullità del matrimonio, è tenuto, altresì, a prestare gli alimenti al coniuge in buona fede, sempre che non vi siano altri obbligati. Si tratta di un obbligo, subordinato allo stato di bisogno del coniuge in buona fede e accessorio all'indennità già riconosciuta, che grava solo sul coniuge responsabile, non invece sul terzo. Il coniuge si collocherà tra i soggetti tenuti agli alimenti all'ultimo posto, dopo tutti gli altri eventuali obbligati. Se il beneficiario passa a nuove nozze, viene meno l'esigenza di solidarietà post-coniugale cui si ispira la previsione, sicché egli non ha più diritto agli alimenti, ai quali sarà tenuto, eventualmente, il nuovo coniuge sulla base delle regole generali.

Si consideri, infine, che l'art. 139 c.c. prevede una sanzione amministrativa pecuniaria a carico del coniuge che, prima della celebrazione, conosceva la causa di nullità del matrimonio poi annullato, e non abbia avvertito l'altro. In giurisprudenza si è chiarito che l'art. 129 *bis*, sebbene formulato lessicalmente in modo diverso dall'art. 139 c.c., comprende, nella sua portata più ampia, anche l'ipotesi disciplinata da quest'ultima norma; pertanto, per l'affermazione della responsabilità e, prima ancora, dell'imputabilità richiesta, non è sufficiente la mera riferibilità oggettiva della causa di invalidità, e neppure la consapevolezza di essa, occorrendo, invece, oltre alla consapevolezza dei fatti invalidanti, anche quella della loro attitudine invalidante, mentre la prova di tale consapevolezza e del comportamento omissivo o commissivo del responsabile incombe, secondo le regole generali, su chi afferma l'esistenza di tale imputabilità<sup>181</sup>.

La Suprema Corte ha ammesso che le parti regolino convenzionalmente i loro rapporti successivi all'annullamento<sup>182</sup>. La previsione di cui all'art. 129 *bis*, infatti, può essere derogata per via pattizia, purché *in melius*, giacché le parti non possono stabilire che un'indennità in misura inferiore da quella minima stabilita dalla legge e corrispondente al mantenimento per tre anni.

L'imputabilità prevista dalla norma esige un doppio collegamento, oggettivo e soggettivo, fra la situazione nella quale si sostanzia la causa di invalidità del matrimonio ed il coniuge a cui carico si

<sup>181</sup> Cass., 27 aprile 1993, n. 4953; Cass., 10 maggio 1984, n. 2862.

<sup>182</sup> Cass., 13 gennaio 1993, n. 348.

pongono i più gravosi oneri patrimoniali a favore dell'altra parte. La responsabilità del coniuge (e del terzo) è ravvisabile quando possa loro ascrivere un comportamento riprovevole, omissivo o commissivo, sia pure non decisivo in ordine alla celebrazione del matrimonio invalido. Si è affermato in dottrina che «l'espressione "imputabile", adottata in questo articolo, è sufficientemente ampia da comprendere il comportamento di chi tace la causa di nullità, perché anche in questo caso la nullità del matrimonio è indirettamente cagionata dal comportamento reticente senza il quale il matrimonio non sarebbe stato, nella maggioranza dei casi, celebrato»<sup>183</sup>.

La norma richiede che la nullità sia imputabile, ossia riconducibile ad un comportamento consapevole e volontario: il richiamo del concetto di imputabilità vale ad escludere la sua applicazione nei casi in cui il coniuge fosse incapace di intendere e di volere.

L'imputabilità non coincide con la mala fede. Quest'ultima, invero, costituisce un elemento della imputabilità. La mala fede, quindi, deve consistere nella consapevolezza dell'attitudine invalidante della causa di nullità, accompagnata da un comportamento, commissivo od omissivo, che abbia contribuito alla celebrazione del matrimonio: «occorre, tra la causa d'invalidità e la condotta del coniuge a carico del quale porre l'obbligo indennitario, un nesso eziologico»<sup>184</sup>. Non è sufficiente, quindi, la riferibilità oggettiva della causa di invalidità né la mera consapevolezza di essa, ma è necessario un comportamento contrario al generale dovere di correttezza.

La Corte di Cassazione ha affermato che ai fini della responsabilità del coniuge in malafede (e del terzo), cui sia imputabile la nullità del matrimonio, ai sensi dell'art. 129 *bis* c.c., è necessario che la situazione invalidante si risolva in un atteggiamento psichico rimasto confinato nella sfera soggettiva del responsabile e da questi non esternato in alcun modo idoneo a renderla percepibile, dall'altro coniuge, con l'uso della ordinaria diligenza<sup>185</sup>.

<sup>183</sup> VISINTINI, *Invalidità del matrimonio e responsabilità civile*, cit., p. 872.

<sup>184</sup> BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2005, 3ª ed., p. 167.

<sup>185</sup> Cass., 19 luglio 1986, n. 4649. App. Bari, 4 luglio 2001, ha confermato che i presupposti necessari per l'applicabilità dell'art. 129 *bis* c.c. (norma cui la Corte ha attribuito una funzione solidaristica ed al tempo stesso sanzionatoria) sono, con riguardo alla posizione del coniuge obbligato, la mala fede – intesa co-



La mala fede deve consistere nella conoscenza della attitudine invalidante della causa di nullità<sup>186</sup> e in un comportamento commissivo o omissivo che contribuisca alla celebrazione del matrimonio nullo<sup>187</sup>.

Conformemente ai principi generali in tema di buona fede, la responsabilità del coniuge (e del terzo) presuppone che la situazione invalidante si risolva in un atteggiamento psicologico, non esternato dal responsabile, in qualsiasi modo idoneo a renderla riconoscibile all'altra parte, attraverso l'uso dell'ordinaria diligenza<sup>188</sup>.

Si è stabilito che anche a carico del coniuge vittima della violenza o del timore nella celebrazione del matrimonio invalido, possono ravvisarsi elementi di responsabilità, ai fini delle conseguenze patrimoniali previste dall'art. 129 *bis* c.c., quando sia provato che, nonostante le condizioni in cui egli si trovava in quelle circostanze, aveva la possibilità, se non di impedire, in qualche modo, la celebrazione stessa, quanto meno di comunicare all'altra parte i fatti dai quali sarebbe derivata l'invalidità del matrimonio<sup>189</sup>.

Viceversa, se il matrimonio è dichiarato nullo per l'errore di uno dei coniugi su qualità personali dell'altro, il coniuge che ha dato causa all'altrui errore non può invocare, nei confronti dell'altro, la speciale responsabilità di cui alla norma in commento<sup>190</sup>. Infatti, la mala fede presupposta dall'art. 129 *bis* consiste nella consapevolezza dell'esistenza dei fatti su cui l'errore è caduto e va pertanto esclusa in capo al coniuge che sia incorso in errore; eventualmente, la mala

---

me conoscenza della causa invalidante – e l'imputabilità, allo stesso coniuge, della causa da cui deriva l'invalidità del vincolo, mentre, con riguardo alla posizione del coniuge beneficiario, è richiesta la buona fede, ovvero la mancata conoscenza e conoscibilità, con un minimo di diligenza, della causa di nullità.

<sup>186</sup> Cass., 27 aprile 1993, n. 4953.

<sup>187</sup> Cass., 13 gennaio 1993, n. 348. Cass., 19 marzo 1980, n. 1826 ha affermato che la nullità del matrimonio è imputabile ad un coniuge solo quando risultino un obiettivo rapporto di causalità tra la condotta di tale soggetto e la causa di invalidità, e l'attribuibilità soggettiva della causa stessa consistente quanto meno nella consapevolezza del fatto invalidante e l'omesso rifiuto di contrarre matrimonio (nella specie: il matrimonio religioso era stato annullato per unilaterale simulazione *contra bonum prolis*).

<sup>188</sup> Cass., 19 luglio 1986, n. 4649.

<sup>189</sup> Cass., 22 febbraio 1982, n. 1094.

<sup>190</sup> Cass., 16 novembre 2005, n. 23073.

fede può essere semmai riferibile all'altro coniuge quando egli abbia indotto la falsa rappresentazione su cui si è basata la sentenza dichiarativa della nullità del matrimonio.

L'obbligazione risarcitoria del terzo costituisce una novità della Riforma ed ha riguardo alle ipotesi nelle quali la nullità è riconducibile alla violenza del terzo o nelle quali il terzo abbia determinato il timore d'eccezionale gravità che indusse a contrarre matrimonio. In tal caso, entrambi i coniugi hanno diritto al risarcimento. Se, però, la causa di nullità è imputabile congiuntamente sia al terzo sia ad uno dei coniugi, allora entrambi sono solidalmente responsabili nei confronti del coniuge di buona fede.

In linea generale, il terzo, a differenza del coniuge in mala fede, può essere considerato responsabile solo in caso di comportamenti commissivi, «limitatamente a quei soli casi in cui col suo stesso comportamento egli abbia posto in essere il fatto produttivo della nullità»<sup>191</sup>. Si nega, quindi, che sia configurabile una responsabilità del terzo per reticenza su una causa di nullità, e si propone di ridurre l'ambito della responsabilità, «oltre i casi in cui il terzo è causa determinante della nullità (violenza), alle ipotesi di inganno, nella forma di false informazioni o di ricorso ad altri mezzi fraudolenti, per indurre in errore gli sposi sull'esistenza di certi impedimenti»<sup>192</sup>. Alcuni autori, tuttavia, pur condividendo che, quanto ai comportamenti omissivi, sembra corretto escludere una responsabilità del terzo, ritengono faccia eccezione il caso in cui egli fosse tenuto ad intervenire per prevenire la celebrazione di un matrimonio invalido<sup>193</sup>.

La Corte di Cassazione ha affermato che anche per il terzo, come per il coniuge, perché vi sia responsabilità occorre «un comportamento riprovevole, omissivo o commissivo, sia pure non decisivo in ordine alla celebrazione del matrimonio invalido»<sup>194</sup>.

Al fine dell'obbligazione indennitaria del coniuge cui sia imputabile la nullità del matrimonio, occorre il requisito della buona fede dell'altro coniuge (cui va equiparata la condizione del coniuge che ha subito la violenza o il timore). Lo stato soggettivo di buona fe-

<sup>191</sup> NICOLÒ, *sub art. 129 bis*, cit., p. 448.

<sup>192</sup> VISINTINI, *Invalidità del matrimonio e responsabilità civile*, cit., p. 875.

<sup>193</sup> Cfr. F. FINOCCHIARO, *Del matrimonio*, cit., p. 214.

<sup>194</sup> Cass., 22 febbraio 1982, n. 1094.

de si presume fino a prova contraria, e si identifica nella incolpevole ignoranza della specifica circostanza per la quale, nella concreta vicenda, è stata pronunciata la nullità.

Sulla scorta di tale principio la Cassazione ha concluso che in caso di declaratoria di invalidità, resa dal giudice ecclesiastico con sentenza dichiarata esecutiva nell'ordinamento interno, per esclusione del *bonum prolis* da parte di entrambi i coniugi, la presunzione di ignoranza è da ritenersi superata proprio perché la nullità matrimoniale è imputabile anche al coniuge che richiede l'indennità<sup>195</sup>.

Anche quanto agli effetti della dichiarazione di nullità, sono applicabili al matrimonio canonico dichiarato nullo le disposizioni degli artt. 129 e 129 *bis* c.c. Del resto, già l'art. 17, l. 27 maggio 1929, n. 847, è stato interpretato nel senso dell'applicabilità, al matrimonio religioso la cui sentenza di nullità sia stata resa esecutiva, degli artt. 128 e 129 c.c.; dal collegamento tra l'art. 8.2 dell'Accordo e gli artt. 129 e 129 *bis* c.c. emerge che i provvedimenti economici provvisori resi dalla corte d'appello, in favore del coniuge debole, nel corso del procedimento di delibazione, coincidono con quelli definitivi e devono avere i medesimi presupposti sostanziali<sup>196</sup>.

---

<sup>195</sup> Cass., 9 marzo 1995, n. 2734; Cass., 24 agosto 1990, n. 8703; nonché Cass., 6 marzo 1996, n. 1780, che, relativamente ad un'ipotesi di esclusione del *bonum sacramenti*, individuata nella riserva di uno dei coniugi di successivo ricorso al divorzio, ha sancito che «la dimostrazione della conoscenza di detta riserva da parte dell'altro coniuge implica di per sé il superamento della indicata presunzione, a prescindere da ogni questione sull'esattezza dell'identificazione della riserva medesima di quella esclusione del *bonum sacramenti*».

Nell'ambito del giudizio di delibazione di una sentenza ecclesiastica di nullità del matrimonio nel quale un coniuge chiedeva l'attribuzione a proprio favore dell'indennità di cui alla norma in commento, la Corte d'Appello di Napoli (App. Napoli, 6 febbraio 2003), ha statuito che «non può ritenersi insussistente la buona fede presupposto dalla norma in questione qualora risulti che la parte richiedente fosse a conoscenza dei vizi che avrebbero inficiato il matrimonio».

Sull'equiparazione tra la condizione di buona fede e quella in cui il matrimonio è nullo perché il consenso di uno o di entrambi gli sposi era stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne, Cass., 22 febbraio 1982, n. 1094.

<sup>196</sup> Per questo motivo, la Corte d'Appello di Napoli (App. Napoli, 20 ottobre 1994) ha escluso che potessero emettersi provvedimenti provvisori a favore della convenuta giacché nel caso di specie entrambi i coniugi erano in mala fede, avendo la convenuta contratto il vincolo nella piena consapevolezza del vizio che inficiava la volontà dell'altro nubendo.

## 8.2. I diritti successori del coniuge putativo

Dal dettato normativo degli artt. 128, 129 e 129 *bis* c.c. si evince una disciplina di tutela economica del coniuge debole, la cui *ratio* va individuata nel principio di solidarietà tra i coniugi, che persiste nonostante l'invalidità del matrimonio. In ossequio a tale principio, i rapporti patrimoniali tra coniugi vanno estinti in modo dilazionato nel tempo: gli effetti giuridici matrimoniali cesseranno di prodursi solo dopo il passaggio in giudicato della sentenza di nullità.

Si assiste, pertanto, ad una ultrattività del matrimonio nullo, la quale, sebbene non comporti alcun diritto assistenziale o previdenziale a vantaggio dell'ex coniuge, gli attribuisce alcuni diritti patrimoniali.

L'art. 584 c.c., in coerenza con la normativa generale sul matrimonio putativo dettata dalle disposizioni pocanzi esaminate, si occupa della sorte del diritto di successione del coniuge superstite, alla quale consegue la potenziale inclusione, o esclusione, di costui dal novero dei soggetti beneficiari della delazione per legge.

Se la sentenza, o meglio, seguendo l'opinione maggiormente coerente col disposto dell'art. 2909 c.c., il passaggio in giudicato della sentenza, interviene prima della morte dell'altro coniuge, è venuto meno lo *status* coniugale e, con esso, il diritto di successione in capo al superstite: in altre parole, all'apertura della successione chi era coniuge non è più tale e perde, pertanto, ogni diritto successorio (sempre che non sia stato contemplato nel testamento).

Se, invece, la sentenza passa in giudicato in epoca successiva alla morte, il coniuge superstite di buona fede conserverà il diritto a succedere, salvo che il *de cuius* non fosse legato da valido matrimonio con altro soggetto.

Il coniuge putativo, quale coniuge che non conosceva la nullità del matrimonio, dichiarata dopo la morte del consorte, ha diritto alla stessa quota spettante al coniuge che abbia contratto valido matri-

---

Sulla natura cautelare di tali provvedimenti economici provvisori (per i quali è richiesta la presenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*), v. Cass., 17 marzo 1998, n. 2852. Si tratta di provvedimenti privi di carattere decisorio e, pertanto, non suscettibili di ricorso straordinario per cassazione (Cass., 19 novembre 2003, n. 17535).

monio, compresi i diritti di abitazione sulla casa adibita a residenza familiare e di uso sui mobili che la corredano.

A proposito di detti legati *ex lege*, si è affermato che il richiamo che dal comma 1 viene fatto all'art. 540 c.c., per la successione del coniuge putativo, trova giustificazione nel fatto che per esso non esiste una "riserva" nella successione necessaria, e che senza quel rinvio recettivo non avrebbe potuto avere applicazione anche nei suoi riguardi quella norma sui diritti di abitazione e di uso<sup>197</sup>.

Il coniuge putativo, inoltre, non diversamente dal coniuge validamente sposato, è un soggetto della collazione e, se accetta l'eredità, è obbligato a conferire le donazioni non dispensate, così come, correlativamente, è titolare del diritto a pretendere il conferimento da parte degli altri coeredi.

Il comma 2 esclude il coniuge putativo dalla successione legittima quando il *de cuius*, al tempo della morte, era sposato con altra persona. In tal caso il coniuge legittimo prevale su quello putativo.

Il secondo matrimonio contratto dal *de cuius* deve essere però un valido matrimonio; se è invalido, ad esempio perché viene annullato per bigamia, succederà il coniuge putativo.

Parimenti, il coniuge putativo succederà quando, per qualsiasi causa (indegnità, rinunzia, ecc.) il coniuge legittimo non venga alla successione.

In definitiva, se il *de cuius* si era sposato due volte, il coniuge legittimo assume un grado superiore rispetto al coniuge putativo. Se il coniuge legittimo non può o non vuole venire alla successione, il coniuge putativo può ereditare.

### 8.3. Conclusioni

Dopo l'emanazione della sentenza il matrimonio si estingue e, giacché il vizio attiene al momento genetico del vincolo, dovrebbe essere inficiato retroattivamente; trattandosi, però, di un negozio del tutto particolare, con effetti assai rilevanti per le persone dei «coniu-

---

<sup>197</sup> Trib. Trapani, 22 maggio 1987, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2374.

gi», nonché per gli eventuali figli, la retroattività dell'efficacia della sentenza viene limitata proprio per tutelare quelle situazioni che si sono formate sull'apparenza di un valido atto matrimoniale.

La Suprema Corte ha chiarito che il matrimonio nullo produce gli effetti di un matrimonio valido fino a quando la sentenza che ha pronunciato la nullità non sia passata in giudicato<sup>198</sup>.

In definitiva, se il matrimonio è dichiarato nullo, qualora sussistano determinate condizioni («quando i coniugi stessi lo hanno contratto in buona fede, oppure quando il loro consenso è stato estorto con violenza o determinato da timore di eccezionale gravità derivante da cause esterne agli sposi»), fino alla sentenza che pronunzia la nullità si producono gli effetti del matrimonio valido.

---

<sup>198</sup> Cfr. Cass., 11 giugno 2008, n. 15562: il ricorrente, denunciando violazione dell'art. 128 c.c. in combinato contesto con l'art. 282 c.p.c., aveva sostenuto che i giudici di merito avessero errato nel ritenere che la "sentenza" dichiarativa della nullità del vincolo, cui la norma codicistica ricollega il termine finale di produzione degli effetti del matrimonio putativo, sia la sentenza "passata in giudicato", per cui, in pendenza del gravame avverso la pronunzia di primo grado, quegli effetti restino fermi. Per il ricorrente una tale soluzione sarebbe oggi incompatibile con il dettato del novellato art. 282 c.p.c., la cui riscrittura (l. n. 353 del 1990, ex art. 33) ha sancito la «provvisoria esecutività della sentenza di primo grado tra le parti», in precedenza subordinata ad apposita clausola, la cui concessione era in facoltà del giudice. La Cassazione ha tuttavia ribattuto che «la così generalizzata anticipazione dell'efficacia delle sentenze, rispetto al correlativo passaggio in giudicato, riguarda appunto il profilo e il momento della "esecutività", quello cioè della anticipata e provvisoria esecuzione. La quale, se è logicamente correlabile ad una statuizione di condanna, non lo è, invece, ad una pronuncia, quale quella ex art. 128 c.c., che incida, recidendolo in radice, sullo *status* di coniuge». Altrimenti, dovrebbe ammettersi la possibile intermittenza dello *status* di coniuge (nel senso della sua cancellazione con la sentenza di nullità di primo grado e del suo eventuale ripristino nel caso di successiva riforma di quella decisione): e ciò in evidente contrasto con il principio di certezza sullo stato delle persone. Per cui corretta è, invece, secondo la Suprema Corte, l'interpretazione che alla norma codicistica di riferimento aveva dato la Corte di appello (in conformità anche all'esegesi condivisa dalla più autorevole dottrina) nel senso, appunto, che il matrimonio nullo produce gli effetti di un matrimonio valido fino a quando la sentenza che ha pronunciato la nullità non sia passata in giudicato.

Nei casi in cui la legge riconosce ai coniugi gli effetti del matrimonio valido, tali effetti si producono fino al momento del passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa della nullità. Se si tratta di sentenza ecclesiastica, fino al momento del provvedimento di esecutorietà della Corte d'Appello. Cfr. Trib. Catania, 8 giugno 1979, in *Rep. Foro it.*, 1981, voce *Matrimonio*, n. 206.

In questo caso, come in quello dell'art. 2126 c.c. ed in quello dell'art. 2332 c.c., la retroattività degli effetti della sanzione avrebbe comportato conseguenze pratiche inaccettabili: «la complessità degli *status* di coniuge e di figlio, con i diritti e i doveri connessi, specie di ordine (in senso lato) alimentare ed assistenziale, non consente evidentemente di ripristinare la situazione anteriore, ma postula all'opposto una diversa valutazione del fenomeno, che tenga adeguato conto della realtà di fatto»<sup>199</sup>.

Ciò significa che anche in relazione al matrimonio putativo, il legislatore ha inteso tenere conto della realtà di fatto, al fine di salvaguardare lo *status* di coniuge e di figlio, ed ha quindi modellato il rapporto di fatto sul campione del corrispondente rapporto di diritto: tale stato di fatto giuridicamente rilevante suggerisce considerazioni analoghe a quelle connesse all'attuazione del rapporto di lavoro e del rapporto societario fondati su di un negozio nullo.

---

<sup>199</sup> Così G. STELLA RICHTER, *ult. op. cit.*, p. 173 s.

## CAPITOLO V

### LA NULLITÀ (RELATIVA) DA COMPORTAMENTO

SOMMARIO: 1. La commercializzazione a distanza di servizi finanziari. – 2. Le informazioni dovute al consumatore nella fase delle trattative. – 3. La violazione degli obblighi informativi. – 4. La nullità speciale introdotta dall'art. 67-*septies decies* Cod. consumo. – 5. L'onere della prova.

#### 1. *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari*

La protezione a livello nazionale del consumatore, nel settore dei servizi finanziari, solo negli ultimi anni è stata oggetto di adeguate discipline, dal testo unico della finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, t.u.f.) ai regolamenti attuativi emanati dalla Consob. Sui programmi di protezione e, conseguentemente, sulle misure di tutela, hanno pesato ritardi e difficoltà anche in sede comunitaria, se si eccettua l'ambito, peraltro molto circoscritto, del credito del consumo.

Eppure, la posizione del consumatore che stipula un contratto inerente servizi finanziari sconta una sudditanza psicologica ed una inferiorità conclamata, «sia dal punto di vista delle informazioni acquisibili, sia dal punto di vista delle scelte sia dal punto di vista del controllo e del potere contrattuale»; in specie se si pensa che controparte nel rapporto sono i “quattro pilastri” su cui si reggono i mercati finanziari: le banche, le assicurazioni, le imprese di investimento, gli operatori di fondi pensionistici<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, p. 203.



Inoltre, una regolamentazione si imponeva con urgenza a causa della continua crescita dell'applicazione, ai mercati finanziari, sia delle tecnologie informatiche, a cominciare da Internet (c.d. *trading on line*) sia di altri canali come il *phone banking* ed il *mobile banking*.

In un ambito in cui fungibilità e dematerializzazione di beni e servizi raggiungono la loro massima espressione, il consumatore trae, da un lato, indubbi vantaggi in termini di risparmio economico (grazie alla agevole comparazione tra le diverse offerte e al conseguente incremento della concorrenza tra imprese, tenute ad un abbassamento dei prezzi), di accesso ai mercati esteri (giacché la tecnica telematica abbatte le barriere spaziali) e di velocità della negoziazione (la quale, quand'è *on line*, avviene in tempo reale). Dall'altro lato, però, queste caratteristiche espongono il consumatore a rischi, addebitabili all'attitudine dell'investimento tramite rete a frodare l'utente: si pensi alla stessa difficoltà, vista l'assenza di un incontro fisico tra le parti, di identificare il consumatore, cui si connette il pericolo che altri utilizzino i suoi dati abusivamente. Sono poi evidenti le asimmetrie derivanti dai rapporti di forza con la controparte, dai quali il consumatore esce inevitabilmente perdente: l'utilizzazione dello strumento telematico incrementa dunque i vantaggi, ma anche gli abusi.

Peraltro, tutelare il consumatore/investitore/assicurato significa nel contempo garantire il buon andamento del mercato, perché così facendo si evita, a vantaggio dell'intera collettività, la dispersione di capitali<sup>2</sup>.

Con il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, pubblicato nella G.U. 22 settembre 2005, n. 221, ed entrato in vigore il 7 ottobre 2005, si è data attuazione alla direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, intesa quale specie del più ampio fenomeno della contrattazione a distanza, caratterizzato dalla mancata presenza fisica simultanea del cliente

---

<sup>2</sup> ZORZI, *La disciplina europea dei servizi finanziari*, in RICCIUTO, ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. Galgano*, XXVII, 2002, p. 292; MASTROROSA, SERRA, *La commercializzazione a distanza di prodotti finanziari: la direttiva 23 settembre 2005 n. 65 e il decreto legislativo di attuazione 19 agosto 2005, n. 190*, in *Dir. internet*, 2006, p. 85.

e dell'offerente. Successivamente, il cit. d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, è stato abrogato dall'art. 21 d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221 (Disposizioni correttive ed integrative del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7, della l. 29 luglio 2003, n. 229. Pubblicato nella G.U. 29 novembre 2007, n. 278). Per effetto di quest'ultimo d.lgs., la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari è stata trasfusa in una nuova sezione del Codice del consumo, la Sez. IV-*bis* del capo I del titolo III della parte III, agli articoli che vanno dal 67-*bis* al 67-*VICES bis*<sup>3</sup>.

Già dalla prima norma della sezione IV-*bis*, si comprende che l'ambito della nuova normativa è molto ampio, includendo anche tutte le ipotesi nelle quali il servizio finanziario è offerto al consumatore attraverso una procedura alla quale partecipi, «indipendentemente dal suo stato giuridico [...] un soggetto diverso dal fornitore». Anche la disciplina di attuazione, com'era per la direttiva, riguarda solo il rapporto negoziale che si instaura tra il consumatore, che è «qualunque persona fisica che, nei contratti a distanza, agisca per fini che non rientrano nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale», ed il fornitore, ossia «qualunque persona fisica o giuridica, soggetto pubblico o privato, che, nell'ambito delle proprie attività commerciali o professionali, è il fornitore contrattuale dei servizi oggetto di contratti a distanza».

La disciplina dettata riguarda solamente l'accordo di base, ossia l'accordo iniziale di servizio; infatti l'art. 67 *bis* precisa che anche quando vi siano contratti nei quali l'accordo iniziale di servizio è seguito da operazioni successive, «le disposizioni della presente sezione si applicano esclusivamente all'accordo iniziale»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Contratti*, 2008, p. 373 ss., per l'esame dei punti più critici, a livello sistematico, emergenti dalla riallocazione nel Codice del consumo della disciplina originariamente prevista nel d.lgs. n. 190 del 2005.

<sup>4</sup> A titolo esemplificativo, è accordo iniziale l'apertura di un conto corrente bancario, o l'acquisizione di una carta di credito, la stipulazione di un contratto di gestione di portafoglio; mentre devono essere considerate operazioni successive i prelievi ed i versamenti su conto corrente, i pagamenti tramite carta di credito, le transazioni nell'ambito del contratto di gestione di portafoglio (LONGHINI, *Servizi finanziari telematici*, Milano, 2006, p. 175; v. anche BOCHICCHIO, *La promozione a*

In linea generale, l'obiettivo della normativa, ossia la tutela del consumatore quale soggetto debole del rapporto, è realizzato attraverso l'attribuzione di un complesso di diritti irrinunciabili (è sancita la nullità di ogni pattuizione intesa a privarlo di tali diritti), come quello di ricevere tutta una serie di informazioni già prima della conclusione del contratto a distanza: sul fornitore (identità, attività principale, indirizzo rilevante, identità e indirizzo del suo rappresentante in Italia, identità, veste e indirizzo del professionista che eventualmente agisce nei confronti del consumatore, il registro di commercio in cui il fornitore è eventualmente iscritto e il numero di registrazione, gli estremi dell'autorizzazione se l'attività del fornitore vi sia soggetta); sul servizio finanziario offerto (caratteristiche, prezzo totale comprensivo di tutti gli oneri, le commissioni, le spese e le imposte, eventuale rapporto del servizio con strumenti che implicano particolari rischi, imposte e altri costi, limite temporale di validità delle informazioni fornite, modalità di pagamento e di esecuzione con indicazione delle condizioni di sicurezza delle operazioni di pagamento, connessioni con altri servizi finanziari, con la illustrazione degli eventuali effetti complessivi derivanti dalla combinazione); sul contratto stesso (recesso, durata minima, diritti delle parti, istruzioni pratiche per l'esercizio del diritto di recesso, legge regolatrice del contratto, lingua in cui sono comunicate le condizioni contrattuali e le informazioni preliminari); sul ricorso (esistenza o mancanza di procedure extragiudiziali di reclamo e di ricorso, esistenza di fondi di garanzia o di altri dispositivi di indennizzo).

Nella nozione di contratto a distanza rientrano non solo le moderne tecniche di commercio via Internet (*banking on line* e *trading on line*), ma qualsiasi modalità di interazione remota come la tv interattiva, il fax, la vendita telefonica (specificamente disciplinata: art. 67-*octies*), e la più tradizionale vendita per corrispondenza.

---

*distanza di strumenti finanziari e la conclusione del contratto: la tutela del risparmiatore tra neoformalismo e valutazione funzionale, con particolare riferimento al contratto quadro, in Dir. dell'economia, 1998, p. 765). Va infine segnalato che anche l'art. 67-bis, così come faceva la direttiva (art. 1), parla di «commercializzazione» anziché di «vendita», termine che era stato invece adottato dalla proposta di direttiva: ciò ha il senso di consentire l'applicabilità della normativa ad una fascia molto ampia di operazioni finanziarie a titolo oneroso.*

È servizio finanziario, invece, qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale: si tratta quindi di una nozione convenzionale di servizio finanziario particolarmente ampia, in grado di comprendere ogni fenomeno di finanziarizzazione di prodotti di tipo assicurativo-previdenziale<sup>5</sup>.

Il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, definiva tecnica di comunicazione a distanza qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la commercializzazione a distanza di un servizio tra le parti; vi rientrano quindi certamente i messaggi di posta elettronica, i messaggi telefax, gli invii postali cartacei, le offerte telefoniche, le comunicazioni radiofoniche e televisive. La descrizione offerta, volutamente generica (così come quella del contratto a distanza), consente la massima adattabilità all'evoluzione tecnologica; per questa stessa ragione, probabilmente, il decreto si astiene da un'elencazione esemplificativa che avrebbe rischiato, in via interpretativa, di vanificare la portata aperta ed onnicomprensiva della nozione.

## 2. *Le informazioni dovute al consumatore nella fase delle trattative*

La normativa in commento, salvo che per la regolamentazione del recesso e del pagamento, non disciplina il contratto; essa è fondamentalmente dedicata, invece, alle informazioni cui il consumatore ha diritto prima della conclusione del contratto e prima che sia vincolato<sup>6</sup>.

Dette informazioni riguardano: il fornitore, il servizio finanziario, il contratto, il ricorso.

---

<sup>5</sup> L'inclusione dei prodotti assicurativi si giustifica con la possibilità che anche essi possano, in alcuni casi, essere qualificati come prodotti finanziari: si pensi alle polizze vita simili ai fondi comuni di investimento, come i prodotti vita *index linked* e *unit linked*, i fondi pensione aperti e i prodotti *unitised with profit*. Cfr. SALVATI, *Imprese di assicurazione e prodotti vita a contenuto finanziario*, in SACERDOTI (a cura di), *Assicurazione e prodotti finanziari*, Milano, 2000, p. 34 ss.

<sup>6</sup> Cfr. SANGIOVANNI, *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Dir. internet*, 2008, p. 399 ss.

L'art. 67-*quater* del Codice del consumo sancisce che le informazioni devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, tenendo conto dei doveri di correttezza e buona fede nella fase precontrattuale e dei principi che disciplinano la protezione degli incapaci di agire e dei minori, e devono essere conformi agli obblighi contrattuali imposti per la conclusione dei contratti a distanza.

Il riferimento al principio di buona fede era già presente, oltre che nella direttiva del 2002, nel d.lgs. n. 185/1999 in materia di vendite a distanza; per mezzo di questo riferimento, l'adempimento dei doveri di informazione viene collegato direttamente al rispetto del dovere di correttezza e lealtà nelle trattative. Il consumatore deve poter conoscere in anticipo alcuni aspetti relativi al contenuto del contratto, come l'esistenza (e in tal caso le modalità) o l'inesistenza di un diritto di recesso, la durata minima, la disdetta, le clausole penali, la legge applicabile, la lingua disponibile.

Questa normativa di favore per il consumatore si giustifica con i maggiori rischi cui si espone chi negozia a distanza servizi di natura finanziaria, ma la *ratio* è anche quella di aumentare, con la predisposizione di una adeguata tutela, la fiducia dei consumatori nelle nuove tecniche di commercializzazione, a vantaggio della funzionalità e dello sviluppo del mercato. Si vuole evitare che il potenziale svantaggio informativo, che il consumatore rischia di subire in contrapposizione alla rendita informativa dell'intermediario, costituisca una remora ad avvalersi delle tecniche in parola.

È per questa ragione che il congegno di garanzie ha il proprio perno nelle informazioni preliminari (oltre che nel diritto di recesso di cui all' art. 67-*duodecies*). L'utente deve essere posto nella condizione di valutare con piena consapevolezza il servizio propostogli dal fornitore, in modo da poter scegliere se aderirvi conoscendo tutti i rischi dell'operazione; sulla base di questa conoscenza, della riflessione e dell'elaborazione dei dati ricevuti, effettuerà una scelta consapevole e informata, secondo una visione che riconosce centralità non solo all'autonomia contrat-

tuale delle parti, ma anche alle regole dell'economia dell'informazione<sup>7</sup>.

Questa centralità, della fase precontrattuale, assottiglia la distanza che la separa dalla fase esecutiva vera e propria: l'inadempimento dell'obbligo informativo, che è obbligo tipico della fase precontrattuale, produce conseguenze analoghe alla mancata o inesatta esecuzione di un obbligo contrattuale; ciò porta a concludere che l'interesse del consumatore oggetto di tutela non è un mero interesse negativo a non essere coinvolti in trattative inutili o a non stipulare un contratto invalido, ma è l'interesse a che la controparte adempia esattamente ad un obbligo, quello di informazione, che è entrato a far parte del contenuto contrattuale per espressa previsione di legge.

Le informazioni prescritte hanno carattere generale, e tendono ad assicurare uno standard minimo di tutela; esse valgono quindi per qualsiasi servizio finanziario che sia oggetto di commercializzazione a distanza, mentre i singoli servizi finanziari possono continuare ad essere assoggettati a più specifiche normative di settore che li regolino secondo le caratteristiche di ciascuno di essi. Si tratta di una deroga al principio della massima armonizzazione (in base al quale gli Stati membri non dovrebbero introdurre disposizioni più restrittive), ma è una deroga ammessa dalla stessa direttiva, la quale al considerando 22 chiariva che «gli altri requisiti in materia di informazioni relative ad un determinato servizio, quali la copertura di una polizza assicurativa, non sono precisati unicamente nella presente direttiva. Le informazioni di questo tipo dovrebbero essere fornite in conformità, ove del caso, della pertinente normativa comunitaria o della pertinente legislazione nazionale, adottata conformemente al diritto comunitario».

Le informazioni devono essere comunicate dal fornitore, insieme con tutte le condizioni contrattuali, «in tempo utile» prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta. L'art. 67-*undecies* riprende pedissequamente l'espressione usata dall' art. 3 direttiva 2002/65/CE, che già aveva fatto sorgere il dub-

---

<sup>7</sup> Intesa quale scienza che «si occupa dell'economia delle relazioni contrattuali che hanno luogo in condizioni di conflitto caratterizzate da informazione asimmetrica» (ZILIOTTI, *L'economia dell'informazione*, Bologna, 2001, p. 8).

bio<sup>8</sup> se potesse ritenersi rispettato il requisito del «tempo utile» nel caso di informazioni fornite immediatamente prima della conclusione del contratto, o se invece occorresse un margine di tempo più ampio. Ma va detto che a ciò pone parzialmente rimedio, quanto al Codice del consumo, l'art. 67-*quater*, che sancisce che le informazioni devono essere fornite «nella fase delle trattative e comunque prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta». È ovvio che quella di «tempo utile» è nozione legata alla variabilità delle situazioni concrete, alla natura e complessità del servizio finanziario offerto, al tecnicismo del linguaggio, all'entità del valore economico dell'operazione; la tempistica della comunicazione dovrà quindi essere adeguata a questi fattori concreti.

Le informazioni fungono da nota informativa (analogamente a quella già prevista dalla disciplina dei contratti bancari e assicurativi): devono essere redatte su supporto cartaceo o su altro supporto durevole. Se la comunicazione avviene con modalità diverse dalla consegna del testo scritto, il consumatore ha il diritto, in qualsiasi momento del rapporto contrattuale, di ricevere le condizioni contrattuali su supporto cartaceo (se ciò è compatibile con il contratto concluso o con la natura del servizio finanziario prestato).

Il comma 2 dell'art. 67-*undecies* sancisce che se il contratto a distanza è stato concluso su richiesta del consumatore, utilizzando una tecnica di comunicazione a distanza che non consente di trasmettere le condizioni contrattuali né le informazioni ai sensi del comma 1, il fornitore ottempera all'obbligo di cui al detto comma «subito dopo la conclusione del contratto» stesso. La locuzione «subito dopo» non brilla per precisione, ma soprattutto appare curioso che sia possibile comunicare le condizioni contrattuali e le informazioni preliminari solo dopo la conclusione del contratto, in spregio al principio di buona fede; inoltre appare un non senso imporre comunicazioni attinenti alla fase preliminare, ossia alla fase in cui il contratto ancora non esiste, quando i contraenti hanno già manifestato la loro volontà. Ma in realtà, già con riferimento alla

---

<sup>8</sup> Cfr. WINKLER, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: la direttiva 2002/65/CE*, in *Dir. comm. internaz.*, 2003, p. 546; PARACAMPO, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 409.

direttiva, si era chiarito che la prescrizione andava letta alla luce della norma (art. 3, par. 2, direttiva 2002/65/CE; art. 3, comma 2, d.lgs. n. 190/2005) secondo cui «le informazioni di cui al comma 1 [...]. sono fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata»; sicché la rubrica dell'art. 67-*undecies*, «Comunicazione delle condizioni contrattuali e delle informazioni preliminari», si riferisce alla conferma delle condizioni e delle informazioni medesime. Diversamente, infatti, «non avrebbe senso riferirsi [...] a qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, e poi circoscrivere il mezzo al supporto cartaceo o a un altro supporto durevole: delle due l'una, o si consente di utilizzare qualsiasi mezzo, purché adeguato, o si impone l'utilizzo di un supporto cartaceo o comunque durevole»<sup>9</sup>. Le due disposizioni vanno allora lette nel senso che il fornitore, il quale avrà dato le informazioni in modo chiaro e comprensibile servendosi di qualsiasi mezzo adeguato alla comunicazione a distanza, dovrà altresì confermarle comunicandole su supporto cartaceo o altro supporto durevole prima della conclusione del contratto, o, appunto, «subito dopo la conclusione del contratto a distanza, se quest'ultimo è stato concluso su richiesta del consumatore utilizzando una tecnica di comunicazione a distanza che non consente di trasmettere le condizioni contrattuali né le informazioni».

### 3. *La violazione degli obblighi informativi*

La violazione della normativa in commento è soggetta a misure sanzionatorie particolarmente severe, in ottemperanza alla direttiva che invita ogni Stato ad assicurare la previsione di sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive». L'effettività e la capacità dissuasiva sono obiettivi raggiungibili prevedendo a carico del fornitore, che violi le prescrizioni di legge, svantaggi superiori ai vantaggi che potrebbero ricavare grazie alla trasgressione; nel contempo, occor-

---

<sup>9</sup> IADEVAIA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in IURILLI (a cura di), *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, 2005, p. 435.



re però che sia rispettato il criterio di proporzionalità della sanzione all'infrazione, e quindi che le sanzioni raggiungano il fine per il quale sono inflitte senza oltrepassarlo. Nel rispetto di questi principi, la direttiva ha lasciato agli Stati membri ampia discrezionalità.

Il legislatore nazionale ha innanzi tutto determinato, al comma 1 dell'art. 67-*septies decies* (rubricato «Sanzioni»), le sanzioni amministrative: salvo che il fatto costituisca reato, il fornitore è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro cinquemila a euro cinquantamila: *a*) se contravviene alle norme di cui al presente decreto; *b*) se ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore; *c*) se non rimborsa al consumatore le somme eventualmente pagate dal consumatore. La sanzione si applica a ciascuna delle tre violazioni menzionate. Il comma 2 aggiunge che i predetti limiti minimo e massimo della sanzione sono raddoppiati nei casi di particolare gravità o di recidiva, nonché nell'ipotesi in cui le Autorità di vigilanza ordinano ai soggetti vigilati la cessazione della pratica illecita o ne vietano l'inizio. Il comma 3, poi, attribuisce alle autorità di vigilanza dei settori bancario, assicurativo, finanziario e della previdenza complementare, la competenza, ciascuna nel proprio ambito, ad accertare le violazioni del decreto e ad infliggere le relative sanzioni, che sono irrogate secondo le procedure rispettivamente applicabili in ciascun settore.

Le vere novità introdotte riguardano, però, le conseguenze sul piano civilistico dell'inadempimento degli obblighi di informativa precontrattuale e la sanzione dei comportamenti ostruzionistici del fornitore, tesi ad ostacolare l'esercizio del diritto di recesso del consumatore<sup>10</sup>.

Precisamente, il n. 4 della norma stabilisce che il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore (ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero) viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.

---

<sup>10</sup> Su quest'ultimo punto, v. SANGIOVANNI, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contratti*, 2009, p. 411.

È, questa, una delle novità di maggior pregnanza: le conseguenze della omissione di informazioni non sono circoscritte alla responsabilità precontrattuale, ma consistono nella nullità del contratto.

4. *La nullità speciale introdotta dall'art. 67-septies decies Cod. consumo*

La rilevanza e la specificità della fattispecie della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari si comprendono dalla lettura del cit. art. 67-*septies decies* Cod. consumo, con la cui introduzione, per la prima volta, è il legislatore a prendere posizione in materia, sposando la tesi della nullità del contratto per violazione dell'obbligo di informativa precontrattuale.

Come visto (cap. I, par. 4), un intervento delle Sezioni unite, richiamando la distinzione fra norme di validità e norme di comportamento, aveva fissato i limiti di applicabilità della nullità virtuale di cui al comma 1 dell'art. 1418 c.c.: a meno che la violazione dei doveri di comportamento non incida «sulla struttura o sul contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti», il rimedio non sarà la nullità del contratto. La Corte contesta la tendenza ad emancipare la tutela del risparmiatore dai principi di diritto comune ed a svincolarla dalla distinzione civilistica fra norme di comportamento e norme di validità; infatti, non sussistono sufficienti indici normativi che riconducano i doveri d'informazione alle regole di validità degli atti.

Nelle stesse pronunce a sezioni unite citate *supra* non manca un breve riferimento anche alla commercializzazione a distanza, ma proprio al fine di chiarire che la relativa disciplina costituisce eccezione alla regola generale secondo cui la violazione dei doveri informativi non comporta nullità del contratto.

La scelta italiana (peraltro non imposta dalla direttiva) adottata per la specifica materia della commercializzazione a distanza è stata nel senso di tutelare in massimo grado un particolare *genus* di consumatore: il risparmiatore che si avvale di tecniche di comunicazione a distanza. Gli si è voluto garantire che la controparte non possa approfittare di una rendita informativa: per rendersi conto di questo

*favor*, basti riflettere sulla rigidità della disciplina della nullità, sulla sua indisponibilità, sull'imprescrittibilità dell'azione, tutte caratteristiche che «appaiono a prima lettura costituire un baluardo insormontabile e ben difficile da aggirare ove si pensi all'inammissibilità di rinunce preventive e comunque al meccanismo di chiusura contro ogni altro mezzo utilizzabile, costituito dalla nullità in frode alla legge»<sup>11</sup>. Si è autorevolmente osservato, inoltre, che «per l'attore è enormemente più agevole e sicuro perseguire, e per il giudice è meno faticoso emettere, una condanna a restituire una somma già predefinita, piuttosto che risarcire una somma ancora da definire (e magari di definizione problematica)».

Si materializza, così, l'intuizione di Akerlof sul ruolo condizionante, nel funzionamento di un mercato concorrenziale, dell'asimmetria informativa tra acquirenti e venditori<sup>12</sup>: nella prospettiva della speciale normativa in esame, il processo informativo non solo diventa il "cuore del contratto", ma anche della sua patologia, se la stipula avviene in condizioni di asimmetria informativa<sup>13</sup>.

In un ambito contrattuale che si caratterizza per la totale assenza di un contatto fisico fra i contraenti, la falsa rappresentazione delle caratteristiche del contratto, riconducibile all'inadeguatezza delle informazioni fornite dall'intermediario, mina alla base la stessa riconoscibilità dell'esistenza di un accordo ai sensi dell'art. 1325 c.c.

Questo rilievo, peculiare rispetto agli altri ambiti contrattuali, è tale da provocare la sostituzione, alla normale sanzione riferita all'atto nei casi di falsa rappresentazione della realtà (l'annullabilità), ed alla normale sanzione riferita al rapporto nei casi di inesatto adempimento della controparte (la risoluzione), l'eccezionale sanzione della nullità.

---

<sup>11</sup> SICCHIERO, *Nullità per inadempimento*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 376. Cfr., specificamente, SANGIOVANNI, *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1469.

<sup>12</sup> Il riferimento è alla celebre teoria, fondata sull'esempio delle automobili usate, di AKERLOF, *The market for lemons. Quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 84.

<sup>13</sup> E. BOCCHINI, *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, 2001, p. 98 s., applica il principio, sotto l'aspetto dell'informazione, alle materie dei prodotti finanziari, dei contratti di impresa e dei titoli di credito.

