



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI PADOVA

Sede Amministrativa: Università degli Studi di Padova

Dipartimento di Scienze Politiche, Giuridiche e Studi Internazionali (SPGI)

CORSO DI DOTTORATO DI RICERCA IN:

DIRITTO INTERNAZIONALE, PRIVATO E DEL LAVORO

CICLO: XXXV

**L'esercizio selettivo della nullità di protezione
tra disciplina di settore e sistema delle invalidità negoziali**

Coordinatore: Ch.ma Prof.ssa Arianna Fusaro

Supervisore: Ch.mo Prof. Giuseppe Amadio

Dottoranda: Francesca Corletto

INDICE

Abstract

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA DELLE «NULLITA' SELETTIVE»: IMPOSTAZIONE DI UNA CRITICA

1. Premessa: Il dibattito sulla c.d. nullità selettiva nel contesto della definizione di uno statuto comune delle nullità di protezione.
2. La cornice fattuale
3. I termini del problema
4. Il quadro normativo
5. La nullità *ex art. 23 t.u.f.* come nullità di protezione virtuale
6. I precedenti: i) abusività *in re ipsa* dell'esercizio selettivo della nullità *ex art. 23 t.u.f.*
6.1. (Segue): ii) legittimità dell'esercizio selettivo della nullità *ex art. 23 t.u.f.*
7. L'impostazione delle Sezioni Unite nella sentenza del 4 novembre 2019, n. 28314: le linee guida
8. La nullità selettiva nel canone delle Sezioni Unite
9. Legittimità dell'esercizio selettivo della nullità *ex art. 23 t.u.f.* e riequilibrio delle posizioni contrattuali sul piano restitutorio: la "nuova" eccezione di buona fede
10. Attitudine al giudicato della declaratoria di nullità del contratto-quadro
11. Rilievi critici
 - a) L'ambito di applicazione del principio di diritto
 - b) La costruzione giurisprudenziale di un (rinnovato) statuto giuridico delle nullità di protezione: luci e ombre
 - c) La «pretesa minusvalenza», nei confronti dell'intermediario, del giudicato sulla nullità del contratto quadro
 - d) Tra buona fede e *compensatio lucri cum damno*
12. Primi spunti di riflessione

CAPITOLO SECONDO

LA NULLITÀ SELETTIVA ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI DI INVESTIMENTO

1. Premessa
2. Quadro normativo generale
3. In particolare, la disciplina dei contratti di investimento
4. Struttura e contenuto dei contratti di investimento
5. La disciplina sulla forma dei contratti di investimento
6. La nullità del contratto quadro come «via breve» per la tutela dell'investitore
7. (Segue) ... e le sue declinazioni: la nullità del contratto quadro monofirma e la nullità selettiva.
8. La costruzione della nullità selettiva non si attaglia alla fattispecie dell'operazione di investimento, comunque si decida di ricostruirla

CAPITOLO TERZO

LA NULLITÀ SELETTIVA AL VAGLIO DEL SISTEMA DELLE INVALIDITÀ NEGOZIALI

1. Premessa
2. La nullità nel sistema delle invalidità: a) profili storici
 - 2.1. (Segue) b) il paradigma classico della nullità