Dunque, il risparmiatore, che invoca la nullità di un contratto di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, può limitarsi ad allegare (senza doverne dare la prova) il mancato rispetto dei doveri informativi incombenti sul fornitore, e sarà quest'ultimo a dover dimostrare, *ex art. 67-vicies semel*, lett. a), di aver diligentemente adempiuto ai propri obblighi.

Il consumatore dovrà tuttavia fornire la prova che la violazione degli obblighi di informativa precontrattuale è stata tale «da alterare in modo significativo la rappresentazione» delle caratteristiche del contratto (o del servizio). Si attua, in tal modo, un'allocazione ottimale delle risorse nel senso paretiano che può essere letta come fattore giuridico di simmetria informativa a tutela dell'interesse debole.

Si vedrà in futuro se questa presa di posizione del legislatore possa avere effetti, e quali, anche sulla questione delle conseguenze della violazione degli obblighi informativi nella prestazione tradizionale di servizi finanziari, ossia quella che avviene "non a distanza": infatti, potrebbe sostenersi che la novità introdotta dal Codice di consumo costituisca una conferma del precedente orientamento giurisprudenziale favorevole alla nullità del contratto, e che quindi rafforzi quella soluzione (paradossalmente, proprio in una fase in cui la giurisprudenza la abbandona per recuperare il rimedio della risoluzione del contratto, rimettendo ordine tra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità). Pare più ragionevole ritenere, però, aderendo al pensiero delle Sezioni Unite, che proprio la circostanza che il legislatore abbia sentito il bisogno di sancire espressamente la nullità del contratto inerente i servizi negoziati a distanza valga a ribadire che la nullità scaturente da vizi del comportamento, e quindi inerente alla fase funzionale del rapporto, è nel nostro ordinamento una eccezione e non può essere generalizzata ed estesa alle ipotesi in cui non sia espressamente prevista. Infatti, quando dalla violazione di una norma di comportamento viene fatta discendere, anche se la sua violazione non incide sulla struttura del contratto o sul suo contenuto, la nullità del contratto<sup>14</sup>, si tratta di nullità te-

---

<sup>14</sup> In tema: DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, p.

stuali *ex* comma 3, art. 1418 c.c., mentre la nullità virtuale di cui al comma 1 norma cit. può essere invocata soltanto per la violazione di una norma che attenga alla struttura o al contenuto del contratto<sup>15</sup>.

Dal *grado di conoscenza* del risparmiatore dipende la stessa validità del contratto. Principale preoccupazione della disciplina in esame è garantire un'articolazione del sinallagma fondata su condizioni di parità informativa: l'informazione affianca il mercato e la regola giuridica per comporre, con essi, una stessa realtà socio-economica e, quindi, giuridica<sup>16</sup>.

Alla nullità di cui all'art. 67-*septies decies* è posta una condizione: la violazione, da parte del fornitore, degli obblighi di informativa precontrattuale, deve essere tale da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto.

In verità, non è certo che le caratteristiche cui allude la norma riguardino il contratto, ed infatti non manca chi ritiene che il riferimento sia piuttosto al servizio finanziario, con la conseguenza che soltanto la violazione delle prescrizioni impartite dall'art. 67-*sexies* (inerente, appunto, alle informazioni relative al servizio finanziario) «potrebbe condurre alla nullità del contratto, posto che soltanto la mancanza o l'inesattezza delle informazioni ivi contemplate potrebbe rivelarsi idonea ad "alterare la rappresentazione" delle caratteristiche del servizio finanziario»<sup>17</sup>. Non è chiaro, poi, se l'attitudine della violazione degli obblighi ad alterare la rappresentazione delle caratteristiche (del contratto o, secondo l'altra tesi, del servizio fi-

---

1282; AMBROSOLI, *Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni*, in *Contratti*, 2005, p. 1085; SICCHIERO, *Nullità per inadempimento*, cit., p. 369; MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 950 ss.

<sup>15</sup> GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, cit., p. 10, il quale evidenzia come, sotto questo aspetto, la sentenza delle Sezioni unite assuma una importanza che va oltre il tema specifico dell'intermediazione finanziaria, ed offra un contributo alla teoria generale del contratto.

<sup>16</sup> E. BOCCHINI, *In principio erano le informazioni*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 35. Per un'applicazione pratica di quest'idea al problema della sostituzione giuridica dell'imprenditore, v., dello stesso a., *Sostituzione giuridica nell'attività d'impresa e asimmetria informativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 341.

<sup>17</sup> DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 273.

nanziario) vada valutata in astratto (ossia avendo a mente un consumatore medio) oppure in concreto (e cioè con riguardo al concreto consumatore interessato nell'ipotesi considerata).

La nullità prevista dalla normativa in commento è una nullità relativa, azionabile dal solo consumatore (comma 5, art. 67-*septies decies*), come tutte le nullità di protezione: se non si fosse derogato alla regola di cui all'art. 1421 c.c., la nullità avrebbe potuto essere azionata anche dal fornitore a danno del consumatore. Tuttavia essa è, in considerazione della irrinunciabilità dei diritti riconosciuti al consumatore dall'art. 67-*octies decies*, anche rilevabile d'ufficio dal giudice<sup>18</sup>.

Dalla dichiarazione di nullità consegue, come per tutte le ipotesi di nullità, il sorgere delle obbligazioni restitutorie a carico delle parti.

È comunque salvo, in concorso col rimedio della nullità, il diritto del consumatore al risarcimento del danno. In tal modo, assume un ruolo essenziale il principio di responsabilità informativa: a minor trasparenza e simmetria informativa deve corrispondere maggiore responsabilità.

L'obbligazione restitutoria non sorge, però, a carico del consumatore, nei contratti di assicurazione: è infatti precisato (con previsione analoga a quella dettata per gli effetti del recesso dal comma 5 dell'art. 67-*ter decies*) che il fornitore non può ripetere gli indennizzi e le somme che abbia eventualmente corrisposto agli assicurati e agli altri aventi diritto a prestazioni assicurative. Inoltre, l'impresa assicuratrice è tenuta alla restituzione dei premi pagati e deve adempiere alle obbligazioni sorte a suo carico nel periodo in cui il contratto abbia avuto esecuzione.

---

<sup>18</sup> Tra i primi commentatori, v'è chi, dalle caratteristiche dell'azione, ha dedotto che la nullità in parola non solo è distante dalla costruzione generale di cui agli artt. 1421 ss. c.c., ma ha anche poco a che vedere con le nullità c.d. di protezione che caratterizzano la legislazione posta in favore del consumatore (v. art. 36 c. cons.): si tratterebbe, per contro, «di una forma del tutto particolare di impugnazione (a nostro avviso: stragiudiziale) del contratto, dotata di una sua specifica identità e di una peculiare disciplina» (DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE [Seconda parte]*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 393).

### 5. *L'onere della prova*

Il comma 1 dell'art. 67-*vicies semel* attua una inversione dell'onere probatorio, che grava interamente sul fornitore, il quale deve provare: *a)* l'adempimento agli obblighi di informazione; *b)* la prestazione del consenso del consumatore alla conclusione del contratto; *c)* l'esecuzione del contratto; *d)* la responsabilità per l'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto.

Particolare importanza assume la statuizione di cui alla lett. *d)*, che sembrerebbe porre a carico del fornitore anche l'onere di provare la responsabilità per inadempimento del consumatore; il che lascia prevedere che i fornitori cercheranno di porvi rimedio attraverso la tecnica contrattuale, peraltro limitata fortemente dalla presunzione di vessatorietà delle clausole di modifica e dalla nullità che affetta le clausole che alterano i diritti dell'utente non professionale.

Quanto alla responsabilità del fornitore, la regola esclude che spetti al consumatore dimostrare la colpa della controparte, giacché l'inadempimento coincide con la mancanza di diligenza; spetterà, semmai, al fornitore provare di aver agito con la diligenza dovuta. Con la conseguenza che il consumatore non dovrà provare l'esistenza di un nesso causale tra inadempimento e danno.

La tutela endoprocessuale del consumatore attuata attraverso l'inversione dell'onere probatorio non è una novità, essendo già stata prevista nel t.u.f. (art. 23, comma 6, e art. 143, comma 3).

Le regole dettate dall'art. 67-*vicies semel* devono ritenersi applicabili sia ai giudizi individuali promossi dai singoli consumatori, sia ai giudizi collettivi promossi dalle associazioni dei consumatori (v. art. 140 c. cons.), sia alle procedure di risoluzione estragiudiziale delle controversie (v. art. 67-*vicies*), sia, infine, ai procedimenti amministrativi di competenza delle autorità di vigilanza dei settori bancario, assicurativo, finanziario e della previdenza complementare.

Il comma 2 dell'art. 67-*vicies semel* sancisce la presunzione di vessatorietà per le clausole che abbiano per effetto l'inversione o la modifica dell'onere della prova di cui al comma 1.

Detto capoverso, nella versione originaria che era stata introdotta dal decreto di attuazione d.lgs. 190/2005, art. 20, faceva riferimento al codice civile per la disciplina delle clausole vessatorie:

come noto, si tratta di disposizioni oramai confluite nel Codice del consumo. Inoltre, non parlava di presuntiva vessatorietà, ma di una presunzione di “abusività”. Si era però osservato<sup>19</sup> che la disposizione in parola, così come formulata, era inutile, perché la presunzione di abusività già era imposta dall’art. 33, comma 2, lett *t*), c. cons., secondo cui «Si presumono vessatorie le clausole che hanno per oggetto o per effetto di stabilire a carico del consumatore inversioni o modificazioni dell’onere della prova». Questa ripetizione si spiegava col fatto che il legislatore nazionale aveva, sul punto, attuato in maniera errata la direttiva, la quale imponeva agli Stati membri di qualificare le clausole in questione non come “presuntivamente abusive”, bensì come “senz’altro abusive”. L’errata formulazione della norma in commento non impediva però di considerare le clausole enunciate quali clausole radicalmente nulle (e non soltanto presuntivamente abusive) facendo valere il disposto dell’art. 17, d.lgs. n. 190/2005 (oggi art. 67-*octies decies* del Codice di consumo), che al comma 1 sanzionava appunto con la nullità «ogni pattuizione che abbia l’effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dalle disposizioni del presente decreto». Quell’originario richiamo dell’art. 1469 *bis*, comma 3, n. 18, c.c., ad ogni modo, andava senz’altro inteso come fatto all’art. 33 c. Cons.

La situazione è cambiata a seguito del d.lgs. 221/2007, che nel trasporre il contenuto del decreto di attuazione (contestualmente abrogato) nel Codice di consumo, ha opportunamente modificato questa parte della norma, in modo che il riferimento non sia più all’art. 1469 *bis* c.c., bensì, appunto, all’art. 33, comma 2, lettera *t*) del Codice medesimo.

Si tratta di una presunzione relativa di vessatorietà della clausola che inverte o modifica l’onere probatorio, sicché la clausola sarà valida se si fornisce la prova, *ex art.* 34, comma 4, c. cons., che essa è stata oggetto di trattativa individuale<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE* (Seconda parte), cit., p. 395.

<sup>20</sup> BARBA, *sub art.* 20, d.lgs. 19.8.2005, n. 190, in AA.VV., *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2006, p. 883.





## CAPITOLO VI

### LA NULLITÀ SANZIONATORIA

SOMMARIO: 1. Il compenso dei professionisti non iscritti all'albo. – 1.1. Impossibilità, per il professionista, di rivalersi per mezzo dei rimedi restitutori. – 1.2. I casi particolari dell'agente di commercio e del mediatore. – 1.3. La responsabilità del professionista non iscritto. – 2. Le prestazioni *ob turpem causam*. Nozione di buon costume. – 2.1. La *ratio* della irripetibilità della prestazione immorale. – 2.2. La legittimazione del *solvens* alla *rei vindictio*. – 2.3. Inapplicabilità della regola *ex art. 2035 c.c.* alle fattispecie non immorali, ma illecite per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico. – 2.4. Il problema della applicabilità della regola *ex art. 2035 c.c.* nei casi di negozi sia immorali per contrarietà al buon costume sia illegali per contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative. – 2.5. Inesperibilità dell'azione di arricchimento ingiustificato. – 2.6. Brevi cenni sulle obbligazioni restitutorie derivanti da reato.

#### 1. *Il compenso dei professionisti non iscritti all'albo*

L'art. 2231 c.c. esclude il diritto al compenso per le prestazioni esecutive di contratti conclusi con professionisti non iscritti in un albo o elenco, se l'iscrizione era prescritta dalla legge<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass., 4 maggio 1994, n. 4330, in *Mass. Giust. civ.*, 1994, p. 609 ed in *Riv. arbitrato*, 1994, p. 499, con nota di LUIO: «l'art. 2231 c.c., per il suo carattere cogente ed inderogabile, trova applicazione anche negli arbitrati di equità, giacché gli arbitri, se pure debbono giudicare in conformità di questa e non dello stretto diritto, hanno comunque il dovere di osservare le norme di ordine pubblico, dettate in vista di interessi generali e non derogabili dalla volontà delle parti». Cfr. la recente

L'albo professionale risponde ad una funzione di interesse generale: per suo tramite le associazioni di categoria svolgono una verifica deontologica dei requisiti di professionalità dei loro iscritti, a garanzia dell'intera categoria professionale (sebbene di ciò si avvantaggino, anche, i futuri contraenti)<sup>2</sup>.

Ha funzione, inoltre, di garanzia per i fruitori delle prestazioni professionali, dovendosi peraltro distinguere a seconda che si abbia riguardo alle prestazioni esclusive o a quelle non esclusive dei professionisti protetti: «per le prime l'iscrizione all'albo professionale, con ciò che sta a monte di esso, ubbidisce ad una esigenza di ordine generale: non è solo una garanzia, per il fruitore, di buona qualità della prestazione; è anche una garanzia, per l'intera collettività, di buon funzionamento del settore sociale di pertinenza»<sup>3</sup>. Per le prestazioni non esclusive, invece, vale a dire per quelle prestazioni che possono essere offerte anche dai non iscritti all'albo professionale, l'iscrizione «vale ad accreditare il professionista di fronte al potenziale fruitore, ponendo in una condizione di vantaggio rispetto al prestatore di analoghi servizi non iscritto» in considerazione della maggiore fiducia riposta dal cliente rispetto ad un professionista iscritto, in virtù del *curriculum* che quella iscrizione presuppone. Nel contempo, «viene soddisfatto l'interesse corporativo del professionista iscritto, il quale sa di potere contare sul sostegno e sulla prestazione che gli vengono offerti dall'ordine professionale come entità organizzata, dotata di capacità di influire sulle decisioni degli organi di governo del Paese»<sup>4</sup>.

Perché l'art. 2231 trovi applicazione, le prestazioni eseguite dal professionista non iscritto, al di là della qualificazione datane dalle parti, devono costituire attività riservata in via esclusiva agli iscritti negli albi professionali. È poi evidente che la sanzione colpisce anche il professionista che, pur regolarmente iscritto, svolga in settori estranei alla propria categoria attività che la legge prescrive siano

---

Cass., 28 maggio 2021, n. 15004; nonché Cass., 28 maggio 2018, n. 13342 (entrambe in [www.dejure.it](http://www.dejure.it)).

<sup>2</sup> GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette, premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 536.

<sup>3</sup> GALGANO, *ult. op. cit.*, p. 20.

<sup>4</sup> GALGANO, *ult. op. cit.*, p. 20.

esercitate esclusivamente da professionisti iscritti in albi professionali diversi<sup>5</sup>. Per converso, se l'iscrizione obbligatoria non è prevista, non ha alcun rilievo che trattasi di attività normalmente svolta da professionisti iscritti<sup>6</sup>.

Particolarmente incisiva, in proposito, è la già cennata distinzione<sup>7</sup> fra prestazioni esclusive o tipiche da un lato e prestazioni non esclusive o atipiche dall'altro: le prime sono riservate agli iscritti all'albo, le seconde, sebbene normalmente eseguite da iscritti all'albo, possono essere fornite anche dai non iscritti. Significativo è l'esempio della consulenza legale stragiudiziale: «è valido il contratto di opera intellettuale avente ad oggetto consulenza legale extragiudiziale, stipulato con soggetto non iscritto al locale albo, non riferendosi ad attività che la legge prescrive siano poste in essere esclusivamente da professionisti abilitati all'esercizio di attività professionale; ne consegue che la relativa prestazione contrattuale è lecita e va retribuita pur non potendosi al compenso applicare obbligatoriamente la tariffa professionale»<sup>8</sup>. Infatti, «la prestazione di opere intellettuali nell'ambito dell'assistenza legale è riservata agli iscritti negli albi forensi solo nei limiti della rappresentanza, assistenza e difesa delle parti in giudizio e, comunque, di diretta collaborazione con il giudice nell'ambito del processo. Al di fuori di tali limiti, l'attività di assistenza e consulenza legale non può considerarsi riservata agli iscritti negli albi professionali e conseguentemente non rientra nella previsione dell'art. 2231 c.c.»<sup>9</sup>.

Può accadere che oggetto del contratto sia l'incarico professionale conferito congiuntamente a due diversi professionisti, soltanto uno dei quali non iscritto nell'albo. In tal caso la nullità che colpisce

---

<sup>5</sup> Sul piano processuale, si è stabilito che qualora il diritto del professionista al compenso, fatto valere in via monitoria, venga contestato dal cliente, con opposizione alla ingiunzione, in relazione al requisito della riconducibilità dell'attività espletata fra quelle alle quali il professionista medesimo è abilitato, incombe a carico di quest'ultimo, in quanto attore in senso sostanziale, di fornire la relativa prova (Cass., 25 maggio 1984, n. 3232, in *Mass. Giust. civ.*, 1984).

<sup>6</sup> Cass., 18 luglio 1991, n. 8000, in *Mass. Giust. civ.*, 1991.

<sup>7</sup> GALGANO, *ult. op. cit.*, p. 20 e p. 4.

<sup>8</sup> Cass., 7 luglio 1987, n. 5906, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1988, I, p. 338 ed in *Mass. Giust. civ.*, 1987.

<sup>9</sup> Cass., 8 agosto 1997, n. 7359, in *Rass. forense*, 1998, p. 145.

la pattuizione del compenso, convenuto unitariamente, nei confronti del professionista non iscritto, influisce negativamente anche sulla retribuzione dell'altro soltanto se il committente provi, secondo la regola dell'art. 1419 c.c., che egli non avrebbe concluso il contratto senza quella parte che è colpita da nullità, riguardante l'obbligazione del professionista non iscritto<sup>10</sup>.

L'ambito operativo dell'art. 2231 c.c. è circoscritto al contratto d'opera professionale e non è estensibile al contratto di lavoro subordinato<sup>11</sup>. Si tratta di una peculiare sanzione contro il non iscritto all'albo che esercita un'attività intellettuale protetta: è, precisamente, una sanzione civile indiretta<sup>12</sup>.

Parimenti, e inversamente, non si applica al lavoratore autonomo non iscritto all'albo la tutela della prestazione lavorativa di fatto sancita all'art. 2126 c.c., la quale opera esclusivamente per le prestazioni di lavoro subordinato (e, al massimo, parasubordinato)<sup>13</sup>: è quanto si desume, oltre che dai lavori preparatori del codice del 1942, dalla collocazione della norma all'interno del titolo relativo al lavoro nell'impresa. Il diritto alla retribuzione deve essere ricono-

<sup>10</sup> Cass., 28 aprile 1988, n. 3214, in *Mass. Giust. civ.*, 1988; Cass., 7 maggio 1980, n. 3012, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2736.

<sup>11</sup> Cfr., ad es., per un caso di nullità di un contratto di lavoro giornalistico, Cass., sez. lav., 6 aprile 1990, n. 2890, in *Mass. Giust. civ.*, 1990.

<sup>12</sup> Così GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette, premesse generali*, cit., p. 536: «il prestatore d'opera intellettuale non ha azione per il compenso, e questa è una sanzione prevista a tutela di interessi che non sono certo particolari. Ecco perché è una sanzione, ossia una misura punitiva: non è posta a tutela dell'interesse del cliente, ma a tutela di interessi generali, se si vuole di interessi corporativi, degli interessi della categoria professionale, che l'ordinamento giuridico mostra di avere fatto propri. Certo, chi si trova nella condizione di avere fruito di una prestazione professionale senza doverla pagare ne ritrae un vantaggio, ma la norma non è diretta a soddisfare un suo interesse. Dunque, sanzione civile, che colpisce nel patrimonio il soggetto, ma vera e propria sanzione, con la funzione tipica della sanzione, quale misura afflittiva volta a garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico».

<sup>13</sup> Cfr. DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970; ID., *Sulla "inefficacia dell'invalidità" del contratto di lavoro (art. 2126, comma 1°, c.c.)*, in *Studi in onore di Santoro Passarelli*, V, Napoli, 1972, p. 272; ZAGO-GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Padova, 1964; FEDELE, *Invalidità del contratto di lavoro e prestazione di fatto del lavoro*, in *Dir. economia*, 1958, p. 136 ss.; CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 321; MONTECALVO, *Applicabilità dell'art. 2126 c.c. nei casi di prestazione di fatto di lavoro non subordinato*, in *Giur. it.*, 1986, IV, c. 366.

sciuto anche al professionista intellettuale non iscritto all'albo solo se ha svolto la propria attività professionale (di fatto) *alle dipendenze altrui*: in questo caso l'art. 2126 prevale sull'art. 2231 c.c. per effetto del rinvio operato dal comma 1 dell'art. 2238 c.c., secondo cui «se l'esercizio della professione costituisce elemento di un'attività organizzata in forma d'impresa, si applicano anche le disposizioni del Titolo II». Qui la posizione di inferiorità in cui versa il lavoratore ed il correlativo potere di controllo del datore di lavoro fanno riemergere, al di là della concreta qualifica professionale, le esigenze di tutela su cui si fonda la regola dell'art. 2126 c.c.

Un caso frequente di esercizio abusivo della professione è sicuramente quello dell'effettuazione di prestazioni riservate agli esercenti la professione sanitaria iscritti negli albi professionali dei medici chirurghi e odontoiatri, da parte di odontotecnici non iscritti ad alcuno di questi albi. In questi casi si ha la «nullità assoluta, rilevabile d'ufficio, del rapporto contrattuale intercorso tra professionista e cliente, con conseguente venir meno del diritto del professionista alla retribuzione ed il sorgere del diritto del cliente a ripetere quanto già corrisposto»<sup>14</sup>.

Oppure, il caso del geometra che abbia esercitato attività riservate agli iscritti all'albo degli ingegneri ed architetti<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Cass., 16 ottobre 1995, n. 10769, in *Giust. civ.*, 1996, I, 66, ed in *Rass. amm. sanità*, 1995, p. 417.

<sup>15</sup> Cfr. Cass., 22 giugno 1982, n. 3794, in *Riv. giur. edilizia*, 1983, I, p. 239. Gli esempi sono numerosi: essendosi ritenuto che la progettazione di un impianto di illuminazione pubblica sul territorio comunale non rientri tra le attribuzioni professionali dei geometri (quali sono indicate tassativamente dall'art. 16 r.d. 11 febbraio 1929, n. 274), ma fra quelle degli ingegneri ed architetti, si è negato il diritto a compenso per l'opera prestata al geometra che aveva espletato siffatto incarico commessogli da un comune (Cass., 5 novembre 1992, n. 11994, in *Giust. civ. Mass.*, 1992). Cass., 7 maggio 1987, n. 4231, in *Giust. civ. Mass.*, 1987, ha sancito: «allorquando un soggetto agisce per ottenere il pagamento del compenso per la prestazione, a favore della controparte, di assistenza tecnico-amministrativa, rientrante nell'ambito delle attività riservate per legge agli iscritti nell'albo dei ragionieri, incombe su di lui l'onere – trattandosi di un presupposto condizionante l'accoglimento della domanda – di produrre in giudizio il certificato di iscrizione in detto albo; né l'esistenza di tale presupposto può essere desunta dall'iscrizione del professionista nel distinto albo dei revisori ufficiali dei conti, la cui equipollenza con l'albo dei ragionieri è soltanto ipotetica, essendo prevista, sia pure in via eccezionale, la possibilità di iscrizione in esso a prescindere da quella nel correlativo albo professionale».

Ovviamente deve essere certo, perché l'art. 2231 trovi applicazione, che le prestazioni eseguite dal professionista non iscritto, al di là della qualificazione datane dalle parti, costituiscano attività riservata in esclusiva agli iscritti negli albi professionali<sup>16</sup>.

L'art. 2231 c.c., per il suo carattere cogente ed inderogabile, trova applicazione anche negli arbitrati di equità, giacché gli arbitri, se pure debbono giudicare in conformità di questa e non dello stretto diritto, hanno comunque il dovere di osservare le norme di ordine pubblico, e cioè quelle dettate in vista d'interessi generali, non derogabili dalla volontà delle parti<sup>17</sup>.

Nel caso che l'incarico professionale sia stato conferito congiuntamente a due diversi professionisti, uno dei quali non iscritto nell'albo, la nullità che colpisce la pattuizione del compenso, convenuto unitariamente, nei confronti del professionista non iscritto, influisce negativamente anche sulla retribuzione dell'altro soltanto se il committente provi, secondo la norma dell'art. 1419 c.c., che egli non avrebbe concluso il contratto senza quella parte che è colpita da nullità, riguardante l'obbligazione del professionista non iscritto<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. ad esempio, Cass., 8 agosto 1997, n. 7359, in *Rass. forense*, 1998, p. 145: «la prestazione di opere intellettuali nell'ambito dell'assistenza legale è riservata agli iscritti negli albi forensi solo nei limiti della rappresentanza, assistenza e difesa delle parti in giudizio e, comunque, di diretta collaborazione con il giudice nell'ambito del processo. Al di fuori di tali limiti, l'attività di assistenza e consulenza legale non può considerarsi riservata agli iscritti negli albi professionali e conseguentemente non rientra nella previsione dell'art. 2231 c.c. e dà diritto a compenso a favore di colui che la esercita». Ancora più chiara è Cass., 7 luglio 1987, n. 5906, in *Giust. civ. Mass.*, 1987: «l'invalidità dei contratti aventi ad oggetto prestazioni di opera intellettuale, per difetto di iscrizione del professionista all'albo, si riferisce soltanto alle attività che la legge prescrive siano poste in essere esclusivamente da professionisti abilitati all'esercizio professionale, mentre per ogni altra attività, anche se abitualmente svolta da professionisti iscritti in albi speciali e anche se la relativa tariffa venga indicata in un'apposita e valutata con un particolare compenso, vige in Italia la regola generale della libertà per ogni soggetto, residente o non residente, di svolgere la propria attività lavorativa. Pertanto, nel caso di consulenza legale extragiudiziale svolta in Italia da soggetto, anche straniero, non iscritto all'albo professionale forense, la prestazione contrattuale è pienamente lecita e va retribuita, senza che per il compenso possa applicarsi obbligatoriamente la tariffa professionale».

<sup>17</sup> Cass., 4 maggio 1994, n. 4330, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, e in *Riv. arbitra-*  
*to*, 1994, p. 499, con nota di LUISO.

<sup>18</sup> Cass., 28 aprile 1988, n. 3214, in *Giust. civ. Mass.*, 1988; Cass., 7 maggio 1980, n. 3012, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 2736.

La sanzione *ex art* 2231 c.c. colpisce anche il professionista che, pur regolarmente iscritto all'albo professionale, svolge in settori estranei alla propria categoria attività che la legge prescrive siano poste in essere esclusivamente da professionisti iscritti in albi professionali diversi; ma la norma, al contrario, non può essere applicata nell'ipotesi di attività per le quali l'abilitazione non sia prevista, non rilevando la circostanza che trattasi di attività normalmente svolte da professionisti iscritti<sup>19</sup>.

Sul piano processuale, si è stabilito che qualora il diritto del professionista al compenso, fatto valere in via monitoria, venga contestato dal cliente, con opposizione alla ingiunzione, in relazione al requisito della riconducibilità dell'attività espletata fra quelle alle quali il professionista medesimo è abilitato, incombe a carico di quest'ultimo, in quanto attore in senso sostanziale, di fornire la relativa prova<sup>20</sup>.

Quanto all'ambito operativo, l'art. 2231 c.c. è dettato esclusivamente per il contratto d'opera professionale e non anche per quello di lavoro subordinato<sup>21</sup>, trattandosi di una peculiare sanzione contro il non iscritto all'albo che esercita un'attività intellettuale protetta: è, precisamente, una sanzione civile indiretta<sup>22</sup>.

Il contratto è nullo *ex art.* 1418 c.c. perché contrario ad una norma imperativa, l'art. 2231 c.c. appunto, ma mentre questa nullità produce la *denegatio actionis* per il professionista, il diritto di ripetere resta salvo per il cliente che abbia già corrisposto il prezzo della prestazione<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Cass., 18 luglio 1991, n. 8000, in *Giust. civ. Mass.*, 1991.

<sup>20</sup> Cass., 25 maggio 1984, n. 3232, in *Giust. civ. Mass.*, 1984.

<sup>21</sup> Cfr., ad es., per un caso di nullità di un contratto di lavoro giornalistico, Cass., sez. lav., 6 aprile 1990, n. 2890, in *Giust. civ. Mass.*, 1990.

<sup>22</sup> Così GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette, premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 536: «il prestatore d'opera intellettuale non ha azione per il compenso, e questa è una sanzione prevista a tutela di interessi che non sono certo particolari. Ecco perché è una sanzione, ossia una misura punitiva: non è posta a tutela dell'interesse del cliente, ma a tutela di interessi generali, se si vuole di interessi corporativi, degli interessi della categoria professionale, che l'ordinamento giuridico mostra di avere fatto propri. Certo, chi si trova nella condizione di avere fruito di una prestazione professionale senza doverla pagare ne ritrae un vantaggio, ma la norma non è diretta a soddisfare un suo interesse. Dunque, sanzione civile, che colpisce nel patrimonio il soggetto, ma vera e propria sanzione, con la funzione tipica della sanzione, quale misura afflittiva volta a garantire l'effettività dell'ordinamento giuridico».

<sup>23</sup> Cfr. Trib. Milano, 16 maggio 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 737.



1.1. *Impossibilità, per il professionista, di rivalersi per mezzo dei rimedi restitutori*

È indubbio che in questi casi si assista ad un fenomeno di arricchimento-impovertimento tra essi correlati: il professionista si impoverisce per effetto dell'esecuzione di una prestazione che arricchisce il cliente e rimane priva di corrispettivo. Può allora comprendersi perché siano numerosi i casi nei quali il professionista, impedito al conseguimento del pagamento dall'art. 2231 c.c., tenti di rivalersi per altra via, e cioè per mezzo dell'art. 2041 c.c.

Il problema è complicato dal fatto che l'art. 348 del codice penale prescrive che «chiunque esercita abusivamente una professione, per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con una multa da lire duecentomila a lire un milione». La sanzione penale potrebbe connotare di illiceità la prestazione professionale: alla nullità per illiceità conseguirebbe la ripetibilità della prestazione.

In proposito va però notato che la norma penale si applica, precisamente, a differenza di quella civile, non per effetto dell'esercizio professionale senza previa iscrizione all'albo, bensì come conseguenza dell'esercizio professionale in assenza di abilitazione. L'abilitazione conseguita mediante esame di Stato, è presupposto per iscriversi all'albo; ma il comportamento di chi esegue la prestazione in assenza di abilitazione è ritenuto più grave del comportamento di chi, una volta ottenuta l'abilitazione, esercita la professione senza iscriversi all'albo<sup>24</sup>.

È illecita, pertanto, la prestazione del laureato in economia e commercio, che, senza aver conseguito l'abilitazione (e quindi anche non iscritto all'albo) utilizzi abusivamente il titolo di dottore commercialista. Non lo è, invece, quella del laureato abilitato ma non iscritto, al quale si applica esclusivamente la regola dell'art. 2231 c.c.<sup>25</sup>.

Pertanto solo le prestazioni del primo tipo sono nulle per illiceità e ripetibili. La nullità che affetta le prestazioni del secondo tipo

---

<sup>24</sup> Sul punto: CIOCIA, *L'obbligazione naturale. Evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2000, p. 157.

<sup>25</sup> CIOCIA, *op. cit.*, p. 157.

non è connotata da illiceità, ed è dunque soggetta alla sanzione civilistica della *denegatio actionis*.

Resta da vedere se in questo secondo caso non sia possibile, al professionista, appigliarsi all'art. 2041 c.c. A me pare che concedere al professionista di azionare il rimedio restitutorio significherebbe dare ristoro ad un soggetto che la legge stessa, attraverso l'art. 2231 c.c. appunto, vuole immeritevole di tutela: ecco perché le corti, correttamente, escludono «che basandosi sul disposto dell'art. 2041 c.c., il non iscritto all'albo possa vantare alcuna pretesa verso il cliente, in quanto la funzione integratrice e sussidiaria dell'azione di indebito arricchimento viene meno allorché l'ordinamento, per ragioni di ordine pubblico o per altro motivo, neghi tutela ad un determinato interesse»<sup>26</sup>. Chi non può ottenere il compenso a causa del divieto posto dall'art. 2231 c.c. non ha neanche diritto ad ottenere alcunché sulla base dell'azione generale di arricchimento<sup>27</sup>.

Quella restitutoria, è una tutela importante, e non può essere concessa a chi, col proprio comportamento, abbia dimostrato di non meritarsela. Non può inoltre sottovalutarsi, sul piano pratico, che se il *solvens* sapesse che, pur non potendo ottenere il corrispettivo pattuito, egli ha comunque diritto alla restituzione per equivalente, avrebbe certamente minori remore ad eludere il divieto di legge eseguendo comunque la prestazione vietata (caduta la sanzione civile, rimarrebbero infatti soltanto le sanzioni di natura amministrativa o penale, variabili a seconda di quale sia la professione abusivamente esercitata).

---

<sup>26</sup> Cass., 22 giugno 1982, n. 3794, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2575. Cass., 2 ottobre 1999, n. 10937, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 2059, ha ritenuto applicabili i medesimi principi anche quando la prestazione resa sia riferibile ad una società di capitali, per essersi essa assunta contrattualmente tale impegno, a nulla rilevando che la società si sia servita, per l'espletamento di detta attività, di tecnici iscritti ai relativi albi.

<sup>27</sup> Trib. Cagliari, 9 gennaio 1991, in *Riv. giur. sarda*, 1991, p. 765. *Contra*, però, RESCIGNO, *Note a margine dell'ultima legge sulla mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 250, il quale osserva che la legge si limita a negare l'azione per il compenso al professionista non abilitato. È opinione, pienamente condivisibile, di questo autore (Id., *Professioni «protette» e lavoro subordinato*, in *Dir. e giur.*, 1996, p. 209 ss.) che, nel caso che le attività protette siano oggetto di un contratto di lavoro subordinato, al professionista lavoratore subordinato si applichi, oltre che l'art. 2231 c.c., anche l'art. 2126 c.c.

La protezione della prestazione di fatto, d'altra parte, è un fenomeno eccezionale, peculiare dei casi ove è espressamente previsto o, quanto meno, ove sia ravvisabile chiaramente un'identità di *ratio*: il professionista intellettuale, allora, potrebbe fruire di una tutela solamente se questa fosse espressamente valutata dall'ordinamento come prevalente sulle ragioni della sanzione, e cioè laddove l'attività professionale sia stata svolta in forma di lavoro subordinato (*ex art. 2126 c.c.*).

A favore della possibilità, nonostante l'art. 2231 c.c., di agire coi rimedi restitutori, si è affermato<sup>28</sup> che «ciò di cui si discute è il diritto del professionista al compenso, diritto che presuppone la validità del contratto e che invece non sussiste se il contratto è nullo». Pertanto, il contratto è nullo e la prestazione non dà diritto al compenso, «ma con ciò nulla si dice sul se la prestazione possa essere ripetuta per equivalente». Il legislatore intende escludere che *il contratto* produca effetto, altra cosa è l'effetto restitutorio<sup>29</sup>.

Va però ribadito che: *a)* l'azione di ripetizione va esclusa in quanto il generale diritto spettante al *solvens ex art. 2033 ss. c.c.* non può vanificare nella sostanza una norma di portata speciale come quella sui professionisti non iscritti all'albo. Si tenga tra l'altro presente la progressiva, discutibile, tendenza giurisprudenziale ad operare una sorta di sanatoria del contratto nullo nei casi

---

<sup>28</sup> MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, pp. 137-152.

<sup>29</sup> MAFFEIS, *op. cit.*, p. 147, considera inoltre decisivo che soltanto all'art. 2035 c.c. la legge vieta espressamente la restituzione, e poiché l'art. 2035 c.c. è norma eccezionale, occorrerebbe escludere la irripetibilità nei casi, come quello *ex art. 2331 c.c.*, in cui non si ha immoralità. Ma, mi pare, il fatto che la causa turpe sia necessaria affinché operi l'art. 2035 c.c., non dovrebbe escludere che anche per le prestazioni non connotate da immoralità possano sussistere ragioni assolutamente differenti atte a pervenire allo stesso risultato, ossia all'irripetibilità della prestazione.

Esclude correttamente la restituzione GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti. I rimedi restitutori*, Torino, 1996, p. 209, rilevando come questa si risolverebbe in una frustrazione della *ratio* di cui all'art. 2231 c.c., e aggiungendo (p. 183 s.) che se il *solvens* eseguisse nella consapevolezza di poter ripetere per equivalente eluderebbe la sanzione della nullità.

Su quest'ultimo punto, ribatte MAFFEIS, *op. cit.*, p. 148 s., che «anche l'*accipiens* elude la sanzione della nullità, quando riceve sapendo di non dovere restituire per equivalente». Ritengo però che la legge voglia evitare questo: che il *solvens* esegua. Ottenuto ciò, d'altronde, il problema dell'*accipiens* è risolto in radice.

di prestazioni già eseguite di fare o di far godere: così procedendo si utilizza come parametro di riferimento non più il mercato ma il corrispettivo pattuito tra le parti in base ad un negozio invalido, sicché la restituzione per equivalente si trasforma, da diritto alla corresponsione dell'oggettivo valore commerciale della prestazione eseguita, in diritto al prezzo convenuto. Ecco allora che la disciplina delle professioni protette e quella dell'indebito non operano più su piani separati, e che la seconda finisce per elidere ogni efficacia della prima.

b) L'azione di arricchimento va esclusa in quanto l'art. 2231 c.c. costituisce, nella specie, una idonea giustificazione della locupletazione. Sotto altro aspetto, se il giudice deve valutare gli interessi in conflitto avendo riguardo alla posizione delle parti, non potrà fare a meno di stigmatizzare come indegna della tutela restitutoria la posizione dell'impovertito, il quale ha agito al fine di procurarsi un profitto contravvenendo ad una norma imperativa.

Tornando allora all'esempio del laureato che si fregi del titolo di dottore commercialista o di titoli similari pur non essendosi iscritto nell'apposito albo, è corretto il ragionamento della Cassazione<sup>30</sup> che, una volta vagliato che le attività esercitate (nella specie: tenuta dei libri contabili, registrazione di fatture, predisposizione della modulistica per la dichiarazione dei redditi, chiusura della contabilità e assistenza nell'atto di cessione dell'azienda), formano oggetto della professione di ragioniere e perito commerciale (e di dottore commercialista) e per il loro esercizio è necessaria l'iscrizione all'albo<sup>31</sup>,

---

<sup>30</sup> Cass., 5 luglio 1997, n. 6057, in *Fallimento*, 1997, p. 12077. Analogamente, Cass., 2 dicembre 1993, n. 11947, in *Giust. civ. Mass.*, 1993, è giunta a negare il rimborso dopo aver vagliato la pertinenza dell'attività espletata all'interno di quelle per cui era richiesta dalla legge l'iscrizione: la S.C. ha confermato la decisione di merito, la quale aveva ritenuto che l'attività consistita nell'approntare la documentazione necessaria per un affidamento bancario, redigendo una relazione sulla gestione di un'azienda ed un'analisi della situazione patrimoniale, con studio e presentazione del bilancio, rientrasse tra le attività professionali esclusivamente riservate agli iscritti nell'albo dei ragionieri ai sensi dell'art. 1 lett. b) e c) del d.p.r. 27 ottobre 1953, n. 1068.

<sup>31</sup> Secondo la previsione di cui all'art. 1, lett. a) e b), del decreto ministeriale concernente l'ordinamento delle dette professioni (d.p.r. 27 ottobre 1953, n. 1067 e n. 1068).

conclude che «ai sensi dell'art. 2231 c.c., il professionista che abbia esercitato le suddette attività senza essere iscritto all'albo non può chiedere alcun compenso, neppure in base all'azione generale di arricchimento senza causa»<sup>32</sup>.

Dovrà anzi vedersi se non entri in gioco la responsabilità del professionista per le conseguenze dannose derivate al committente dall'indebita accettazione dell'incarico professionale in relazione al mancato adempimento degli obblighi con esso assunti<sup>33</sup>.

Sia chiaro comunque che erra quella giurisprudenza che, pur negando correttamente ogni possibilità di conseguire un compenso anche sotto il profilo dell'indebito arricchimento, giustifica questa soluzione con la funzione sussidiaria dell'azione generale di arricchimento, la quale verrebbe meno a fronte di una norma negatrice di tutela ad un determinato interesse<sup>34</sup>. La vera ragione è piuttosto che l'arricchimento non è ingiustificato, perché, nella specie, la legge stessa è giusta causa dell'arricchimento.

Altra questione è quella che nasce se il cliente, magari sin dall'inizio avvertito della mancata iscrizione all'albo, pur sapendo di non esservi tenuto, decide spontaneamente di corrispondere comunque il compenso al professionista non iscritto, in conformità ad un dovere morale. In questo caso potrebbe configurarsi una *soluti retentio* in favore del professionista, *ex art. 2034 c.c.*<sup>35</sup>.

La giurisprudenza prevalente tende tuttavia a scoraggiare ogni tentativo di esercizio di attività professionale da parte di soggetti

---

<sup>32</sup> Per il caso invece in cui venga concessa l'azione di arricchimento, va comunque sottolineato, come meglio si vedrà *infra*, che la quantificazione dell'indenizzo spettante al professionista va effettuata secondo i criteri fissati dall'art. 2041 c.c., mentre resta esclusa la possibilità di un'applicazione diretta della tariffa professionale, la quale spiega rilievo solo come parametro di valutazione oltre che come limite massimo di quella liquidazione. Cfr. Cass., 27 giugno 1994, n. 6182, in *Giust. civ. Mass.*, 1994.

<sup>33</sup> Cass., 13 gennaio 1984, n. 286, in *Giust. civ. Mass.*, 1984.

<sup>34</sup> Così, ad esempio, Cass., 22 giugno 1982, n. 3794, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2575.

<sup>35</sup> Pret. Torino, 16 marzo 1996, in *Gius.*, 1996, p. 1544: «il pagamento di provvigioni, effettuato in esecuzione di un contratto di agenzia nullo per difetto di iscrizione all'albo dell'agente, configura un adempimento di obbligazione naturale, con conseguente irripetibilità delle somme spontaneamente pagate». Pret. Torino, 2 luglio 1996, in *Giur. Piemontese*, 1997, p. 449; Pret. Trento, 3 aprile 1991, in *Foro it.*, 1992, I, c. 1917.

non abilitati, ed esclude pertanto anche che la fattispecie possa configurare una obbligazione naturale<sup>36</sup>.

### 1.2. I casi particolari dell'agente di commercio e del mediatore

A diverse conclusioni i giudici pervengono, ovviamente, con riguardo alle prestazioni eseguite da professionisti rientranti nelle categorie alle quali non è ritenuto applicabile l'art. 2231 c.c.: ciò vale, in particolare, per l'agente di commercio non iscritto nell'apposito ruolo (dapprima istituito dalla legge 12 marzo 1968, n. 316, e in seguito sostituito da quello *ex l.* 3 marzo 1985, n. 204<sup>37</sup>, al quale la Suprema Corte ha accordato l'azione di arricchimento<sup>38</sup>.

Riconosciuto, infatti, che il contratto di agenzia concluso con un agente non iscritto all'albo è nullo per violazione di norma imperativa, si ritiene che «al relativo rapporto si applicano i principi generali in materia di prestazioni non dovute di fare, non potendo, rispetto ad esso, trovare applicazione gli artt. 2231 e 2126 c.c.»<sup>39</sup>.

La spiegazione è nel fatto che il ruolo istituito per gli agenti di commercio è ritenuto, per valore e caratteristiche, diverso dagli albi o elenchi

<sup>36</sup> App. Brescia, 27 maggio 1953, in *Corti di Brescia e Venezia*, 1953, p. 522.

<sup>37</sup> L'art. 9 della legge del 1985, riproducendo l'art. 9 della legge del 1968, sancisce: «È fatto divieto a chi non è iscritto al ruolo alla presente legge di esercitare l'attività di agente o rappresentante di commercio [...]. Chiunque contravviene alle disposizioni della presente legge è punito con [...] sanzione amministrativa».

<sup>38</sup> Cass., sez. lav., 19 agosto 1992, n. 9675, in *Foro it.*, 1993, I, c. 428, con nota di PARDOLESI, e in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1583, con nota di D'AMORE. Conf.: Cass. lav., 10 giugno 1992, n. 7112, in *Giust. civ. Mass.*, 1992.

<sup>39</sup> Trib. Torino, 3 ottobre 1997, in *Giur. piem.*, 1997, p. 460. Conforme: Trib. Milano, 31 maggio 1996, in *Gius.*, 1996, p. 3236, che ha negato il diritto all'agente al pagamento del corrispettivo *ex art.* 2126 c.c., ma ha ammesso quello all'indennizzo per arricchimento senza causa ove venga fornita la prova dell'arricchimento del datore di lavoro e del depauperamento del lavoratore. Cass., sez. lav., 13 novembre 1991, n. 12093, in *Giust. civ. Mass.*, 1991: «il contratto di agenzia o rappresentanza commerciale stipulato con soggetto non iscritto nel ruolo istituito dalla l. 12 marzo 1968, n. 316, è nullo, ai sensi dell'art. 9 della legge stessa, per contrarietà a norma imperativa, non per illiceità della causa o dell'oggetto, ed al relativo rapporto non si applicano né l'art. 2231 c.c. né l'art. 2126, comma 1°, dello stesso codice, ma i principi generali in materia di prestazioni non dovute di fare. Pertanto l'agente di commercio non iscritto nel ruolo non ha diritto alle provvigioni relative all'attività espletata, e può agire nei confronti del preponente soltanto ai sensi dell'art. 2041 c.c. per arricchimento senza causa».

cui si applica l'art. 2231 c.c., «in quanto la funzione del ruolo, circoscritta al settore economico, non raggiunge alcuna finalità o funzionalità di carattere sociale e collettivo e non ha rilievo di interesse generale»; ne consegue che «il contratto di agenzia, stipulato da chi non sia iscritto all'apposito ruolo, è nullo per contrarietà a norma imperativa, senza che ad esso possa essere applicata, neppure in situazione di c.d. parasubordinazione, la disciplina eccezionale dettata per la prestazione di fatto di lavoro subordinato»<sup>40</sup>. Stante perciò l'inapplicabilità dell'art. 2231 c.c. e dell'art. 2126 c.c., riemerge la facoltà di agire per mezzo dell'art. 2041 c.c.

Fino a poco tempo fa, la posizione della giurisprudenza poteva essere così riassunta: 1) un indirizzo minoritario riteneva applicabile l'art. 2126 c.c.<sup>41</sup>.

2) La posizione prevalente era nel senso di considerare nullo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., il contratto di agenzia commerciale stipulato con un soggetto non iscritto nel ruolo degli agenti e rappresentanti di commercio, per violazione della norma imperativa di cui all'art. 9 legge n. 204 del 1985; detta norma è ritenuta non derogabile da parte dei contraenti, in quanto rivolta alla protezione non solo degli interessi della categoria professionale degli agenti, ma degli interessi generali della collettività. Pertanto, l'agente di commercio non iscritto nel ruolo non può agire con l'azione contrattuale per conseguire le provvigioni relative all'attività espletata, né sono applicabili al caso gli artt. 2231 e 2126 c.c., norma quest'ultima riguardante il solo rapporto di lavoro subordinato, non suscettibile di interpretazione

---

<sup>40</sup> Cass., sez. un., 3 aprile 1989, n. 1613, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 1 e in *Foro it.*, 1989, I, c. 1420.

<sup>41</sup> Cfr. App. Firenze, 23 ottobre 1979, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 470: «in difetto di iscrizione dell'agente di fatto nel ruolo per gli agenti e rappresentanti di commercio, il contratto di agenzia è nullo per contrarietà a norme imperative e non già per illiceità della causa o dell'oggetto di esso; al relativo rapporto contrattuale di fatto è applicabile, in via analogica, la regola della inefficacia della invalidità del contratto, dettata per la prestazione di fatto di lavoro subordinato, con conseguente diritto dell'agente di fatto alle provvigioni, sugli affari conclusi per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, nella misura pattuita, e non già la regola che esclude l'azione per il pagamento della retribuzione della prestazione eseguita dal non iscritto, quando l'esercizio di una attività professionale è condizionato alla iscrizione in un albo od elenco». Conformi: Cass., 2 aprile 1986, n. 2267, in *Rep. Foro it.*, 1986, *Agenzia*, n. 9; Cass., 26 gennaio 1983, n. 726, in *Rep. Foro it.*, 1983, *Agenzia*, n. 26; Cass., 15 gennaio 1982, n. 225, in *Giur. comm.*, 1982, II, p. 598; Pret. Pisa, 8 agosto 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, c. 456.

analogica per il suo carattere eccezionale. Devono trovare applicazione, invece, i principi in materia di prestazioni non dovute di fare, riconoscendosi all'agente la possibilità nei confronti del proponente *ex art.* 2041 c.c. con l'azione di arricchimento senza causa.

3) In casi isolati, si riteneva che l'agente potesse agire, anziché in arricchimento, con l'azione di ripetizione dell'indebito<sup>42</sup>.

4) A volte veniva però offerta all'agente una diversa possibilità: quella di invocare la «conversione del contratto di agenzia nullo in un contratto atipico di procacciamento di affari o di mediazione», e di conseguire il compenso per l'opera svolta in relazione a detti contratti<sup>43</sup>.

Nel 1986, è stata emanata la direttiva del Consiglio 18 dicembre 1986, n. 86/653 Cee, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti.

Nel 1998, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha deciso che la direttiva del Consiglio 18 dicembre 1986, 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo.

Di conseguenza, «il giudice nazionale, nell'applicare disposizioni del diritto nazionale anteriori o successive alla detta direttiva, è tenuto ad interpretarle quanto più possibile alla luce del tenore e delle finalità della direttiva stessa in modo da consentirne un'applicazione conforme agli obiettivi di quest'ultima<sup>44</sup>».

---

<sup>42</sup> Pret. Ancona, 24 ottobre 1989, in *Nuovo dir.*, 1990, p. 785, con nota contraria di LOTITO, *Contratto di agenzia stipulato da soggetto non iscritto nell'apposito ruolo – Nullità per violazione di norma imperativa – Prestazioni eseguite – Indebito oggettivo – Configurabilità*.

<sup>43</sup> Cfr. Cass., 4 novembre 1994, n. 9063, in *Contratti*, 1995, 172, con nota di FRANCESCHELLI, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 818, con nota di BOCHICCHIO, in *Giust. civ. Mass.*, 1994; Pret. Milano, 22 marzo 1995, in *Gius.*, 1995, p. 2257. Detta conversione è stata invece negata da Cass., sez. un., 12 novembre 1983, n. 6729, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 1546: «il contratto di agenzia stipulato da soggetto non iscritto al ruolo è nullo per violazione di norma imperativa. Detto contratto non può essere convertito in quello di procacciamento di affari né in alcuna altra forma» (Nella specie la questione si poneva nei confronti di una società commerciale).

<sup>44</sup> Corte Giustizia Comunità Europee, 30 aprile 1998, resa nel procedimento C-215 del 1997, Bellone c. Yokohama s.p.a., in *Foro it.*, 1998, IV, c. 193, con nota di PARDOLESI e in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 756, con nota di BORTOLOTTI.



Fino a pochi anni fa era discusso se la citata direttiva europea potesse esplicitare effetti immediati nel nostro ordinamento in assenza di un adeguamento ad essa del legislatore nazionale. Come noto col tempo si è sempre più fatta strada, però, l'idea della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno e della diretta operatività del primo negli ordinamenti degli Stati membri.

Il 13 luglio 2000 è intervenuta una nuova decisione della Corte di giustizia (n. 456), con la quale la Corte europea si è occupata, ai sensi dell'art. 177 del trattato Ce, di una questione pregiudiziale relativa appunto all'interpretazione della direttiva in questione, ribadendo con riferimento ad una società il principio già in precedenza affermato nella decisione del 1998.

La Cassazione<sup>45</sup> ha quindi potuto affermare che l'agente non iscritto al ruolo può esercitare direttamente l'azione contrattuale per ottenere il compenso, senza più necessità di fare ricorso ai rimedi restitutori.

La dottrina più attenta<sup>46</sup>, a fronte dell'orientamento prevalso di attribuire all'agente di commercio il diritto alla restituzione *ex art.* 2041 c.c., non aveva mancato di sottolineare come si fosse venuta così a creare una discrasia con la figura del mediatore, al quale detto diritto viene negato nonostante il relativo albo sembrasse invero assolvere identica funzione del ruolo degli agenti di commercio; una funzione, cioè, limitata agli aspetti economici e senza quei connotati pubblicistici che hanno spinto il legislatore a formulare l'art. 2231 c.c.

Infatti l'art. 6 della legge 3 febbraio 1989, n. 39, prescriveva per i mediatori la stessa regola che l'art. 2231 c.c. appronta per i professionisti in senso stretto: «hanno diritto a provvigione soltanto coloro che sono iscritti nei ruoli»<sup>47</sup>. Di conseguenza i giudici escludeva-

---

<sup>45</sup> Cass., 18 maggio 1999, n. 4817, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2542, con nota di PALMIERI; Cass., 17 aprile 2002, n. 5505, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 467, con nota di LOMONACO, ed in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 660: «la direttiva 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati Membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti, in quanto incondizionata e sufficientemente precisa nel contenuto, produce effetti diretti nel nostro ordinamento ed impone al giudice nazionale di non applicare l'art. 9 della l. n. 204 del 1985, incompatibile con la normativa comunitaria. Di conseguenza i contratti di agenzia, stipulati con soggetti non iscritti nello specifico ruolo, non possono più considerarsi nulli per violazione di norma imperativa».

<sup>46</sup> ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999, p. 165 s.

<sup>47</sup> La stessa regola è prescritta per i mediatori marittimi: «la l. 12 marzo 1968, n. 478, sulla disciplina dei mediatori professionali marittimi, la quale subordina l'iscrizione-

no che il mediatore non iscritto al ruolo potesse essere indennizzato della prestazione eseguita grazie all'art. 2041 c.c.<sup>48</sup>.

La differenza di trattamento tra agente e mediatore giustificava però l'invito fatto ai giudici a rimeditare una tale soluzione<sup>49</sup>. Quello degli effetti prodotti dal contratto stipulato con un mediatore abusivo rimane, al momento, un problema irrisolto sebbene in seguito l'art. 73 d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, abbia soppresso il ruolo dei mediatori, senza tuttavia abrogare la l. 39 del 1989: con la conseguenza che hanno diritto alla provvigione i soli me-

---

ne nei relativi ruoli professionali al possesso di determinati requisiti ed al superamento di esame, secondo modalità da fissare con apposito regolamento di esecuzione, salva l'iscrizione di diritto nei ruoli medesimi dei mediatori marittimi già iscritti nell'albo dei mediatori professionali comuni di cui alla l. 21 marzo 1958, n. 253, comporta, per il periodo intercorrente fra la sua entrata in vigore e l'entrata in vigore del suddetto regolamento di esecuzione (emanato con d.p.r. 4 gennaio 1973, n. 66), che la professione di mediatore marittimo resta riservata agli iscritti nell'albo di cui alla menzionata legge del 1958, con la conseguenza che l'attività di mediazione svolta da soggetti diversi, in quanto priva dell'indefettibile presupposto della iscrizione del ruolo professionale prescritto dalla legge del 1968, non dà azione per il pagamento del compenso (art. 2231 c.c.)» (Cass., 29 luglio 1983, n. 5238, in *Giust. civ. Mass.*, 1983).

<sup>48</sup> Trib. Monza, 18 maggio 1998, in *Gius.*, 1998, p. 2927.

Cass., 3 novembre 2000, n. 14381, in *Giust. civ. Mass.*, 2000: «in tema di mediazione, per effetto dell'art. 6, comma 1°, della legge n. 39 del 1989, la mancata iscrizione di chi eserciti detta attività nell'apposito albo professionale esclude il diritto alla provvigione, senza che possa essere considerata equivalente alla effettiva iscrizione la mera volontà in tal senso manifestata dal legale rappresentante della società esercente la mediazione. E poiché la norma che prevede la necessità di tale iscrizione è imperativa – come si desume dall'art. 8 della stessa legge, il quale punisce con una sanzione amministrativa l'esercizio della mediazione in assenza di iscrizione nel ruolo, oltre a prevedere, in tal caso, l'obbligo di restituzione alle parti contraenti delle provvigioni percepite – è nulla la contraria pattuizione tra le parti, ai sensi dell'art. 1418, comma 1°, c.c.».

Cass., 17 maggio 1999, n. 4800, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2896: «per effetto dell'integrazione della l. 3 febbraio 1989, n. 39 ad opera del d.m. 21 dicembre 1990, n. 452, recante il regolamento di attuazione della legge, il quale ha previsto una quarta sezione del ruolo dei mediatori destinata agli agenti in servizi vari, nella quale vengono iscritti gli agenti che svolgono attività per la conclusione di affari relativi al settore dei servizi, nonché tutti gli altri agenti che non trovano collocazione in una delle altre tre sezioni precedenti, devono essere iscritti in detta sezione, atteso il suo carattere residuale, in particolare, i soggetti che svolgono attività di intermediazione per i contratti di finanziamento (per i quali è stata successivamente prevista dalla l. n. 108 del 1996 l'istituzione di un apposito albo) con la conseguenza, che in difetto di iscrizione, non compete al mediatore finanziario per l'opera prestata il diritto al compenso (art. 2231 c.c.)».

<sup>49</sup> ASTONE, *op. cit.*, p. 166.

diatori iscritti nei registri o nei repertori tenuti dalla camera di commercio.

### 1.3. *La responsabilità del professionista non iscritto*

L'art. 348 c.p. prescrive che chiunque eserciti abusivamente una professione, per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato, è punito con la reclusione fino a sei mesi o con una multa.

L'art. 348 c.p. ha natura di norma penale in bianco, in quanto postula, come si evince dalla stessa formulazione del testo normativo (vedasi l'avverbio "abusivamente") l'esistenza di altre disposizioni di legge che stabiliscono le condizioni soggettive ed oggettive in difetto delle quali non è consentito – ed è quindi abusivo – l'esercizio di determinate professioni: trattasi propriamente di altre disposizioni che, essendo sottintese dall'art. 348, sono integrative della norma penale ed entrano a fare parte del suo contenuto quasi per incorporazione, così che la violazione di esse si risolve in violazione della norma incriminatrice<sup>50</sup>.

La sanzione penale risponde all'obiettivo di salvaguardare i terzi da attività che risultano potenzialmente pericolose se poste in essere da soggetti privi di quelle cognizioni tecniche che si presuppongono in chi, dopo aver conseguito la laurea, ha altresì superato l'esame di abilitazione all'esercizio della professione<sup>51</sup>.

Ma è importante distinguere tra mancanza di abilitazione e mera mancanza di iscrizione all'albo.

La norma penale si applica, a differenza di quella civile, non per effetto dell'esercizio professionale senza previa iscrizione all'albo, bensì per punire l'esercizio professionale in assenza di abilitazione. L'abilita-

---

<sup>50</sup> Così, testualmente, Cass. pen., sez. VI, 5 marzo 2001, n. 16230, in *Studium Juris*, 2002, p. 104. Perché possa essere ritenuto sussistente il reato di abusivo esercizio di una professione, tuttavia, non è sufficiente che l'agente non abilitato abbia illegittimamente provveduto alla iscrizione nell'albo professionale, né che egli abbia allestito uno studio, trattandosi di meri atti prodromici ed essendo viceversa necessario almeno un atto concreto in cui l'abusivo esercizio si sia manifestato (Cass. pen., sez. V, 18 febbraio 2002, n. 12177, in *Dir. e giust.*, 2002, p. 72).

<sup>51</sup> Sulle perplessità in merito all'adeguatezza dell'esame di Stato ai fini di un'adeguata selezione (nonché sul rischio che esso costituisca una barriera corporativa all'accesso alla professione), v. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, cit., p. 14 ss.

zione conseguita mediante esame di Stato, è presupposto per iscriversi all'albo; il comportamento di chi esegue la prestazione in assenza di abilitazione è più grave del comportamento di chi, una volta ottenuta l'abilitazione, esercita la professione senza iscriversi all'albo<sup>52</sup>.

Commette un reato, pertanto, il laureato che, senza aver conseguito la prescritta abilitazione, utilizza abusivamente il titolo. Non lo compie, invece, il laureato abilitato ma non iscritto, al quale si applica esclusivamente, sempre che si tratti di prestazioni esclusive, la regola dell'art. 2231 c.c.

Ma ciò vale, ovviamente, anche per tutte quelle attività per il cui esercizio è richiesta un'abilitazione, pur a prescindere da un titolo di studio: commette il reato di cui all'art. 348 c.p., ad esempio, chi esercita abusivamente l'attività di insegnante di *snowboard*, per la quale occorre la speciale abilitazione prevista per i maestri di sci. È stato così condannato un soggetto che, presentatosi all'albergo dove soggiornavano i potenziali clienti, aveva offerto ad un pubblico generalizzato la possibilità di prendere lezioni di *snowboard* ad un prezzo economico, qualificandosi come maestro di sci, fornendo l'attrezzatura necessaria, stabilendo un preciso prezzo orario, ed indossando una speciale divisa recante un distintivo alludente all'insegnamento della tecnica sportiva<sup>53</sup>.

In definitiva, solo le prestazioni compiute senza la prescritta abilitazione ricadono nell'ambito penale, mentre la nullità che affetta le prestazioni compiute da soggetto abilitato ma non iscritto all'albo è soggetta soltanto alla sanzione civilistica della *denegatio actionis*.

Occorre chiedersi se l'interesse tutelato dal reato di cui all'art. 348 c.p. abbia esclusivo carattere generale. Se così fosse, la sua lesione riguarderebbe in via diretta e immediata la pubblica amministrazione, la cui organizzazione è offesa dalla violazione delle norme che regolano le professioni, mentre solo di riflesso toccherebbe gli interessi c.d. professionali, cioè particolari.

Sul piano della legittimazione attiva questo comporterebbe che gli ordini professionali e le associazioni di categoria, non essendo portatori del predetto interesse generale – oggetto specifico della tutela

---

<sup>52</sup> Sul punto: CIOCIA, *L'obbligazione naturale. Evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2000, p. 157.

<sup>53</sup> È il caso all'attenzione di Trib. Trento, 21 marzo 2002.

penale – non possono costituirsi parte civile per tutelare gli interessi morali, e per ciò astratti, della categoria, ma solo per far valere un danno diretto, di carattere patrimoniale. Così ragionando, ad esempio, è stato escluso che l'associazione medici dentisti italiani potesse chiedere il risarcimento del danno morale per l'esercizio abusivo della professione di odontoiatria da parte di odontotecnici<sup>54</sup>.

Può però obiettarsi che il reato di esercizio abusivo di una professione non lede solo l'interesse dell'amministrazione pubblica (intesa in senso lato) a che la professione stessa sia esercitata da soggetti abilitati, ma anche quello circostanziato e diffuso degli appartenenti alla categoria. Ne deriva che «il danno si riverbera non solo sul piano patrimoniale, ma anche su quello morale, derivando dall'esercizio abusivo della professione, oltre che un pregiudizio economico per la concorrenza sleale operata da non iscritti nell'albo, anche un danno non patrimoniale per la lesione dell'interesse morale a che la professione sia esercitata da soggetti abilitati, in quanto presumibilmente dotati di maggiore preparazione ed esperienza in ragione del superamento dell'esame di abilitazione». E poiché i soggetti abilitati sono unitariamente rappresentati dall'ordine professionale, sembra nel giusto la giurisprudenza che ammette la legittimazione dell'associazione di categoria a costituirsi parte civile nel procedimento penale contro gli autori del reato<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Cass. pen., sez. VI, 18 ottobre 1990, in *Riv. it. medicina legale*, 1991, p. 264. Conf.: Cass. pen., sez. II, 12 ottobre 2000, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2346 (nella fattispecie, relativa ad eccezione di incompatibilità del difensore di ufficio al contempo anche persona offesa in quanto iscritto all'ordine professionale asseritamente leso dal reato sotto il profilo morale, la Corte, affermando il principio, ha di conseguenza ritenuto la insussistenza della predetta incompatibilità, atteso che il singolo professionista non ha alcuna legittimazione a partecipare al giudizio nella qualità di persona offesa); Cass. pen., sez. VI, 18 ottobre 1988, in *Giur. it.*, 1989, II, c. 316 ed in *Cass. pen.*, 1989, p. 1983.

<sup>55</sup> Cass. pen., sez. V, 11 luglio 2001, in *Resp. civ. e prev.*, 2002, p. 122, con nota di FEOLA. Cfr. anche, a testimonianza di un recente *revirement* in tal senso: Cass. pen., 4 febbraio 2005, in *Guida al dir.*, 2005, n. 12, p. 94; Trib. Genova, 2 settembre 2004, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2005, I, p. 807, con nota di VERDUCCI. Cass. pen., sez. V, 1° giugno 1989, in *Cass. pen.*, 1991, I, p. 743 ed in *Riv. pen. economia*, 1990, p. 316, ha riconosciuto l'ammissibilità della costituzione di parte civile dell'associazione medici dentisti italiani, Sezione di Forlì, nei confronti di numerosi odontotecnici della zona imputati del reato di cui all'art. 348 c.p. App. Trento, 18 dicembre 1985, in *Dir. lav.*, 1986, II, p. 124, dopo aver premesso che integra la fattispecie criminosa di esercizio abusivo di una professione o arte, punita dall'art. 348 c.p., l'ipotesi di chi, non essendo iscritto all'albo dei consulenti del lavoro, svolge, sia pure in misura limitata e marginale, attività di assi-

Un secondo profilo risarcitorio riguarda la responsabilità nei confronti del cliente, e specificamente come incida sulle regole generali il fatto che il danno è stato causato da un soggetto non abilitato o non iscritto: la questione ha particolare rilievo in materia di responsabilità medica. È stato evidenziato<sup>56</sup> come con riferimento alla colpa professionale dell'odontotecnico i giudici censurano la condotta di chi abbia praticato un intervento, poi risultato peggiorativo, nonostante sapesse della propria inesperienza in quel settore: «sussiste responsabilità per colpa professionale per imperizia e imprudenza a carico del dentista qualora abbia intrapreso un lavoro impegnativo e rischioso pur sapendo, o dovendo sapere, di non disporre di adeguata preparazione scientifica e capacità tecnica»<sup>57</sup>. Anche sotto questo aspetto, l'assenza di abilitazione deve essere valutata con maggior severità rispetto alla mancata iscrizione all'albo.

Un ulteriore dato tipizzante la professione medica è questo: non vale, per essa, la distinzione tra prestazioni esclusive (o tipiche) e prestazioni non esclusive (o atipiche); le prestazioni sanitarie, in rapporto al bene collettivo della salute, sono sempre prestazioni esclusive, e sono quindi protette in ogni loro manifestazione.

---

senza ai datori di lavoro negli adempimenti in materia di lavoro previdenza ed assistenza sociale dei lavoratori dipendenti (attività prevista espressamente dalla l. 11 gennaio 1979, n. 12, sull'ordinamento della professione di consulente del lavoro), ha affermato che «il consiglio provinciale dei consulenti del lavoro, ente esponenziale degli interessi della categoria dei singoli iscritti all'ordine, è legittimato a costituirsi parte civile per il risarcimento di danni morali connessi al reato di cui sopra». Pret. Taranto, 25 gennaio 1989, in *Riv. pen.*, 1989, p. 1121, ha affermato la legittimazione a costituirsi parte civile nel procedimento penale per il reato di esercizio abusivo della professione forense l'ordine degli avvocati e procuratori, in quanto istituzionalmente preposto alla tutela degli interessi dell'intera categoria professionale, mentre ha negato che tale legittimazione spettasse al sindacato avvocati e procuratori, in quanto associazione portatrice solo degli interessi dei suoi iscritti. Cass. pen., sez. V, 1° giugno 1989, cit., evidenzia come l'interesse delle associazioni professionali all'esercizio esclusivo della professione da parte degli iscritti in una delimitata area, coincida con l'interesse dello Stato a che la professione sia esercitata soltanto da coloro che vi siano abilitati. In tale ipotesi, per quel che riguarda l'associazione professionale, al danno consistente nell'offesa all'interesse circostanziato preso a cuore dall'associazione medesima, si aggiunge il danno anche patrimoniale ad essa derivante dal reato di esercizio abusivo della professione a causa della concorrenza sleale subita in quel determinato contesto territoriale dai professionisti iscritti.

<sup>56</sup> FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da Franzoni, Milano, 2004, p. 239.

<sup>57</sup> Trib. Verona, 15 novembre 1989, in *Giur. merito*, 1991, p. 751.

## 2. *Le prestazioni ob turpem causam. Nozione di buon costume*

L'art. 2035 c.c.<sup>58</sup>, introdotto con il nuovo codice<sup>59</sup>, è posto all'interno del titolo dedicato al pagamento dell'indebito. La sua portata non si estende, però, alla *condictio ob iniustam causa* (prestazione ef-

<sup>58</sup> L'art. 2034 c.c. disciplina le obbligazioni naturali: il comma 2, riallacciandosi ai «doveri morali o sociali» di cui al comma 1, estende la *soluti retentio* ad ogni altro dovere «per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato». Si ritiene che nella formula, nonostante l'uso del termine «doveri», ricada anche l'ipotesi di prestazione contraria al buon costume prevista all'art. 2035 c.c. Ne consegue che anche per le obbligazioni nascenti da contratto turpe trovano applicazione le regole sancite dall'art. 2034 c.c., sicché: a) non si produce altro effetto all'infuori della *soluti retentio*; b) affinché si produca la *soluti retentio* occorre che la prestazione sia stata effettuata spontaneamente; c) l'operatività dell'art. 2035 c.c. è limitata al caso in cui il *solvens*, al momento dell'adempimento, sia un soggetto capace: altrimenti, la tutela dei soggetti incapaci, ancorché la loro attività sia qualificabile come turpe al momento del contratto, prevale sulla protezione del percipiente quando la prestazione è stata eseguita. Così, RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, 1968, p. 1230.

L'opinione non è però pacifica: v. ad es., recentemente, BELLIZZI, *Contratto illecito, reato e irripetibilità ob turpem causam*, Torino, 1999, p. 51: «non appare suscettibile di analogia quanto espressamente disposto sulla capacità del *solvens* dall'art. 2034 c.c. in materia di obbligazioni naturali, poiché in tale contesto il meccanismo, in sé assiologicamente neutro, della *soluti retentio* si ispira ad una *ratio* radicalmente opposta». Analoga obiezione era stata già sollevata, tra gli altri, da MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito. Artt. 2035-2040*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981, p. 309 ss. e p. 406, evidenziando però (p. 407) che l'impossibilità di ricondurre l'art. 2035 c.c. sotto la previsione del comma 2 dell'art. 2034 c.c., non significa che non debba tenersi conto dell'incapacità del *solvens*; al contrario questa, rileva sia in sede di conclusione del contratto, ove vale ad escludere l'immoralità del *solvens*, sia nella fase di esecuzione del contratto. Nel secondo caso, infatti, pur rimanendo la pattuizione immorale, la prestazione sarebbe ripetibile per effetto dell'inapplicabilità dell'art. 1191 c.c. (che come noto vieta al debitore di impugnare il pagamento a causa della propria incapacità): essendo il contratto nullo, «la mancanza del rapporto impedisce di considerare il *solvens* alla stregua di un debitore, sia pure incapace».

<sup>59</sup> Ma già sotto l'impero del codice del 1865 i giudici facevano applicazione della *soluti retentio* attraverso il richiamo, consentito dall'art. 3 delle Preleggi, agli antichi brocardi «*in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis*» e «*nemo auditur turpitudinem suam allegans*». La stessa cosa accade tuttora, in mancanza di una norma codificata, in Francia: cfr. TOURNEAU, *L'adage «nemo auditur...»*, Paris, 1970. Il principio è invece espressamente previsto, oltre che dall'art. 2035 del nostro attuale codice, dal § 817, comma 2, BGB, dal § 1174 ABGB e dall'art. 66 OR, mentre in Olanda, l'art. 6:211 NBW dà facoltà al giudice di negare il diritto alla restituzione quando ciò sarebbe contrario alla buona fede o all'equità: cfr. KÖTZ, *La invalidità dei contratti per contrarietà alla legge e al buon costume. Appunti di diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 689 ss.



fettuata in esecuzione di un contratto illegale), ma è limitata alla *condictio ob turpem causam*: «chi ha eseguito una prestazione per uno scopo che, anche da parte sua, costituisce offesa al buon costume non può ripetere quanto ha pagato». Per «scopo» deve intendersi il motivo finale programmato dalle parti<sup>60</sup>, che può riferirsi all'illiceità dell'oggetto o della causa, ma può anche rappresentare il motivo illecito comune alle parti. Rientrano nell'ambito della norma, pertanto, sia l'ipotesi prevista dall'art. 1343 c.c., sia quella *ex art.* 1345 c.c.

Con riguardo alla questione se i «motivi» o «moventi» che hanno indotto ad eseguire la prestazione turpe ai sensi dell'art. 2035 c.c. rientrino nel «motivo comune» di cui all'art. 1345 c.c.<sup>61</sup>, si è ritenuto che se l'immoralità è unilaterale, essendo il contratto valido, non può parlarsi di irripetibilità<sup>62</sup>. Si è tuttavia notato che, nonostante la pertinenza del collegamento tra le due norme, l'art. 2035 c.c. ha ad oggetto anche «accordi nei quali è illecito il motivo di uno solo dei contraenti e la nullità della convenzione discende dalla mancanza di interessi socialmente meritevoli di tutela alla base dell'accordo»<sup>63</sup>.

La lettera dell'art. 2035 c.c., però, come riconoscono i giudici, richiede che l'immoralità attenga sia al comportamento del *solvens* sia a quello dell'*accipiens*.

In ogni caso, il *solvens* potrà ripetere quanto prestato nei casi nei quali sia stato vittima dell'altrui violenza o dolo, come quando l'*accipiens* lo abbia indotto con raggiri o minacce a compiere la prestazione immorale<sup>64</sup>.

Il negozio con causa turpe non deve essere necessariamente un contratto di scambio, ma potrebbe anche essere un atto a titolo gratuito: si pensi alla liberalità effettuata per remunerare servizi che co-

---

<sup>60</sup> Nota GIUSIANA, *Movente e motivo illecito della disposizione testamentaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 969, che «gli esempi di motivo illecito fatti in dottrina e giurisprudenza nel campo contrattuale [...] hanno riguardo alla rappresentazione del futuro risultato illecito che si consegnerà mediante il contratto».

<sup>61</sup> LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989, p. 98.

<sup>62</sup> MOSCATI, *op. cit.*, p. 387.

<sup>63</sup> RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 18 (lo stesso saggio è stato pubblicato anche in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V, *Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma*, Roma, 1971, p. 336 ss.).

<sup>64</sup> Cass., 23 giugno 1961, n. 985, in *Mass. Foro it.*, 1961, c. 244 ss.



stituivano comportamenti immorali, alle ipotesi integranti gli estremi per l'applicazione dell'art. 1345 c.c., alle donazioni sottoposte a condizione o gravate da onere turpe.

Mentre, quindi, nel caso delle obbligazioni naturali la *soluti retentio* è giustificata dal fatto che la prestazione fu eseguita in adempimento di un obbligo morale o sociale, nell'art. 2035 c.c. l'irripetibilità discende proprio dalla immoralità della prestazione eseguita. Per quanto l'effetto della norma sia identico a quello dell'art. 2034 c.c., diametralmente opposta ne è, pertanto, la *ratio*<sup>65</sup>.

La norma codifica il noto principio secondo il quale *in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis* (o *defendentis*): in presenza di una pari turpitudine delle parti, al ripristino dello *status quo ante* l'ordinamento preferisce la *soluti retentio*.

La storia, antichissima, della regola dell'irripetibilità delle prestazioni con causa turpe, è contrassegnata, più di ogni altra, dalle massime latine, tanto da essere stata ritenuta uno dei maggiori esempi dell'attuale rilevanza dei brocardi del diritto comune<sup>66</sup>: a partire da quello, del periodo romano, secondo cui *nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest*, fino a quello più generale, risalente al diritto intermedio, secondo cui *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Stabilire su quale massima si fonda maggiormente oggi l'applicazione concreta, comporta conseguenze di rilievo: mentre il principio *In pari causa turpitudinis* ha ad oggetto soltanto il contegno immorale di chi riceve, l'allargamento al principio *Nemo auditur* consente di dare rilevanza all'immoralità sia di chi riceve sia di chi

---

<sup>65</sup> Cfr. FERRARA *sen.*, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, p. 290: «il principio della irripetibilità del pagamento *ob turpem causam* si costruisce in modo diverso che l'irrevocabilità del pagamento nelle obbligazioni naturali. Nelle obbligazioni naturali il pagamento è irrevocabile perché esso estingue un *debitum* se anche imperfetto e con substrato etico-sociale [...]. Nelle obbligazioni con causa illecita invece il fondamento del rifiuto di agire è l'indegnità del *solvens*». La conclusione è che trattasi di «due principi distinti per scopo e per funzioni che tuttavia pervengono al medesimo risultato di rendere il pagamento irrevocabile».

<sup>66</sup> ROLAND-BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, 1986. La regola trova oggi puntuale espressione, oltre che nell'art. 2035 c.c., anche nel par. 817 BGB tedesco, nel par. 1174 ABGB austriaco e nell'art. 66 c.o. svizzero.

presta, e quindi di negare l'azione giudiziale anche a causa della indegnità morale della persona che agisce in giudizio: «risulta dunque dalla disposizione dell'art. 2035 che la regola della *potior condicio possidentis* si applica nel caso di turpitudine di chi esegue e di chi riceve la prestazione, e altresì nel caso di turpitudine del solo *solvens*; non si applica nel caso che versi in turpitudine solamente l'*accipiens*»<sup>67</sup>. D'altra parte, l'art. 27 del progetto italo-francese per un codice comune delle obbligazioni recitava: «chi ha soddisfatto un'obbligazione contraria al buon costume non può esercitare l'azione di ripetizione salvo che egli sia stato immune dalla violazione del buon costume».

L'art. 2035 c.c., oltre che rappresentare un'importante eccezione alla regola della ripetibilità dell'indebito oggettivo, costituisce una estensione della regola della illiceità di cui all'art. 1343 c.c. anche sul piano quasi contrattuale, sebbene limitatamente all'area delle prestazioni immorali.

Una prima difficoltà interpretativa è insita nella definizione stessa del concetto di buon costume, inizialmente fortemente allacciato ai principi della morale cristiana<sup>68</sup>, in seguito sempre più disegnato con riferimento ai principi costituzionali<sup>69</sup>. La letteratura giuridica appare concentrata tradizionalmente sulle prestazioni sessuali a pagamento<sup>70</sup>, sul gioco clandestino, sul contrabbando e sul prezzo del

---

<sup>67</sup> La constatazione che la regola *in pari causa turpitudinis* viene dai giudici allargata al più ampio principio *nemo auditur turpitudinem suam allegans* è di RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, 1968, p. 1230. V. ancora ID., *"In pari causa turpitudinis"*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, cit., p. 345 ss., per i vari problemi di diritto familiare, come quelli ex artt. 265, 266, 263, ult. comma, c.c., che per mezzo del principio *Nemo auditur* sarebbe possibile risolvere nel diritto italiano ed in quello francese. L'autore (p. 399) nota anche che dopo aver così ampliato l'enunciazione della regola, se ne rifiuta però l'applicazione al diritto di famiglia, e fa gli esempi della domanda di divorzio o di annullamento del matrimonio, e della impugnazione per difetto di veridicità delle legittimazioni "di compiacenza". Sulla illiceità: G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970.

<sup>68</sup> TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 700.

<sup>69</sup> PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973.

<sup>70</sup> Sia chiaro che la prestazione sessuale è immorale soltanto in quanto fatta oggetto di uno "scambio": non è immorale, evidentemente, e quindi non costituisce prestazione contraria al buon costume, la dazione di somme di denaro effet-

delitto<sup>71</sup>; ma dalla casistica giurisprudenziale emerge la portata di clausola generale dell'art. 2035 c.c., con la quale il legislatore delega al giudice la creazione di una regola ricavabile dall'osservazione e interpretazione dei principi desumibili dalla comune morale sociale e dalla coscienza collettiva in un dato momento storico<sup>72</sup>.

tuata spontaneamente e non a titolo di corrispettivo a seguito di prestazioni omosessuali (è il caso di cui si è occupato Trib. Milano, 1° luglio 1993, in *Gius*, 1994, p. 103). Il caso delle prestazioni sessuali a pagamento si connota, non solo in Italia ma anche su scala internazionale, come quello nel quale la giurisprudenza si mostra maggiormente compatta nel negare un diritto alla restituzione: ne dà atto CARUSI, *Ordine pubblico e buon costume*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, p. 325. Non altrettanto decisione caratterizza i giudici europei, nei casi: 1) della locazione immobiliare, con programma, comune alle parti, di adibire l'immobile all'esercizio di un'attività illecita; 2) della consegna ad un soggetto di un bene, con mandato a farne un determinato uso illecito; 3) del pagamento in eccedenza rispetto ai prezzi o ai canoni di locazione determinati imperativamente dalla legge. Carusi riferisce che in questi tre casi, a differenza del primo, «si registrano sporadiche applicazioni della *retentio* ed una netta prevalenza di decisioni favorevoli alla ripetizione». Dello stesso autore cfr. anche *Contratto illecito e "soluti retentio"*, Napoli, 1995, nonché *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 495, e *La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, II, p. 345. Tra i contributi più recenti in materia, segnalano anche le monografie di DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997 (Id., *Della irripetibilità delle prestazioni "ob turpem causam" nel sistema del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 697); di MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; nonché, con particolare riguardo ai profili restitutori dei delitti di corruzione e concussione, di BELLIZZI, *Contratto illecito, reato e irripetibilità ob turpem causam*, Torino, 1999 e di RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000.

<sup>71</sup> Nell'ipotesi di prezzo del delitto, l'art. 2035 c.c. viene applicato ad una somma di denaro data in corrispettivo di una prestazione illecita. E invece dubbio se la norma trovi applicazione riguardo ad una somma data con mandato a retribuire la prestazione illecita di un terzo: in senso contrario si è espressa Cass., 14 maggio 1955, n. 1378, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 516.

<sup>72</sup> Tra le tante, Cass., sez. un., 17 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2418: la nozione dei negozi contrari al buon costume non può essere limitata ai negozi contrari alle regole del pudore sessuale e della decenza, ma si estende fino a comprendere i negozi contrari a quei principi ed esigenze etiche della coscienza morale collettiva che costituiscono la morale sociale in un determinato momento e in un determinato ambiente. Conforme: Cass., 23 marzo 1985 n. 2081, in *Riv. notar.*, 1985, p. 1276. In dottrina, cfr. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 702, che sottolinea l'impossibilità di reperire il concetto di buon costume dall'ordine giuridico «come pretendevano di fare gli esegeti che tutto volevano trovare nell'ambito del codice», e ribadì-

Esempi nei quali la ripetizione non è stata ammessa riguardano anche: *a)* la prestazione consistente in un esborso di denaro, da un soggetto ad un altro, allo scopo di aprire e gestire in comune una casa da gioco non autorizzata<sup>75</sup>; *b)* il mutuo concluso dalle parti esclusivamente per il motivo, comune ad entrambe, di poter fare proseguire il gioco d'azzardo in locale aperto al pubblico<sup>74</sup>; *c)* l'accordo intercorso tra l'acquirente di immobili di proprietà di minori e il loro genitore, diretto a defraudare i minori del prezzo<sup>75</sup>; *d)* l'accordo fraudolento concernente il traffico di voti in materia fallimentare; *e)* l'accordo per boicottare un determinato imprenditore<sup>76</sup>; *f)* l'accordo per controllare il prezzo di aggiudicazione di un'asta pubblica<sup>77</sup>; *g)* le somme di denaro reiteratamente pagate dall'imprenditore ad un dipendente dell'impresa committente, al fine di ottenere sempre nuove commesse, così da alterare le regole della concorrenza<sup>78</sup>; *h)* il patto di raccomandazione, sempre che non si sia semplicemente limitato a sollecitare la solerzia del funzionario nell'ambito di una attività a cui questo era comunque tenuto<sup>79</sup>; *i)* il patto di claque; *l)* le convenzioni elettorali<sup>80</sup>; *m)* la promessa dell'*accipiens*, fatta dietro corresponsione di un compenso, di corrompere un pubblico funzionario nell'interesse del *solvens*<sup>81</sup>; *n)* le condizioni con cui il datore di lavoro impone al lavoratore,

---

sce che tale concetto va invece identificato con «l'espressione della morale sentita dal popolo secondo il concetto di bene e le valutazioni seguite dai *boni homines*». V. però le osservazioni di CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 517, nt. 64 e p. 518.

<sup>75</sup> Cass., 17 giugno 1950, n. 1555, in *Foro it.*, 1951, I, c. 185.

<sup>74</sup> Cass., 17 giugno 1950, n. 1552, in *Foro it.*, 1951, I, c. 185, con nota di FRAGOLA, e in *Giur. compl. Corte Supr. Cass.* – sezioni civili, 1950, II, p. 506, con nota di FUNAIOLI.

<sup>75</sup> Cass., 15 febbraio 1960, n. 234, in *Mass. Giur. it.*, 1960.

<sup>76</sup> Cass., 26 giugno 1973, n. 1829, in *Mass. Foro it.*, 1973, p. 526 s.

<sup>77</sup> Cass., 23 giugno 1961, n. 985, in *Mass. Foro it.*, 1961, p. 244 ss.

<sup>78</sup> Trib. Milano, 12 febbraio 2001, in *Gius*, 2001, p. 2423.

<sup>79</sup> Cass., 26 maggio 1961, n. 1257, in *Giur. it.*, 1961, I, 1, c. 1332.

<sup>80</sup> G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 20.

<sup>81</sup> Cass., 14 luglio 1972, n. 2420, in *Foro it.*, 1973, I, c. 1224: la sentenza non distingue, però, tra somma data a titolo di compenso per lo stesso percipiente e somma data al percipiente in quanto da "girare" al funzionario quale prezzo della corruzione.

pena la risoluzione del rapporto, il celibato o il nubilito<sup>82</sup>; o) il divieto di impugnare il testamento, pena la decadenza dal legato<sup>83</sup>; p) i contratti che producano l'effetto di obbligare all'inizio o alla continuazione di una relazione *more uxorio*<sup>84</sup>; q) le liberalità a vantaggio della propria concubina, effettuate allo scopo (dichiarato nell'atto) di beneficiarla per le sue prestazioni sessuali<sup>85</sup>; r) la mediazione matrimoniale, ma esclusivamente se abbia comportato una pressione sulla volontà dei nubendi<sup>86</sup>.

È ritenuto contrario al buon costume il commercio della propria libertà, della propria integrità, delle prerogative fisiche e morali delle persone, ove siano chiamate in gioco le esigenze della morale collettiva che hanno una sostanziale valenza etica: si pensi alla stipulazione del contratto con cui una donna consente, verso compenso, a ricevere il seme di un uomo e a portare a termine la gravidanza, rinunciando ai suoi diritti di madre<sup>87</sup>.

<sup>82</sup> Trib. Milano, 6 aprile 1961, in *Giur. it.*, I, 2, c. 404. Per il divieto di sposare una determinata persona, v. Cass., 30 maggio 1953, n. 1633, in *Mass. Foro it.*, 1953, p. 320 s.

<sup>85</sup> App., 4 maggio 1951, in *Temi*, 1952, p. 234.

<sup>84</sup> Cass., 14 marzo 1952, n. 672, in *Mass. Foro it.*, 1952, p. 672.

<sup>85</sup> Cass., 30 giugno 1950, n. 1678, in *Mass. Foro it.*, 1950, p. 351.

<sup>86</sup> Arg. a contrario da Cass., 25 marzo 1966, n. 803, in *Giur. it.*, 1967, I, 1, c. 960, che giudica immorale il contratto di prossenetico, ravvisando la presunzione della coartazione della volontà dei nubendi ad opera del prosseneta, nei casi in cui il compenso di quest'ultimo sia subordinato alla celebrazione del matrimonio.

<sup>87</sup> Trib. Monza, 27 ottobre 1989, in *Foro it.*, 1990, I, c. 298, in *Giur. merito*, 1990, p. 240, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 478, in *Giur. it.*, 1990, I, 2, p. 296, in *Dir. fam. pers.*, 1990, p. 173 ed *ivi*, 1991, p. 191, con nota di LANDOLFI, *Inseminazione artificiale e tutela del nascituro*, ha respinto l'istanza di adempimento avanzata dalla coppia committente ed ha escluso la possibilità di ripetere quanto pagato in anticipo a titolo di compenso per la maternità surrogata. Trib. Napoli, 20 luglio 1988, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1728, in *Dir. e giur.*, 1989, p. 544 ed in *Giur. merito*, 1990, p. 61, ha negato che il genitore biologico (ossia il soggetto partecipante al rapporto di procreazione mediante un apporto genetico) abbia, allo stato attuale della legislazione, alcun rilievo. Pertanto, ne ha escluso la titolarità di qualsiasi diritto-dovere nei confronti del nato prima del riconoscimento e, di conseguenza, ha escluso altresì il suo diritto ad assumere la qualità di parte processuale in un giudizio nel quale si controverte del rapporto di filiazione, rispetto al quale l'ordinamento riconosce unicamente situazioni legali. App. Salerno, 25 febbraio 1992, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 177, con nota di BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, ha affermato che, nonostante l'illiceità del contratto di maternità surrogata che preveda la cessione del nascituro, non è escluso che, una volta nato e volontariamente ceduto dalla ma-

Le sezioni unite fanno specifico riferimento ai principi cui «uniforma il proprio comportamento la generalità delle persone corrette, di buona fede e sani principi, in un determinato momento ed in un dato ambiente»<sup>88</sup>. E aggiungono che poiché la causa turpe deve essere apprezzata in relazione al momento in cui il negozio è stato compiuto, deve escludersi che sia contrario al buon costume un contratto diretto a violare norme imperative ma non più sanzionate penalmente al momento della conclusione del contratto, in quanto lo stesso legislatore, escludendo la rilevanza penale di tali fatti, quanto meno *pro tempore*, attenua la valutazione negativa dei fini stessi anche sotto il profilo etico e sociale. In altre parole, non sarebbe possibile definire in termini di immoralità il comportamento delle parti se in quel momento non è più prevista alcuna sanzione penale a loro carico<sup>89</sup>. Per converso, dalla circostanza che un determinato comportamento è sanzionato penalmente, sarebbe possibile dedurre l'immoralità.

Può obiettarsi che la depenalizzazione ha poco a che vedere con il comune sentire sociale e, viceversa, un comportamento riprovato dal codice penale potrebbe non esserlo, o non esserlo più, dall'opinione pubblica: se si dà il giusto peso alla natura di clausola generale della norma, la quale impone una valutazione di fatto delle circostanze in cui si è concretamente posto in essere il comportamento, la distinzione tra illegalità e immoralità sembra sufficientemente netta.

Proprio in virtù della sua natura di clausola generale che si nutre delle indicazioni del sentire collettivo, l'art. 2035 c.c. deve trovare applicazione anche con riferimento a comportamenti che, seppure

---

dre biologica, il minore, riconosciuto dal padre naturale, possa essere dalla moglie di questi adottato ai sensi dell'art. 4, comma 4, 1, lett. b) l. 4 maggio 1983 n. 184».

<sup>88</sup> Cass., sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2418.

<sup>89</sup> Acquista quindi rilevanza anche la consapevolezza dell'agente in riferimento all'immoralità della propria condotta. Cfr. anche Cass., 23 marzo 1985, n. 2081, in *Giust. civ. Mass.*, 1985: «nel caso di contratto nullo per violazione di norme valutarie, che sia stato stipulato in un momento in cui la violazione stessa integrava mera infrazione amministrativa e non reato (nella specie, prima dell'entrata in vigore del d.l. 4 marzo 1976 n. 31, convertito in l. 30 aprile 1976, n. 159), l'esperibilità della *condictio indebiti*, per la ripetizione di quanto pagato in esecuzione del contratto stesso, non resta esclusa dal disposto dell'art. 2035 c.c.».

comunemente praticati nella cerchia sociale cui appartengono gli interessati, siano immorali alla stregua dell'opinione pubblica e della coscienza sociale collettiva.

La tendenza è di delimitare e di specificare la nozione di buon costume all'interno della morale sociale: mentre questa esprime un concetto più ampio, comprensivo di tutti i doveri morali riconosciuti nei rapporti di convivenza, inclusi i doveri di correttezza, il buon costume indicherebbe, più in particolare, i precetti negativi dell'onestà sociale, i quali impongono l'astensione dal compimento di atti contrari ai fondamentali canoni di onestà pubblica e privata alla stregua della coscienza sociale. La differenza tra contrarietà all'ordine pubblico e contrarietà al buon costume può desumersi, piuttosto che dal codice civile, dalla Costituzione, in particolare dagli artt. 19 e 21 ultimo comma.

La distinzione ora tracciata mi sembra sia stata posta alla base della soluzione del seguente caso<sup>90</sup>: gli organi di un'istituzione pubblica di assistenza e beneficenza avevano stipulato un contratto avente ad oggetto il conferimento di un incarico professionale (nella specie, direzione di lavori), con un membro del consiglio di amministrazione dell'ente, in violazione della norma di cui all'art. 15 della l. 17 luglio 1890 n. 6972. Questo contratto era affetto (in base al combinato disposto di detta norma di natura imperativa e del successivo art. 17), da nullità relativa, e, conseguentemente, era inopponibile all'ente. I giudici hanno ritenuto che il contratto presentasse altresì «una causa contraria al buon costume o turpe, in relazione al carattere lucrativo dell'incarico, senza alcun controllo o cautela, e con intenzionale lesione degli interessi dell'ente da parte dei suoi amministratori»: hanno pertanto applicato l'art. 2035 c.c., negando al professionista il diritto al corrispettivo per l'opera svolta, anche a titolo d'indebito od in forza di azione sussidiaria di arricchimento, e consentendo invece all'ente, sottratto ad ogni impegno contrattuale in relazione al fatto illecito dei propri organi ed al conseguente venire meno del rapporto organico, di agire per la ripetizione di quanto indebitamente versato al professionista medesimo.

---

<sup>90</sup> Cass., 18 ottobre 1982, n. 5408, in *Giust. civ. Mass.*, 1982.



### 2.1. La ratio della irripetibilità della prestazione immorale

Il concetto dei *boni mores*, risalente al diritto romano, è ben più antico di quello di ordine pubblico, che si riscontra per la prima volta nel Codice Napoleone. Tuttavia la regola della irripetibilità del contratto immorale non è stata codificata in Francia, né vigeva nel nostro codice del 1865, pur rappresentando, in tutti i sistemi privi di una norma espressa, un indiscusso caposaldo nella realizzazione della “moralizzazione del contratto”<sup>91</sup>.

L’opportunità di una codificazione del principio, nel 1942, non era condivisa da tutti<sup>92</sup>, sebbene la Relazione al codice civile (n. 790) elevasse ad esigenza dell’ordine giuridico «non dare tutela a chi non è degno». Anche dopo la codificazione del principio, si sottolineava la difficoltà della questione, rilevando che «nessuna soluzione è perfetta: o si permette all’accipiente di godersi ciò che ha avuto per causa turpe, o si consente a chi ha dato di trarre vantaggio dalla propria turpitudine con la ripetizione»<sup>93</sup>. E la stessa giurisprudenza ravvisava gli inconvenienti dell’irripetibilità, non ultimo quello costituito dallo «spettacolo offerto dall’*accipiens*, il quale per difendere *unquibus* quanto percolato sarà portato a svelare, penetrare, accentuare quella immoralità contrattuale che alla fine è anche sua»<sup>94</sup>.

Alla base della regola sono esigenze di moralità, identificabili e giudicabili più sul piano della realtà sociale che su quello normativo; tuttavia il giudice ha facoltà di intervento solamente in assenza di una contraria disposizione normativa: se identificasse,

---

<sup>91</sup> TZARANO, *Étude sur la règle «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans»*, Paris, 1926, p. 116 s.

<sup>92</sup> Erano favorevoli: F. FERRARA SEN., *Il pagamento ob turpem causam*, in *Studi senesi*, 1912, p. 148 ss.; ID., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, p. 288 ss.; GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e giurisprudenza*, Firenze, 1895-1899, V, p. 191; (e, nella settima edizione, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, Firenze, 1909, p. 210); MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1929, pp. 326-327. Contrario all’irripetibilità fu, tra gli altri, N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, *Parte generale*, Milano, 1929, p. 21; v. inoltre le perplessità degli autori citati *infra*.

<sup>93</sup> BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948, p. 380 s.

<sup>94</sup> App. Torino, 1° luglio 1947, in *Foro pad.*, 2, 1947, I, c. 679, con nota di ROCCARINO.



ad esempio, la nozione di buon costume nella morale cattolica, contraddirebbe i principi di cui agli artt. 8 e 19 della Carta Costituzionale.

Le spiegazioni offerte dell'irripetibilità di prestazioni immorali sono diverse e di varia natura: avendo riguardo principalmente al fondamento del principio, la regola si preoccupa di impedire a chi abbia esercitato attività immorali o criminali di trarre vantaggio dalla propria condotta<sup>95</sup>; la legge non concede ristoro a chi era consapevole di eseguire una prestazione immorale: «l'autonomia privata, di cui è permeato il negozio giuridico, deve trovare un campo di applicazione assolutamente morale»<sup>96</sup>.

Si è voluto, così, «escludere dalla tutela giurisdizionale inerente all'esercizio dell'azione *ex indebito* il soggetto che per goderne dovrebbe allegare il fatto della propria immoralità ed in definitiva [...] apprestare una misura sanzionatoria a suo carico».

Si è portati a concludere, sulla scorta della regola *quieta non movere*, che il legislatore abbia ritenuto opportuno non permettere ulteriori discussioni in punto di diritto una volta che la prestazione immorale sia stata eseguita<sup>97</sup>.

Sul piano processuale, si è spiegato, l'irripetibilità consegua alla denegazione dell'azione esecutiva, che impedisce al *solvens* di ottenere coattivamente la restituzione nonostante la mancanza di una giustificazione causale dello spostamento patrimoniale: la regola di cui all'art. 2035 c.c. si risolverebbe pertanto in una «sanzione irro-

<sup>95</sup> Cfr. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, s.d., ma 1959, p. 700 ss.; ma già sotto il vecchio codice FERRARA SEN., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902, p. 295 ss., ammoniva che «l'atto illecito non può servire da fondamento per sperimentare un diritto, l'ordine giuridico non ha da soccorrere colui che per la sua propria azione illecita soffre danno».

<sup>96</sup> LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989, p. 94.

<sup>97</sup> DE MARTINI, *Ripetibilità della prestazione effettuata in dipendenza di un negozio immorale*, in *Giur. compl. Corte Supr. Cass. – sezioni civili*, 1947, III, p. 1206; BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, II, *Le fonti*, Milano, 1964, p. 381; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970, p. 155; secondo GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, V, Firenze, 1909, p. 210, «i fatti illeciti e i fatti turpi non debbono interessare la giustizia come fonti di diritti per chi li commise, ma solo come materia di punizione». GALLO, *Pene private private e responsabilità civile*, Milano, 1996, *passim*, attribuisce alla regola la natura di pena privata.

gata a carico di chi si sia reso autore di una prestazione *ob turpem causam*»<sup>98</sup>.

Ne deriva l'inesistenza di un *titulus adquirendi* in capo al percipiente e la conseguente possibilità del *solvens*, ancora proprietario, di agire in rivendica nei suoi confronti (salvo il caso che si tratti di cose commiste con altre del medesimo genere appartenenti al patrimonio dell'*accipiens*).

In senso inverso, si è da altri sostenuto che il contratto avente ad oggetto una prestazione immorale, sarebbe ritenuto dall'ordinamento causa sufficiente a giustificare lo spostamento patrimoniale. Il *solvens*, a seguito dell'esecuzione della prestazione immorale, non sarebbe più proprietario della *res tradita*, e perderebbe quindi la legittimazione ad esercitare l'azione di rivendicazione nei confronti dell'*accipiens*, il quale si gioverebbe di un idoneo *titulus adquirendi*: il contratto nullo. L'accordo illecito, infatti, sarebbe sufficiente a giustificare l'attribuzione se considerato non in quanto negozio, ma quale *fatto* (seguito dall'atto volontario della *solutio*) costituente una giusta causa della dazione<sup>99</sup>.

Della regola della *soluti retentio* andrebbe negato, dunque, il carattere sanzionatorio, dovendo spiegarsi la sua vera *ratio* «muovendo dalla sua attitudine, piuttosto che a prevenire l'accordo immorale e la sua esecuzione, ad impedire che l'accordo immorale inneschi un'ulteriore vicenda immorale: quella che si verificherebbe quando la parte del contratto nullo, avendo ricevuto in esecuzione di questo una prestazione "di per sé" irripetibile, ed avendo quindi ottenuto la soddisfazione irreversibile del proprio interesse, invocasse la nullità per ottenere la restituzione di quanto pagato»<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> DELLE MONACHE, *Della irripetibilità delle prestazioni ob turpem causam nel sistema del diritto italiano*, cit., p. 699 (e già ID., *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, cit., p. 230 ss.).

<sup>99</sup> CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 504 ss.

<sup>100</sup> CARUSI, *Contratto illecito e "soluti retentio"*, Napoli, 1995, p. 17. L'opinione si basa sulla convinzione dell'autore che l'ambito operativo dell'art. 2035 c.c. sia limitato fondamentalmente alle attribuzioni eseguite in corrispettivo di prestazioni aventi ad oggetto un *facere* illecito, e che in tali casi il *solvens* della prestazione di *facere*, prestazione come tale non commerciabile, non goda della tutela restitutoria (neanche attraverso l'*actio de in rem verso*).

A fronte delle numerose incertezze che gravano sulla stessa ragione giustificativa della regola, la soluzione codicistica che esclude la ripetibilità è stata ricondotta ad una più logica coerenza, da chi ha valorizzato la *ratio* dell'art. 2035 c.c.<sup>101</sup> sostenendo che l'irripetibilità della prestazione illecita mantiene una sua utilità se si utilizzano gli strumenti dell'analisi economica del diritto, se si cerca, cioè, una spiegazione razionale del principio valutandone l'effetto in termini di rischi e di costi. Ne risulterebbe che la regola dell'art. 2035 c.c. ha una importante funzione di rafforzamento della regola della nullità, in riferimento all'obbiettivo di evitare l'attuazione dello scambio dichiarato illecito dalla legge<sup>102</sup>: una volta, infatti, che una delle parti abbia dato esecuzione all'accordo, essa, grazie alla regola dell'irripetibilità, perde il controllo della situazione e la possibilità di indurre anche l'altra parte all'esecuzione. In altre parole, il contraente, da un lato sa che, per effetto della nullità, non potrà costringere l'altra parte all'adempimento, dall'altro non ha la possibilità di ripetere quanto prestato: ecco quindi che «l'irripetibilità rafforza gli effetti disincentivanti della nullità»<sup>103</sup> (il ragionamento non vale, evidentemente, per il caso di esecuzione simultanea del contratto da parte di entrambe le parti).

---

<sup>101</sup> VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 19; dello stesso autore cfr. anche *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

<sup>102</sup> VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., p. 32: «la nullità, se viene privata di alcuni mezzi sussidiari diretti a rafforzarne gli effetti, solo in alcuni casi marginali è in grado di evitare costantemente lo scambio indesiderato; in altri casi lo è solo a volte; in altre ipotesi ancora, non lo è affatto». Solamente nel contratto aleatorio la nullità sarebbe di per sé sufficiente deterrente contro l'esecuzione dell'accordo.

<sup>103</sup> VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., p. 48. L'irripetibilità avrebbe una sua utilità, inoltre, anche in un altro senso: «se la prestazione resa consiste in un servizio, o se la cosa prestata è stata consumata, o si è confusa nel patrimonio dell'*accipiens*, sarebbe impossibile una restituzione in natura; pertanto, ammettendo la ripetizione, essa dovrebbe avvenire per equivalente: ma ciò potrebbe ricreare per altre vie uno scambio analogo a quello illecito che preveda un corrispettivo in denaro».

## 2.2. La legittimazione del solvens alla rei vindicatio

Rimane il dato inconfutabile della cristallizzazione, ad opera della norma, della situazione sorta dal contratto immorale, la quale danneggia il *solvens* e favorisce l'*accipiens* sebbene il primo, a differenza del secondo, abbia quanto meno rispettato l'impegno preso: alla fine ne risulta avvantaggiata, tra le due parti, proprio quella che ha tenuto il comportamento più immorale<sup>104</sup>.

Nei Paesi della *ex area socialista* è codificata la regola, già contenuta nel codice prussiano, secondo cui le somme che rappresentano il corrispettivo della prestazione immorale sono devolute allo Stato<sup>105</sup>: viene così conservata la regola della irripetibilità e nel contempo è risolta la questione se debba essere preferita una parte (quella che grazie alla *soluti retentio* può nel nostro ordinamento avvantaggiarsi della prestazione immorale), o l'altra (quella che ha eseguito la prestazione: ciò che accadrebbe se, come anche si è ventilato, si procedesse ad una interpretazione abrogante dell'art. 2035 c.c.). Questa scelta, prontamente scartata dai sistemi occidentali<sup>106</sup> forse anche per la diffidenza ideologica verso le soluzioni contemplate nel codice civile sovietico<sup>107</sup>, era in realtà stata suggerita, nell'ambito dell'antica disputa tra moralisti cristiani, dalla dottrina tomista, e

---

<sup>104</sup> Per una critica alla regola *quieta non movere* v. PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1183; ID., *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973, p. 291, ove si osserva che la immoralità in cui versa l'*accipiens* è maggiore di quella del *solvens*, poiché il primo è venuto meno all'impegno assunto, in spregio alla regola *pacta sunt servanda*; analogamente, QUADRI, *Ordine pubblico e nullità di contratti immobiliari non registrati*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, c. 161, dopo aver evidenziato la profonda moralità sottesa alla regola *pacta sunt servanda*, annota che l'*accipiens* che non ha eseguito la controprestazione ha violato anche questa regola morale; anche per MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito. Artt. 2033-2040*, cit., p. 369, il *solvens*, che tenta di evitare un danno, avrebbe diritto a tutela più dell'*accipiens*, il quale può invece godere della prestazione ricevuta grazie all'immoralità del contratto. Va anche detto, però, che non può parlarsi di pari turpitudine, né applicare il relativo principio, qualora il *solvens* abbia semplicemente subito la violenza o il dolo del percipiente.

<sup>105</sup> In argomento: AJANI, *Le fonti non scritte del diritto dei Paesi socialisti*, Milano, 1985.

<sup>106</sup> Ad eccezione, però, del codice civile portoghese e del codice civile messicano del 1938.

<sup>107</sup> Così, almeno riguardo ai giuristi inglesi, sospetta RESCIGNO, "In pari causa turpitudinis", in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, cit., p. 406.

non è priva di razionalità: la confisca in favore dello Stato, o anche in favore di istituzioni pubbliche di beneficenza, evita che sia concessa tutela restitutoria ad un *solvens* che non la merita ed impedisce che l'*accipiens*, il quale nel ricevere agì contro la legge, trattenga il prezzo<sup>108</sup>.

Quanto alle conseguenze negative, della vigenza del principio *ex art. 2035 c.c.* nel nostro ordinamento, sembra da preferire l'opinione, già accennata, secondo la quale l'irripetibilità della prestazione immorale non impedisce in assoluto al *solvens* il recupero della cosa: questi può comunque rivendicare il bene (sobbarcandosi ovviamente il relativo onere probatorio)<sup>109</sup>, perché il venire meno, *ex art. 2035 c.c.*, dell'azione personale, non muta la titolarità del bene consegnato e non incide pertanto sulla tutela reale, che continua a spettare al *solvens* quale proprietario della cosa trasferita<sup>110</sup>. Infatti l'*accipiens* non potrebbe invocare, come causa legittimante del proprio acquisto, la causa turpe, la quale «se impedisce il sorgere dell'obbligazione restitutoria, non assicura però alla

<sup>108</sup> Cfr. GRODECKI, *In pari delicto potior est condicio defendentis*, in *Law Quart. Rev.*, 71, 1955, p. 267 s., il quale, in senso contrario, obietta che «la confisca da parte dello Stato è, peraltro, una sanzione penale e l'intrusione di essa nel campo del contratto, se talvolta è inevitabile, non dovrebbe essere incoraggiata. Un altro difetto consiste in ciò, che si priva l'attore di ogni sostanziale interesse nella vicenda, col risultato che molte convenzioni illecite rimarranno nascoste agli occhi della legge». RESCIGNO, *"In pari causa turpitudinis"*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, cit., 406, considera più fondato il timore «che gli appetiti del fisco finiscano per impedire o pregiudicare una serena valutazione della immoralità delle convenzioni private».

<sup>109</sup> SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961, p. 26, nt. 11, il quale conferma che «in tal modo, si rispetta pienamente il principio per cui il pagamento *ob turpem causam* non può essere allegato in giudizio, perché né può invocarlo il *tradens* per far valere la mancanza di *iusta causa* del pagamento effettuato, né l'*accipiens* per paralizzare l'azione reale del *dominus*».

<sup>110</sup> DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, cit., p. 138, p. 259 ss., p. 263, secondo cui se il principio di irripetibilità valesse anche da limite all'esercizio dell'azione di rivendicazione, saremmo costretti ad ammettere che nel nostro ordinamento esiste un diritto dominicale privo dello strumento tipico che deve assicurarne la tutela in sede giudiziaria. È interessante notare che quest'autore revoca in dubbio il tradizionale convincimento secondo il quale il rivendicante ha l'onere di provare l'acquisto a titolo originario della proprietà sul bene rivendicato: chi agisce in rivendica potrebbe limitarsi a provare l'esistenza del negozio con il quale gli è stato trasferito il bene, mentre spetterebbe al convenuto provare i fatti impeditivi o estintivi.

consegna la forza giuridica necessaria per produrre un'attribuzione patrimoniale»<sup>111</sup>.

Ma è altrettanto vero che sovente il negozio immorale è composto da un lato da un *facere* e dall'altro dal suo corrispettivo consistente nel denaro, e cioè in un bene che si è confuso nel patrimonio dell'*accipiens*: tipico esempio è, ancora una volta, quello della prestazione sessuale a pagamento. Inoltre, anche quando si tratti di contratti traslativi, si pensi ad una vendita, si rischia di pervenire a risultati iniqui, giacché chi ha trasferito il bene potrà rivendicarlo, mentre la controparte, che ne ha pagato il prezzo, perderà sia la cosa sia il denaro. Il principio generale che vieta arricchimenti ingiustificati, si oppone a questa soluzione, che può trovare spazio solamente in ipotesi residuali (ad esempio nel contratto di permuta, ove entrambi i contraenti potranno rivendicare il rispettivo bene). Occorre considerare che, nelle ipotesi di irripetibilità *ex art. 2035 c.c.*, le parti sono "*in pari causa turpitudinis*", e sarebbe profondamente ingiusto che una si avvantaggiasse, a discapito dell'altra, della possibilità di recuperare il prestatato solamente in ragione della natura della prestazione (di dare anziché di fare) o del bene trasferito (ad es.: un immobile piuttosto che denaro).

Al risultato sopra descritto è invece possibile pervenire se si ritiene corretto, in ossequio al principio *nemo auditur turpitudinem suam allegans*, applicare l'*art. 2035 c.c.* anche ai casi di immoralità soltanto unilaterale. Occorre però distinguere, secondo che si tratti di immoralità del solo *accipiens* ovvero del solo *solvens*: nel primo caso, il *solvens*, per ragioni elementari di giustizia, dovrebbe poter ottenere la restituzione anche tramite l'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito (senza essere costretto ad agire in rivendica)<sup>112</sup>. Altrimenti, ad esempio, il seque-

---

<sup>111</sup> SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 1993, p. 699 ss. Per l'idea contraria, secondo cui l'*art. 2035 c.c.* non precluderebbe soltanto la ripetizione, ma anche la rivendicazione, partendo dal presupposto che l'*accipiens* acquista la proprietà del *solutum*: CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, p. 504.

<sup>112</sup> Sulla compatibilità tra azione personale di ripetizione ed azione reale di rivendicazione, e sulle conseguenze della diversa qualificazione della domanda, v. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, Padova, 2004, pp. 54-96.

stratore sarebbe legittimato a trattenere il prezzo versato per il riscatto.

Diversamente, se è il solo *solvens* a versare in condizioni di immoralità, allora può trovare campo il ragionamento fatto *supra*, sicché egli, perduta la possibilità di ripetere, potrà rivendicare.

La lettera dell'art. 2035 c.c. depone però contro un'interpretazione che dia rilevanza anche all'immoralità unilaterale, poiché esige che il *solvens* abbia «eseguito una prestazione per uno scopo che, *anche* da parte sua, costituisca offesa al buon costume».

### 2.3. *Inapplicabilità della regola ex art. 2035 c.c. alle fattispecie non immorali, ma illecite per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico*

Qualunque sia la ragione tecnica sottesa all'art. 2035 c.c., inquadrare una fattispecie nell'ambito della contrarietà al buon costume piuttosto che all'ordine pubblico comporta delle conseguenze di notevole diversità.

Si è acutamente affermato che l'art. 2035 c.c. si risolve in «un invito, specialmente per la giurisprudenza, ad inquadrare una fattispecie nella illegalità o nella immoralità a seconda che si voglia o non si voglia tutelare il *solvens*, in particolare valutando la sua eventuale posizione di supremazia psicologica nei confronti dell'*accipiens* come motivo per denegare la ripetizione, essendo la condizione di costui da preferire, per avere egli in qualche modo subito l'iniziativa del *solvens*»<sup>113</sup>. E in effetti, la giurisprudenza sovente invoca la violazione di norme imperative<sup>114</sup> o dell'ordine pubblico congiuntamente al carattere immorale della prestazione, oppure si richiama solo a quest'ultimo anche quando ciò è una evidente forzatura, come nel caso di violazione delle libertà individuali.

<sup>113</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 785.

<sup>114</sup> Cass., sez. un., 7 luglio 1981 n. 4414, in *Giust. civ. Mass.*, 1981. Correttamente, invece, distinguono tra contrarietà al buon costume e contrarietà a norme imperative Cass. 18 novembre 1995, n. 11973 e Cass. 2 settembre 1998, n. 8722; entrambe in *www.deaprofessionale.it*.



Il problema si è posto anche all'estero<sup>115</sup>: in Francia se ne è occupata soprattutto la dottrina, mentre le Corti non hanno avuto tentennamenti nel limitare il principio di irripetibilità alle convenzioni immorali<sup>116</sup>; in Germania, al contrario, la soluzione opposta, che equipara sul punto illegalità e immoralità, ha una solida base nel par. 817 BGB, che è stato anche interpretato nel senso che la prestazione sarebbe irripetibile se compiuta per uno scopo contrario al buon costume da parte di entrambi i contraenti (par. 817, II parte), mentre sarebbe ripetibile se l'immoralità è riferibile esclusivamente alla posizione dell'*accipiens*<sup>117</sup>; in Inghilterra, infine, la distinzione tra illegalità e immoralità non ha incidenza sull'applicazione della regola *in pari delicto potior est condicio defendentis*, che è operativa pure per il contratto illegale<sup>118</sup>: i giudici inglesi hanno l'abitudine di risolvere i problemi legati alla *soluti retentio* attraverso il vaglio degli interessi protetti dalla norma elusa o violata, sicché tendono ad escludere la irripetibilità nei casi in cui il contratto ha violato precetti posti a tutela del *solvens*<sup>119</sup>.

<sup>115</sup> Sull'illiceità del contratto v. KÖTZ, *op. cit.*, p. 675 ss., il quale osserva che in ogni Paese nel quale la regola dell'irripetibilità delle prestazioni immorali è stata recepita dalla legge o riconosciuta dalla giurisprudenza, la sua applicazione pratica è diventata sempre più difficile con i rapporti moderni: «finché si trattava di casi in cui i partecipanti avessero violato elementari precetti consuetudinari o si fossero accordati per la perpetrazione di un atto inequivocabilmente punibile, poteva ancora essere plausibile giustificare il divieto di ripetizione [...] Oggi [...] il problema si pone per lo più in casi in cui il negozio viola divieti di mero carattere tecnico, volti a realizzare precisi fini di politica economica e sociale, anche ignoti a una o addirittura ad entrambe le parti al momento della conclusione del contratto».

<sup>116</sup> POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, I, Napoli, 1832, p. 68; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949, p. 190; MAZEAUT, *Leçons de droit civil*, Paris, 1968-1973, p. 704.

<sup>117</sup> VON THUR, *Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, Berlino, 1910-1918, I, 1, p. 33.

<sup>118</sup> Cfr. GRODECKI, *In pari delicto potior est condicio defendentis*, cit., p. 258 ss.

<sup>119</sup> Ne dà atto RESCIGNO, "In pari causa turpitudinis", in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, cit., p. 366 s. (v. anche la giurisprudenza ivi citata), il quale osserva che si tratta di una maniera di correggere e ridurre la regola in pari causa, e crede che anche nel nostro sistema l'indagine sull'interesse protetto potrebbe avere un suo rilievo: «servirebbe a fondare l'inapplicabilità dell'art. 2035 al contratto *in fraudem legis* (almeno nella normalità dei casi) per altra via che non sia la mera distinzione tra *condictio ob turpem* e *condictio ob iniustam causam* (intesa la causa *iniusta* in un significato ampio, comprensivo della frode)».



In Italia la lettera della legge è chiara: l'impossibilità di ripetere riguarda le prestazioni illecite contrarie al buon costume, non invece quelle contrarie all'ordine pubblico o alle norme imperative. Né la regola può essere applicata alle prestazioni eseguite in adempimento di un contratto in frode alla legge, il quale non diverge, per quanto qui interessa, dal contratto vietato: in entrambi i casi non si tratta di *condictio ob turpem causam* ma di *condictio ob iniustam causam*, ed è data al *solvens* la facoltà di esigere la restituzione. Il principio *in pari causa*, inoltre, non opera per le prestazioni oggetto di un contratto collegato a quello immorale<sup>120</sup>, come quello, ad esempio, con il quale l'obbligazione immorale è garantita: la funzione dell'atto è socialmente apprezzabile ed è necessario capire, in base a valutazione di fatto, se le parti si siano servite del negozio immorale al fine di raggiungere uno scopo contrario al buon costume<sup>121</sup>.

Non c'è dubbio che la norma stia subendo un processo di lenta e costante erosione che ne limita l'ambito di validità<sup>122</sup>.

Il campo delle ipotesi contrarie ai *boni mores* viene via via occupato da quello dell'illegalità per violazione dell'ordine pubblico: poiché quest'ultima attiene ai fondamenti dell'ordinamento, la difesa delle libertà fondamentali è un compito che appartiene sempre più allo Stato, in specie a seguito del riconoscimento costituzionale dei diritti individuali dell'individuo. Si capisce allora perché alcuni ritengano che la nozione di ordine pubblico conservi una sua autonomia nel nostro ordinamento soltanto nell'accezione di "ordine pubblico economico"<sup>123</sup>.

---

<sup>120</sup> In argomento, cfr. GRASSETTI, *Negoziato collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, in *Temi*, 1951, p. 154.

<sup>121</sup> MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*. Artt. 2035-2040, cit., p. 396 s.

<sup>122</sup> RESCIGNO, "*In pari causa turpitudinis*", in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, cit., p. 335, il quale nel suo importante saggio si è posto, appunto, l'obbiettivo di mettere in evidenza come la regola *in pari causa*, sebbene formalmente accettata ovunque, sia da tempo in crisi presso la giurisprudenza pratica, concludendo la sua analisi (p. 408) nel senso che la norma operante di fatto è in realtà una versione talmente ridotta dell'art. 2035 c.c. che è difficile riconoscerla la formula legislativa.

<sup>123</sup> RESCIGNO, "*In pari causa turpitudinis*", in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, cit., p. 380: «intendendo l'ordine pubblico nel senso di "ordine pubblico economico", appare plausibile l'affermazione che l'art. 2035 non vi abbia riguardo e che limiti l'irripetibilità alle prestazioni contrarie ai *boni mores* nel senso tradizionale. La ripetizione del prestatore è da ritenersi, dunque, consentita quando la con-

2.4. *Il problema della applicabilità della regola ex art. 2035 c.c. nei casi di negozi sia immorali per contrarietà al buon costume sia illegali per contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative*

È, questo, il problema fondamentale in materia di causa turpe: se la regola della irripetibilità afferisca anche alle numerose ipotesi connotate sia dalla immoralità sia dall'illegalità. Le sezioni unite hanno ritenuto che la norma sia ugualmente applicabile<sup>124</sup>.

V'è però chi obietta che se il contratto è anche contrario all'ordine pubblico, le ragioni dell'ordine pubblico devono prevalere, con la conseguenza che la sanzione della nullità assorbe quella dell'irripetibilità<sup>125</sup>. In concreto accade che, essendo la gran parte dei com-

---

venzione urti contro i principi che si riassumono nel c.d. ordine pubblico economico». Più recentemente, una approfondita analisi del concetto di ordine pubblico è stata condotta da D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale, in Illiceità, immeritevolezza, nullità, in Aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, a cura di Di Marzio, Napoli, 2004, pp. 9-50.

<sup>124</sup> Per la sopraccitata Cass., sez. un., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2418, «l'accertamento della nullità di un contratto per contrarietà a norme imperative (art. 1343 c.c.), non impedisce un'autonoma valutazione dell'atto dal punto di vista della eventuale sua immoralità, al fine di negare l'azione di ripetizione». La soluzione ha l'appoggio di una parte sempre più consistente, della dottrina: TRABUCCHI, «Buon costume», in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 701; MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito. Artt. 2035-2040*, cit., 380-383; e di LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989, p. 102 s., il quale dopo aver ricordato che quasi sempre ordine pubblico e buon costume sono considerati insieme, sicché normalmente non è necessario distinguere i due concetti, conclude: «il fatto poi che anche il legislatore del 1942, su influenza dei redattori del codice napoleonico e del vecchio codice, abbia creato una indissolubilità tra ordine pubblico e buon costume, se si eccettua l'art. 2035, dà ragione alla giurisprudenza che non distingue tra ordine pubblico e buon costume neppure nell'art. 2035».

Anche GALLO, *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Digesto civ.*, Torino, 1998, par. 18, pur riconoscendo che nel nostro ordinamento la regola dell'irripetibilità è limitata ai soli casi di immoralità in senso stretto e non può essere applicata ai casi di semplice illegalità o contrarietà a norme imperative, aggiunge: «sempreché nel caso di specie non sia possibile ravvisare un cumulo dei profili di illegalità con quelli di immoralità o contrarietà ai buoni costumi». Si è affermato che nei (pochi) casi nei quali nel nostro ordinamento è stato menzionato il solo buon costume con esclusione di ogni riferimento all'ordine pubblico, «si è voluta escludere ogni limitazione della libertà che sia legata a contingenti valutazioni di indole politica» (RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 27).

<sup>125</sup> STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 218; CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1949, p.

portamenti immorali già proibita dall'ordinamento, seguendo la tesi estensiva si amplierebbe eccessivamente l'ambito di applicazione della regola; sarebbe quindi preferibile riservare l'impossibilità della *condictio* alla sola area dei comportamenti immorali che non siano anche illegali.

Questo suggerimento è stato accolto nell'ambito della seguente controversia<sup>126</sup>: venditore ed acquirente si erano accordati per dichiarare, nell'atto pubblico di vendita di un immobile, un prezzo inferiore a quanto effettivamente concordato e corrisposto, al fine di versare un importo inferiore all'erario a titolo di imposte. La Corte, dopo aver opportunamente ribadito che la norma di cui all'art. 2035 c.c. funge da limite legale all'applicabilità dell'art. 2033 c.c. ed impone pertanto al giudice di accertare la contrarietà al buon costume dell'atto o del contratto, ha precisato che detto accertamento deve essere condotto «tenendo presente, da un lato, che la nozione di negozio contrario al buon costume comprende (oltre ai negozi che infrangono le regole del pudore sessuale e della decenza) anche i negozi che urtano contro i principi e le esigenze etiche della coscienza collettiva, elevata a livello di morale sociale, in determinato momento ed ambiente, e per altro verso che sono irripetibili – ai sensi dell'art. 2035 c.c. – i soli esborsi fatti per uno scopo contrario al buon costume, non anche le prestazioni fatte in esecuzione di un negozio illegale per contrarietà a norme imperative».

A fronte della complessità della questione, e dell'abitudine delle corti di rifarsi tralaticciamente ad affermazioni di principio “standardizzate”, è bene adottare particolare cautela nella lettura delle motivazioni, che non sempre rispecchiano la massima<sup>127</sup>.

---

35 ss.; G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 22.

<sup>126</sup> Trib. Milano, 2 dicembre 1999, in *Giur. milanese*, 2000, p. 149. Conforme: Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 197; Cass., 18 novembre 1995, n. 11973, in *Giust. civ. Mass.*, 1995: «il pagamento effettuato in base a contratto nullo per contrarietà a norme imperative configura un'ipotesi di indebito oggettivo cui consegue per il disposto dell'art. 2033 c.c. (diversamente dalla nullità per contrarietà dal buon costume) la ripetibilità di quanto sia stato pagato».

<sup>127</sup> È quanto accade, ad esempio, per Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 187, la cui massima recita: «in materia di ripetizione di indebito la norma di cui all'art. 2035 c.c. funge da limite legale all'applicabilità del precedente art. 2033 ed impone al giudice di accertare la contrarietà al buon costume dell'atto

## 2.5. *Inesperibilità dell'azione di arricchimento ingiustificato*

La norma contenuta nell'art. 2035 c.c. è ritenuta «tale da paralizzare persino l'azione generale di arricchimento, che pure costituisce lo strumento più idoneo, quando manchi qualunque altra azione, per farsi indennizzare il pregiudizio sofferto a causa della nullità di un contratto stipulato *contra legem*»<sup>128</sup>. Ne consegue che prima di concedere non solo l'azione di ripetizione, ma qualsiasi rimedio restitutorio, inclusa l'azione di arricchimento, si dovrà escludere il carattere immorale della prestazione.

Le obbligazioni naturali e le prestazioni contrarie al buon costume trovano la loro disciplina all'interno della sezione dedicata al pagamento dell'indebitato; e tuttavia si rivolgono pure alle ipotesi di arricchimento ingiustificato: questa è una ulteriore conferma che non vi è una norma-guida, l'art. 2041 c.c., che prevalga sugli altri istituti che ad essa devono ricondursi, ma esiste, piuttosto, una congerie di rimedi che formano, nel loro insieme, il diritto delle restituzioni, e che vivono tra loro in un rapporto non di centralità/subalternità, ma di complementarietà: nel loro insieme questi rimedi offrono, attraverso una gamma di modelli restitutori distinti che formano un microsistema completo, il carattere della completezza al sistema giu-

---

o del contratto, tenendo presente, da un lato, che la nozione di negozio contrario al buon costume comprende (oltre ai negozi che infrangono le regole del pudore sessuale e della decenza) anche i negozi che urtano contro i principi e le esigenze etiche della coscienza collettiva, elevata a livello di morale sociale, in un determinato momento ed ambiente, e per altro verso che sono irripetibili ai sensi dell'art. 2035 c.c. – i soli esborsi fatti per uno scopo contrario al buon costume, non anche le prestazioni fatte in esecuzione di un negozio illegale per contrarietà a norme imperative». Dalla lettura della massima, sembrerebbe che la Corte abbia abbracciato la tesi che esclude l'operatività dell'art. 2035 c.c. nei casi in cui uno stesso negozio sia qualificabile come contrario a ordine pubblico o norma imperativa da un lato, e immorale dall'altro. Dalla lettura della motivazione, tuttavia, emerge chiaramente come la massima sia infedele: la Corte sancisce, infatti, che «il giudice di merito chiamato a pronunciarsi su di una *condictio ob iniustam causam* deve procedere d'ufficio o sulla base delle risultanze processuali acquisite all'ulteriore valutazione dell'atto o del contratto, di cui già abbia ravvisato la illegalità o la contrarietà all'ordine pubblico, sul diverso piano della sua eventuale contrarietà al buon costume». La parte massimata della sentenza, allora, significa semplicemente che ai fini dell'irripetibilità occorre accertarsi che la prestazione sia connotata, anche o esclusivamente, dal carattere dell'immoralità.

<sup>128</sup> Cass., 21 luglio 1979, n. 4398; Conf.: Cass., 7 giugno 1957, n. 2104, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1193.

ridico generale; essi conferiscono all'ordinamento quel carattere di esaustività che non trova adeguati riscontri nelle sole responsabilità civile e contrattuale.

E questa funzione "riempitiva" ha una natura unitaria, la quale si riassume nella funzione restitutoria di rimedi variegati che si ricompongono unitariamente in un puzzle ove ogni pezzo non va considerato come parte a sé stante e fine a sé stessa, ma come indispensabile tassello della volontà del legislatore di riequilibrio dei patrimoni e di tutela della sfera soggettiva all'insegna del costituzionale principio di solidarietà.

Ecco perché tutti i singoli rimedi restitutori, anzi il diritto delle restituzioni nel suo insieme, è sottoposto ai principi espressi agli articoli 2034 e 2035 c.c.; ecco perché detti articoli sono collocati all'interno di uno solo dei rimedi, e perché nulla importa che siano collocati lì e non altrove.

## 2.6. *Brevi cenni sulle obbligazioni restitutorie derivanti da reato*

L'art. 185, comma 1, c.p. rinvia espressamente alla disciplina civilistica, affermando che «ogni reato obbliga alle restituzioni a norma delle leggi civili»<sup>129</sup>.

Il problema si è posto con riferimento ai reati di corruzione e di concussione<sup>130</sup>, ed in particolare con riguardo alla restituibilità delle tangenti pagate<sup>131</sup>: la Cassazione penale, in una fattispecie relativa al reato di cui all'art. 319 c.p., ha statuito che in capo al pubblico uf-

<sup>129</sup> Sul rapporto tra nullità del contratto e imperatività delle norme penali: RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, p. 11 ss.; VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 469; SCHLESINGER, *Tangenti: profili civilistici e concorsuali*, in *Foro amm.*, 1995, c. 550; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 144.

<sup>130</sup> In argomento, RABITTI, *op. cit.*, p. 225 ss.

<sup>131</sup> SCHLESINGER, *ult. op. cit.*, c. 550, offre un ampio ventaglio delle opzioni entro le quali è possibile inquadrare il contratto concluso in dipendenza della tangente: nullità per illiceità della causa; nullità per illiceità dell'oggetto; nullità per contrarietà a norme imperative; nullità perché non corrisponde ad interessi meritevoli di tutela; nullità per illiceità del motivo unico e determinante; nullità per frode alla legge; annullabilità per conflitto di interessi; annullabilità per dolo.

ficiale corrotto nasce comunque un'obbligazione restitutoria *ex art.* 2033 c.c., non applicandosi l'art. 2035 c.c.: «in tema di corruzione, non costituisce preclusione alla condanna del pubblico ufficiale alla restituzione della somma versatagli dal privato, la natura illecita del patto, poiché unica eccezione alla ripetibilità dell'indebito è data dalla prestazione contraria al buon costume (art. 2035 c.c.), mentre va ricondotto allo schema dell'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.) il diritto alla restituzione delle somme pagate in esecuzione di contratto nullo, in quanto viziato, tra l'altro, da motivo illecito, unico ed esclusivo; diritto il cui esercizio non è incompatibile con la qualità di imputato che, in conseguenza del contratto illecito, possa assumere colui che ha indebitamente pagato, poiché il titolo alla restituzione risiede nel fatto oggettivo dell'eseguito pagamento non dovuto»<sup>132</sup>.

Quanto invece al contratto illecito coincidente con la fattispecie criminosa della concussione, si ritiene che il *solvens* concusso abbia diritto alla ripetizione dell'indebito oggettivo *ex art.* 2033 c.c., in quanto egli non versa *in pari causa turpitudinis* rispetto all'autore del reato: i vizi psicologici che inficiano la determinazione del privato al contratto illecito, in questo caso, non incarnano una «significa-

---

<sup>132</sup> Cass. pen., sez. VI, 5 marzo 1993, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1840, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 580, in *Inf. prev.*, 1993, p. 119 e in *Giust. pen.*, 1994, II, p. 75: in questo caso, pertanto, la Corte non ha rilevato l'immoralità ed ha pertanto sancito il nascere di un'obbligazione restitutoria. Contra: BELLIZZI, *Contratto illecito, reato e irripetibilità ob turpem causam*, cit., p. 45: «Contrariamente a quanto stabilito dalla Cassazione, appare fin troppo facile osservare che il corruttore» non può ripetere quanto ha pagato», incarnando perfettamente «chi ha eseguito un prestazione che, anche da parte sua, costituisca offesa al buon costume *ex art.* 2035 c.c.». Anche MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, p. 162, ritiene che il contratto concluso a seguito del pagamento di tangenti sia immorale «sia che la tangente sia pagata da un pubblico funzionario, sia che la tangente sia pagata da un privato per indurlo all'infedeltà patrimoniale». RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., 233 s., invita a distinguere l'oggetto della valutazione dai parametri del giudizio, ossia tra fattispecie negoziale da un lato e norme imperative, ordine pubblico e buon costume dall'altro, con la conseguenza che uno stesso contratto può risultare contrario a più parametri ed è ad esso applicabile l'art. 2035 c.c. Soluzione opposta a quella della Suprema Corte è stata data da Trib. Milano, 14 aprile 1997, in *Riv. arbitrato*, 1998, p. 275 con nota di CRISCUOLO, che ha negato la ripetizione applicando l'art. 2035 c.c., rilevando l'illiceità degli accordi per contrarietà al buon costume, giacché «il disegno criminoso [...] ha determinato la volontà degli amministratori della (parte pubblica) e quella degli imprenditori, volta a lucrare tangenti per i primi e profitti contrattuali per i secondi».

tiva adesione morale del *solvens* alla *turpitudine* della prestazione che questi è costretto o indotto ad eseguire a vantaggio dell'*accipiens*<sup>133</sup>. L'immoralità sarebbe qui del solo percipiente, mentre il *solvens* potrebbe aver agito in modo non del tutto libero<sup>134</sup>.

Quanto alla situazione psicologica del *solvens* di prestazione contraria al buon costume, è discusso se essa rilevi al momento della conclusione del contratto<sup>135</sup>, ovvero solo al momento del pagamento<sup>136</sup>.

In tema di confisca di somma ricavata dalla vendita di una dose di eroina, le Sezioni Unite penali hanno ritenuto il negozio di cessione, a fine di consumo, di sostanza stupefacente, un atto contrario a norme imperative, ma non anche al buon costume: «mentre la contrarietà di un atto al buon costume deve essere necessariamente bilaterale, nel negozio in questione è penalmente illecita solo la condotta di chi vende, non anche quella di chi acquista per uso personale. Ne consegue che ad esso non può applicarsi il principio *in pari causa melior est condicio possidentis* che è proprio dei negozi contrari al buon costume, onde lo spacciatore non ha diritto di ritenzione delle somme ottenute dalla cessione»<sup>137</sup>.

<sup>133</sup> BELLIZZI, *Contratto illecito, reato e irripetibilità* ob turpem causam, cit., p. 45; cfr. anche MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, p. 163 s.

<sup>134</sup> Si tenga però presente che in tema di reati contro la p.a., è configurabile il delitto di corruzione anziché quello di concussione quando, pur sull'iniziativa del pubblico ufficiale, l'accordo tra questi ed il privato venga raggiunto su un piano di sostanziale parità senza alcun riguardo al momento iniziale della proposta ed alla necessità di individuare l'autore di questa (cfr. Trib. Milano, 26 gennaio 2000, in *Foro Ambrosiano*, 2001, c. 1, con nota di AMATI).

<sup>135</sup> DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria*, cit., p. 199 ss.

<sup>136</sup> CARUSI, *Contratto illecito e "soluti retentio"*, Napoli, 1995, p. 174.

<sup>137</sup> Cass. pen., sez. un., 27 settembre 1995, n. 10372, in *Cass. pen.*, 1996, p. 67, con nota di CARCANO, in *Giust. pen.*, 1996, II, p. 281, in *Riv. polizia*, 1996, p. 513, e in *Giur. it.*, 1996, II, p. 316, con nota di BOLDO. Analogamente, Cass. pen., sez. VI, 16 ottobre 1990, in *Riv. pen.*, 1991, p. 481, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 354 ed in *Cass. pen.*, 1992, p. 2078: «in tema di estorsione, il profitto deve ritenersi ingiusto allorché sia fondato su una pretesa non tutelata dall'ordinamento giuridico né in via diretta – quando, cioè, si riconosce al suo titolare il potere di farla valere in giudizio – né in via indiretta – quando, pur negandosi il potere di agire, si accordi il diritto di ritenere quanto spontaneamente sia stato adempiuto, come nel caso delle obbligazioni naturali menzionate nell'art. 2034 c.c. Ne consegue, pertanto, che,

Con riguardo, infine, ad un soggetto nei cui confronti era stata disposta l'applicazione di pena concordata per il reato di sfruttamento della prostituzione, si è escluso che egli avesse titolo ad ottenere la restituzione delle somme sequestrate ed acquisite in virtù di tale attività criminosa<sup>138</sup>.

---

essendo il contratto di cessione di droga nullo per illiceità della causa e non potendo sorgere dalla sua stipulazione, alcuna pretesa tutelata dall'ordinamento, nessun dubbio può esservi sul carattere ingiusto del profitto perseguito da chi, con minacce e percosse, costringa un'altra persona a farsi consegnare una certa somma quale prezzo della droga consegnata, e quindi sulla piena sussistenza di questo elemento costitutivo, del delitto di cui all'art. 629 c.p., non potendosi peraltro, invocare la tutela indiretta predisposta dall'art. 2035 c.c., con il riconoscimento della *soluti retentio*, trattandosi di norma che fa riferimento ad un atto contrario al buon costume, e non, come nel caso di specie, ad un atto contrario a norme imperative, secondo la distinzione contenuta nell'art. 1343 c.c.».

Cass. pen., sez. IV, 26 marzo 1996, n. 4254, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2544, ha evidenziato, tra l'altro, che, non potendosi ritenere di buona fede il possesso di somme provenienti da negozio contrario a norme di ordine pubblico ed al buon costume in virtù di una negoziazione costituente reato e, comunque, ingiusta secondo la coscienza comune anche delle persone meno dotate, colui il quale riceve denaro costituente compenso della cessione della droga viene a trovarsi rispetto al bene in una relazione puramente materiale, segnata da malafede originaria e, perciò, priva di alcuna rilevanza e tutela giuridica ed escludente ogni titolarità. La confisca, pertanto, finisce per colpire un bene mai entrato nel patrimonio dello spacciatore, che non ha titolo ad ottenere la restituzione conseguente all'annullamento della confisca.

<sup>138</sup> Cass. pen., sez. III, 4 aprile 1997, n. 1550, in *Cass. pen.*, 1998, p. 1187.





## CAPITOLO VII

### NULLITÀ E CONTRATTO EXTRACONSENSUALE

SOMMARIO: 1. I contratti di massa come elemento di frattura del sistema contrattuale. – 2. Le tesi che salvaguardano l'unità dogmatica del sistema contrattuale. – 3. L'accordo delle parti: dialogo o adesione? – 4. I contratti di massa come contratti senza accordo? – 5. La tutela degli incapaci. – 6. La *protestatio contra factum* e l'errore. – 7. Rapporti in assenza di contratto e rapporti fondati sul contratto nullo.

#### 1. *I contratti di massa come elemento di frattura del sistema contrattuale*

In alcuni rapporti giuridici, molto comuni nell'odierno traffico di massa<sup>1</sup>, la scaturigine degli effetti non appare tanto l'accordo tra le parti, e dunque l'incontro delle dichiarazioni di volontà, quanto piuttosto i fatti giuridici: il fatto dell'offerta al pubblico di una prestazione o servizio di pubblico interesse; il fatto della sua fruizione da parte degli utenti.

In via di prima approssimazione, questo fenomeno si realizza, in tutto o in parte, nei rapporti aventi ad oggetto l'utilizzazione del mezzo di trasporto tranviario; nei contratti di somministrazione di beni di consumo generale; nei contratti automatici che si concludo-

---

<sup>1</sup> Cfr. ROPPO, *Contratti standard*, Milano, 1975; CHINÈ, *Contratti di massa*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, I, Milano, 1997, p. 403 ss.

no attraverso macchine distributrici di beni di consumo o di carburante<sup>2</sup>; nelle polizze assicurative; nei contratti standard, conclusi attraverso l'impiego di moduli o formulari totalmente predisposti dall'altra parte; nelle vendite concluse attraverso la televisione<sup>3</sup>; nelle vendite *on line*.

In questa serie di ipotesi, tutte caratterizzate da una forte compressione dell'autonomia privata, i fatti giuridici sostituirebbero il contratto quale fonte dell'obbligazione, e produrrebbero gli stessi effetti giuridici che sono normalmente il risultato di una dichiarazione di volontà. Rispetto alla gestione di pubblici servizi, ove la compressione dell'autonomia privata è il riflesso della tendenza al governo pubblico dell'economia, il fenomeno dei contratti standard si distingue perché dettato dall'esigenza di favorire la produzione in serie su larga scala.

È facile comprendere la suggestione esercitata su questi temi dalla dottrina dei rapporti contrattuali di fatto. Ad essa è infatti riconosciuto il pregio di fornire una possibile spiegazione della formazione dei rapporti contrattuali di massa, senza costringere l'interprete alla finzione di ravvisare uno scambio di consensi o una offerta, quando ciò che conta è il mero fatto oggettivo dell'utilizzazione della prestazione<sup>4</sup>.

In questo genere di rapporti di massa, infatti, si constata una pubblica offerta di prestazioni nonostante la mancanza di una preventiva pattuizione tra chi offre e chi usufruisce del servizio. A quest'ultimo non compete alcuna dichiarazione di volontà, né la possibilità di effettuare una qualsiasi accettazione difforme, da valere quale controproposta.

Il problema consiste pertanto nel capire, se rapporti caratterizzati dall'oggettività e dall'anonimità del comportamento possano essere ricondotti agli schemi individualistici che contraddistinguono la figura contrattuale<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> Cfr. CARBONE, *Vendita attraverso distributori automatici a self-service*, in *La vendita*, a cura di Bin, I, Padova, 1994, p. 393 ss.

<sup>3</sup> FUSI, *Telesponsorizzazioni e telepromozioni*, in *Dir. inf. e informatica*, 1993, p. 831 s.

<sup>4</sup> Nella dottrina italiana, la teoria dei rapporti contrattuali di fatto è stata ripresa da IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347, per spiegare il fenomeno degli scambi di massa, i quali «si svolgono senza accordi».

<sup>5</sup> In questi termini, ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p. 8.

Occorre fare riferimento al momento in cui sorge, in capo all'utente, l'obbligazione di corrispondere un corrispettivo per il servizio. Se si ha riguardo, come sembra inevitabile, al momento stesso dell'utenza, si pongono due alternative:

1) il comportamento dell'utente va inteso come volontà di obbligarsi, e allora bisognerà risolvere un ulteriore sotto-problema di qualificazione, domandosi se si tratti di un'accettazione implicita, di un comportamento concludente, o se il comportamento stesso, sostituendo integralmente il dato soggettivo della volontà, possa dar vita al contratto; soluzione, quest'ultima, che permette, attraverso una rivisitazione dello stesso concetto di autonomia contrattuale, di mantenere al contratto il ruolo di unica fonte delle obbligazioni in esame (nel contempo evitando lo sfaldamento del sistema sul piano dogmatico).

2) la seconda alternativa si basa sulla convinzione che fonte del rapporto non possa essere il contratto, perché si tratta di rapporti giuridici che si realizzano per il solo fatto di essere stati attuati, indipendentemente da una dichiarazione di volontà. Sarebbe vano ricercare a tutti i costi la presenza di un contratto a giustificazione dell'obbligazione: non vi è, infatti, alcun accordo, nessuno scambio dei consensi tradizionalmente inteso. Vi è, semmai, da un lato la messa a disposizione del servizio in offerta alla generalità dei consociati, dall'altro l'effettiva utilizzazione del servizio da parte dei singoli soggetti.

Questi rapporti, in sostanza, sarebbero tutti riconducibili, sul piano della fonte, ad un unico titolo costituito da un «obbligo sociale di prestazione».

L'idea dell'obbligo sociale di prestazione è nata con riguardo al problema dei pubblici servizi, ossia di un settore in cui la libertà dell'impresa è ridimensionata dall'interesse della collettività a fruire di prestazioni che si colorano di una forte valenza sociale. Si tratta dell'obbligo imposto dalla legge, nell'interesse pubblico, al gestore del servizio, di eseguire la prestazione secondo le modalità prefissate nonostante l'assenza di un impegno volontariamente preso nei confronti dell'utente.

Il continuo espandersi della contrattazione in serie e del traffico di massa non fa altro che confermare e ampliare quel processo di

restrizione della soggettiva libertà contrattuale dei singoli, a vantaggio dell'interesse della collettività, che è un processo tipico del nostro tempo.

Il rapporto è regolamentato dall'alto, tanto che la sua costituzione sembrerebbe derivare, piuttosto che dal contratto, da disposizioni di diritto pubblico: nel caso, ad esempio, del trasporto tranviario, si è detto, l'utente ha in ogni caso diritto alla prestazione, indipendentemente da qualsiasi previo accordo con il gestore, giacché quest'ultimo ha l'obbligo di trasportare chiunque ne faccia richiesta secondo condizioni che prescindono da ogni dichiarazione di volontà e che sono già predeterminate secondo tariffa<sup>6</sup>. In questo senso, poiché l'impresa è tenuta alla prestazione e a conformarsi alle condizioni di tariffa, essa non porrebbe in essere alcuna attività che possa identificarsi con una offerta di contratto. Anche ammesso che vi sia un accordo, il diritto dell'utente ad essere trasportato prescinde dall'accordo perché preesiste ad esso.

Questo ragionamento vale anche per il servizio postale, per le forniture di acqua, gas e luce: fonte del rapporto non sarebbe il contratto, ma l'obbligo sociale di prestazione posto dalla legge a carico del gestore del servizio.

A quest'obbligo, corrisponde la sottomissione dell'utente ad un regolamento precostituito.

Si fa l'esempio dell'aviatore per diporto che, convinto di atterrare in aperta campagna, atterra inconsapevolmente su di un campo di aviazione: egli è in ogni caso obbligato a pagare il prezzo dell'atterraggio, sebbene sia impossibile, nella specie, ravvisare un contratto concluso col suo consenso tacito. Poiché è certa l'assenza di una sua volontà in tal senso, non può parlarsi di un suo comportamento concludente: occorre solo prendere atto che egli sarà sottoposto a tutti gli effetti previsti da un regolamento precostituito, che non ha voluto né conosciuto<sup>7</sup>.

Seguendo questo ragionamento, la teoria è stata applicata dalla giurisprudenza tedesca al caso dell'automobilista che aveva po-

<sup>6</sup> HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, cit., p. 22.

<sup>7</sup> HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, cit., p. 7, prendendo spunto da un caso realmente postosi all'attenzione della giurisprudenza tedesca.

steggiato in un parcheggio nell'erronea convinzione che esso fosse gratuito e incustodito. L'automobilista aveva, peraltro, chiaramente manifestato al custode la propria intenzione di non voler concludere alcun contratto di parcheggio e di non voler pagare alcunché per la custodia, perché convinto che l'area fosse liberamente utilizzabile. I giudici lo condannarono al pagamento, negando valore alla sua dichiarazione, e sostenendo che il suo comportamento, consistente nell'uso del posteggio, equivallesse in ogni caso ad un'accettazione del servizio a pagamento<sup>8</sup>. Valga la pena ricordare che nel commento all'art. 2:211 dei Principi di diritto europeo dei contratti, il parcheggio viene richiamato quale esempio di contratto che si conclude «mediante semplice comportamento».

Il disconoscimento del carattere contrattuale giustifica nei casi citati l'irrelevanza delle norme concernenti la nascita del contratto, in specie quelle sull'invalidità: chi utilizza il mezzo di trasporto, o fruisce in concreto delle forniture, deve pagarne il prezzo anche se fosse incapace o in errore al momento dell'utilizzazione.

A questa tesi si può obiettare, preliminarmente, che quando i pubblici servizi sono gestiti da enti che si servono degli strumenti privatistici, il carattere pubblico del servizio, pur limitando fortemente l'autonomia privata, non può incidere sulla natura dell'atto che origina il rapporto con l'utente<sup>9</sup>.

Ma soprattutto, non regge l'idea secondo cui il diritto dell'utente alla prestazione preesiste al contratto, in ragione dell'obbligo legale a contrarre in capo al gestore del servizio; essa si scontra col fatto che «l'obbligo gravante sul monopolista non è [...] tanto quello di prestare il servizio, quanto piuttosto l'altro – parallelo, ma strutturalmente diverso – di giustificare l'eventuale rifiuto». Il monopolista può valutare la richiesta dell'utente come non conforme alle condizioni prefissate; oppure ancora può ritenere che la prestazione del

---

<sup>8</sup> BGH, 14 luglio 1956, in *JZ*, 1957, p. 58, con nota di WIEACKER. Per l'inquadramento del problema nell'ordinamento italiano, v. FOLLIERI, *Il «semplice fatto» e la conclusione del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 424, ove si dà atto che per la giurisprudenza della Cassazione il contratto atipico di parcheggio si conclude nel momento in cui l'utente manifesta univocamente, al ricorrere di determinate circostanze e lasciando in sosta l'automobile, l'accettazione alla proposta contrattuale di parcheggio, annoverabile come offerta al pubblico.

<sup>9</sup> RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 45.

servizio non rientri, nel caso concreto, nei limiti della sua disponibilità. Deve pertanto escludersi che l'utente vanti sin dall'inizio un vero e proprio diritto di credito: all'origine l'impresa ha nei suoi confronti soltanto un obbligo strumentale a contrarre, ma non un obbligo alla prestazione, che nasce soltanto dopo che l'utente abbia manifestato l'interesse ad utilizzare il servizio ed abbia pagato il prezzo<sup>10</sup>.

L'inoperatività delle regole inerenti ai presupposti soggettivi, attraverso la negazione della natura contrattuale di queste fattispecie, è ottenuta, anche, seguendo una diversa ma altrettanto autorevole impostazione: sarebbe il comportamento, valutato non soltanto nella sua valenza fenomenologica bensì anche sociale, che giustifica di per sé la nascita dell'obbligazione. L'autonomia privata si spiega qui in maniera affatto difforme da quella tradizionale: scartando ogni finzione che vi ravvisi un'accettazione, il «comportamento sociale» diventa esso stesso fonte di obbligazione<sup>11</sup>.

La fonte dell'obbligazione è il semplice comportamento socialmente qualificato dei soggetti; pertanto l'obbligazione nasce dall'utilizzazione del pubblico servizio, indipendentemente dall'accertamento della volontà dell'utente di impegnarsi nel pagamento del corrispettivo.

Alle tradizionali fonti delle obbligazioni se ne aggiunge così una nuova, autonoma dal contratto quanto dal fatto illecito: il comportamento socialmente tipico. L'obbligazione che sorge in capo all'utente per effetto dell'utenza è la stessa che sorgerebbe in caso di stipulazione di un valido contratto, con la differenza, però, che non v'è nessuna volontà degli effetti da valutare: l'effetto obbligatorio pre-

<sup>10</sup> RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., p. 50, il quale giustamente respinge come artificiosa «l'idea che qualunque utente abbia, per il solo fatto di essere tale in astratto, un diritto di credito nei confronti dell'impresa».

<sup>11</sup> Così, LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1956, p. 1897 ss., sottoponendo a revisione critica l'idea originaria di «contatto sociale» data dai primi sostenitori della teoria dei rapporti contrattuali di fatto. In questo senso cfr. anche ID., *Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht und «sozialer Kontakt»*, in *MDR*, 1954, p. 515 ss.; LEHMANN, *Faktische Vertragsverhältnisse*, in *NJW*, 1958, p. 2 ss.; SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1953, p. 10; ESSER, *Gedanken zur Dogmatik der «faktischen Schuldverhältnisse»*, in *AcP*, 157 (1958-1959), p. 86 ss.; ENNECCERUS, NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I, 2, Tübingen, 1960, p. 1013 ss.

scinde da ogni consapevolezza, è il prodotto meccanico della connessione tra comportamento e risultato.

Evidenti sono le conseguenze sul piano disciplinare: in assenza del contratto e della considerazione della volontà che ne dovrebbe essere alla base, non conta l'eventuale incapacità di agire dell'utente, né conta che egli fosse caduto in errore. È sufficiente che chi approfitta del servizio sia in grado di percepire il significato «sociale» di quel comportamento, ossia possieda l'attitudine a rendersi conto delle conseguenze che quella condotta comporta: ciò è certamente quanto avviene, ad esempio, per un minore che ogni giorno utilizza il servizio di autolinea per andare a scuola.

La necessità di salvaguardare l'incapace pone però il dubbio se non sia preferibile applicare in questi casi, anziché la disciplina contrattuale, quella più favorevole della ripetizione dell'indebito<sup>12</sup>.

## 2. *Le tesi che salvaguardano l'unità dogmatica del sistema contrattuale*

Se non si vuole escludere di essere al cospetto di contratti, esistono due modi di ricondurre le ipotesi in oggetto al contratto: il primo consiste nel ravvisare nello stesso fatto dell'utilizzazione del servizio un comportamento concludente, sicché non vi sarebbe necessità alcuna di abbandonare lo schema tradizionale del contratto, che vuole una proposta ed un'accettazione<sup>13</sup>. All'interno di questo schema giocherebbe un ruolo importante la tutela dell'affidamento, anch'essa espressione tipica e costante della fattispecie contrattuale nella sua originaria configurazione individualistica<sup>14</sup>.

Entrano quindi in gioco le possibilità di conclusione del contratto diverse dallo schema previsto dall'art. 1326 c.c.: si fa no-

<sup>12</sup> COSÌ, LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1977, p. 475, modificando l'opinione precedentemente espressa in *Die Begründung von Schuldverhältnissen*, cit., 1899.

<sup>13</sup> LEHMANN, *Faktische Vertragsverhältnisse*, cit., p. 4; FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975, p. 95 ss.

<sup>14</sup> KADUK, *Vertrag und sozialtypisches Verhalten*, in *JR*, 1968, p. 5.



tare che è la stessa legge a consentire difformi procedimenti (art. 1327 c.c., art. 1333 c.c.)<sup>15</sup>. È anche indubbio, però, che i contratti mediante attuazione non sono la regola nel nostro sistema giuridico.

Non sembra poi sostenibile che, attraverso il meccanismo del contegno concludente, la gestione del servizio possa equivalere a un'offerta al pubblico e la sua utilizzazione all'accettazione dell'offerta. La gestione di un pubblico servizio comporta l'assunzione di un obbligo legale a contrarre; integra quindi un comportamento dovuto e non un atto di autonomia del gestore. D'altro canto, è difficile anche sostenere che i consociati siano consapevoli o si reputino destinatari di una proposta di contratto<sup>16</sup>.

Il secondo modo di salvaguardare l'unità del sistema, evitando la «frattura del contratto», è estendere lo stesso concetto di contratto rispetto a quello tradizionale di scambio dei consensi.

Nel senso dell'ampliamento della concezione si segnala il tentativo di suddividere l'accordo in tre diversi tipi di contratto: accanto al contratto tradizionale fondato sull'accordo e al contratto diffuso nel commercio della vita quotidiana, prevalentemente poggiato sugli usi, si collocherebbe il contratto di massa. Quest'ultimo si distinguerebbe per essere slegato dalla volontà dei contraenti e soggetto, piuttosto, ai regolamenti dei rapporti di massa. La fonte dell'obbligazione sarebbe il «rapporto di utilizzazione», caratterizzato dalla standardizzazione dei regolamenti predisposti dall'imprenditore, dall'anonimità del procedimento e dalla necessità primaria e vitale da parte dell'utente di soggiacere al regolamento medesimo al fine di utilizzare la prestazione offerta. I procedimenti di produzione del rapporto tra impresa e utenti sarebbero sempre identici e omogenei, e la regolamentazione del rapporto di massa escluderebbe di per sé una «contrattazione» e

---

<sup>15</sup> Si pensi inoltre ai contratti reali, esempio di produzione di effetti per la quale non è sufficiente lo schema proposta-accettazione.

<sup>16</sup> Cfr. sul punto RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali*, cit., p. 75 s., il quale conviene che la dottrina che vuole vedere nella gestione un fatto concludente, vale a dire un'offerta di contratto, «è giunta a tale conclusione per lo più per via negativa – la impossibilità di spiegare altrimenti il fenomeno, senza sconvolgere il sistema – che per una adeguata dimostrazione di quanto afferma».

una generale rilevanza della volontà di confermare, cambiare o recedere dal rapporto<sup>17</sup>.

L'obbiettivo del mantenimento del contratto è da altri raggiunto attraverso la configurazione del rapporto di fatto come un contratto che troverebbe la propria giustificazione, anziché nella volontà delle parti, nella propria funzione sociale<sup>18</sup>.

Questi tentativi sono stati superati dalla considerazione che non può esservi contratto senza accordo, e dal rigetto, anche sul piano dei valori, di una ragione sociale che si sostituisca *in toto* all'autonomia individuale.

Da qui l'autorevole posizione assunta da Betti<sup>19</sup>, il quale, pur partendo dalla premessa che non può aversi contratto senza accordo<sup>20</sup>, osserva che l'elemento dell'accordo può essere sostituito da quello del contatto sociale, ritenendo il secondo idoneo a mantenere al rapporto la sua natura negoziale. Questo autore arriva anzi a generalizzare il significato del contatto tra le diverse sfere di interessi, inizialmente applicato in dottrina ad una sola categoria (quella delle trattative precontrattuali e del trasporto di cortesia), sino a innalzarlo a giustificazione di tutte le ipotesi contemplate dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto: «ciò che fa di questo rapporto un contratto, non è in alcun modo un vero e proprio accordo, bensì la realtà obiettivamente effettuata di un particolare contatto sociale». La posizione giuridica di chi partecipa al traffico non può essere equiparata a quella di chi riceve una proposta di contratto; chi si serve di un mezzo di trasporto acquista tutti i diritti e i doveri scaturenti dalle condizioni di tariffa, indipendentemente da ogni sua conoscenza e dalla sua volontà in ordine al contenuto della stessa: «se egli si serve del mezzo di trasporto, allora

---

<sup>17</sup> BÄRMANN, *Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinvorsorge*, Karlsruhe, 1948, p. 90 ss.

<sup>18</sup> SMITIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse*, cit., p. 519 ss.

<sup>19</sup> BETTI, *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1956, p. 240 s. e successivamente in *Jus*, 1957, p. 353.

<sup>20</sup> BETTI, *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 246, infatti, obietta alla tesi citata *supra* di Bärmann, di aver «scambiato l'effetto giuridico obbligatorio che è inerente a un rapporto contrattuale con un fatto che non ha in genere la qualità di contratto; perché un contratto nel senso odierno sarebbe, senza accordo, un non senso, una contraddizione in sé».

è implicito nelle conseguenze giuridiche del suo comportamento che con ciò sia sorto un rapporto di trasporto, poiché questa conseguenza giuridica, è strettamente connessa ad esso, a prescindere dal fatto che egli lo voglia o no»<sup>21</sup>.

I rapporti di servizio, come appunto i contratti di trasporto o quelli di forniture, sono ad ogni modo giudicati da Betti vere e proprie obbligazioni contrattuali «benché la loro formazione non comporti alcun contratto, bensì sia da connettere ad un modo tipico di comportamento sociale». Questi rapporti, nonostante non concretino contratti, rientrano comunque nella sfera dell'autonomia privata, che l'ordinamento protegge come comportamento giuridico negoziale in ossequio alla finalità tipicamente sociale del comportamento del singolo<sup>22</sup>.

Il ragionamento permette di spiegare perché, con riguardo ai rapporti in esame, sebbene negoziali, non possa essere esercitata l'impugnativa per errore o per incapacità, predisposta invece per il contratto vero e proprio.

Ancora una volta, la soluzione impinge con la teoria delle fonti: la fonte di produzione delle obbligazioni, che non può essere il contratto per la mancanza del requisito essenziale dell'accordo, diviene in questo caso un comportamento giuridico negoziale.

Alla base dogmatica di queste teorie fa evidentemente da sfondo la necessità di dare risposte adeguate ad un problema pratico sostanziale: giacché quando il rapporto giuridico ha ad oggetto prestazioni come quelle in esame, sarebbe concretamente irrealizzabile un qualsiasi controllo dell'effettiva volontà, della reale consapevolezza e della capacità di agire di tutti coloro che fruiscono del servizio; nel migliore dei casi, ne risulterebbe un gravissimo pregiudizio al rapido svolgimento del traffico.

Ma le tesi citate non riescono a spiegare come al rapporto di utilizzazione, o alla prestazione di pubblici servizi, o ancora al contatto

---

<sup>21</sup> BETTI, *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 241.

<sup>22</sup> BETTI, *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 246; nonché p. 248 s.: «i c.d. rapporti contrattuali di fatto, sono assolutamente corrispondenti al principio dell'autonomia privata, allorché trovano il loro fondamento nel comportamento sociale degli interessati e con ciò fanno sì che venga a realizzarsi un tipico rapporto sociale obbligatorio fra gli interessati stessi».

sociale, possa attribuirsi il valore, in mancanza di indicazioni normative, di autonoma fonte dell'obbligazione.

La sostituzione del contatto sociale al contratto potrebbe essere parzialmente giustificata mediante la sua connessione con gli obblighi di un comportamento di buona fede, e in particolare con quei doveri preparatori noti come «doveri di protezione». In tal senso, ogni volta che due soggetti entrano in relazione al fine di raggiungere un fine lecito, questo «contatto sociale» farebbe scattare a loro carico un obbligo accessorio di correttezza.

Sembra però eccessivo collegare a questo contatto la nascita di un vero e proprio rapporto contrattuale.

Sembra poi artificiosa la costruzione di un rapporto che rimane negoziale a prescindere dal valore che vi riveste la volontà di chi lo pone in essere. Se è vero che il comportamento sociale potrebbe essere di per sé idoneo alla creazione del vincolo, è difficile spiegare la sua compatibilità con l'annunciata configurazione di un atto di volontà; e se davvero vi è un atto di volontà, rimane il problema di giustificare la sua immunità dalle norme in materia di incapacità ed errore.

Se la fonte dell'obbligazione è il contatto sociale realizzatosi tra i consociati, deve pertanto escludersi che la fonte dei rapporti contrattuali di fatto sia riconducibile (come sosteneva Betti) all'autonomia privata. Si dovrà invece concludere, per non cadere in contraddizione, che in questi casi il sorgere del rapporto non ha nulla a che vedere con l'esplicazione dell'autonomia privata ed è legato ad un comportamento che prescinde dal comune volere (e dunque dal negozio).

Rimane pertanto, nonostante gli autorevoli sforzi dottrinali, il dubbio di fondo: se i nostri rapporti non possono essere riportati al contratto, allora da cosa quest'ultimo è sostituito<sup>23</sup> ed in che modo questo qualcosa assurge al rango di fonte dell'obbligazione?

Ancora una volta, la risposta è insita nell'art. 1173 c.c., alla cui stregua è possibile configurare una nuova e atipica fonte delle obbligazioni, autonoma da quelle tipicamente previste dalla legge. Fon-

---

<sup>23</sup> FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, 1952, p. 144.

te dell'obbligazione non è la dichiarazione di volontà ma il fatto, in quanto idoneo a produrre obbligazioni secondo l'ordinamento giuridico.

### 3. *L'accordo delle parti: dialogo o adesione?*

Chi dubita della su riferita prospettazione osserva che un'intera disciplina, attinente alla responsabilità, al rischio, alla colpa, alle garanzie, ecc., con la sola esclusione delle norme sui vizi del consenso e sull'incapacità, non può trovare applicazione in rapporti che, seppure sorti ad imitazione dei rispettivi contratti, non devono essere considerati tali. Tanto più che trattasi di una disciplina che è stata predisposta soltanto per chi, attraverso l'attività negoziale, vi si sottopone volontariamente.

Ma d'altro canto, sul versante opposto, anche chi conferma l'esistenza della fattispecie contrattuale, ricorrendo allo stratagemma di sostituire il requisito del consenso con altri elementi, non convince nella spiegazione, di come il nuovo elemento possa assumere un ruolo e una funzione per legge spettanti alla volontà delle parti.

Se si nega la possibilità di rintracciare la fonte del rapporto contrattuale di massa al di fuori delle fonti di produzione tipiche, questa va reperita nel contratto. A tal fine, però, per spiegare la limitata rilevanza, agli effetti disciplinari, del ruolo della volontà, occorre una seria riflessione su cosa significhi oggi parlare di autonomia contrattuale e soprattutto di accordo quale scambio dei consensi.

In questa prospettiva, la gamma delle fattispecie si allarga in maniera esponenziale, perché vengono in questione tutte le ipotesi nelle quali alla acclarata presenza formale di un contratto, non sembra corrispondere l'esistenza di un accordo tradizionalmente inteso quale frutto del dialogo tra le parti. Ipotesi nelle quali non gioca ruolo alcuno la riflessione del destinatario dell'offerta, il quale può solo accettare o rifiutare, ma non ha, a ben vedere, un autentico «potere contrattuale» esplicazione della propria autonomia: non può interloquire con la controparte, non può trattare il prezzo e le condizioni dell'affare, formulare la sua controproposta.

Le ipotesi, oltre a quelle dei pubblici servizi, comprendono tutte le fattispecie caratterizzate dalla spersonalizzazione del rapporto: si pensi, ad esempio, alle vendite effettuate per mezzo di apparecchi automatici, che si attuano con la semplice inserzione nelle apposite fessure del danaro corrispondente al prezzo del bene offerto; alle operazioni economiche concluse tramite le aste televisive, tramite il sistema self service o via internet; alle compere nei supermercati.

È poi inevitabile che il pensiero corra alla contrattazione in serie, ove l'imprenditore, avvalendosi di formulari standardizzati, pone l'utente di fronte al fatto compiuto: le singole condizioni del patto sono già state predisposte e all'altra parte non rimane che aderirvi mediante semplice sottoscrizione, senza concreta possibilità, di norma, di apportarvi modifiche.

Nella moderna società industriale, è sempre più avvertita l'esigenza di regolare in modo uniforme la contrattazione per consentire alle imprese che producono su larga scala di organizzare e gestire la propria attività prevedendo le condizioni di produzione e distribuzione dei prodotti. La possibilità di calcolare in anticipo rischi e vantaggi dell'attività, si risolve in un evidente aumento dell'efficienza; la ripetitività degli schemi si traduce in un risparmio di tempo e di energie.

In tutte le ipotesi in oggetto, l'impresa non vuole il dialogo, rigetta gli impedimenti che deriverebbero dal «mercanteggiare» coi consociati: emblematica è la vendita nei grandi magazzini, ove non v'è l'incontro di un uomo con un altro uomo, ma solo il gesto di prendere o la scelta di non prendere.

Questa mancanza del dialogo, questa assenza della parola, secondo una tesi, sarebbero la ragione della crisi dell'accordo quale elemento del contratto. L'accordo, si dice, è il frutto di un dialogo linguistico; laddove questo è assente deve concludersi che non si ha contratto, ma semplicemente una combinazione di atti unilaterali; nella specie: l'atto dell'espone e l'atto del preferire<sup>24</sup>.

Non resterebbe che prendere atto, allora, che gli scambi di massa si svolgono senza accordi, perché questi due atti unilaterali, l'e-

---

<sup>24</sup> IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 360; ID., *“È vero, ma...” (replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 274.

sporre e il preferire, non si fondono nella sintesi dell'accordo: «rifiutando la mediazione dialogica della parola, non escono dall'originaria unilateralità».

Mentre la dottrina dei rapporti contrattuali di fatto poneva al centro il contatto sociale, secondo questa diversa impostazione, il contratto di massa sarebbe caratterizzato dal contatto con le cose: i due atti unilaterali si ritrovano nell'identità della merce, la quale combina i due atti trasformandoli in una decisione di scambio<sup>25</sup>. Posta la cosa al centro dello scambio, ogni dialogo viene meno; il fenomeno è particolarmente evidente, oltre che negli scambi dei grandi magazzini, in quelli delle reti televisive o telematiche, ove al primato dell'accordo linguistico si sostituisce il primato dell'immagine<sup>26</sup>.

Il contratto viene così scomposto in due atti unilaterali leciti, che richiedono solo la riferibilità ad un autore e la naturale capacità d'intendere e di volere, secondo la disciplina dell'art. 2046 c.c. Viene meno la disciplina del consenso e rimane in vita soltanto quella degli atti unilaterali. La disciplina dei contratti tipici, invece, è estensibile solamente attraverso il procedimento analogico.

In risposta alla tesi ora esposta, si è sottolineato che l'art. 1321 c.c. non richiede alcuna trattativa, che esistono forme procedimentali di formazione del contratto che prescindono da ogni dialogo (artt. 1327 e 1333 c.c.), che, in altre parole, "accordo" non vuol dire "dialogo" ma anche semplice adesione<sup>27</sup>.

Consegue che le ipotesi qui esaminate, sebbene non sia in esse ravvisabile un «dialogo» tra le parti, rientrano senz'altro nel concetto di accordo<sup>28</sup>. La disciplina contrattuale è direttamente applicabile.

---

<sup>25</sup> IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 360: «il rapporto adialogico somiglia a due segmenti, i quali, svolgendosi ciascuno da una parte fino alla cosa, in questa si ritrovano ed incontrano. La decisione di esporre va dal soggetto alla cosa; la decisione di preferire va dal soggetto alla cosa: la cosa, essendo il punto dove i due atti si incontrano, ne dimostra l'identica funzionalità e ne determina l'unitaria considerazione del diritto».

<sup>26</sup> IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 355.

<sup>27</sup> OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525 ss., in part. p. 527.

<sup>28</sup> IRTI, "È vero, ma..." (replica a Giorgio Oppò), cit., p. 274 ss., riprendendo a sua volta l'argomento, contesta che ravvisare l'accordo anche dove accordo non v'è, recherebbe «un inatteso contributo alla logica del capitalismo, il quale po-

Sul piano disciplinare, sono evidenti i vantaggi di questa soluzione: la tesi opposta si limita a richiamare la regola dell'art. 2046 c.c., ma apre vuoti che toccherebbe all'interprete riempire tutte le volte che si debbano scegliere le regole applicabili; e poiché in buona parte dei casi queste sarebbero le regole della vendita, non può non notarsi che la disciplina della vendita non è quella di uno «scambio senza accordo», ma quella del «contratto» di vendita. Ancora più a monte, poi, vi sarebbe da discutere su quali siano il momento ed il luogo in cui i due atti unilaterali si combinano, da ciò discendendo le ovvie conseguenze in materia di legittimazione, competenza, legge applicabile, ecc.<sup>29</sup>.

La soluzione è peraltro in linea con l'evoluzione della materia contrattuale. La tesi che reclama l'esistenza del dialogo, ha certamente il merito di richiamare l'attenzione su aspetti problematici della standardizzazione che meritano attenta riflessione, ed una costante attenzione legislativa. Ma oggi non si può dubitare che per aversi contratto non è necessario un «dialogo», ma è sufficiente l'accertamento di un accordo sulla costituzione del rapporto; in questi termini, l'adesione al contratto in serie si risolve nell'accettazione di una proposta.

Anche l'atto dell'esposizione della merce e l'atto del preferire corrispondono ad una offerta e ad una accettazione, nonostante l'assenza di dichiarazioni del venditore e del compratore. Esporre in quel luogo ha il significato obbiettivo di voler vendere, scegliere in quel luogo ha quello di voler comprare: nella decisione di vendere e comprare lo stesso oggetto, è l'accordo<sup>30</sup>.

Ciò che conta non è la realtà dell'intima volontà di chi vende e chi compra (che non può emergere da questi atti), ma il significato obbiettivo che, alla stregua di una valutazione sociale, questi comportamenti assumono nella vita di relazione<sup>31</sup>.

---

trà sempre dissimulare, sotto l'accordo dei voleri, gli scambi anonimi e ripetitivi dei mercati».

<sup>29</sup> OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 530 s.; BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 44.

<sup>30</sup> OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 528 s.

<sup>31</sup> Cfr. BIANCA, *Diritto civile*. 3. *Il contratto*, cit., p. 43 s.: «non vale neppure opporre la solidarietà dei comportamenti, poiché la loro attitudine a costituire



Partendo dalla constatazione dell'assenza di dialogo che caratterizza la contrattazione in serie, si è decretata la fine dell'accordo come elemento essenziale del contratto.

#### 4. *I contratti di massa come contratti senza accordo?*

In questi casi, il contratto non è il prodotto della comune volontà dei contraenti, ma della volontà del solo predisponente: in concreto l'altra parte non può «trattare», ma soltanto subire le condizioni che le sono imposte, salvo che scelga di rinunciare al bene o al servizio.

Ebbene, se tutte queste fattispecie devono, fosse anche solo seguendo un procedimento di esclusione, trovare il loro titolo nel contratto, allora questa nozione tradizionale deve essere necessariamente ampliata. Occorre chiedersi, innanzitutto, se si sia concepibile un contratto senza accordo.

In questa direzione, si nota che ravvisare un accordo tra le parti in queste ipotesi equivarrebbe ad una finzione. In questi casi il contratto è ben lontano dalla costruzione che ne fa l'art. 1326 c.c. secondo lo schema dello scambio proposta-accettazione, e ciò confermerebbe che esiste il contratto senza accordo, che il consenso non è elemento imprescindibile del contratto<sup>32</sup>.

La revisione della tradizionale concezione del contratto sarebbe peraltro imposta dall'odierno atteggiarsi del traffico e dei concreti procedimenti di circolazione delle ricchezze, che rendono inopportuna l'indagine sull'effettiva volontà dell'agente in relazione agli effetti della propria dichiarazione. Quel che conta è se il comportamento dei consociati, oggettivamente, assuma il significato di un negozio.

I procedimenti mediante i quali i rapporti di massa trovano attuazione possono essere definiti e compresi solamente attraverso la

---

il rapporto contrattuale è data dalla congruenza dei loro significati, indirizzati allo scambio».

<sup>32</sup> G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, p. 193 s.

valorizzazione del significato sociale del comportamento, che finisce con l'occupare nella fattispecie contrattuale quella stessa funzione giustificativa che si riteneva in passato esclusivo appannaggio della volontà<sup>33</sup>.

Dell'esistenza di contratti senza consenso, peraltro, si avrebbe conferma nella legge. Si fanno gli esempi: del mediatore di fatto<sup>34</sup>, che ha diritto al compenso per il solo fatto che le parti hanno approfittato della sua attività; della *collatio agrorum rusticorum*, che fa sorgere i diritti di comproprietà di una strada agraria per effetto del solo conferimento in compossesso delle porzioni di terreno; delle ipotesi, ampiamente esaminate *supra*, ex artt. 2126 e 2332 c.c.<sup>35</sup>. In effetti, andrebbe distinto: il contratto di mediazione si produrrebbe senza consenso, salvo che prima della conclusione dell'affare intervenga la *prohibitio* del cliente o la rinuncia del mediatore. Anche la c.d. *collatio agrorum rusticorum*, si produrrebbe senza necessità di alcuna dichiarazione di volontà. L'inclusione delle ipotesi ex artt. 2126 e 2332 c.c. pone invece un ulteriore problema: se consenso viziato e assenza di consenso possano essere equiparati. Si tenga presente, ad esempio, che il lavoratore subordinato è protetto anche quando il contratto è nullo per un vizio formale; inoltre, la legge non concede la tutela nel caso di inesistenza, ma richiede espressamente la presenza di un contratto, sia pure nullo o annullabile.

---

<sup>33</sup> G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio*, cit., p. 194 ss.; WIEACKER, *Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten*, in *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, Göttingen, 1963, p. 263 ss.

<sup>34</sup> In realtà, è noto che non vi è accordo sulla natura giuridica della mediazione e, in particolare, se la fonte della mediazione sia rinvenibile nel contratto o, al contrario, in un mero fatto giuridico. Per la teoria contrattualistica, seppure con diverse sfumature, si sono pronunciati, tra gli altri: STOLFI, *Della mediazione*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, artt. 1754-1765, Bologna-Roma, 1966, p. 16 ss.; MINERVINI, *Mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione (rassegna di giurisprudenza)*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1948, p. 668 ss.; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, t. II, Padova 1999, p. 119 ss. La teoria acontrattualistica è stata invece sostenuta da CATRICALÀ, *La mediazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 12, Torino, 1986, p. 403 ss.; CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960; MIRABELLI, *Promessa unilaterale e mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 165 ss.; CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 361 ss.

<sup>35</sup> SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975, p. 97.

Al contratto consensuale si affianca, così, il contratto extraconsensuale<sup>36</sup>.

Seguendo questa strada è evidente il rilievo assunto dall'esecuzione della prestazione, analogamente all'ipotesi del lavoro subordinato di fatto (art. 2126 c.c.) e a quella della società di capitali nulla (art. 2332 c.c.): in questi casi, l'esecuzione integra una fattispecie complessa di cui altro elemento è il contratto invalido; in quelli qui esaminati, l'esecuzione sostituisce il consenso, purché non vi osti la *protestatio* di un contraente<sup>37</sup>.

La fonte dell'obbligazione sarebbe allora costituita dal «fatto che una prestazione è stata eseguita senza *prohibitio* del suo destinatario»<sup>38</sup>. Ritorna così al centro dell'analisi il comportamento di fatto, in forza della sua «forte tipizzazione sociale»<sup>39</sup>.

È così che l'impostazione oggettiva, spinta alle sue estreme conseguenze, non riesce a discostarsi del tutto dal risultato delle teorie viste *supra*, sebbene queste partano dal dato esattamente contrario della negazione del contratto. Se lì il comportamento sociale sostituiva il contratto, qui, però, esso consente di mantenere in vita il contratto dandogli nuova linfa attraverso la sostituzione dell'elemento del consenso con quello dell'esecuzione.

Queste soluzioni hanno certamente il pregio di soddisfare l'esigenza di «assicurare comunque, pur in un quadro così multiforme, la riferibilità al sistema del contratto e del negozio giuridico»<sup>40</sup>.

Dalle argomentazioni ora esposte, un dato pare inconfutabile: la tradizionale configurazione individualistica del contratto, tutta basata sul dato soggettivo della volontà, nella moderna società di massa cede il passo ad una nuova concezione che, nel cogliere il lato sociale del rapporto, va sempre più oggettivizzandosi. L'abbandono del dogma della volontà non ha impedito che il contratto rimanesse

<sup>36</sup> SACCO, *Il contratto*, cit., p. 86 ss.

<sup>37</sup> Sull'incompatibilità tra *protestatio* e contratto, cfr. GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 794.

<sup>38</sup> DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, p. 199.

<sup>39</sup> DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 201.

<sup>40</sup> ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 8, il quale si domanda però se non sia proprio questa eterogeneità a suggerire la necessità di ulteriori schemi che possano meglio giustificarla.

il fulcro essenziale attorno al quale ruota la regolamentazione dei privati interessi, anche in un'epoca come l'attuale, ove lo sviluppo dei traffici ha indotto a privilegiarne sempre più l'aspetto oggettivo e funzionale.

Sarebbe ora il momento, per alcuni, di disconoscere l'essenzialità del consenso, inteso quale accordo in senso tradizionale. Perché si abbia contratto, sarebbe sufficiente «l'accertamento della presenza di un regolamento reciproco e vincolativo di interessi obiettivamente riferibile all'autonomia privata»<sup>41</sup>. Superata la concezione individualistica, non resterebbe che riconoscere che il contratto è il risultato di varie tecniche procedimentali, una delle quali, ma non l'unica, è quella tradizionale fondata sullo schema proposta-accettazione.

La teoria dei rapporti contrattuali di fatto si fermava alla configurazione di rapporti contrattuali, capaci di produrre effetti contrattuali, pur in assenza del consenso e quindi in assenza del contratto.

Il passo ulteriore mosso dalla dottrina moderna è invece quello di concepire il contratto, pur in assenza del consenso. Ciò che conta è che il comportamento del soggetto assuma, oggettivamente, un significato negoziale, indipendentemente da ogni sua soggettiva consapevolezza: «decisivo diventa così il significato obiettivo dell'atto, che rende irrilevante la mancata concreta coscienza del significato dell'atto stesso, prevalendo sull'essere il dover essere, perché ognuno deve conoscere il valore che nella vita sociale ha questo o quel comportamento»<sup>42</sup>.

Pare, però, di dover aggiungere, che perché il comportamento delle parti assuma, oggettivamente, un significato negoziale, non sono sufficienti i semplici gesti dell'espone e dello scegliere. Essi potranno essere identificati nella proposta e nell'accettazione soltanto se hanno il significato dell'offerta e dell'apprensione di un bene o di un servizio che siano resi disponibili verso un corrispettivo<sup>43</sup>. Soltanto in questo caso potrà dirsi che il comportamento è

<sup>41</sup> G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio*, cit., 190.

<sup>42</sup> G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio*, cit., 198.

<sup>43</sup> BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 40: «diversamente il rapporto non è contrattuale e le eventuali obbligazioni scaturiranno da fatti extraneoziali (arricchimento, gestione di affari altrui, ecc.)».

obiettivamente riconducibile allo schema attuativo di un contratto tipico.

Questo consente di escludere, ad esempio, che abbia concluso un contratto il ladro, o chi abbia scelto un bene che era esposto a soli fini pubblicitari, o chi, come nel caso emblematico e ormai noto dell'automobilista, espressamente dichiarò o comunque manifestò di non voler concludere contratto alcuno.

Dall'assenza del dialogo non può inferirsi l'assenza dell'accordo: ciò che rileva è il significato che questi comportamenti assumono nella vita di relazione.

### 5. *La tutela degli incapaci*

Il problema dell'incapacità occupa un ruolo importante nelle teorie in esame.

Nei rapporti di massa è più che mai avvertita l'esigenza di evitare che un'impostazione soggettivistica, troppo imperniata sulla concezione individualistica del contratto, possa ostacolare il rapido svolgimento del traffico.

Questa vitale esigenza va però temperata con l'altra necessità essenziale di ogni sistema giuridico: evitare che i vantaggi della collettività si riflettano negativamente sui soggetti più deboli e più esposti della società.

La soddisfazione della prima esigenza ha spesso un ruolo (parzialmente) pregiudiziale nella stessa costruzione dogmatica delle figure qui esaminate. Lo sforzo è di escludere la disciplina dell'incapacità.

Per alcuni, ciò avviene escludendo la contrattualità, o la stessa negoziabilità, della fattispecie: diviene così sufficiente la semplice idoneità del soggetto a comprendere il valore sociale dell'attività svolta. Infatti, quando al centro della costruzione si pone la realizzazione del rapporto, «non è più necessario ricercare una volontà (di tipo) negoziale, potendo allora quella realizzazione assumere rilevanza sulla semplice base (non della capacità negoziale, ma) del significato sociale ad essa attribuito e dell'at-

titudine che nel caso concreto viene riconosciuta al soggetto di parteciparvi»<sup>44</sup>.

Per altri, il risultato è raggiunto dando rilevanza, pur rimanendo all'interno dello schema contrattuale, al comportamento in funzione sostitutiva del consenso: in questo caso, la descrizione della fattispecie come esplicazione dell'autonomia privata dovrebbe, a rigore, attraverso l'applicazione della disciplina contrattuale, condurre alla tutela che quella disciplina prevede per gli incapaci. Anche in questo caso, però, il risultato è evitato sulla base di affermate «ragioni pratiche» legate, appunto, alla tutela del traffico: se, infatti, come ammette questo stesso orientamento interpretativo, «da un punto di logica astratta non può disconoscersi che anche in queste ipotesi possa e debba essere considerata necessaria la capacità negoziale», deve tuttavia concludersi che «esigenze pratiche impongono una soluzione che attenui in qualche modo il rigore dei principi e si armonizzi maggiormente con la stessa struttura dell'atto di autonomia privata» in questione<sup>45</sup>.

Accertare caso per caso la capacità dei soggetti che si immettono quotidianamente nel traffico di massa sarebbe impresa improbabile in alcuni casi (si pensi all'uso del trasporto pubblico), materialmente impossibile in altri (basti pensare alle operazioni economiche concluse coi distributori automatici, i c.d. robot).

Così, si è anche proposta un'interpretazione estensiva dell'art. 1426 c.c., tale da equiparare le ipotesi in cui è impossibile l'accertamento dell'incapacità alle ipotesi di occultamento della stessa.

Ciò che desta perplessità, però, e che merita forse un completamento, non è il risultato (irrilevanza dell'incapacità), ma la sua giustificazione. Chi si occupa della questione, infatti, sottolinea l'esigenza di assicurare un adeguato svolgimento dell'economia di massa e la salvaguardia delle attività produttive che vi sono connesse.

<sup>44</sup> ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, cit., p. 10.

<sup>45</sup> G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio*, cit., p. 199 ss., il quale pur riconoscendo che «non è agevole tenere ferma, secondo i concetti, una fattispecie contrattuale prescindendo dalla capacità di agire del soggetto», conclude che «la realtà della vita rende necessaria una conclusione in qualche modo difforme dai principi». Si badi, che a questo Autore non sfugge che la soluzione, oltre che favorire la rapidità del traffico, asseconda anche l'esigenza dello stesso incapace a non rimanere escluso dal traffico di massa.

Così facendo, si dà esclusivo rilievo al profilo oggettivo del fenomeno, ponendolo in antitesi con l'esigenza primaria di ogni ordinamento: quella, tipicamente individualistica, di approntare adeguate tutele per le persone incapaci. In questo quadro antitetico, risulterebbe vincente il primo aspetto e necessariamente, seppure eccezionalmente, accantonato il secondo.

Così impostato il ragionamento, la giustificazione è labile e rimane esposta a obiezioni di varia natura, tecnica e ideologica. Si rischia inoltre di aprire un discorso molto più ampio, che coinvolge ancora una volta il sistema delle fonti di produzione, e nel quale rientrerebbe anche l'opzione di ricorrere, anziché al meccanismo contrattuale, alle *variae causarum figurae* previste dall'art. 1173 c.c. accanto al contratto e all'illecito, le quali (si pensi alla disciplina dell'indebito) sarebbero meglio in grado di salvaguardare la posizione dell'incapace<sup>46</sup>.

Che si tratti di una scelta di giuspolitica è incontestabile. Il conflitto tra opposti interessi cade, tuttavia, se si considera che l'interesse dell'incapace, in questo caso, è realizzato proprio attraverso la disapplicazione delle norme ordinariamente deputate a proteggerlo. Nei moderni sistemi giuridici è ormai chiaro che una protezione vera e non formalistica dell'incapace deve anche tenere conto delle diverse situazioni della vita di relazione, escluso dalle quali, il soggetto, risulterebbe di fatto penalizzato anziché protetto. La tendenza legislativa è infatti di escludere o limitare la capacità di agire (attraverso una sentenza di interdizione o di inabilitazione) esclusivamente nei casi in cui ciò si renda veramente indispensabile alla protezione della persona incapace<sup>47</sup>.

---

<sup>46</sup> In questo senso, si potrebbe vedere nei rapporti giuridici instaurati di fatto altrettanti contratti viziati, che tuttavia obbligano chi ha fruito della prestazione a pagare un indennizzo equivalente al valore della stessa, stante la già avvenuta «consumazione» della prestazione e l'impossibilità di restituire.

<sup>47</sup> Mi riferisco, soprattutto, alle riforme in materia di incapaci attuate in Francia (l. 3 gennaio 1968, n. 68-5), Austria (l. 2 febbraio 1983, n. 136) e Spagna (Ley 24 ottobre 1983, n. 13 e successive modifiche), con l'introduzione, rispettivamente, della *sauegarde de justice*, della *Sachwalterschaft* e dell'*incapacitación*; nonché, per il nostro ordinamento, alla riforma che ha introdotto la figura dell'amministrazione di sostegno, la quale, all'art. 409 c.c., mantiene la capacità in capo al beneficiario per gli atti che non rientrano nell'amministrazione.

## 6. *La protestatio contra factum e l'errore*

Chi ravvisa l'essenza del contratto, anziché nel consenso tradizionale, nell'atto di regolamento di privati interessi, osserva che questo significato è riconoscibile, adottando un criterio valutativo operante nella vita pratica degli affari, anche nel comportamento di chi apertamente dichiara di non aver alcuna intenzione di concludere il contratto.

Si ricordino i casi dell'aviatore e dell'automobilista: la certezza, in queste situazioni, della contraria volontà non avrebbe rilevanza alcuna. Il loro comportamento (rispettivamente, l'atterraggio e il parcheggio) attua comunque, oggettivamente, un regolamento di interessi. Una diversa soluzione sarebbe eccezionalmente ammessa, soltanto se la contestazione fosse esteriorizzata in maniera da costituire, secondo criteri di valutazione sociale, una smentita della ricorrenza del contratto: si fa l'esempio di chi scende subito dal tram perché accortosi di essere salito sulla vettura sbagliata, o di chi, mentre è intento a parcheggiare, si avvede che il posteggio è custodito e si dirige immediatamente altrove.

Ma al di fuori di questi casi eccezionali, si sostiene che la valutazione sociale tipica del comportamento debba prevalere anche sulla contraria manifestazione di volontà<sup>48</sup>.

In senso contrario, può osservarsi che poiché un comportamento contrattuale può risultare, sia pur oggettivamente, soltanto in presenza dello scambio, e quindi di una prestazione verso un corrispettivo, la dichiarazione contraria dell'agente esclude che il suo comportamento abbia un significato obbiettivamente contrattuale.

Il problema dei vizi del consenso è ridotto, in queste fattispecie, a quello dell'errore, la cui necessaria riconoscibilità specifica l'esigenza di tutelare, salvaguardando l'affidamento della controparte, il più generale interesse del traffico. Il fatto che nelle ipotesi esaminate l'errore sia sempre non riconoscibile, conferma la sua irrilevanza come causa di annullamento del contratto.

A soluzioni non difformi si può pervenire se si conferisce rilievo al fatto e non all'atto, perché in tal caso un simile problema neanche può porsi.

---

<sup>48</sup> G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio*, cit., p. 199 ss., p. 203.



Una astratta rilevanza dei vizi del consenso può essere riconosciuta soltanto con riguardo all'errore, il quale in concreto, però, nei casi considerati è sempre non riconoscibile.

7. *Rapporti in assenza di contratto e rapporti fondati sul contratto nullo*

Nel corso del presente capitolo si è dato atto di come all'interno dei rapporti di fatto possano individuarsi, accanto ai rapporti che si basano sull'esistenza di un contratto nullo, quelli che, pur in assenza di contratto, si conformano allo schema di un rapporto contrattuale rendendone applicabile, in tutto o in parte, la disciplina.

In questo secondo caso, la qualificazione pone problemi ancora più delicati, perché mentre, ad esempio, per le ipotesi di cui agli artt. 2126 e 2332 c.c., si può dibattere sulla concepibilità di un contratto nullo produttivo di effetti, qui i dubbi ineriscono alla stessa configurabilità di un contratto; più precisamente, se possa aversi un contratto in assenza di accordo, e ciò comporta la necessaria presa di posizione, mai del tutto scevra da pregiudizi di natura ideologica, sulla stessa nozione di "accordo" assunta dall'art. 1321 c.c. (e dall'art. 1325 c.c.)<sup>49</sup>.

Perché se accordo, in estrema sintesi, significa "dialogo tra le parti" (*rectius*: proposta più accettazione e correlativa facoltà di controproporre), urge reperire, ai fini della collocazione di queste fattispecie, una nuova fonte delle obbligazioni che sia diversa dal contratto medesimo (e che, naturalmente, non avrebbe nulla a che vedere con il fatto illecito quale fonte *ex art.* 1173 c.c.).

Se, al contrario, si assoggetta a revisione la nozione di accordo tradizionalmente intesa, in coerenza col processo di oggettivazione che ne ha caratterizzato l'ultima epoca, allora è lo stesso concetto

---

<sup>49</sup> Sulla distinzione della funzione del consenso, come momento di nascita dell'accordo nell'art. 1321 c.c., e come momento del trasferimento del diritto nell'art. 1376 c.c., v. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374-1381*, in *Il codice civile commentato*, diretto da Schlesinger, Milano, 1999, p. 314.

di contratto come fonte di obbligazione che finisce con l'ampliarsi sino a ricomprendere, anche potenzialmente, nuove e imprevedibili ipotesi concrete.

All'evidente interesse teorico della questione, che ne fa uno dei temi più affascinanti del diritto privato, non vanno nascoste le implicazioni pratiche: dalla soluzione adottata, come visto, dipende l'operatività o meno delle regole in materia di incapacità e di vizi del consenso.



## CAPITOLO VIII

### I PARADIGMI DELLA NULLITÀ

SOMMARIO: 1. La nullità *ex nunc* tra regole ed eccezioni. – 2. Produzione degli effetti e comparazione degli interessi.

#### 1. *La nullità ex nunc tra regole ed eccezioni*

Il presente lavoro ha evidenziato le ragioni che giustificano i diversi paradigmi della nullità, limitatamente alla sua portata effettuale e con uno più specifico riguardo alla nullità *ex nunc*, anche nei suoi rapporti con la sanatoria del negozio nullo.

Il rispetto della volontà nel testamento e nella donazione comporta che la fattispecie complessa si componga della volontà originaria del disponente e di quella (espressa o attraverso esecuzione) del confermate (artt. 590 e 799 c.c.). La fusione di queste due volontà, inimmaginabile se il testamento o la donazione fossero inesistenti, costituisce l'interesse considerato dall'ordinamento prevalente rispetto a quello che soggiace alla nullità classica.

La celebrazione del matrimonio costituisce il substrato che consente, con la buona fede dei coniugi, il dispiegarsi di una fattispecie complessa sullo sfondo della quale si ergono interessi che hanno indotto alla conservazione degli effetti già prodottisi: dalla formazione di una comunità familiare all'affidamento dei coniugi (o del coniuge) (art. 128 c.c.). E il *favor matrimonii* giustifica la sanatoria del

matrimonio simulato non appena siano ravvisabili gli embrioni di una volontà di conservazione del vincolo, come emergono dal semplice atteggiarsi concretamente a coniugi o dalla mancata impugnazione dopo un solo anno (art. 123 c.c.).

L'improduttività classica del negozio nullo si scontra con l'interesse costituzionalmente garantito al lavoratore subordinato (art. 36 Cost.) alla retribuzione e diviene dunque effettiva solo per l'avvenire, mentre il pericolo che la parte debole del contratto di lavoro nullo abbia lavorato invano è garantito dalla mera esistenza del contratto e della sua esecuzione (art. 2126 c.c.). Un interesse, appunto, che riceve la sua massima considerazione nella Carta Costituzionale, e una protezione che viene linearmente a mancare quando manchi quello stesso interesse: la nullità recupera la sua efficacia retroattiva se deriva da illiceità dell'oggetto o della causa.

Ma il diritto alla retribuzione viene meno anche quando esso si fonderebbe, se nascesse, su altro contratto nullo: quello stipulato dal cliente con professionista non iscritto all'albo (art. 2231 c.c.). In questo caso, come in quello del contratto di lavoro subordinato nullo per illiceità dell'oggetto o della causa, l'interesse non merita protezione: è un ambito appannaggio, dunque, della nullità classica, con la sua portata dirompente in grado di travolgere tutti gli effetti già prodottisi; non solo il professionista non ha diritto al compenso, ma se lo ha già percepito dovrà restituirlo. La nullità si atteggia dunque a sanzione civile indiretta e sviluppa a pieno la propria portata sanzionatoria.

Eppure, diversa sorte è toccata al contratto con causa turpe (art. 2035 c.c.): esso non risponde certamente a un interesse delle parti meritevole di protezione; ciò nondimeno la sua nullità produce un effetto che sfugge al paradigma classico della sanzione: l'irripetibilità di quanto pagato. Ciò significa che la retroattività degli effetti è stata in tal caso accantonata per dare risalto a un interesse che non pertiene a una delle parti, ma allo Stato come collettività, sebbene diverse possano esserne le spiegazioni (v. cap. VI, par. 2).

L'iscrizione nel registro delle imprese costituisce l'elemento formale che, sommato al contratto nullo, consente di limitare le cause di nullità e, soprattutto, di trasformarle in cause irretroattive di scio-

glimento al fine di tutelare gli interessi dei terzi e di salvaguardare un centro di imputazione di effetti giuridici che ha operato nel mondo dei traffici dopo aver ottenuto il suggello formale, l'iscrizione appunto, che con efficacia costitutiva lo rende tale (art. 2332 c.c.). E proprio l'assenza dell'iscrizione con portata costitutiva, nelle società di persone, impedisce il formarsi della fattispecie complessa che caratterizza quelle di capitali e lascia aperta la questione se il solo fatto dell'attività compiuta sia sufficiente ad estendere la portata dell'art. 2332 c.c. quanto alla irretroattività degli effetti della dichiarazione di nullità.

In altri casi ancora, il legislatore dà vita a una autonoma fattispecie legale, come avviene con l'art. 2652 n. 6 c.c. Se chi ha acquistato un bene in base a un contratto nullo in seguito aliena tale bene, si tratta di capire entro quali limiti debba essere protetta la posizione del terzo subacquirente. La norma cit. lo fa a tre condizioni: che la trascrizione della domanda di nullità sia intervenuta dopo cinque anni dalla trascrizione dell'atto; che il terzo sia in buona fede; che sia stato trascritto sia il suo acquisto sia quello del suo dante causa, in ossequio al principio di continuità delle trascrizioni. Qui la trascrizione è un fatto che, sebbene esterno alla vicenda contrattuale, non si limita più a una funzione meramente dichiarativa, ma diviene, col fine di tutelare il terzo, pubblicità costitutiva che consente – unitamente alla buona fede del terzo – al contratto di dispiegare effetti, nonostante l'intervenuta dichiarazione di nullità. Qui il contratto nullo ha valore di «fatto che concorre con altri fatti a integrare una fattispecie legale di acquisto predisposta a tutela dell'affidamento del terzo»<sup>1</sup>.

Oppure è decisivo l'affidamento ingenerato in altri in una futura esecuzione (art. 1338 c.c.). L'interesse, che è quello della tutela dell'affidamento e della considerazione della circolazione giu-

---

<sup>1</sup> MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975, p. 7. Cfr. RAGGI, *Trascrizione – salvezza mediante trascrizione dei subacquisti dei terzi tra nullità ed inefficacia*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2022, p. 803 (in nota a Cass., Ord., 1° dicembre 2021, n. 37722); COLESANTI, *La trascrizione della domanda di nullità ed i terzi subacquirenti*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 694 ss. (che attribuisce però rilievo meramente processuale alla norma); MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, p. 77 ss.

ridica, è evidentemente al di fuori del raggio di azione della nullità classica.

Altre volte è l'interesse ad una giusta controprestazione, che impone di porre la questione al centro di relazioni tipiche: si applica allora la c.d. teoria del saldo, come avviene in materia di locazione abitativa allorché il contratto si rivela nullo ma il conduttore ha nel frattempo goduto dell'abitazione.

Sono tutte ipotesi che pongono l'accento su una precisa direttiva del legislatore: il contratto nullo, ben diversamente dal contratto inesistente, *producit effectum*.

I diversi paradigmi della nullità dimostrano che esiste una nullità classica, caratterizzata da rigidità; ma esistono anche "nullità elastiche" o "atipiche" come la nullità *ex nunc*, la nullità sanabile, la nullità da comportamento, la nullità con funzione di sanzione civile.

Esistono poi ipotesi normative nelle quali per superare la rigidità della nullità il legislatore ha dato ingresso all'annullabilità, nonostante la nullità o l'inefficacia sembrassero, a rigore, più appropriate (art. 184, comma 1, c.c.) oppure ha "addomesticato" la nullità attraverso l'affievolimento della legittimazione attiva, come accade nelle numerose ipotesi di nullità relativa.

Un caso estremo è dato dalla commercializzazione dei servizi finanziari, per la quale è stata coniata una nullità da comportamento. In tal caso, la nullità prende il posto dello scioglimento, con una scelta inversa rispetto a quelle, enunciate prima, di nullità la cui efficacia riproduce in sostanza lo scioglimento. Una scelta, questa, che sembrerebbe un richiamo alla rigidità, ma ammorbidita dall'adozione di una nullità relativa.

In altri casi ancora la nullità è stata ritenuta opzione da scartare: si pensi al comma 3 del cit. art. 184 c.c., ove il coniuge (o unito civilmente) in comunione legale che abbia alienato un bene mobile senza il consenso dell'altro è chiamato a recuperarlo o, se non vi riesce (perché l'acquirente si oppone) a reimmettere nella comunione una somma di denaro attualizzata al valore della moneta al momento della ricostituzione della comunione. Il contratto di vendita è dunque perfettamente valido, nonostante il venditore abbia disposto di un bene di cui non è l'unico titolare.

Ma, soprattutto, si pensi alle operazioni sulle azioni proprie (artt. 2357 ss. c.c.), quando all'invalidità dell'atto il legislatore ha preferito regole diverse, che attingono alla responsabilità.

Alla base della soluzione sulla possibilità (e sull'utilità) o meno dell'esistenza di una categoria sistematica nella quale confluiscono tutte le fattispecie complesse nelle quali, seppure in senso lato, "*quod nullum est producit effectum*", sta la concezione che si abbia sulla figura del contratto: se si sostiene la centralità dello schema contrattuale, le fattispecie concrete che divergono da quello schema non possono che essere considerate eccezionali; se, all'opposto, si opera una sostanziale svalutazione del contratto quale fonte delle obbligazioni, conferendo il giusto peso ai principi di apertura ed elasticità alla base dell'ultimo inciso dell'art. 1173 c.c., la costruzione di una nuova figura sistematica diviene quasi doverosa per l'interprete.

Il richiamo all'art. 1173 c.c. e alla teoria delle fonti delle obbligazioni pone il problema del superamento di una troppo rigida interpretazione della nullità classica come insanabile e retroattiva, perché dimostra la tendenziale idoneità del fatto a produrre effetti indipendentemente dalla validità del negozio; consente inoltre di delineare importanti fattispecie nelle quali il rapporto contrattuale si instaura in assenza di un consenso bilaterale; pone l'accento su concetti come buona fede e tutela dell'affidamento, così accelerando il cammino verso la formazione di una più moderna coscienza solidaristica.

A sua volta, la ricerca dei paradigmi della nullità, se portata alle sue estreme conseguenze, induce a confrontarsi con l'opzione di estendere l'applicazione delle norme sui contratti a tutti i comportamenti che danno origine a una realtà sociale assimilabile ad un determinato contratto, purché si tratti di attività dirette ad uno «scopo non disapprovato dall'ordinamento»<sup>2</sup>. Col risultato che dall'ambito applicativo delle regole contrattuali rimarrebbero fuori soltanto gli atti illeciti. Si tratterebbe di un processo di espansione che è già in atto sul fronte della responsabilità: la responsabilità contrattuale non è solo quella da contratto, ma anche quella che nasce da ogni altro atto o fatto fonte di obbligazione secondo l'ordinamento giuri-

---

<sup>2</sup> Cfr. su questo concetto TASCHE, *Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluss?*, in *J.J.*, Bd. 90, 1943, p. 124.



dico, come dimostra il frequente ricorso negli ultimi decenni al contatto sociale, alle obbligazioni *ex lege* e ad altri strumenti concettuali che hanno condotto ad una sempre più accentuata emarginazione del fatto illecito. L'accento sul negozio nullo in quanto *fatto* e sulle *fattispecie complesse* che da esso scaturiscono porta ad un allargamento delle maglie della parte generale sul contratto, perché se ai "fatti", di per sé, nei limiti in cui siano fonti di obbligazioni, si applica la disciplina loro propria più quella generale delle obbligazioni, al fatto/negozio nullo che dà luogo a una "fattispecie complessa contrattuale" va applicata, nei limiti della compatibilità, la legge del contratto.

Si assiste, da un lato, alla apparente svalutazione dello strumento contrattuale; ma dall'altro lato detto fenomeno si verifica estendendo l'applicazione delle norme sul contratto stesso a ulteriori situazioni appartenenti alla vita di relazione, in ossequio al dovere di correttezza e di salvaguardia dell'altrui aspettativa. Si perviene pertanto al risultato di una equivalenza tra impegno sociale ed obbligo giuridico, la quale consente che le esigenze della vita di relazione prevalgano su interessi di minor rilievo quali quelli sottesi alle norme in materia di forma del contratto o di presupposti soggettivi. Soltanto in apparenza, dunque, si svaluta il contratto, perché in concreto se ne ampliano gli effetti; ma occorre avvisare che ciò non avviene, fermi restando il dovere di buona fede e la tutela dell'aspettativa dei terzi, per mero omaggio ad esigenze della vita di relazione. Avviene, o può avvenire, perché l'ordinamento stesso dimostra, attraverso la limitazione del completo dispiegarsi della nullità classica, di considerare quegli effetti sul piano giuridico, alla stregua di un interesse che è anch'esso giuridico, come dimostrano l'art. 1421 c.c. e l'art. 100 c.p.c.

Non solo, dunque, oggi più che mai all'interprete spetta confrontarsi con l'idea che al principio *quod nullum est nullum producit effectum* si affianca una distinta categoria generale, che si compone di fattispecie diverse dal contratto valido, la quale *producit effectum*; ma è sempre più attuale e urgente uno sforzo sistematico, anche da parte della giurisprudenza, che tenti di mettere ordine fra questi effetti, in ausilio alla moderna dottrina del negozio nullo che

è già, essenzialmente (come ammoniva Sacco), la dottrina di questi effetti<sup>3</sup>.

In alcune ipotesi, la nullità classica con effetti *ex tunc* può condurre a soluzioni pratiche sconcertanti e mortificare all'eccesso l'affidamento del contraente nelle pattuizioni contrattuali, su cui aveva fondato scelte economiche e di vita. Una tale retroattività deve quindi essere ispirata, alla luce di una lettura orientata dall'art. 3 Cost., alla ragionevolezza delle sue conseguenze, tenuto conto sia dell'interesse delle parti sia dell'interesse della collettività.

Basti ricordare, a conforto di tale esigenza, il dibattito storico alla base della distinzione normativa tra nullità e annullabilità. Come ricordato dalla Suprema Corte a sezioni unite<sup>4</sup>, «la ponderata discriminazione tra le due forme d'invalidità, venne tendenzialmente riportata, nelle riflessioni consolidate della dottrina dell'epoca, al piano "quantitativo" della maggiore o minore gravità del vizio» e le differenze di regime vennero ricondotte «alle diverse finalità perseguite dal legislatore: mentre l'annullabilità tutela interessi qualificati ma particolari, la nullità è volta alla protezione di interessi prettamente generali dell'ordinamento, afferenti a valori ritenuti fondamentali per l'organizzazione sociale, piuttosto che per i singoli (non a caso, e proprio per questo, si è parlato incisivamente di nullità "politiche" rimarcandone la valenza pubblicistica e rammentandosi, nel contempo, come tanto in ordinamenti a noi vicini – quale quello francese e tedesco – quanto in seno al diritto anglosassone la rilevanza d'ufficio della nullità sia pacificamente ammessa; in Inghilterra e negli Stati Uniti, in particolare, tutte le volte in cui il contratto risulti illegale)».

Anche la retroattività della nullità classica, non diversamente dalla rilevabilità officiosa, si fonda sulla natura pubblicistica dell'interesse tutelato dalla sanzione, che ne giustifica la gravità. Le deroghe sono dunque inammissibili ogni qualvolta la retroattività sia imposta dalla salvaguardia di diritti fondamentali o di interessi della collettività o dello Stato. Ma quando si tratti di diritti o interessi

<sup>3</sup> SACCO, voce *Nullità e annullabilità (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1965, p. 457 ss.

<sup>4</sup> Cass, sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Giur. it.*, 2015, p. 70, con nota di PAGNI.

minori, sottesi alla nullità, va altresì considerato che essi potrebbero essere già sufficientemente protetti dalle altre caratteristiche della nullità medesima, diverse dalla cancellazione degli effetti *ex tunc*, come la legittimazione attiva, i poteri d'ufficio del giudice e l'imprescrittibilità dell'azione.

La produzione di effetti del contratto fino alla dichiarazione della sua nullità non equivale alla sanatoria del contratto né conduce a una equiparazione, in ipotesi inaccettabile, tra contratto valido e contratto nullo. Il rapporto nascente dal contratto formatosi validamente resta comunque nettamente distinto e incompatibile rispetto a un rapporto fondato sul contratto affetto da nullità *ex nunc*.

L'eliminazione degli effetti prodottisi e la cancellazione, in definitiva, del "fatto" non possono ritenersi giustificati tutte le volte in cui la nullità *ex nunc*, di per sé sola, risulti idonea al presidio degli interessi salvaguardati dalla sanzione.

L'interesse al mantenimento della situazione di fatto prodotta dall'atto nullo, se si delinea di rilievo costituzionale alla luce delle circostanze concrete, rappresenta esso stesso un "interesse generale". La situazione di fatto creatasi e la "causa" della nullità giocano dunque ruoli antagonisti. La giustificazione della retroattività deve essere valutata sul piano della ragionevolezza, con l'adozione di un regime rimediale adeguato allo scopo.

L'esistenza della fattispecie complessa deve dunque indurre l'interprete, e il giudice in particolare, a considerare il recupero di una porzione di disciplina del contratto che non si riallaccia al contratto (nullo) in quanto negozio, ma in quanto fatto produttivo di obbligazioni, nella misura in cui la salvaguardia degli effetti già prodottisi sia, da un lato, funzionale alla tutela degli interessi privati emergenti dalla fattispecie, e, dall'altro, non si ponga in contrasto con interessi di ordine superiore.

Lo stesso principio dell'atipicità delle fonti di obbligazione, introdotto dal nuovo codice, è volto ad incrementare gli affari e gli scambi che sarebbero invece pregiudicati se l'obbligazione potesse scaturire unicamente nelle ipotesi tipizzate dalla legge. Le obbligazioni sorte, in ossequio a tale principio, da situazioni economico-sociali meritevoli di tutela, hanno una loro forza vincolante che si fon-

da sulla considerazione di indici superiori, sicché il contratto nullo, in quanto fatto che ha prodotto effetti, deve essere apprezzato alla luce dei valori dell'ordinamento, in specie di rango costituzionale.

Emblematico di questa selezione degli interessi coinvolti è, ancora una volta, l'ambito contrattualistico lavorativo, ove si assiste a una complessa sovrapposizione di norme codicistiche rispondenti a diverse esigenze di tutela (artt. 2033 ss., 2041 s., 2126, 2035, 2231): la illiceità dipende dalla contrarietà a norma imperativa, o all'ordine pubblico, o, ancora, al buon costume: nei primi due casi si ha illegalità, nel terzo immoralità. Se il trattamento protettivo *ex art.* 2126 c.c. non opera in ragione della illiceità, trovano comunque spazio, di norma, i generali rimedi restitutori: quindi, la prestazione, vuoi *ex art.* 2041 c.c., vuoi *ex artt.* 2033 ss. c.c., deve essere restituita. Se però trattasi di immoralità, dovrà applicarsi un'altra norma che si pone in rapporto di specialità rispetto al diritto delle restituzioni: l'art. 2035 c.c., con conseguente denegazione dell'azione restitutoria.

Se la nullità del contratto di lavoro, avente ad oggetto l'esercizio di una libera professione, dipende da illiceità dell'oggetto per mancanza della necessaria iscrizione in un albo o elenco, occorrerà vedere se l'attività professionale è realmente dedotta in un rapporto di lavoro subordinato: in caso affermativo, dovrà operare il coordinamento tra l'art. 2231 c.c. e l'art. 2238 c.c., norma che rinviando alla disciplina del contratto nell'impresa rende operativa anche la regola dell'art. 2126 c.c. che in quell'ambito è collocata; in caso contrario, la norma pertinente è l'art. 2231 c.c., sicché il professionista non avrà diritto a compenso alcuno. Se, infine, la prestazione è stata svolta non in esecuzione di un contratto invalido, ma di un contratto inesistente, non vale la regola dell'art. 2126 c.c., che fa testuale riferimento alla «nullità» e alla «annullabilità» del contratto: in assenza di qualsiasi rapporto instauratosi tra un *solvens* ed un *accipiens* non sarà inoltre applicabile la disciplina dell'indebito; l'unica tutela, pertanto, è quella offerta dall'azione di arricchimento senza causa<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> La regola di cui all'art. 2126 c.c., richiedendo espressamente la nullità o l'annullabilità del contratto, ovviamente non può trovare applicazione neanche nei

Può infine farsi una considerazione di carattere generale: la nullità e l'annullamento producono, nel contratto di lavoro, conseguenze che divergono in maniera sostanziale dalla disciplina generale predisposta per le due forme di invalidità del contratto. Di più: nullità e annullamento non producono effetto (per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione e fatta salva l'illiceità dell'oggetto o della causa). La relativa sentenza non ha effetto retroattivo neppure tra le parti; il datore di lavoro deve comunque corrispondere la retribuzione corrispondente all'attività già svolta dal lavoratore subordinato e, se l'ha già corrisposta, non ha azione per la ripetizione.

Ebbene, se sul piano tecnico è evidente la distanza tra l'art. 2126 c.c. e la nullità selettiva (v. cap. I, par. 3 s.), tuttavia il legislatore in entrambi i casi «utilizza un modello che pure incide sugli effetti restitutori dell'invalidità nel senso del superamento della neutrale autoreferenzialità della disciplina dell'indebito»<sup>6</sup>.

Rileva, come si è visto, non già il contratto, ma la «attività» concretamente svolta.

Orbene, questa deviazione dai principi comuni non appartiene al solo contratto di lavoro, poiché l'ordinamento anche in altre occasioni privilegia la considerazione dell'attività rispetto alla considerazione del contratto, tant'è che si è persino ravvisata l'esistenza di un principio generale vigente per tutti i contratti di durata, in base al quale la invalidità di questi ultimi opererebbe sempre *ex nunc*<sup>7</sup>.

Se si vuole conferire dignità di paradigma alla nullità *ex nunc* con conseguente capacità espansiva della stessa oltre le ipotesi espressamente considerate dalla legge, la selezione deve essere ri-

---

casi in cui, a seguito di nullità parziale del contratto stesso, le clausole affette da nullità siano state sostituite di diritto da norme imperative. Cfr. Cass., sez. lav., 5 marzo 1983, n. 1646, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, che dopo aver premesso che l'azione diretta a denunciare la violazione della l. 18 aprile, n. 230 (disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato) configura un'azione di nullità parziale del contratto e implica la sostituzione del rapporto invalidamente costituito con altro rapporto già indicato dalla legge, ne inferisce che all'accertamento di detta nullità non consegue l'applicabilità dell'art. 2126 c.c.

<sup>6</sup> A. BARBA, *Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, p. 902.

<sup>7</sup> G. STELLA RICHTER, *op. cit.*, p. 175 ss. V. cap. IV, par. 6.

gorosa: certamente, vanno scartati senza tentennamenti i casi in cui la nullità del contratto derivi dall'illiceità del risultato che le parti si proponevano di raggiungere; altro è, invece, se l'illiceità attenga al mezzo tecnico adoperato, laddove lecito e meritevole fosse l'interesse da realizzare. Indicazioni precise vengono dalla legge, all'art. 2126 c.c., quando esclude la salvezza degli effetti se la nullità del contratto di lavoro derivi da illiceità dell'oggetto o della causa; altre ancora provengono dalla giurisprudenza, quando ad esempio si rivolge alla cennata distinzione per selezionare i testamenti convalidabili *ex art. 590 c.c.* e quelli che non lo sono (e parimenti per il contratto di donazione, *ex art. 799 c.c.*).

## 2. Produzione degli effetti e comparazione degli interessi

I numerosi, seppure non esaustivi, esempi riportati nella presente Opera, sia che appartengano al paradigma della nullità *ex nunc* sia che rientrino in quello della nullità sanabile o si inseriscano tra le nullità di protezione, presentano un minimo comune denominatore: l'eccedenza funzionale della nullità classica rispetto all'interesse delle parti o all'interesse pubblico alla rimozione degli effetti del singolo contratto, a causa della forza che l'atto conserva in qualità di *fatto*.

È ovvio che le nullità di protezione presentano caratteristiche diverse. Il tema non è stato oggetto diretto della presente indagine, ma ci si è limitati alla considerazione del contratto affetto da nullità relativa come idoneo a produrre tutti i suoi effetti, anche traslativi, sebbene la parte interessata possa cancellarli mediante la proposizione dell'azione di nullità. È quindi ovvio che quanto sin qui esposto, in merito alla nullità *ex nunc*, per la nullità assoluta, può valere altrettanto, e ancor di più, per le fattispecie di nullità relativa ove il contratto resta valido fino alla (soltanto) eventuale azione giudiziale del contraente debole. Per altri versi, la configurazione normativa e l'elaborazione giurisprudenziale delle nullità di protezione ne evidenziano la vocazione funzionale, ancorché non esclusiva, alla correzione parziale del contratto, limitatamente alle parti che pregiudici-

cano il contraente che in via esclusiva può farle valere<sup>8</sup> (e, in caso di inerzia del contraente debole, il rilievo officioso supplisce alle carenze della sua difesa). Tale carattere è stato largamente sottolineato dalla dottrina che si è occupata della collocazione delle nullità relative nel sistema dei rimedi e delle disfunzioni del contratto. L'eliminazione delle sole clausole inefficaci vale a scongiurare la produzione dell'effetto dell'invalidità dell'intero contratto. E tuttavia, sul piano effettuale, anche in quei casi si tratta di salvare gli effetti prodotti dal contratto, salvo quelli riannodabili alle clausole invalide. Va peraltro aggiunto che non pochi studiosi opinano che il contraente debole, protetto dalle nullità in parola, non solo abbia il potere di salvare gli effetti del contratto nullo impedendo la dichiarazione di nullità, ma possa persino convalidare il contratto viziato da nullità relativa<sup>9</sup>.

La considerazione giuridica del fatto o della situazione di fatto scaturita dal contratto nullo non porta, d'altronde, a regolare la fattispecie complessa come se il contratto e il rapporto contrattuale fossero validi: l'analogia è ravvisabile solo nella salvaguardia degli effetti prodottisi, restando invece immutata la differenza tra contratto nullo (con valore di fatto) e contratto valido (con valore di negozio) per ogni altro aspetto. La nullità *ex nunc* costituisce soltanto un mezzo tecnico per fare salvi gli effetti che si sono già prodotti, ma la considerazione del contratto come fatto storico non vale a trasformarlo in un negozio giuridico valido: varranno, per tutto il resto, le regole della nullità classica.

Il sistema rimediale è sempre presieduto da una scelta politica che seleziona l'interesse pubblico o privato prevalente. La scelta di salvaguardare gli effetti di un contratto intrinsecamente viziato deve confrontarsi col bisogno di dissuadere i privati dal

<sup>8</sup> Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.

<sup>9</sup> Così POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 12 ss.; PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. e merc.*, 2009, p. 28 ss.; D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 732 ss. In senso contrario, invece: PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e di rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Pers. e merc.*, 2012, p. 24 ss.; PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012, p. 60 ss.

dare vita ad accordi illeciti confidando sulla salvezza di quegli effetti. La marginalizzazione della nullità *ex nunc* quale nullità speciale o eccezionale o avulsa dal sistema delle invalidità si scontra, ad ogni modo, con il diritto di iniziativa economica privata garantito dall'art. 41 della Costituzione, se ci si affida ad una prospettiva negoziale tutta concentrata in esclusiva sull'atto di autonomia e non anche ad una prospettiva rimediabile che guardi al fatto e all'attività.

In questa seconda prospettiva, risulta evidente che l'assolutezza del principio *quod nullum est nullum producit effectum*, a fronte di un fatto o di un'attività che hanno già trovato attuazione e che risultano rispondere a interessi meritevoli anche in un'ottica costituzionale, non rappresenta la risposta più efficace e deve, pertanto, essere superata dall'esigenza di recuperare gli effetti dell'atto nullo.

Se è vero che la forza vincolante del fatto, in conformità al principio di atipicità delle fonti di cui all'art. 1173 c.c., si impone al di fuori di una sua espressa menzione positiva<sup>10</sup>, la scelta tra la retroattività della dichiarazione di nullità e la protezione di quegli effetti, che dal fatto siano scaturiti, è una scelta che si fonda sul confronto tra gli interessi di volta in volta coinvolti; spetta all'interprete il compito di valutare la meritevolezza di questi interessi, non diversamente dal compito che l'ordinamento gli affida quando si tratta di vagliare l'ammissibilità, *ex art. 1322, comma 2, c.c. dei contratti atipici*. In particolare, si tratta di valutare anche la possibilità di conservazione degli effetti già prodotti, per capire se persista davvero un interesse prevalente alla loro rimozione o se, al contrario, la nullità retroattiva non sarebbe di alcuna utilità.

Il primato dell'interesse protetto impone di dare rilievo al fatto e al suo valore giuridico, in aderenza all'art. 1173 c.c. e in attuazione dell'art. 41 della Costituzione.

D'altra parte, se da un lato la legge stessa manifesta che la retroattività degli effetti non è una costante della nullità; dall'altro, viene da chiedersi se anche alcuni atteggiamenti della giurisprudenza,

---

<sup>10</sup> MENGONI, *Le obbligazioni*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano, 1993, p. 248.



in tema di severa selezione dell'interesse ad agire o di limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità<sup>11</sup>, non siano essi stessi un modo, se non per salvaguardare *tout court* gli effetti già prodotti dal contratto, quanto meno per arginarne sul piano quantitativo i casi di compromissione.

<sup>11</sup> Il dibattito sulla rilevabilità officiosa delle nullità è stato intenso in epoca recente; cfr. tra i tanti C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le sezioni unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015, p. 197; ID., *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, *ivi*, 2013, p. 28 (in nota a Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828 e a Cass., 27 novembre 2012, n. 21083); FARINA, *Brevi osservazioni a caldo sull'atteso (ma tutto sommato, solo parziale) responso delle Sezioni Unite sui limiti della rilevabilità officiosa della nullità del contratto*, in *www.judicium.it*; MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2009, p. 1119; ID., *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 669 ss.; CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 667 ss.; TARANTINO, *Le Sezioni Unite sulla rilevabilità d'ufficio della nullità: sì, anche se è stata chiesta la risoluzione del contratto*, in *Dir. e giust.*, 2012, p. 765; MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 962 (in nota a Cass., 22 marzo 2005, n. 6170); PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, p. 113; ID., *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 753; ID., *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2020, p. 946; ID., *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: «eppur si muove»*, in *Contratti*, 2012, p. 874 (a proposito di Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828); PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, p. 71 (in nota a Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242); V. CARBONE, *Porte aperte delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 88; FORNASARI, *Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 597; LAGHEZZA, *Declaratoria officiosa della nullità del contratto e Sezioni Unite: il giudicato implicito*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 599; NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 182.

In giurisprudenza, cfr. soprattutto Cass., sez. un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *Giur. it.*, ha anticipato il quadro complessivo poi delineato dalle sentenze gemelle di Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Giur. it.*, 2015, p. 70, con nota di PAGNI, al cui interno la rilevabilità officiosa è consentita non solo a fronte delle domande di adempimento o di risoluzione, ma anche quando siano stati richiesti in giudizio l'annullamento o la rescissione; inoltre, se la domanda iniziale ineriva alla dichiarazione di nullità del contratto, il giudice può dichiarare la nullità anche per una causa diversa da quella fatta valere dall'attore.

Norme codicistiche come l'art. 2126, l'art. 2332, l'art. 128, ecc. si innestano in un sistema complessivo, di cui sono parti essenziali anche la nullità parziale e le nullità relative, che mira alla comparazione degli interessi che emergono dalla produzione degli effetti del contratto nullo o, viceversa, dalla retroattività della dichiarazione di nullità. Siffatta comparazione va condotta alla luce dei principi generali della buona fede, della solidarietà costituzionale e dell'equilibrio endocontrattuale, nella consapevolezza che la nullità del contratto non rimuove la sua esistenza, giacché vi sopravvive un *fatto* che va valutato nella sua potenziale dimensione di fonte dell'obbligazione *ex art. 1173 c.c.*

I molteplici paradigmi della nullità e le differenti valutazioni del fatto disegnano un sistema modulare nel quale i dispositivi rimediali devono adeguarsi a strutture effettuali complesse, dalle quali si evincono diverse intensità di protezione, in linea con la disomogeneità degli interessi che reclamano considerazione. Rispetto alla sua configurazione classica, la nullità, o meglio *le nullità*, sono oggi modellate sul fine di protezione dell'interesse e impegnano il giudice ad una riflessione ancora più profonda in ossequio all'interpretazione teleologica di cui all'art. 12 delle preleggi.

Se è vero che viviamo in «un tempo nel quale il diritto contrattuale si va giurisdizionalizzando»<sup>12</sup>, c'è da chiedersi se non sia delegato all'interprete, e in primo luogo al giudice, selezionare, sulla base degli interessi di volta in volta coinvolti, quanti e quali, tra gli effetti prodotti dal fatto-contratto nullo, siano meritevoli di protezione secondo l'ordinamento giuridico.

Lo ha confermato il parallelismo tra ipotesi di nullità sanabile (per conferma o convalida) e ipotesi di nullità *ex nunc*: entrambe mirano al recupero degli effetti che il contratto ha prodotto; nel primo caso, mediante un negozio di conferma o un'esecuzione volontaria del negozio invalido, nel secondo caso, gli effetti sono direttamente fatti salvi dalla legge. Ciò avviene perché la valutazione dell'interesse è, nella nullità sanabile, delegata ai privati; predeter-

---

<sup>12</sup> Così PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2020, p. 946.

minata dal legislatore nella nullità *ex nunc*. Il minimo comune denominatore è l'esistenza un atto o di un contratto invalido.

Gli studi più recenti e gli stessi interventi legislativi «sembrano nel senso di superare la tassatività della ipotesi di conferma e/o esecuzione volontaria»<sup>13</sup>.

Se è così, anche con riferimento al recupero degli effetti del contratto nullo, ove il fatto abbia prodotto situazioni meritevoli di tutela o persino modificazioni patrimoniali, va indagato se la nullità classica, che rimane sullo sfondo come rimedio estremo, non debba essere superata appannaggio di una nuova e più flessibile concezione del negozio nullo, che all'alternativa tra validità e invalidità opponga un'ampia gamma di grigi e consenta, nel caso specifico, di ritenere sufficiente presidio dell'interesse collettivo strumenti differenti dalla cancellazione degli effetti prodottisi, come la legittimazione attiva, la rilevabilità d'ufficio, la imprescrittibilità dell'azione. L'attuale contesto normativo impone un superamento degli antichi dogmi alla luce della proliferazione di nuovi modelli di nullità che non tutelano un interesse generale, ma individuale; o dove la distinzione tra interessi generali e individuali non è più nitida come in passato. La nullità è a volte totale e altre parziale, assoluta o relativa, rilevabile o non rilevabile d'ufficio, posta a presidio di interessi generali o di interessi particolari; a volte questi profili si intersecano tra loro, sicché, ad esempio, è possibile riscontrare «una nullità assoluta ma necessariamente parziale o, all'opposto, relativa, non rilevabile d'ufficio ma comunicantesi alla totalità del negozio»<sup>14</sup>. Già da qualche anno la Suprema Corte ammette che non esiste «una nozione unitaria del vizio di nullità dell'atto giuridico, essendo riservata alla discrezionalità del Legislatore, nel rispetto delle garanzie assicurate dalla Costituzione, la scelta più opportuna tra le diverse soluzioni giuridiche possibili, delle discipline degli istituti giuridici e delle forme di tutela giudiziaria dei diritti e degli interessi ma come tale vizio si atteggi piuttosto in modo diverso secondo le differenti esigenze e gli specifici interessi che vengono in considerazione nelle diverse disci-

<sup>13</sup> SIDERI, *Nullità degli atti di trasferimento degli immobili da costruire e recupero degli effetti negoziali*, in *Immobili e proprietà*, 2006, p. 219.

<sup>14</sup> NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 979.

pline normative che regolano i rapporti di diritto pubblico ed i rapporti di diritto privato»<sup>15</sup>.

Non è più il tempo di una regola universale idonea a sanzionare il contratto viziato. Al contrario, è certo che *le nullità* costituiscono ormai un catalogo aperto pronto ad ospitare altre e *nuove regole*, a partire da quella che imponga all'interprete di valutare le circostanze del singolo caso concreto, ai fini della salvezza o meno degli effetti già prodotti.

Nullità sanabile, nullità mancata, nullità *ex nunc*, nullità (relativa) da comportamento, nullità sanzionatoria, nullità che produce l'irripetibilità del pagato; sono solo alcune delle facce della nullità. Sono paradigmi di nullità che si specchiano e si confrontano alla luce del fatto e delle relazioni sociali, trovando un peculiare climax nella struttura delle fattispecie complesse che giustificano, alla luce di un interesse variabile di volta in volta, la considerazione del negozio nullo, di per sé solo non autosufficiente a realizzare lo scopo. Una tale prospettiva ermeneutica è coerente con i valori costituzionali e, oggi in particolare, con i principi posti dalle direttive della Comunità Europea.

Le varianti alla nullità classica non si pongono in antitesi con essa, ma compongono, assieme ad essa, un sistema complessivo di nullità – ove la stessa parola “nullità” assume un significato polisenso – che è permeabile ai bisogni di tutela riconoscibili. Una molteplicità di nullità, tipiche e atipiche, rigide e flessibili, dà origine a una molteplicità di rimedi e, per questa via, all'effettività del sistema rimediabile, sempre che siano chiari i perimetri operativi di ciascun mezzo da un lato e i limiti del giudice dall'altro. Tali perimetri, e tali limiti, incentivano e confermano la necessità di ricondurre a sistema le varie forme di nullità che, arricchendo il tessuto rimediabile, affiancano quella tradizionale.

---

<sup>15</sup> Cass., sez. trib., 18 settembre 2015, n. 18448, in *Boll. Trib.*, 2015, p. 1583, con nota di AZZONI.



## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Le invalidità nel diritto privato*, a cura di Bellavista e Plaia, Milano, 2011.
- ABRIANI, *Il capitale sociale dopo la “nuova” Seconda Direttiva e il d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142: sulla c.d. “semplificazione” della disciplina dei conferimenti in natura, dell’acquisto di azioni proprie e del divieto di assistenza finanziaria*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, p. 254.
- ACHILLE, *Il contenuto dei contratti di convivenza tra tipico ed atipico*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, p. 1570.
- AFFERNI, *Le intese restrittive anteriori alla legge antitrust: legge retroattiva o nullità speciale? (Ancora su Cass., Sez. I, 1° febbraio 1999 n. 827)*, in *Giur. it.*, 2000, I, p. 939.
- AJANI, *Le fonti non scritte del diritto dei Paesi socialisti*, Milano, 1985.
- AKERLOF, *The market for lemons. Quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 84.
- ALBANESE A. (1967), *Non tutto ciò che è virtuale è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, p. 310.
- ALBANESE A. (1967), *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.
- ALBANESE A. (1970), *Il pagamento dell’indebitito*, Padova, 2004.
- ALBANESE A. (1970), *La lesione del diritto all’immagine (e degli altri diritti della personalità): una alternativa alla tecnica risarcitoria del «prezzo del consenso»*, in *Resp. com. impr.*, 2002.
- ALBANESE A. (1970), *L’omologazione degli atti societari*, Padova, 2000.
- ALBANESE A. (1970), *La revoca dell’omologazione e la prassi di estende-*

- re il controllo alle clausole non oggetto di modifica, in *Contr. e impr.*, 1999, III, p. 1380.
- ALLARA, *L'elemento volitivo nel negozio testamentario*, Torino, 1964.
- ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006.
- AMADIO, *La crisi della convivenza*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1771.
- AMBROSOLI, *Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni*, in *Contratti*, 2005, p. 1085.
- AMORTH, *Considerazioni intorno al matrimonio del coniuge dell'assente*, in *Temi*, 1949, p. 292.
- ANDREOLI, *Note in tema di contratto di lavoro nullo*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, p. 49.
- ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1991.
- ANGELICI, *La costituzione della società per azioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, XVI, Torino, 1985.
- ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975.
- ANNARATONE, *Altre operazioni sulle proprie azioni*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, p. 454.
- ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962.
- ASCARELLI, *Contratto plurilaterale; comunione di interessi; società di due soci; morte di un socio in una società personale di due soci*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, 1955.
- ASCARELLI, *Studi in tema di contratti*, Milano, 1952.
- ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale. Società e associazioni commerciali*, Roma, 1936.
- ASTOLFI, *Ammissibilità del trading di azioni proprie*, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 129.
- ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999.
- AULETTA, *Attività (dir. priv.)*, in *Enc. del dir.*, III, Milano, 1958.
- BALLERSTEDT, *Recensione a Simitis, 157 AcP, 1958-1959*, p. 124.
- BALLESTRERO, *L'ambigua nozione di lavoro parasubordinato*, in *Lavoro e dir.*, 1987, p. 41.
- BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1948.
- BARBA A., *Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, p. 902.
- BARBA A., sub art. 20, *D.lgs. 19.8.2005, n. 190*, in *AA.Vv., Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2006.

- BARBA A., *Commento all'art. 2332 c.c.*, in *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, tomo I, artt. 2325-2422 c.c., a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003.
- BARBA V., *Profili civilistici del leveraged buyout*, Milano, 2003.
- BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, II, Torino, 1965.
- BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964.
- BARENGHI, *Il prezzo del consenso (mancato): il danno da sfruttamento dell'immagine e la sua liquidazione*, in *Dir. inf.*, 1992, p. 565.
- BARENGHI, *Diritto all'immagine e danno patrimoniale*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 1345.
- BARILLARO, *Delle persone e della famiglia*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1970.
- BÄRMANN, *Typisierte Zivilrechtsordnung der Daseinvorsorge*, Karlsruhe, 1948.
- BELLIZZI, *Contratto illecito, reato e irripetibilità ob turpem causam*, Torino, 1999.
- BELVISO, *La nullità delle società di persone*, in *Il ruolo attuale delle società di persone e le prospettive di riforma della disciplina codicistica*, a cura di Di Sabato, *Quaderni della Rivista di diritto dell'impresa*, Napoli, 1993.
- BENEDETTI A.M., PESCE E., *Mutuo fondiario, superamento del tetto di finanziabilità e nullità strutturale*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1528.
- BERNONI, COLACICCO, *I leveraged buy-out realizzati mediante un'operazione di fusione inversa*, in *Riv. dott. comm.*, 1996, p. 273.
- BERTOLOTTI, *Azioni proprie, quorum assembleari alla luce del (nuovo) comma 2 dell'art. 2357 ter c.c.*, in *Giur. it.*, 2013, p. 81.
- BERTUZZI-MANFROCE-PLATANIA, *Società per azioni. Costituzione, patti parasociali, conferimenti (artt. 2325-2345 c.c.)*, in *La Riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003.
- BETTI, *Critica della riforma agraria con particolare riguardo alla legge anti-mezzadria*, in *Scritti in memoria di A. Giuffré*, II, Milano, 1967.
- BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Jus*, 1957, p. 364.
- BETTI, *Dei cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in *Nuova Riv. dir. comm.*, 1956, p. 248.
- BIANCA M.C., *Diritto civile. 2. La famiglia*, Milano, 2017.
- BIANCA M.C., *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000.
- BICHIRI, *La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle Sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2019, p. 763.
- BIGIAVI, *Sulla nullità del matrimonio per simulazione*, in *Giur. it.*, 1949, I, 2, c. 359.



- BIONE, *sub art. 2357, in Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, Napoli, 2004.
- BITETTI, *Contratti di maternità surrogata, adozione in casi particolari ed interesse del minore*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 177.
- BOCCHINI E., *In principio erano le informazioni*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 35.
- BOCCHINI E., *Sostituzione giuridica nell'attività d'impresa e asimmetria informativa*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 341.
- BOCCHINI E., *Introduzione al diritto commerciale nella new economy*, Padova, 2001.
- BOCCHINI E., *I vizi della costituzione e la «nullità della società per azioni»*, Napoli, 1977.
- BOCHICCHIO, *La promozione a distanza di strumenti finanziari e la conclusione del contratto: la tutela del risparmiatore tra neoformalismo e valutazione funzionale, con particolare riferimento al contratto quadro*, in *Dir. dell'economia*, 1998, p. 765.
- BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 546.
- BONAVERA, *Il computo delle azioni proprie con voto sospeso ai fini del quorum deliberativo*, in *Società*, 2019, p. 275.
- BONILINI, *Lo scioglimento dell'unione civile per morte, o dichiarazione di morte presunta, di una delle sue parti*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 980.
- BONILINI, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2005, 3<sup>a</sup> ed.
- BORGIOI, *Art. 2332 c.c.: pubblico ministero con licenza di agire*, in *Giur. comm.*, 1979, II, p. 744.
- BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977.
- BORRELLI, *La quantificazione del danno per violazione del right of publicity*, in *Danno e resp.*, 1996, p. 166.
- BRAVO, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*, in *Contratti*, 2008, p. 373.
- BRUNO, *Il leveraged buy out nella casistica giurisprudenziale*, in *Banca, borsa*, 2002, I, p. 807.
- BRUNO, ROZZI, *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*, in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 612.
- BRUSCUGLIA, *Il diritto di famiglia, Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, II, Torino, 1992.
- CACCHI PESSANI, *L'assistenza finanziaria per l'acquisto e la sottoscrizione delle proprie azioni*, Milano, 2012.
- CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 321.

- CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1931, p. 51.
- CALVELLO, *Leveraged buy-out*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 1255.
- CAMPOBASSO, *La costituzione della società per azioni*, in *La riforma del diritto societario*, Milano, 2003 (Atti del Convegno di Courmayeur del 27-28 settembre 2002).
- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, II, *Le società*, Torino, 2002.
- CANNATA, *L'obbligazione e le sue fonti*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, IX, Torino, 1999.
- CANTILLO, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, diretta da Bigiavi, *Le obbligazioni*, I, Torino, 1992.
- CAPRIOLI, *Conferma ex art. 590 c.c., testamento annullabile e pluralità di interessati*, in *Dir. e Giust.*, 1976, p. 62.
- CARBONE V. *Porte aperte delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 88.
- CARBONE V., *La cessione del contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, *La cessione del contratto*, vol. XIII, *Il contratto in generale*, tomo VI, Torino, 2000.
- CARBONE V., *Vendita attraverso distributori automatici a self-service*, in *La vendita*, a cura di Bin, I, Padova, 1994.
- CARBONETTI, *Azioni proprie e quorum assembleari*, in *Società*, 2013, p. 168.
- CARBONETTI, *L'acquisto di azioni proprie*, Milano, 1988.
- CARBONI, *Le imprese cooperative e le mutue assicuratrici*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 17, III, Torino, 1984.
- CARBONNIER, *Les obligations*, XV ed., Paris, 1991.
- CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. proc. civ.*, 1955, I, p. 210.
- CARNEVALI, *Le donazioni*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 6, II, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1997.
- CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960.
- CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1949.
- CARRIÈRE, *La nuova disciplina dell'assistenza finanziaria*, in *Società*, 2010, p. 7.
- CARRIÈRE, *Il leveraged financing e il project financing alla luce della riforma del diritto societario: opportunità e limiti*, in *Riv. società*, 2003, p. 1040.
- CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 495.
- CARUSI, *Ordine pubblico e buon costume*, in *Clausole e principi generali*

- nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998.
- CARUSI, *Contratto illecito e "soluti retentio"*, Napoli, 1995.
- CATAUDELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1978, I, p. 361.
- CATRICALÀ, *La mediazione*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 12, Torino, 1986.
- CATURANI, *Contributo allo studio della società di persone nulla*, in *Studi in onore di G. Capozzi*, Milano, 1992.
- CECCHERINI, *Trasferimento di bene immobile in comunione legale senza il consenso dell'altro coniuge*, in *Corr. giur.*, 1995, I, p. 719.
- CENDON, *Comunione fra coniugi e alienazioni mobiliari*, Padova, 1979.
- CERRATO, *sub artt. 2357-2357 quater*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Bologna, 2004.
- CHIAROLLA, *Alla scoperta dell'America, ovvero: dal diritto al nome e all'immagine al «right of publicity»*, in *Foro it.*, 1992, I, c. 831.
- CHINÈ, *Contratti di massa*, in *Enc. dir.*, aggiornamento, I, Milano, 1997.
- CICU, *Il testamento*, Milano, 1951.
- CIOCIA, *L'obbligazione naturale. Evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2000.
- CIVERRA, *Inapplicabilità dell'art. 2332 c.c. alle società personali*, in *Società*, 2000, p. 319.
- COLESANTI, *La trascrizione della domanda di nullità ed i terzi subacquirenti*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, p. 694.
- COLOMBO, *Il bilancio di esercizio*, in *Trattato delle s.p.a.*, dir. da Colombo e Portale, VII, I, Torino, 1995.
- COLZI, *Elementi di rilievo del rapporto di lavoro di fatto alle dipendenze della pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 1996, p. 917.
- CONSOLI, *La simulazione assoluta nell'ordinamento matrimoniale italiano*, in *RDMF*, 1958, p. 23.
- CONTE, *La simulazione del matrimonio nella teoria del negozio giuridico*, Padova, 1999.
- CORRADO, *Il contratto di lavoro. Aspetti dell'evoluzione del sistema del diritto privato*, Milano, 1962.
- CORRADO, *I diritti dei superstiti in caso di morte del lavoratore*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, I, p. 346.
- CORRADO, *La pubblicità nel diritto privato*, Torino, 1947.
- CORSI, *Il regime patrimoniale della famiglia*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1979.

- CORSINI, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, p. 667.
- COSTANZA, *Nullità selettiva. metamorfosi della nullità*, in *Società*, 2020, p. 844.
- COSTANZA, *Sulla simulazione matrimoniale*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, p. 686.
- COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*, in *Giur. it.*, 2008, p. 353.
- COTTINO, *Note minime in tema di nullità di società di persone*, in *Giur. it.*, 1995, I, 2, c. 257.
- COTTINO, *Diritto commerciale*, I, Padova, 1986, p. 557.
- COTTINO, *Considerazioni sulla disciplina dell'invalidità del contratto di società di persone*, in *Riv. dir. civ.*, 1963, I, p. 273.
- COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, I, *Parte generale*, Milano, 1929.
- CROME, *System des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I, Tübingen, 1900.
- CUFFARO, *Violazione di obblighi tributari e nullità del contratto (di locazione)*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 357.
- D'ALESSANDRO, *Rapporti di scambio tra una società ed i suoi azionisti e divieto di assistenza finanziaria per l'acquisto delle proprie azioni*, in *Contr. e impr.*, 1993, p. 1027.
- D'ALESSANDRO, *Sulla legittimità del c.d. «trading» di azioni proprie*, in *Giust. civ.*, 1988, p. 2998.
- D'ALFONSO, *Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori*, in *La resp. civ.*, 2008, p. 965.
- D'AMICO, *Considerazioni sulla c.d. nullità selettiva*, in *Contratti*, 2020, p. 633.
- D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, a cura di Pagliantini, Torino, 2009.
- D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 732.
- D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37.
- DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, p. 26.
- DALMARTELLO, *Ammissibilità del c.d. «trading» di azioni proprie*, in *Riv. società*, 1983, p. 649.
- DANUSSO, *Norme imperative sopravvenute e invalidità dei contratti*, in *Giur. it.*, 1987, II, c. 53.

- DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Prima parte)*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 273.
- DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto «servizi finanziari» stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Seconda parte)*, in *Studium Iuris*, 2006, p. 393.
- DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, I, Milano, 1973.
- DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964.
- DE LUCA, *Acquisto delle proprie azioni (limiti)*, in *Nuove leggi civ.*, 2009, p. 445.
- DE MARTINI, *Ripetibilità della prestazione effettuata in dipendenza di un negozio immorale*, in *Giur. compl. Corte Supr. Cass. – sezioni civili*, 1947, III, p. 1206.
- DE MICHEL, *Atti di amministrazione straordinaria e mancanza del consenso congiunto dei coniugi*, in *Riv. notar.*, 1999, p. 361.
- DE PAOLA, *Il diritto patrimoniale della famiglia coniugale. Il regime patrimoniale della famiglia*, II, Milano, 2002.
- DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.
- DE SIMONE, *La sanatoria del negozio giuridico nullo*, Napoli, 1946.
- DE VITA, *Delle persone fisiche*, in *Commentario del c.c.*, diretto da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988.
- DE VITIS, *L'invalidità delle società di persone*, in *Atti del Convegno di studio intitolato Le disposizioni generali sulle società di persone. Prospettive di riforma* (Lecce, 27 e 28 ottobre 2000), a cura di Rocco di Torrepadula, Milano, 2001.
- DEL PASQUA, *La simulazione matrimoniale*, in *Giust. civ.*, 1978, IV, p. 99.
- DEL PRATO, *Illecito rifiuto di esecuzione di clausole contrattuali: un altro rimedio in forma specifica contro l'abuso di autonomia?*, in *AA.VV., Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Napoli, 2022.
- DELL'OLIO, *Sulla "inefficacia dell'invalidità" del contratto di lavoro (art. 2126, comma 1°, c.c.)*, in *Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli*, V, Napoli, 1972.
- DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoro subordinato*, Padova, 1970.
- DELLE MONACHE, *Della irripetibilità delle prestazioni "ob turpem causam" nel sistema del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 697.
- DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997.

- DEMURO, *L'assistenza finanziaria nell'acquisto di proprie azioni*, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 229.
- DI LORENZO, *Art. 799 c.c. e la conferma della donazione nulla*, in *Notariato*, 2012, p. 297.
- DI LORENZO, *La conferma della donazione nulla*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2011, p. 781.
- DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1282.
- DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 291.
- DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988.
- DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 2008.
- DI MICCO, *Le clausole ABI tra nullità assoluta e nullità parziale: un recente revirement*, in *Giur. it.*, 2020, p. 358.
- DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966.
- DOLMETTA, *Il merger leveraged buyout nella legge delega n. 366/2001: la target da s.p.a. a s.r.l.*, in *Corr. giur.*, 2002, p. 241.
- DOLMETTA, *Sulle conseguenze civilistiche dell'acquisto di azioni proprie compiuto in violazione dei divieti di legge*, in *Riv. società*, 1996, p. 342.
- DONATIVI, *sub art. 2357 bis*, in *La riforma delle società*, a cura di Sandulli, Santoro, Torino, 2003.
- ENNECCERUS-NIPPERDEY, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, I, 2, Tübingen, 1960.
- ESSER, *Gedanken zur Dogmatik der «faktischen Schuldverhältnisse»*, in *AcP*, 157 (1958/1959), p. 86.
- ESU, *Scomparsa, assenza e morte presunta*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2, Torino, 1982.
- FABBRINI, CARRIÈRE, *Le buone ragioni del "leveraged buy-out"*, in *Il Sole 24 Ore*, 10 ottobre 2003.
- FACCHIN, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *Impresa c.i.*, 2003, p. 1615.
- FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padova, 2004.
- FALASCHI, *Errare humanum est*, in *Foro it.*, 1956, I, c. 543.
- FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941.
- FARINA, *Brevi osservazioni a caldo sull'atteso (ma tutto sommato, solo parziale) responso delle Sezioni Unite sui limiti della rilevabilità ufficioso della nullità del contratto*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

- FAUCEGLIA, *Riflessioni in tema di nullità della società di capitali e valutazione del conferimento del bene in natura*, in *Società*, 2017, p. 993.
- FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*, in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2785.
- FEDELE AL., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943.
- FEDELE AL., *Invalidità del contratto di lavoro e prestazione di fatto del lavoro*, in *Dir. econ.*, 1958, p. 136.
- FEDELE AN., *Ritorna un'antica questione: è legittimo disporre la nullità degli atti per omessa registrazione?*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, p. 3.
- FERRANDO, in FERRANDO, QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007.
- FERRANDO, *Il matrimonio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, V, 1, Milano, 2002.
- FERRARA JR., CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2001.
- FERRARA sen., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914.
- F. FERRARA SEN., *Il pagamento ob turpem causam*, in *Stusi senesi*, 1912.
- F. FERRARA SEN., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1902.
- FERRI G.B. *Illiceità di convenzioni elettorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 20.
- FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano, 1970.
- FERRI G., *Manuale di diritto commerciale*, XI ed., a cura di Angelici e Ferri, Torino, 2001.
- FERRI G., *L'art. 2652 n. 6 cod. civ.*, in *Giur. it.*, 1956, I, 1, c. 268.
- FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 2001.
- FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983.
- FINOCCHIARO A. e M., *Riforma del diritto di famiglia*, Milano, 1975.
- FINOCCHIARO F., *Del matrimonio*, tomo II, sub art. 84-158, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993.
- FINOCCHIARO F., *Appunti sulla simulazione nel matrimonio civile*, in *Giur. it.*, 1980, p. 172.
- FINOCCHIARO M., *Alcune precisazioni in margine all'art. 184 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 140.
- FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg-New York, 1975.
- FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in *Festschrift Niedermeyer*, Göttingen, 1953.
- FOLLIERI, *Il «semplice fatto» e la conclusione del contratto*, in *Obbl. e contr.*, 2007.



- FORNASARI, *Il rilievo officioso della nullità: un presidio a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 597.
- FORMIGGINI, *I vizi del consenso nel contratto di società*, Milano, 1950.
- FORTUNATO, *Trasferimento di quota e recesso del socio nella cooperativa edilizia*, in *Riv. coop.*, 1987, p. 71.
- FRANCESCHELLI F., *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Milano, 1984.
- FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti contrattuali di fatto*, in *Rass. dir. civ.*, 1981, p. 700.
- FRANCESCHELLI, *Nullità per illiceità dell'oggetto di società di capitali registrate?*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 786.
- FRANZONI, *La conferma del testamento invalido*, in *Tratt. di diritto delle successioni e donazioni*, dir. da BONILINI, II, *La successione testamentaria*, Milano, 2009.
- FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*, in *La resp. civ.*, 2006, p. 295.
- FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. resp. civ.*, diretto da Franzoni, Milano, 2004.
- FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, in *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori. Artt. 1374-1381*, in *Il c.c. comm.*, diretto da Schlesinger, Milano, 1999.
- FRANZONI, *Dell'annullabilità del contratto*, in *Comm. c.c. Schlesinger*, Milano, 1992.
- FRAU, *Il diritto all'immagine delle persone notorie: tutela aquiliana e danno patrimoniale*, in *Resp. civ. prev.*, 1994, p. 739.
- FRÉ, *Società per azioni (Art. 2325-2461)*, in *Comm. del cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1989.
- FRÈ, SBISA, *Società per azioni*, I, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1997.
- FRIGNANI, voce *Leveraged buy-out*, in *Digesto, disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1993.
- FRIGNANI, *Il leveraged buy-out nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 419.
- FUNAIOLI, *I rapporti contrattuali di fatto in materia contrattuale*, in *Annali dell'Università di Ferrara*, Ferrara, 1952.
- FUSI, *Telesponsorizzazioni e telepromozioni*, in *Dir. inf. e informatica*, 1993, p. 831.
- GABBA, *La nullità degli atti privati non registrati e non bollati*, in *Monitore Trib.*, 1874.



- GABRIELLI E., *La nozione di contratto (Appunti su contratto, negozio e autonomia privata)*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2780.
- GABRIELLI E., *“Operazione economica” e teoria del contratto. Studi*, Milano, 2013.
- GABRIELLI E., *Il contratto e l’operazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, p. 93.
- GABRIELLI G., PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2001.
- GABRIELLI G., *L’oggetto della conferma ex art. 590 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 1425.
- GALANTI, *Il nuovo assetto dei rapporti tra impugnative negoziali, nullità e giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1049.
- GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1.
- GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. dell’economia*, diretto da F. Galgano, XXIX, Padova, 2003.
- GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già dir. da A. Cicu, F. Messineo e L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2002, 2<sup>a</sup> ed.
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. 2, t. II, Padova, 1999.
- GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 6.
- GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1988.
- GALGANO, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette, premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 536.
- GALGANO, *La manovra sulle azioni proprie nel d.p.r. 30/86*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, p. 406.
- GALGANO, *Le società per azioni*, in *Tratt. di dir. comm. e di dir. pubbl. dell’economia*, diretto da F. Galgano, VII, Padova, 1984.
- GALGANO, *Delle associazioni non riconosciute e dei comitati*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, Bologna-Roma, 1976.
- GALLESIO PIUMA, *Le anticipazioni sulle proprie azioni e i prestiti a terzi per l’acquisto delle stesse*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, II, p. 148.
- GALLO, *Obbligazioni restitutorie e teoria del saldo*, in *Scritti in onore di Pietro Rescigno*, III, *Diritto privato*, 2, Milano, 1998.
- GALLO, *Ripetizione dell’indebito. L’arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Digesto civ.*, Torino, 1998.
- GALLO, *Pene private private e responsabilità civile*, Milano, 1996.
- GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti. I rimedi restitutori*, Torino, 1996.

- GAMBINO, *Intervento*, da AA.VV., *Il leveraged buy-out in Italia*, in *Dir. fallim.*, 1990, I, p. 675.
- GANGI, *La successione testamentaria nel vigente diritto italiano*, I, Milano, 1952.
- GARDANI CONTURSI LISI, *Delle donazioni*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 769-809*, Bologna-Roma, 1976.
- GAREGNANI, *Profili di valutazione nelle operazioni di fusione: concambio e MLBO*, Milano, 2006.
- GATTI, *Diritto all'utilizzazione economica della propria popolarità*, in *Riv. dir. comm.*, 1988, I, p. 355.
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004.
- GAZZONI, *L'attribuzione patrimoniale mediante conferma*, Milano, 1974.
- GENTILI, *La nullità di protezione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, p. 77.
- GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393.
- GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, Torino, 2006.
- GHIDINI, *Diritto del lavoro*, Padova, 1969.
- GHIDINI, *Il registro delle imprese*, Milano, 1943.
- GIACCARDI MARMO, *La revoca dell'omologazione degli atti sociali*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 371.
- GIAMPICCOLO, *Note sul comportamento concludente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1961, p. 794.
- GIAMPICCOLO, *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954.
- GILLIARD, *La disparition de l'enrichissement. Etude comparée des droit allemand et suisse*, Genève, 1985.
- GIOIA, *Nuove nullità relative alla tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1332.
- GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano esposta con la scorta della dottrina e giurisprudenza*, Firenze, 1895-1899, V.
- GIORGIANNI, *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 73.
- GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.
- GIORGIANNI, *La dichiarazione di morte presunta*, Milano, 1943.
- GIOVATI, *L'agente abusivo nuovamente al vaglio delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Resp. civ.*, 1990, p. 109.
- GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, p. 154.
- GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008.
- GIUFFRIDA, *Il diritto all'immagine*, in *Le persone*, III, *Diritti della persona-*

- lità, *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di Cendon, Torino, 2000.
- GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.
- GIUSIANA, *Movente e motivo illecito della disposizione testamentaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 969.
- GOLDONI, *Sulla «inefficacia della nullità» dei contratti di mezzadria posteriori alla legge 15 settembre 1964*, n. 756, Milano, 1973.
- GOMMELLINI, *Le operazioni di leveraged buy-out di fronte al diritto italiano delle società*, in *Riv. dir. comm.*, 1989, I, p. 161.
- GRASSETTI, *Negozi collegato, negozio illegale e ripetibilità del pagamento*, in *Temi*, 1951.
- GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, in *Temi*, 1951, p. 325.
- GRASSETTI, *Il matrimonio fiduciario*, in *Studi in onore di Cicu*, Milano, 1951.
- GRASSO, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 3, Torino, 1982.
- GRECO E., *Note in tema di simulazione del matrimonio civile*, in *Giur. merito*, 1984, p. 314.
- GRECO F., *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, p. 1140.
- GRECO P., *Le società nel sistema legislativo italiano*, Torino, 1959.
- GRIECO, *Lavoro parasubordinato e diritto del lavoro*, Napoli, 1983.
- GÖTTING, *Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte*, Tübingen, 1995.
- GRANDE STEVENS, *Fuori chi bara*, in *Espansione*, 1988, 212, p. 55.
- GRAZIANI, *Diritto delle società*, Napoli, 1962.
- GRODECKI, *In pari delicto potior est condicio defendentis*, in *Law Quart. Rev.*, 71, 1955, p. 267.
- GUELFUCCI THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*, Paris, 1992.
- GUERRIERI, *Convivenza di fatto e impresa familiare*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2018, p. 1007.
- GUERRIERI, *La nullità di deliberazioni assembleari di s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 82.
- GUIZZI, *A proposito della nullità delle intese restrittive della concorrenza concluse prima dell'entrata in vigore della legge 287/90*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, II, p. 183.
- HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Heft 124, Leipzig, 1943.
- HERNANDEZ, *Posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Padova, 1968.
- HOUIN, *Rapport général sur les situations de fait*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, XI, Paris, 1960.

- HUECK, *Vertragstheorie und Eingliederungstheorie*, in *Recht der Arbeit*, 1955, p. 327.
- IADEVAIA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in IURILLI (a cura di), *Manuale di diritto dei consumatori*, Torino, 2005.
- IMBRUGLIA, *Appunti su nullità e restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1528.
- IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347.
- IRTI, *“È vero, ma...” (replica a Giorgio Oppo)*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 274.
- IRTI, *Simulazione o annullabilità del matrimonio civile? Note sulla tecnica delle definizioni legislative*, in *Dir. Giust.*, 1976, p. 481.
- IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973.
- IULIANI, *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 273.
- JAEGER, DENOZZA, *Appunti di diritto commerciale*, 3, Milano, 1994.
- KADUK, *Vertrag und sozialtypisches Verhalten*, in *JR*, 1968, p. 5.
- KÖTZ, *La invalidità dei contratti per contrarietà alla legge e al buon costume. Appunti di diritto comparato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 689.
- LA SALA, *Effetti dell'invalidità di partecipazione non essenziale in società di persone*, in *Foro napoletano*, 2000, p. 187.
- LA SPINA, *Destruzzurazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012.
- LAGHEZZA, *Declaratoria ufficiosa della nullità del contratto e Sezioni Unite: il giudicato implicito*, in *Danno e resp.*, 2015, p. 599.
- LAMANDINI, *Riduzione del capitale sociale per perdite e “congruità” del capitale residuo*, in *Giur. comm.*, 1990, II, p. 1016.
- LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis*, Tübingen, 1994.
- LAMICELA, *Lo “ius superveniens” e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali*, Padova, 2003.
- LANDOLFI, *Inseminazione artificiale e tutela del nascituro*, in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 191.
- LANZILLO, *Il matrimonio putativo*, Milano, 1978.
- LARENZ, *Schuldrecht*, I, München, 1982.
- LARENZ, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1977.
- LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1956, p. 1897.
- LARENZ, *Culpa in contrahendo, Verkehrserungspflicht und «sozialer Kontakt»*, in *MDR*, 1954, p. 515.
- LAZZARA, *La nozione di affitto agrario*, in *Riv. dir. agr.*, 1972, I, p. 329.

- LEHMANN, *Faktische Vertragsverhältnisse*, in *NJW*, 1958, p. 2.
- LEHMANN, *Berücksichtigung der für den Erwerb einer fremden Sache gemachten Aufwendungen bei der Bereicherungshaftung*, in *Festschrift Nipperdey*, München-Berlin, 1955.
- LEHMANN, *Das «faktische» Vertragsverhältnis*, in *Jherings Jahrböcher*, 90, 1943, p. 131.
- LENER, *L'invalidità delle deliberazioni*, in LENER, TUCCI, *L'assemblea nelle società di capitali*, in *Tratt. Bessone*, XVII, 2000.
- LEVI, *Il pagamento dell'indebitito*, Milano, 1989.
- LIBONATI, *Intese orizzontali e aperture in tema di concorrenza e di mercato nella giurisprudenza della cassazione*, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 1223.
- LIOTTA, *Sulla simulazione del matrimonio civile*, in *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 1282.
- LIPARI, *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, II, Padova, 1970.
- LONGHINI, *Servizi finanziari telematici*, Milano, 2006.
- LOTTITO, *Contratto di agenzia stipulato da soggetto non iscritto nell'apposito ruolo – Nullità per violazione di norma imperativa – Prestazioni eseguite – Indebito oggettivo – Configurabilità*, in *Nuovo dir.*, 1990, p. 785.
- MACARIO, *I contratti di convivenza tra forma e sostanza*, in *Contratti*, 2017, p. 7.
- MACARIO, *Equilibrio delle posizioni contrattuali e autonomia privata nella subfornitura*, in *Studi in onore di Ugo Majello*, Napoli, 2005, II, p. 111.
- MACERONI, *L'omologazione e i controlli ex ante sugli atti societari (dopo la legge 340/2000)*, Padova, 2002.
- MAFFEIS, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 177.
- MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it) (dicembre 2019).
- MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999.
- MAGGI, *I limiti impliciti all'acquisto di azioni proprie*, in *Società*, 2013, p. 806.
- MAIORCA, voce *Regime patrimoniale della famiglia. Disposizioni generali*, *Nss. Dig. it.*, I, app., VI, Torino, 1986.
- MAJELLO, voce *Comunione dei beni tra i coniugi. II) Profili sostanziali*, in *Enc. giur. Treccani*, VII, Roma, 1988.
- MALAURIE P., AYNES, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1985.
- MALGUZZI, *La disciplina del leveraged buy-out dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. dott. comm.*, 2006, p. 1035.

- MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità selettive. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 828.
- MANTINEO, *Esercizio in forma societaria di professione medica e nullità del contratto sociale*, in *Riv. dir. impresa*, 1989, p. 589.
- MANTOVANI, *La nullità ed il contratto nullo*, nel *Trattato del contratto*, diretto da ROPPO, IV, *Rimedi*, Milano, 2006.
- MANTOVANI, *La simulazione del matrimonio*, in *Il diritto di famiglia*, *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, Torino, 1997.
- MARASÀ, *Considerazioni introduttive sul d.legis. n.142/2008 di attuazione delle modifiche alla seconda direttiva comunitaria in materia di s.p.a.*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2009, II, p. 569.
- MARASÀ, *Le società. Società in generale*, in *Tratt. dir. priv.*, a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991.
- MARASCO, *«Leveraged» e «management buy out»: operazioni lecite, operazioni in frode e funzioni del notaio*, in *Notariato*, 1996, p. 177.
- MARGIOTTA, PUGLISI, *Riflessioni in tema di azioni proprie*, in *Riv. notar.*, 2009, p. 789.
- MARICONDA, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 230.
- MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 962.
- MARICONDA, *La nullità del contratto*, in *Contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, Torino, 1991, IV, 1.
- MARINI, *Da Sofia Loren a Stefania Sandrelli: evoluzione o involuzione della giurisprudenza?*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2371.
- MARINO, *Mancata registrazione del contratto di locazione: una nullità sanabile?*, in *Notariato*, 2010, p. 170.
- MASI, *Nullità (storia)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978.
- MASPES, *La nullità sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 1348.
- MASPES, *Nullità sopravvenuta del preliminare di compravendita di un immobile da costruire*, in *Contratti*, 2017, p. 325.
- MASTROBERNARDINO, *Conferma, e volontaria esecuzione, della donazione orale*, in *Fam. e dir.*, 2019, p. 151.
- MASTROSORA, SERRA, *La commercializzazione a distanza di prodotti finanziari: la direttiva 23 settembre 2005 n. 65 e il decreto legislativo di attuazione 19 agosto 2005, n. 190*, in *Dir. internet*, 2006.
- MAZEAUT, *Leçons de droit civil*, Paris, 1968-1973.

- MAZZONI, *Manuale di diritto del lavoro*, Milano, 1969.
- MENGGI, *L'autorizzazione assembleare all'acquisto di azioni proprie*, Milano, 1992.
- MENGGI, *Sulla liceità del trading di azioni proprie*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 51.
- MENGGI, *Le obbligazioni*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, Milano, 1993.
- MENGGI, *Gli acquisti «a non domino»*, Milano, 1975.
- MERIDDA, *Sulle cause di nullità delle società di capitali (art. 2332 c.c.)*, in *Giur. comm.*, 1975, I, p. 775.
- MERKEL, *Die faktischen Vertragsverhältnisse und das Problem der Geschäftsfähigkeit*, Nürberg, 1962.
- MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 950.
- MESSINA, *Effetti della nullità del contratto costitutivo di società di persone*, in *Società*, 1995, p. 1046.
- MESSINETTI, *Il matrimonio putativo*, in *Tratt. Bonilini, Cattaneo*, I, *Famiglia e matrimonio*, Torino, 1997.
- METAFORA, *Sulla revocabilità del consenso alla divulgazione del ritratto*, in *Dir. e giur.*, 1993, p. 624.
- MINERVINI, *Primi approcci con una «miniriforma». Una nuova disciplina della pubblicità per le società di capitali*, in *Riv. società*, 1970, p. 200.
- MINERVINI, *Mandato, commissione, spedizione, agenzia, mediazione ( rassegna di giurisprudenza)*, in *Riv. trim. di dir. e proc. civ.*, 1948, p. 668.
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1980.
- MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Napoli, 1955.
- MIRABELLI, *Promessa unilaterale e mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, p. 165.
- MONATERI, *La responsabilità civile*, Torino, 1998, p. 410.
- MONTAGNANI, *Commento all'art. 2330 c.c.*, in *La riforma delle società. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, tomo I, artt. 2325-2422 c.c., a cura di Sandulli e Santoro, Torino, 2003.
- MONTALENTI, *sub artt. 2501 bis*, in *Il nuovo diritto societario*, diretto da G. Cottino, G. Bonfante, O. Cagnasso e P. Montalenti, Bologna, 2004.
- MONTALENTI, *Il leveraged buy-out*, Milano, 1991.
- MONTALENTI, *La partecipazione di una società di capitali ad una società in accomandita semplice in qualità di accomandante*, in *Giur. comm.*, 1989, p. 662.
- MONTANARI, *Allegazione giudiziale del contratto come fatto storico e prova testimoniale*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2012, p. 895.



- MONTECALVO, *Applicabilità dell'art. 2126 c.c. nei casi di prestazione di fatto di lavoro non subordinato*, in *Giur. it.*, 1986, IV, c. 366.
- MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, p. 163.
- MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 174.
- MONTICELLI, *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2009, p. 1119.
- MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995.
- MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 669.
- MORANDI, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari: rimedi esperibili*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 47.
- MORANO, *Il merger leveraged buy-out alla luce del nuovo art. 2501 bis*, in *Società*, 2003, p. 952.
- MORANO, *Leveraged buy-out: aspetti finanziari, giuridici e contrattuali*, Milano, 1989.
- MORELLO, *Frode alla legge*, in *Digesto – Disc. priv. Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992.
- MORELLO, *Il problema della frode alla legge rivisitato (fusione per prevalenti scopi fiscali; leveraged buy-out e management buy-out)*, in AA.Vv., *Fusioni, concentrazioni e trasformazioni tra autonomia e controllo*, Milano, 1990.
- MOROZZO DELLA ROCCA, *Simulazione, matrimonio di comodo e cittadinanza*, in *Fam. dir.*, 2007, p. 955.
- MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito. Artt. 2033-2040*, in *Commentario del Codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1981.
- MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1929.
- NARDI, *Nullità del contratto e potere-dovere del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 182.
- NATUCCI, *Gli atti di amministrazione straordinaria del coniuge in regime di comunione legale*, in *Quadrimestre*, 1988, p. 117.
- NICOLÒ, *sub art. 129 bis*, in *Comm. Cian, Oppo, Trabucchi*, VI, 1, Padova, 1992, p. 445.
- NICOLÒ, *La simulazione nel matrimonio nel quadro della nuova legge sul diritto di famiglia*, in *Quaderni romani diritto canonico*, diretti da Fedele, I, Roma, 1977.
- NIKISCH, *Über «faktische Vertragsverhältnisse»*, in *Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für H. Dolle*, I, Tübingen, 1963.



- NIVARRA e PALMERI, *Il matrimonio putativo e il «matrimonio dichiarato nullo»*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 2, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1999.
- NOBILI, *Le obbligazioni*, Milano, 2008.
- NOBILI, *Osservazioni in tema di azioni proprie*, in *Riv. società*, 1987, p. 799.
- NOIREL, *Le droit civil contemporain et les situations de fait*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, p. 456.
- NONNE, *La nullità nei contratti del consumatore come modello per il c.d. terzo contratto*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 979.
- OBERTO, *La convivenza di fatto. I rapporti patrimoniali ed il contratto di convivenza*, in *Fam. e dir.*, 2016, p. 943.
- OBERTO, *Le convenzioni matrimoniali: lineamenti della parte generale*, *Fam. e dir.*, 1995, p. 601.
- OGRISEG, *Lavoro parasubordinato e tutela delle prestazioni di fatto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 641.
- OLIVIERI, PRESTI, VALLE, *Il diritto delle società*, Bologna, 2004.
- OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525.
- OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947.
- PACE, *Il diritto alla propria immagine nella società dei «mass media»*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, p. 452.
- PACIA DEPINGUENTE, *Autonomia dei coniugi e mutamento del regime patrimoniale legale*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, II, p. 518.
- PAGLIANTINI, *Il punto e la linea: nullità contrattuale e rilievo officioso dopo il 2014*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2020, p. 946.
- PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra prescrizione e transigibilità*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1528.
- PAGLIANTINI, *Sulle nullità. Itinerari di uno studio*, Napoli, 2020.
- PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, p. 169.
- PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019, c. 975.
- PAGLIANTINI, *“Parigi val bene una messa”? Le Sezioni Unite su rilievo d'ufficio della nullità e c.d. giudicato implicito*, in *Giusto proc.*, 2015, p. 150.
- PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, p. 113.
- PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: «eppur si muove»*, in *Contratti*, 2012, p. 874.
- PAGLIANTINI, *Struttura e funzione dell'azione di nullità contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 753.

- PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers. e merc.*, 2009, p. 28.
- PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.
- PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970.
- PAGNI, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, p. 70.
- PALMIERI, *La nuova disciplina della nullità della società per azioni*, in *Riv. soc.*, 2003, p. 850.
- PALMIERI, *Conferimenti immobiliari ed invalidità nelle società di persone*, in *Riv. società*, 1992, p. 1413.
- PANZA, *Buon costume e buona fede*, Napoli, 1973.
- PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1183.
- PANUCCIO, *La cessione volontaria dei crediti nella teoria del trasferimento*, Milano, 1955.
- PAOLINI, *Nullità delle operazioni di assistenza finanziaria*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1570.
- PARACAMPO, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 409.
- PARDOLESI, *Leveraged buy-out: una novità a tinte forti (o fosche?)*, da AA.Vv., *Leveraged buy-out: un istituto da diffondere in Italia?*, a cura di Grassini e Bona, Bologna, 1989.
- PARTESOTTI, *Le operazioni sulle azioni*, in *Trattato delle s.p.a.*, dir. da Colombo e Portale, VII, I, Torino, 1991.
- PASETTI, *La sanatoria per conferma del testamento e della donazione*, Padova, 1953.
- PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e di rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Pers. e merc.*, 2012, p. 24.
- PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1997.
- PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984.
- PAVONE LA ROSA, *Il registro delle imprese. Contributo alla teoria della pubblicità*, Milano, 1954.
- PEDRAZZOLI, *Prestazione d'opera e parasubordinazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, II, p. 596.
- PEREGO, *La simulazione nel matrimonio civile*, Milano, 1980.
- PERFETTI, *Autonomia privata e famiglia di fatto. Il nuovo contratto di convivenza*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, p. 1749.

- PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo europeo*, Napoli, 2013.
- PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010.
- PETRELLI, *Gli immobili da costruire*, Milano, 2005.
- PIAZZA, *L'impugnativa delle delibere del nuovo rito societario: prime riflessioni di un civilista*, in *Corr. giur.*, 2003, p. 968.
- PIAZZA, *Se la società possa acquisire proprie obbligazioni convertibili in azioni*, in *Contratto e impr.*, 1987, p. 787.
- PIAZZA, GOETZ, *Il diritto all'immagine nella giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 350.
- PICONE, *Il leveraged buy out nella riforma del diritto societario*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 1442.
- PIETROBON, *sub art. 123*, in *Comm. Carraro, Oppo, Trabucchi*, I, 1, Padova, 1977.
- PIGNALOSA, *Il matrimonio putativo: una nullità di protezione ante litteram*, in *Fam. Pers. Succ.*, 2012, p. 568.
- PIRAINO, *Contro l'uso della nullità parziale in chiave di conformazione del contratto*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1528.
- POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.
- PONZANELLI, *Il right of publicity nell'esperienza italiana*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 126.
- PORTALE, *Capitale sociale e conferimenti nella società per azioni*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 69 ss.
- PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Riv. soc.*, 1991, p. 3.
- PORTALE, DOLMETTA, *Divieto di accettare azioni o quote proprie in garanzia e casse di risparmio «riformate»*, in *Banca, borsa*, 1989, I, p. 703.
- POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, I, Napoli, 1832.
- PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012.
- PUCCHINI, *Matrimonio "di fatto" e matrimonio "nullo" per simulazione: un connubio difficile*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 621.
- POZZO, *L'acquisto di azioni proprie*, Milano, 2003.
- PROSPERETTI, *Il lavoro subordinato*, in *Tratt. dir. lav.*, diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1966.
- PROSPERETTI, *Sulla esistenza e invalidità di un contratto di lavoro*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1949, III, p. 261.

- PROTO, *Società per azioni*, in *La riforma del diritto societario*, a cura di Lo Cascio, Milano, 2003, *sub art.* 2357.
- PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, Milano, 1957.
- PUGLIATTI, *La retribuzione sufficiente e le norme della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1950, I, p. 189.
- PUGLIESE, *Il preteso diritto alla riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*, in *Foro it.*, 1954, I, c. 118.
- QUADRI, *Le prestazioni di lavoro del convivente alla luce del nuovo art. 230 ter c.c.*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2017, p. 590.
- QUADRI, *Nullità e tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1143.
- QUERCI, in FERRANDO, QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007.
- RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000.
- RAGGI, *Trascrizione-salvezza mediante trascrizione dei subacquisti dei terzi tra nullità ed inefficacia*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2022, p. 803.
- RAGUSA MAGGIORE, *Trattato delle società*, II, *Le società di capitali. La società per azioni. Formazione della società per azioni*, Padova, 2003.
- REGINE, *Regime degli atti dispositivi di beni immobili in comunione legale compiuti da uno solo dei coniugi*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1053.
- RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V, *Pubblicazioni della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma*, Roma, 1971.
- RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, XV, 1968.
- RESCIGNO, «*In pari causa turpitudinis*», in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 18.
- RESCIGNO, *Interpretazione del testamento*, Napoli, 1952.
- RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965.
- RICCA, *Retribuzione sufficiente e molteplicità di redditi di lavoro*, in *Giust. civ.*, 1962, I, p. 1812.
- RICCIO, *Nullità sopravvenuta del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2000, II, p. 628.
- RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1949.
- RIVA SANSEVERINO, *Della impresa*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, libro V, *Del lavoro*, 1969.
- RIVA SANSEVERINO, *Diritto del lavoro*, Padova, 1968.
- RIZZI, *La convivenza di fatto e il contratto di convivenza*, *Notariato*, 2017, p. 11.
- RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 172.

- RIZZUTI, *Contratto di locazione e rapporti di fatto*, in *Giur. it.*, 2016, p. 1356.
- RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015.
- ROLAND-BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, Lyon, 1986.
- ROLLI, *Norme imperative tra nullità e responsabilità*, in *Danno e resp.*, 2017, p. 339.
- ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967.
- ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, Firenze, 1945.
- ROMANO PAVONI, *Teoria delle società*, Milano, 1953.
- ROPPA, *Contratti standard*, Milano, 1975.
- ROPPA, AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 33.
- RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 2020.
- RORDORF, *La giurisprudenza sul codice civile*, diretta da Ruperto, *sub artt.* 2247-2461, Milano, 2005.
- RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939.
- RUFFOLO, *Forma e ideologia nelle categorie giuridiche: volontà negoziale e colpa aquiliana. L'autonomia negoziale sulla pianificazione privata*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali. Il problema del negozio giuridico*, a cura di Salvi, Milano, 1978.
- RUGGIERO, *Nullità selettive o regime restitutorio unilaterale? Le Sezioni Unite fanno chiarezza e delineano uno statuto normativo unitario per le nullità di protezione*, in *Danno e Resp.*, 2020, p. 709.
- RUSSO, *L'autonomia privata nella stipulazione delle convenzioni matrimoniali*, in *Le convenzioni matrimoniali ed altri saggi sul nuovo diritto di famiglia*, Milano, 1983.
- SACCO, voce *Nullità ed annullabilità*, in *Dig. disc. priv.*, IV, Torino, 1995.
- SACCO, in SACCO, DE NOVA, *Il contratto*, I, Torino, 1993.
- SACCO, voce *Simulazione*, (diritto civile), in *Enc. giur. Treccani.*, XXVIII, Roma, 1992.
- SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Vassalli*, Torino, 1975.
- SACCO, voce *Nullità e annullabilità (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IX, Torino, 1965.
- SACCO, *Se il figlio della moglie del dichiarato morto presunto, il quale sia stato concepito tra la data della morte presunta e la data della dichiarazione, nasca legittimo*, in *Foro pad.*, 1950, c. 1199.

- SALAFIA, *Le azioni proprie nella formazione delle maggioranze costitutive e deliberative della società per azioni*, in *Società*, 2019, p. 617.
- SALAFIA, *L'art. 2358 c.c. dopo il d.lgs. 4 agosto 2008, n. 142*, in *Società*, 2014, p. 24.
- SALAFIA, *Il nuovo art. 2358 c.c. e la relazione con l'art. 2501 bis c.c.*, in *Società*, 2009, p. 575.
- SALAFIA, *Il «leveraged buy out» nella riforma societaria*, in *Società*, 2004, p. 934.
- SALANDRA, *La nullità della società secondo il nuovo codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1946, I, p. 16.
- SALVATI, *Imprese di assicurazione e prodotti vita a contenuto finanziario*, in SACERDOTI (a cura di), *Assicurazione e prodotti finanziari*, Milano, 2000.
- SANGIOVANNI, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contratti*, 2009, p. 411.
- SANGIOVANNI, *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Dir. internet*, 2008, p. 399.
- SANGIOVANNI, *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 1469.
- SANTORO PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1969.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.
- SANTORO PASSARELLI F., *Disciplina della scomparsa nel nuovo codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1939, p. 382.
- SANTORO PASSARELLI G., *Chiose sulla parasubordinazione*, in *Dir. lav.*, 1989, I, p. 201.
- SANTOSUOSSO, *Il rapporto banca-impresa nelle operazioni di leveraged buy out*, in *Dir. banca e mercato finanziario*, 2003, I, p. 492.
- SANTUCCI, *Fideiussioni omnibus – fideiussioni bancarie anticoncorrenziali: lo statuto della nullità antitrust tracciato dalle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2022, p. 1832.
- SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. it.*, 2019, p. 763.
- SCALIA, *Confermabilità del testamento orale: prova della volontà del de cuius, certezza dei rapporti e funzione notarile. Alcune riflessioni sul tema*, in *Riv. notar.*, 1997, p. 164.
- SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011.
- SCALISI, *Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, II, p. 505.

- SCHERMI, *Sull'effetto ex nunc della dichiarazione di nullità del contratto costitutivo di società di persone*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 1546.
- SCHLESINGER, "Merger leveraged buy out" e riforma societaria, in *Corr. giur.*, 2003, p. 705.
- SCHLESINGER, *Tangenti: profili civilistici e concorsuali*, in *Foro amm.*, 1995, c. 550.
- SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1961.
- SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite e l'art. 38 T.U.B.: un altro tassello nel mosaico delle nullità*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2023, p. 412.
- SCOGNAMIGLIO C., *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust: il problema dei rimedi*, in *Giur. civ.*, 2022, p. 694.
- SCOGNAMIGLIO C., *Le sezioni unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, p. 176.
- SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 5.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2015.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il giudice e le nullità: punti fermi e problemi aperti nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2013, p. 28.
- SCOGNAMIGLIO C., *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. e dir. priv.*, 2008, p. 599.
- SCOGNAMIGLIO C., *Il diritto alla utilizzazione economica del nome e dell'immagine di persone celebri*, in *Dir. inf.*, 1988, p. 1.
- SCOGNAMIGLIO R., *Scritti giuridici*, I, Padova, 1996.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950.
- SCOZZAFAVA, *Il matrimonio simulato nell'ordinamento civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, p. 659.
- SGROI, voce *Morte presunta (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977.
- SGROI, *Revocabilità del consenso alla divulgazione del ritratto?*, in *Giust. civ.*, 1968, I, p. 168.
- SICCHIERO, *Nullità per inadempimento*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 376.
- SICCHIERO, *L'inadempimento preordinato è causa di nullità del contratto?*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 613.



- SIDERI, *Nullità degli atti di trasferimento degli immobili da costruire e recupero degli effetti negoziali*, in *Immobili e proprietà*, 2006, p. 219.
- SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse*, Karlsruhe, 1953.
- SIEBERT, *Die faktische Gesellschaft*, in *Festschrift für Hedemann*, Jena, 1938, p. 266.
- SIEBERT, *BGB-System und völkische Ordnung*, in *Deutsche Rechtswissenschaft*, 1936, p. 204 ss.
- SIMITIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*, Frankfurt a.M., 1957.
- SIMITIS, *Die faktische Vertragsverhältnisse*, Frankfurt a.M., 1957.
- SIRENA, *La sussidiarietà dell'azione generale di arricchimento senza causa*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 379.
- SIRENA, *L'invalidità del contratto di convivenza*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2017, p. 1071.
- SIRENA, *La restituzione dell'arricchimento e il risarcimento del danno*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 65.
- SIRENA, *La restituzione del profitto ingiustificato (nel diritto industriale italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 305.
- SIRENA, ADAR, *La prospettiva dei rimedi nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 359.
- SPADAFORA, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001.
- SPENA, *sub art. 2379 bis*, in *Comm. Sandulli, Santoro*, II, 1, Torino, 2003.
- SPOLIDORO, *Attuazione della direttiva 2006/68/CE sui conferimenti non in contanti, acquisto di azioni proprie e assistenza finanziaria*, in *Notariato*, 2009, p. 76.
- SPOLIDORO, *Incorporazione della controllante nella controllata e «leveraged buy out»*, in *Società*, 2000, p. 84.
- STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Milano, 1997.
- STELLA RICHTER G., *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 152.
- STELLA RICHTER G., *Effetti della dichiarazione di assenza e di morte presunta sulle presunzioni di concepimento in matrimonio e di paternità*, in *Foro pad.*, 1953, I, c. 294.
- STOLFI, *Della mediazione*, in *Comm. al cod. civ.*, a cura di Scialoja, Branca, artt. 1754-1765, Bologna-Roma, 1966.
- STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961.
- SUPPIEJ, *La struttura del contratto di lavoro*, I, Padova, 1957.



- TAMBURRINO, *Lineamenti del nuovo diritto di famiglia italiano*, Torino, 1978.
- TAMPONI, *La sanatoria della donazione invalida*, in BONILINI (diretto da), *Trattato delle successioni e delle donazioni*, VI, Milano, 2009.
- TARANTINO, *Le Sezioni Unite sulla rilevabilità d'ufficio della nullità: sì, anche se è stata chiesta la risoluzione del contratto*, in *Dir. e giust.*, 2012, p. 765.
- TASCHE, *Vertragsverhältnis nach nichtigem Vertragsschluss?*, in *J.J.*, Bd. 90, 1943, p. 124.
- TASSINARI, *Il contratto di convivenza nella l. 20.5.2015*, n. 76, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2016, p. 1736.
- TEMPLE, *Les société de fait*, Paris, 1975.
- TOLA, *Famiglia, famiglie e discriminazioni nell'impresa familiare*, in *Nuova Giur. civ.*, 2017, p. 88.
- TOMA, *Finanziarsi con il «leveraged buy out»*, in *Finanziamenti su misura News*, 2, 2001, Ipsoa, p. 42.
- TOMMASINI, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978.
- TONINI, *L'invalidità 'selettiva' del contratto di investimenti rimessa alle Sezioni unite*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2019, p. 46.
- TORRENTE, *Del lavoro*, in *Comm. c.c.*, Torino, 1962.
- TOURNEAU, *L'adage «nemo auditur...»*, Paris, 1970.
- TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959.
- TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962.
- TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico nel diritto privato italiano*, in *Temi*, 1955, p. 191.
- TROIANO, *L'utilizzazione economica della celebrità: Right of Publicity e dintorni*, in *Quadrimestre*, 1991, p. 734.
- TROIANO, *Diritto all'immagine e sfruttamento della celebrità altrui*, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2862.
- TZARANO, *Ètude sue la règle «Nemo auditur propriam turpitudinem allegans»*, Paris, 1926.
- URCIUOLI, *Autonomia negoziale e diritto all'immagine*, Napoli, 2000.
- VASSALLI, *In tema di norme penali e nullità del negozio giuridico*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 469.
- VENOSTA, *Nuovi profili della nullità*, in *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008.
- VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, vol. I, *Nullità e inesistenza del contratto*, Milano, 2004.
- VICARI, *L'assistenza finanziaria per l'acquisto del controllo delle società di capitali*, Milano, 2006.

- VILLA, *La gatta frettolosa e i contratti di convivenza*, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1189.
- VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.
- VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 19.
- VISALLI, *Profili giuridici della simulazione del matrimonio*, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 1027.
- VISINTINI, *Invalidità del matrimonio e responsabilità civile*, in *Dir. fam. pers.*, 1979.
- VON CAEMMERER, *Bereicherung und unerlaubte Handlung*, in *FS Rabel*, 1954, p. 386.
- VON THUR, *Der Allgemeine Teil des deutschen Burgelichen Rechts*, Berlino, 1910-1918, I, 1.
- VULPIANI, *Unità, frammentazione e sanabilità della nullità del contratto*, Napoli, 2021.
- WIEACKER, *Willenserklärung und sozialtypisches Verhalten*, in *Göttinger Festschrift für das Oberlandesgericht Celle*, Göttingen, 1963.
- WINKLER, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: la direttiva 2002/65/CE*, in *Dir. comm. internaz.*, 2003, p. 546.
- ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 265.
- ZAGO GARELLI, *I rapporti di fatto con particolare riguardo al rapporto di lavoro*, Padova, 1964.
- ZAPPALÀ, *La nuova disciplina dell'acquisto di azioni proprie per le società che non fanno ricorso al mercato del capitale di rischio*, in *Società*, 2011, p. 130.
- ZENO-ZENCOVICH, *Personalità (diritti della)*, in *Digesto civ.*, XIII, Torino, 1995.
- ZILIOTTI, *L'economia dell'informazione*, Bologna, 2001.
- ZIVIZ, *Lesione del diritto all'immagine e risarcimento del danno*, in *Resp. civ. prev.*, 2000, p. 715.
- ZIVIZ, *Il danno biologico oltre la salute: una prospettiva fuorviante*, in *Giur. it.*, 1994, I, 2, c. 358.
- ZORZI, *La disciplina europea dei servizi finanziari*, in RICCIUTO, ZORZI (a cura di), *Il contratto telematico*, in *Tratt. Galgano*, XXVII, 2002.



# SOMMARIO

## CAPITOLO I Nullità e atipicità delle fonti

1. Premessa: rilevanza dei “fatti sociali” e teoria delle fonti delle obbligazioni	3
2. Dalla nullità classica ai molteplici paradigmi delle nullità	10
3. Le nullità speciali: il proliferare delle nullità di protezione; le nullità sopravvenute	20
3.1. Delimitazione del campo d’indagine	29
4. Nullità e comportamenti	31
5. Le nozioni di rapporto contrattuale di fatto e di contatto sociale	37
6. Mancanza dell’accordo e trasmutazione dell’illecito in contratto: l’esempio giurisprudenziale della lesione del diritto all’immagine (o al nome)	45
7. Un esempio di rigidità della nullità classica: il diritto di famiglia. A) I diritti inderogabili di cui all’art. 160 c.c.	53
7.1. B) La comunione legale tra conviventi	56
8. Un esempio di flessibilità: tra salvaguardia della situazione di fatto e bigamia	59
9. Nullità e perimento della <i>res</i>	63

## CAPITOLO II La nullità sanabile

1. Nullità dell’atto e conservazione del fatto nella conferma del testamento nullo	69
1.1. L’oggetto della conferma e l’attitudine del fatto testamentario alla produzione degli effetti	74
2. L’analoga fattispecie della conferma della donazione nulla	78
3. La simulazione matrimoniale	81
3.1. La sanatoria del matrimonio	88
4. La dichiarazione di invalidità del matrimonio dopo la morte di un coniuge	92
5. Il contratto di convivenza: dalla nullità del contratto tipico alla validità dell’atipico (come “patto di convivenza”)	96
6. Cenni sulla sanatoria delle delibere assembleari nulle	99

CAPITOLO III  
La nullità mancata

1.	Il dibattito, in giurisprudenza e in dottrina, sulla sanzione dell'annullabilità, prevista dall'art. 184 c.c.	105
1.1.	Il rimedio previsto riguardo ai beni mobili	109
1.2.	Inapplicabilità della norma agli acquisti	110
1.3.	Il termine annuale per l'esercizio dell'azione di annullamento	110
2.	Quando l'invalidità dell'atto cede all'interesse del mercato: l'acquisto di azioni proprie	111
2.1.	Le conseguenze degli acquisti compiuti in assenza delle condizioni di legge e la responsabilità degli amministratori	117
2.2.	I casi speciali di acquisto	119
2.3.	La disciplina delle azioni proprie. Il <i>trading</i>	122
3.	La sottoscrizione di azioni proprie: la violazione del divieto non comporta nullità	128
4.	Il divieto di assistenza finanziaria ex art. 2358 c.c. e la nullità del finanziamento	131
4.1.	L'assistenza finanziaria nelle s.r.l.	132
4.2.	L'assistenza finanziaria nelle s.p.a.	134
4.3.	Violazione del divieto, nullità del finanziamento e responsabilità degli amministratori	139
4.4.	La deroga a favore dei dipendenti	143
5.	Il <i>leveraged buy out</i> e i problemi di legittimità: nullità dell'operazione?	143
5.1.	La soluzione attuata con la Riforma del 2003	151
5.2.	Violazione del divieto di assistenza finanziaria e nullità del <i>leveraged buy out</i>	154

CAPITOLO IV  
La nullità *ex nunc*

1.	La nullità del contratto di lavoro subordinato	159
1.1.	Gli effetti della prestazione di fatto: la tesi contrattualistica	165
1.2.	La tesi legalistica: la legge e le norme collettive sostituiscono la disciplina contenuta nel contratto invalido	170
1.3.	La prestazione lavorativa di fatto e il principio <i>quod nullum est nullum producit effectum</i>	175
1.4.	Ambito applicativo dell'art. 2126 c.c. Lavoro subordinato, lavoro autonomo, parasubordinazione	182
1.5.	Inapplicabilità della tutela del lavoratore subordinato nei casi di illiceità dell'oggetto o della causa del contratto di lavoro	187
2.	Il contratto di mezzadria	188
3.	L'introduzione dell'art. 230 <i>ter</i> e il lavoro nell'impresa del partner: confronto con gli effetti del contratto di lavoro nullo	190
4.	La nullità delle società di capitali e delle cooperative	196
4.1.	Le attuali cause di nullità	200
4.2.	La nullità di cui al n. 1	205
4.3.	La nullità di cui al n. 2	208

4.4.	La nullità di cui al n. 3	212
4.5.	L'efficacia della fattispecie <i>ex art. 2332 c.c.</i>	215
4.6.	Irretroattività della dichiarazione di nullità e <i>favor societatis</i>	222
5.	La nullità di società personali	224
5.1.	La nullità della singola partecipazione in società personale	231
6.	Il problema dell'efficacia della nullità nei contratti di durata	234
7.	Il diverso valore di scambio del contratto nullo, tra nullità classica e nullità <i>ex nunc</i>	238
8.	Il matrimonio putativo: la ultrattività del matrimonio nullo	241
8.1.	Coniuge in mala fede e terzo: responsabilità	247
8.2.	I diritti successori del coniuge putativo	255
8.3.	Conclusioni	256

#### CAPITOLO V

##### La nullità (relativa) da comportamento

1.	La commercializzazione a distanza di servizi finanziari	259
2.	Le informazioni dovute al consumatore nella fase delle trattative	263
3.	La violazione degli obblighi informativi	267
4.	La nullità speciale introdotta dall'art. 67- <i>septies decies</i> Cod. consumo	269
5.	L'onere della prova	274

#### CAPITOLO VI

##### La nullità sanzionatoria

1.	Il compenso dei professionisti non iscritti all'albo	277
1.1.	Impossibilità, per il professionista, di rivalersi per mezzo dei rimedi restitutori	284
1.2.	I casi particolari dell'agente di commercio e del mediatore	289
1.3.	La responsabilità del professionista non iscritto	294
2.	Le prestazioni <i>ob turpem causam</i> . Nozione di buon costume	298
2.1.	La <i>ratio</i> della irripetibilità della prestazione immorale	307
2.2.	La legittimazione del <i>solvens</i> alla <i>rei vindicatio</i>	311
2.3.	Inapplicabilità della regola <i>ex art. 2035 c.c.</i> alle fattispecie non immorali, ma illecite per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico	314
2.4.	Il problema della applicabilità della regola <i>ex art. 2035 c.c.</i> nei casi di negozi sia immorali per contrarietà al buon costume sia illegali per contrarietà all'ordine pubblico o a norme imperative	317
2.5.	Inesperibilità dell'azione di arricchimento ingiustificato	319
2.6.	Brevi cenni sulle obbligazioni restitutorie derivanti da reato	320

#### CAPITOLO VII

##### Nullità e contratto extraconsensuale

1.	I contratti di massa come elemento di frattura del sistema contrattuale	325
2.	Le tesi che salvaguardano l'unità dogmatica del sistema contrattuale	331
3.	L'accordo delle parti: dialogo o adesione?	356
4.	I contratti di massa come contratti senza accordo?	340

5. La tutela degli incapaci	344
6. La <i>protestatio contra factum</i> e l'errore	347
7. Rapporti in assenza di contratto e rapporti fondati sul contratto nullo	348

CAPITOLO VIII  
I paradigmi della nullità

1. La nullità <i>ex nunc</i> tra regole ed eccezioni	351
2. Produzione degli effetti e comparazione degli interessi	361

BIBLIOGRAFIA	369
--------------	-----

PUBBLICAZIONI DEL SEMINARIO GIURIDICO  
DELLA UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

---

1. COLI U., *Collegia et sodalitates*, 1913.
2. DONATELLI I., *La "consortia" di Avesa*, 1914.
3. VALENZA P., *Il diritto di usufrutto nelle leggi sulle tasse del registro*, 1915.
4. ZINGALI G., *La statistica della criminalità*, 1916.
5. TUMEDEI C., *La separazione dei beni ereditari*, 1917.
6. ALBERTONI A., *L'Apokeryxis*", 1923.
7. SALVI F., *La cessione dei beni ai creditori*, 1947.
8. MILANI F., *Distinzioni delle servitù prediali*, 1948.
9. FASSÒ G., *I "quattro autori" del Vico*, 1949.
10. FERRI L., *La trascrizione degli acquisti "mortis causa" e problemi connessi*, 1951.
11. ROSSI G., *La "Summa arboris actionum" di Ponzio da Ylerda*, 1951.
12. POGGESCHI R., *Le associazioni e gli altri gruppi con autonomia patrimoniale nel processo*, 1951.
13. MATTEUCCI N., *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, 1951.
14. FORCHIELLI P., *I contratti reali*, 1952.
15. SALVI F., *Il possesso di stato familiare*, 1952.
16. FASSÒ G., *La storia come esperienza giuridica*, 1953.
17. PALAZZINI FINETTI L., *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, 1953.
18. ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale*, 1958.
19. MANCINI G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, 1957.
20. FERRI L., *L'autonomia privata*, 1959.
21. TORELLI P., *Scritti di storia del diritto italiano*, 1959.
22. SANTINI G., *I Comuni di Valle del medioevo. La Costituzione federale del "Frignano"*, 1960.
23. GIANNITI F., *I reati della stessa indole*, 1959.
24. GHEZZI G., *La prestazione di lavoro nella comunità familiare*, 1960.
25. NARDI E., *Case "infestate da spiriti" e diritto romano e moderno*, 1960.
26. FERRI L., *Rinunzia e rifiuto nel diritto privato*, 1960.
27. GHEZZI G., *La responsabilità contrattuale delle associazioni sindacali*, 1963.
28. BONSIGNORI A., *Espropriazione della quota di società a responsabilità limitata*, 1961.
29. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. I, *Intorno al diritto processuale*, 1962.
30. REDENTI E., *Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo*, vol. II, *Intorno al diritto sostanziale*, 1962.
31. GUALANDI A., *Spese e danni nel processo civile*, 1962.
32. BONSIGNORI A., *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, 1960.
33. MANCINI G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, vol. I, *Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, 1962.
34. NARDI E., *Rabelais e il diritto romano*, 1962.
35. ROMAGNOLI U., *Il contratto collettivo di impresa*, 1963.
36. SANTINI G., *I "comuni di pieve" nel medioevo italiano*, 1964.
37. RUDAN M., *Il contratto di tirocinio*, 1966.
38. BONINI R., *I "libri de cognitionibus" di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della "cognitio extra ordinem"*, 1964.
39. COLLIVA P., *Ricerche sul principio di legalità nell'amministrazione del Regno di Sicilia al tempo di Federico II*, 1964.
40. MENGEOZZI P., *L'agenzia di approvvigionamento dell'Euratom*, 1964.
41. *Scritti minori di Antonio Cicu*, tomi I e II, *Scritti di teoria generale del diritto - Diritto di famiglia*, 1965.
42. *Scritti minori di Antonio Cicu*, *Successioni e donazioni. Studi vari*, 1965.
43. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, 1965.
44. GHEZZI G., *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, 1965.
45. ROVERSI MONACO F.A., *Enti di gestione. Struttura, funzioni, limiti*, 1967.
46. GIANNITI F., *L'oggetto materiale del reato*, 1966.



47. MENGOLZI P., *L'efficacia in Italia di atti stranieri di potestà pubblica su beni privati*, 1967.
48. ROMAGNOLI U., *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, 1967.
49. MONTUSCHI L., *I limiti legali nella conclusione del contratto di lavoro*, 1967.
50. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. I, *Scritti di diritto penale*, 1968.
51. RANIERI S., *Scritti e discorsi vari*, vol. II, *Scritti di procedura penale*, 1968.
52. BONINI R., *Ricerche di diritto giustiniano*, 1968.
53. SANTINI G., *Ricerche sulle "Exceptiones legum romanorum"*, 1969.
54. LO CASTRO G., *La qualificazione giuridica delle deliberazioni conciliari delle fonti del diritto canonico*, 1970.
55. SACCHI MORSIANI G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, II, 1970.
56. ROVERSI MONACO F.A., *La delegazione amministrativa nel quadro dell'ordinamento regionale*, 1970.
57. GIANNITI F., *Studi sulla corruzione del pubblico ufficiale*, 1970.
58. DE VERGOTTINI G., *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, 1971.
59. MENGOLZI P., *Il regime giuridico internazionale del fondo marino*, 1971.
60. CARINCI F., *Il conflitto collettivo nella giurisprudenza costituzionale*, 1971.
61. OSTI G., *Scritti giuridici*, voll. I e II, 1973.
62. ZUELLI F., *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, 1973.
63. PERGOLESI F., *Sistema delle fonti normative*, 1973.
64. MONTUSCHI L., *Potere disciplinare e rapporto di lavoro*, 1973.
65. PATTARO E., *Il pensiero giuridico di L.A. Muratori tra metodologia e politica*, 1974.
66. PINI G., *Arbitrato e lavori pubblici*, 1974.
67. CARPI F., *L'efficacia "ultra partes" della sentenza civile*, 1974.
68. DE VERGOTTINI G., *Lo "Shadow cabinet"*, 1973.
69. PAOLUCCI L.F., *La mutualità nelle cooperative*, 1974.
70. DE GENNARO A., *Crocianesimo e cultura giuridica italiana*, 1974.
71. STORTONI L., *L'abuso di potere nel diritto penale*, 1978.
72. GIANNITI F., *Prospettive criminologiche e processo penale*, 1977.
73. BONVICINI D., *Le "joint ventures": tecnica giuridica e prassi societaria*, 1977.
74. DE VERGOTTINI G., *Scritti di storia del diritto italiano*, voll. I, II, III, 1977.
75. LAMBERTINI R., *I caratteri della Novella 118 di Giustiniano*, 1977.
76. DALLA D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, 1978.
77. DI PIETRO A., *Lineamenti di una teoria giuridica dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili*, 1978.
78. MAZZACUVA N., *La tutela penale del segreto industriale*, 1979.
79. ROMANELLI G., *Profilo del noleggino*, 1979.
80. BORGHESI D., *Il contenzioso in materia di eleggibilità*, 1979.
81. DALLA TORRE G., *L'attività assistenziale della Chiesa nell'ordinamento italiano*, 1979.
82. CARPI F., *La provvisoria esecutorietà della sentenza*, 1979.
83. ALLEVA P., *Il campo di applicazione dello statuto dei lavoratori*, 1980.
84. PULIATTI S., *Ricerche sulla legislazione "regionale" di Giustiniano*, 1980.
85. FASSÒ G., *Scritti di filosofia del diritto*, voll. I, II, III, 1982.
86. SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, 1980.
87. LAMBERTINI R., *Plagium*, 1980.
88. DALLA D., *Senatus consultum Silanianum*, 1980.
89. VANDELLI L., *L'ordinamento regionale spagnolo*, 1980.
90. NARDI E., *L'otre dei parricidi e le bestie incluse*, 1980.
91. PELLICANÒ A., *Causa del contratto e circolazione dei beni*, 1981.
92. GIARDINI D., *Politica e amministrazione nello Stato fondato sul decentramento*, 1981.
93. BORTOLOTTI D., *Potere pubblico e ambiente*, 1981.
94. ROFFI R., *Contributo per una teoria delle presunzioni nel diritto amministrativo*, 1982.
95. ALESSI R., *Scritti minori*, 1981.
96. BASSANELLI SOMMARIVA G., *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, 1983.
97. ZANOTTI A., *Cultura giuridica del Seicento e jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinal Giovanni Battista De Luca*, 1983.
98. ILLUMINATI G., *La disciplina processuale delle intercettazioni*, 1983.
99. TONIATTI R., *Costituzione e direzione della politica estera negli Stati Uniti d'America*, 1983.
100. NARDI E., *Squilibrio e deficienza mentale in diritto romano*, 1983.

101. DALLA D., *Praemium emancipationis*, 1983.
102. MAZZACUVA N., *Il disvalore di evento nell'illecito penale - L'illecito commissivo doloso e colposo*, 1983.
103. *Studi in onore di Tito Carnacini*. I. *Studi di diritto costituzionale, civile, del lavoro, commerciale*, 1983.
104. CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, 1984.
105. BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
106. BORTOLOTTI D., *Attività preparatoria e funzione amministrativa*, 1984.
107. PULIATTI S., *Ricerche sulle novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, 1984.
108. LAMBERTINI R., *La problematica della commorienza nell'elaborazione giuridica romana*, 1984.
109. ZUELLI F., *Le collegialità amministrative*, 1985.
110. PEDRAZZOLI M., *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985.
111. ZANOTTI M., *Profili dogmatici dell'illecito plurisoggettivo*, 1985.
112. RUFFOLO U., *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, 1985.
113. BIAGI M., *Sindacato democrazia e diritto*, 1986.
114. INSOLERA G., *Problemi di struttura del concorso di persone nel reato*, 1986.
115. MALAGÙ L., *Esecuzione forzata e diritto di famiglia*, 1986.
116. RICCI G.F., *La connessione nel processo esecutivo*, 1986.
117. ZANOTTI A., *Il concordato austriaco del 1855*, 1986.
118. SELMINI R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, 1987.
119. DALLA D., "Ubi venus mutatur", 1987.
120. ZUNARELLI S., *La nozione di vettore*, 1987.
121. ZOLI C., *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, 1988.
122. CAVINA M., *Dottrine giuridiche e strutture sociali padane nella prima età moderna*, 1988.
123. CALIFANO L., *Innovazione e conformità nel sistema regionale spagnolo*, 1988.
124. SARTI N., *Gli statuti della società dei notai di Bologna dell'anno 1336 (contributo allo studio di una corporazione cittadina)*, 1988.
125. SCARPONI S., *Riduzione e gestione flessibile del tempo di lavoro*, 1988.
126. BERNARDINI M., *Contenuto della proprietà edilizia*, 1988.
127. LA TORRE M., *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz - la dottrina giuridica nazionalsocialista*, 1988.
128. GARCIA DE ENTERRIA J., *Le obbligazioni convertibili in azioni*, 1989.
129. BIAGI GUERINI R., *Famiglia e Costituzione*, 1989.
130. CAIA G., *Arbitrati e modelli arbitrati nel diritto amministrativo*, 1989.
131. MAGAGNI M., *La prestazione caratteristica nella Convenzione di Roma del 19 giugno 1980*, 1989.
132. PETRONI L., *La disciplina pubblicistica dell'innovazione tecnologica in Francia*, 1990.
133. ZANOTTI A., *Le manipolazioni genetiche e il diritto della Chiesa*, 1990.
134. SARTOR G., *Le applicazioni giuridiche dell'intelligenza artificiale*, 1990.
135. ROSSI L.S., *Il "buon funzionamento del mercato comune". Delimitazione dei poteri fra CEE e Stati membri*, 1990.
136. LUCHETTI G., *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, 1990.
137. SARTI N., *Un giurista tra Azzone e Accursio*, 1990.
138. GUSTAPANE A., *La tutela globale dell'ambiente*, 1991.
139. BOTTARI C., *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, 1991.
140. DONINI M., *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991.
141. PERULLI A., *Il potere direttivo dell'imprenditore*, 1992.
142. VANDELLI L. (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, 1992.
143. GASPARRI P., *Institutiones iuris publici*, 1992.
144. CAPUZZO E., *Dal nesso asburgico alla sovranità italiana*, 1992.
145. BIAVATI P., *Accertamento dei fatti e tecniche probatorie nel processo comunitario*, 1992.
146. FERRARI F., *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, 1992.
147. GUSTAPANE A., SARTOR G., VERARDI C.M., *Valutazione di impatto ambientale. Profili normativi e metodologie informatiche*, 1992.
148. ORLANDI R., *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, 1992.
149. CARPANI G., *Le aziende degli enti locali. Vigilanza e controlli*, 1992.

150. MUSSO A., *Concorrenza ed integrazione nei contratti di subfornitura industriale*, 1993.
151. DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, 1993.
152. CALIFANO PLACCI L., *Le commissioni parlamentari bicamerali nella crisi del bicameralismo italiano*, 1993.
153. FORNASARI G., *Il concetto di economia pubblica nel diritto penale. Spunti esegetici e prospettive di riforma*, 1994.
154. MANZINI P., *L'esclusione della concorrenza nel diritto antitrust italiano*, 1994.
155. TIMOTEI M., *Le successioni nel diritto cinese. Evoluzione storica ed assetto attuale*, 1994.
156. SESTA M. (a cura di), *Per i cinquant'anni del codice civile*, 1994.
157. TULLINI P., *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, 1994.
158. RESCIGNO F., *Disfunzioni e prospettive di riforma del bicameralismo italiano: la camera delle regioni*, 1995.
159. LUGARESI N., *Le acque pubbliche. Profili dominicali, di tutela, di gestione*, 1995.
160. SARTI N., *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII*, 1995.
161. COLLIVA P., *Scritti minori*, 1996.
162. DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, 1996.
163. GARDINI G., *La comunicazione degli atti amministrativi. Uno studio alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241*, 1996.
164. MANZINI P., *I costi ambientali nel diritto internazionale*, 1996.
165. MITTICA M.P., *Il divenire dell'ordine. L'interazione normativa nella società omerica*, 1996.
166. LUCCHETTI G., *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, 1996.
167. LA TORRE M., *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, 1996.
168. CAMON A., *Le intercettazioni nel processo penale*, 1996.
169. MANCINI S., *Minoranze autoctone e Stato. Tra composizione dei conflitti e secessione*, 1996.
170. ZANOBETTI PAGNETTI A., *La non comparizione davanti alla Corte internazionale di giustizia*, 1996.
171. BRICOLA E., *Scritti di diritto penale. Vol. I, Dottrine generali, Teoria del reato e sistema sanzionatorio. Vol. II, Parte speciale e legislazione complementare, Diritto penale dell'economia*, 1997.
172. GRAZIOSI A., *La sentenza di divorzio*, 1997.
173. MANTOVANI M., *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, 1997.
174. BIAVATI P., *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, 1997.
175. ROSSI G. (1916-1986), *Studi e testi di storia giuridica medievale*, a cura di Giovanni Gualandi e Nicoletta Sarti, 1997.
176. PELLEGRINI S., *La litigiosità in Italia. Un'analisi sociologico-giuridica*, 1997.
177. BONI G., *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, 1998.
178. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. I, Diritto del lavoro*, 1998.
179. *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini. Vol. II, Diritto dell'Unione europea*, 1998.
180. ROSSI A., *Il GEIE nell'ordinamento italiano. Criteri di integrazione della disciplina*, 1998.
181. BONGIOVANNI G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920*, 1998.
182. CAPUTO G., *Scritti minori*, 1998.
183. GARRIDO J.M., *Preferenza e proporzionalità nella tutela del credito*, 1998.
184. BELLODI ANSALONI A., *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, 1998.
185. FRANCIOSI E., *Riforme istituzionali e funzioni giurisdizionali nelle Novelle di Giustiniano. Studi su nov. 13 e nov. 80*, 1998.
186. CATTABRIGA C., *La Corte di giustizia e il processo decisionale politico comunitario*, 1998.
187. MANCINI L., *Immigrazione musulmana e cultura giuridica. Osservazioni empiriche su due comunità di egiziani*, 1998.
188. GUSTAPANE A., *L'autonomia e l'indipendenza della magistratura ordinaria nel sistema costituzionale italiano. dagli albori dello Statuto Albertino al crepuscolo della bicamerale*, premessa di Giuseppe De Vergottini, 1999.
189. RICCI G.F., *Le prove atipiche*, 1999.
190. CANESTRARI S., *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, 1999.
191. FASSÒ G., *La legge della ragione*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.

192. FASSÒ G., *La democrazia in Grecia*. Ristampa, a cura di Carla Faralli, Enrico Pattaro, Giampaolo Zucchini, 1999.
193. SCARCIGLIA R., *La motivazione dell'atto amministrativo. Profili ricostruttivi e analisi comparatistica*, 1999.
194. BRIGUGLIO F., "Fideiusoribus succurri solet", 1999.
195. MALTONI A., *Tutela dei consumatori e libera circolazione delle merci nella giurisprudenza della Corte di giustizia, profili costituzionali*, prefazione di Augusto Barbera, 1999.
196. FONDAROLI D., *Illecito penale e riparazione del danno*, 1999.
197. ROSSI L.S., *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, 2000.
198. GRAGNOLI E., *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, 2000.
199. BONI G., *La rilevanza del diritto secolare nella disciplina del matrimonio canonico*, 2000.
200. LUGARESÌ N., *Internet, privacy e pubblici poteri negli Stati Uniti*, 2000.
201. LALATTA COSTERBOSA M., *Ragione e tradizione. Il pensiero giuridico ed etico-politico di Wilhelm von Humboldt*, 2000.
202. SEMERARO P., *I delitti di millantato credito e traffico di influenza*, 2000.
203. VERZA A., *La neutralità impossibile. Uno studio sulle teorie liberali contemporanee*, 2000.
204. LOLLI A., *L'atto amministrativo nell'ordinamento democratico. Studio sulla qualificazione giuridica*, 2000.
205. Busetto M.L., *Giudice penale e sentenza dichiarativa di fallimento*, 2000.
206. CAMPANELLA P., *Rappresentatività sindacale: fattispecie ed effetti*, 2000.
207. BRICOLA F., *Scritti di diritto penale. Opere monografiche*, 2000.
208. LASSANDARI A., *Il contratto collettivo aziendale e decentrato*, 2001.
209. BIANCO A., *Il finanziamento della politica in Italia*, 2001.
210. RAFFI A., *Sciopero nei servizi pubblici essenziali. Orientamenti della Commissione di garanzia*, 2001.
211. PIERGIGLI V., *Lingue minoritarie e identità culturali*, 2001.
212. CAFARO S., *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, 2001.
213. MORRONE A., *Il custode della ragionevolezza*, 2001.
214. MASUTTI A., *La liberalizzazione dei trasporti in Europa. Il caso del trasporto postale*, 2002.
215. ZANOTTI A., ORLANDO F., *L'itinerario canonistico di Giuseppe Caputo*, 2002.
216. LUPOI M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni. Vol. I, Policies, metodi, criteri di collegamento. Vol. II, Parallel proceedings*, 2002.
217. LOLLI A., *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo. Stabilità del giudicato e difesa del terzo nel processo amministrativo*, 2002.
218. CURI F., *Tertium datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell'elemento soggettivo del reato*, 2003.
219. COTTIGNOLA G., *Studi sul pilotaggio marittimo*, 2003.
220. GARDINI G., *L'imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione. Organizzazione e ruolo della dirigenza pubblica nell'amministrazione contemporanea*, 2003.
221. CEVENINI C., *Virtual enterprises. Legal issues of the on-line collaboration between undertakings*, 2003.
222. MONDUCCI J., *Diritto della persona e trattamento dei dati particolari*, 2003.
223. VILLECCO BETTELLI A., *L'efficacia delle prove informatiche*, 2004.
224. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, 2004.
225. BRIGHI R., *Norme e conoscenza: dal testo giuridico al metadato*, 2004.
226. LUCHETTI G., *Nuove ricerche sulle istituzioni di Giustiniano*, 2004.
227. *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, voll. I, II, 2004.
228. PIPERATA G., *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, 2005.
229. CANESTRARI S., FOFFANI L. (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per l'Europa?* Atti del Convegno organizzato dall'Associazione Franco Bricola (Bologna, 28 febbraio-2 marzo 2002), 2005.
230. MEMMO D., MICONI S. (a cura di), *Broadcasting regulation: market entry and licensing. Regolamentazione dell'attività radiotelevisiva: accesso al mercato e sistema di licenze. Global Classroom Seminar*, 2006.
- 230.BIS BRIGUGLIO F., *Studi sul procurator*, 2007.
231. QUERZOLA L., *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, 2006.
232. TAROZZI S., *Ricerche in tema di registrazione e certificazione del documento nel periodo postclassico*, 2006.
233. BOTTI F., *L'eutanasia in Svizzera*, 2007.

234. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, 2007.
235. ALAGNA R., *Tipicità e riformulazione del reato*, 2007.
236. GIOVANNINI M., *Amministrazioni pubbliche e risoluzione alternativa delle controversie*, 2007.
237. MONTALTI M., *Orientamento sessuale e costituzione decostruita. Storia comparata di un diritto fondamentale*, 2007.
238. TORDINI CAGLI S., *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, 2008.
239. LEGNANI ANNICHINI A., *La mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, 2008.
240. LOLLI A., *L'amministrazione attraverso strumenti economici*, 2008.
241. VACCARELLA M., *Titolarità e funzione nel regime dei beni civici*, 2008.
242. TUBERTINI C., *Pubblica amministrazione e garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni*, 2008.
243. FIORIGLIO G., *Il diritto alla privacy. Nuove frontiere nell'era di Internet*, 2008.
244. BOTTI F., *Manipolazioni del corpo e mutilazioni genitali femminili*, 2009.
245. NISCO A., *Controlli sul mercato finanziario e responsabilità penale. Posizioni di garanzia e tutela del risparmio*, 2009.
246. ZANOBETTI PAGNETTI A., *Il rapporto internazionale di lavoro marittimo*, 2008.
247. MATTIOLI F., *Ricerche sulla formazione della categoria dei cosiddetti quasi delitti*, 2010.
248. BERTACCINI D., *La politica di polizia*, 2009.
249. ASTROLOGO A., *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, 2009.
250. DI MARIA S., *La cancelleria imperiale e i giuristi classici: "Reverentia antiquitatis" e nuove prospettive nella legislazione giustiniana del codice*, 2010.
251. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, 2010.
252. QUERZOLA L., *Il processo minorile in dimensione europea*, 2010.
253. BOLOGNA C., *Stato federale e "national interest". Le istanze unitarie nell'esperienza statunitense*, 2010.
254. RASIA C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, 2010.
255. ZUCCONI GALLI FONSECA E., *Pregiudizialità e rinvio (Contributo allo studio dei limiti soggettivi dell'accertamento)*, 2011.
256. BELLODI ANSALONI A., *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, 2011.
257. PONTORIERO I., *Il prestito marittimo in diritto romano*, 2011.
258. GIUSTIZIA senza confini. Studi offerti a Federico Carpi, 2012.
259. GUSTAPANE A., *Il ruolo del pubblico ministero nella Costituzione italiana*, 2012.
260. CAIANIELLO M., *Premesse per una teoria del pregiudizio effettivo nelle invalidità processuali penali*, 2012.
261. BRIGUGLIO F., *Il Codice Veronese in trasparenza. Genesi e formazione del testo delle Istituzioni di Gaio*, 2012.
262. VALENTINI E., *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, Nuova edizione, 2012.
263. TASSINARI D., *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, 2012.
264. MARTELLONI F., *Lavoro coordinato e subordinazione. L'interferenza delle collaborazioni a progetto*, 2012.
265. ROVERSI-MONACO F. (a cura di), *Università e riforme. L'organizzazione delle Università degli Studi ed il personale accademico nella legge 30 dicembre 2010, n. 240*, 2013.
266. TORRE V., *La privatizzazione delle fonti di diritto penale*, 2013.
267. RAFFIOTTA E.C., *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, 2013.
268. CARUSO C., *La libertà di espressione in azione. Contributo a una teoria costituzionale del discorso pubblico*, 2013.
269. PEDRINI E., *Le "clausole generali". Profili teorici e aspetti costituzionali*, 2013.
270. CURI F., *Profili penali dello stress lavoro-correlato. L'omo faber nelle organizzazioni complesse*, 2013.
271. CASALE D., *L'idoneità psicofisica del lavoratore pubblico*, 2013.
272. NICODEMO S., *Le istituzioni della conoscenza nel sistema scolastico*, 2013.
273. LEGNANI ANNICHINI A., *«Proxenetes est in tractando». La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, 2013.
274. MONDUCCI J., *Il dato genetico tra autodeterminazione informativa e discriminazione genotipica*, 2013.
275. MANTOVANI M., *Contributo ad uno studio sul disvalore di azione nel sistema penale vigente*, 2014.
276. DE DONNO M., *Consensualità e interesse pubblico nel governo del territorio*, 2015.

277. PACILLI M., *L'abuso dell'appello*, 2015.
278. PIŠTAN Č., *Tra democrazia e autoritarismo. Esperienze di giustizia costituzionale nell'Europa centro-orientale e nell'area post-sovietica*, 2015.
279. BELLODI ANSALONI A., *L'arte dell'avvocato, actor veritatis. Studi di retorica e deontologia forense*, 2016.
280. HOXHA D., *La giustizia criminale napoleonica. A Bologna fra prassi e insegnamento universitario*, 2016.
281. QUERZOLA L., *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, 2016.
282. PIERI B., *Usurai, ebrei e poteri della Chiesa nei consilia di Paolo da Castro*, 2016.
283. RASIA C., *La crisi della motivazione nel processo civile*, 2016.
284. DRIGO C., *Le Corti costituzionali tra politica e giurisdizione*, 2016.
285. POLACCHINI F., *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, 2016.
286. CALCAGNILE M., *Inconferibilità amministrativa e conflitti di interesse nella disciplina dell'accesso alle cariche pubbliche*, 2017.
287. VILLA E., *La responsabilità solidale come tecnica di tutela del lavoratore*, 2017.
288. VINCIERI M., *L'integrazione dell'obbligo di sicurezza*, 2017.
289. CASALE D., *L'automaticità delle prestazioni previdenziali. Tutele, responsabilità e limiti*, 2017.
290. GANARIN M., *L'interpretazione autentica nelle attuali dinamiche evolutive del diritto canonico*, 2018.
291. LAUS F., *Il rapporto collaborativo tra pubblico e privato nella contrattazione pubblica. Unione Europea e ordinamenti nazionali: analisi comparata di modelli e riforme*, 2018.
292. BONACINI P., *Multā scripsit, nihil tamen reperitur. Niccolò Mattarelli giurista a Modena e Padova (1204 ca.-1314 ca.)*, 2018.
293. GABELLINI E., *L'azione arbitrare. Contributo allo studio dell'arbitrabilità dei diritti*, 2018.
294. LUPOI M.A., *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, 2018.
295. DALLARI F., *Vincoli espropriativi e perequazione urbanistica. La questione della discrezionalità*, 2018.
296. DONINI A., *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, 2019.
297. NOVARO P., *Profili giuridici dei residui delle attività antropiche urbane. Gli incerti confini della gestione dei rifiuti urbani*, 2019.
298. MATTIOLI F., *Giustiniano, gli argentari e le loro attività negoziali. La specialità di un diritto e le vicende della sua formazione*, 2019.
299. RAFFIOTTA E.C., *Norme d'ordinanza. Contributo a una teoria delle ordinanze emergenziali come fonti normative*, 2019.
300. MEDINA M.H., *Servio Sulpicio Rufo: un retrato final desde la perspectiva de Cicerón*, 2020.
301. CENTAMORE G., *Contrattazione collettiva e pluralità di categorie*, 2020.
302. CARUSO C., *La garanzia dell'unità della Repubblica. Studio sul giudizio di legittimità in via principale*, 2020.
303. MATTHEUDAKIS M.L., *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, 2020.
304. TEGA D., *La Corte nel contesto. Percorsi di ri-accentramento della giustizia costituzionale in Italia*, 2020.
305. BOLOGNA C., *La libertà di espressione dei «funzionari»*, 2020.
306. ABIS S., *Capace di intendere, incapace di volere. Malinconia, monomania e diritto penale in Italia nel XIX secolo*, 2020.
308. CARUSO C., MEDICO F., MORRONE A. (a cura di), *Granitel Revisited? L'integrazione europea attraverso il diritto giurisprudenziale*, 2020.
- 308.BIS CANESTRARI S., *Ferite dell'anima e corpi prigionieri. Suicidio e aiuto al suicidio nella prospettiva di un diritto liberale e solidale*, 2021.
309. MORRONE A., *Il sistema finanziario e tributario della Repubblica. I principi costituzionali*, 2021.
310. PEZZATO E., *Si sanctitas inter eos sit digna foedere coniugali. Gli apporti patrimoniali alla moglie superstite in età tardoantica e giustiniana*, 2022.
311. MOLINARI M., *La Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano tra methodus docendi e mito. Έχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ*, 2021.
312. GUERRIERI G., LUCHETTI G., LUPOI M.A., MANES P., MARTINO M., TASSANI T. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, 2022.
313. MORRONE A., MOCCHEGIANI M. (a cura di), *La regolazione della sicurezza alimentare tra diritto, tecnica e mercato: problemi e prospettive*, 2022.
314. GIUPPONI T.F., ARCURI A. (a cura di), *Sicurezza integrata e welfare di comunità*, 2022.



315. BONETTI T., *La partecipazione strumentale*, 2022.
316. GUARNIERI E., *Funzionalizzazione e unitarietà della vicenda contrattuale negli appalti pubblici*, 2022.
317. CAVINA M., *Un inedito di Giulio Claro (1525-1575): Il «trattato di duello». Edizione dal manoscritto [Madrid] Biblioteca de San Lorenzo de El Escorial, g. II. 10*, 2022.
318. PACILLI M., *La tutela camerale tra forme e garanzie*, 2022.
319. CALCAGNILE M., *L'oggetto del provvedimento amministrativo e la garanzia di effettività nell'amministrazione pubblica*, 2022.
320. MENGOSI P., *L'idea di solidarietà nel diritto dell'Unione Europea*, 2022.
321. TOMER A., *'Aedes sacrae' e 'edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico'. La condizione giuridica delle chiese tra ordinamento canonico e ordinamento italiano*, 2022.
322. CALETTI G.M., *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, 2023.
323. MULAZZANI G., *La Cassa depositi e prestiti e la riforma amministrativa dell'economia*, 2023.
324. VISCONTI A.C., *Banca centrale europea e sovranità economico-finanziaria*, 2023.
325. PEDULLÀ A., *Contributo per una teoria sulla costituzionalizzazione del giusto procedimento*, 2023.
326. D'ANGELO G. (edited by), *Aspects of customs control practices in selected EU member states*, 2023.
327. DE PETRIS A.L., *Il principio servitus in faciendo consistere nequit e la categoria dell'onere reale nella tradizione romanistica*, 2023.
328. MEDICO F., *Il Doppio Custode. Un modello per la giustizia costituzionale europea*, 2023.
329. SANTANGELO A., *Uno studio sui delitti di turbativa. La tutela della concorrenza tra tipicità e proporzionalità dell'intervento penale*, 2023.
330. ALBANESE A., *Quod nullum est nullum producit effectum? I vizi del contratto e la forza del fatto*, 2023.





Finito di stampare nel mese di luglio 2023  
per i tipi di Bologna University Press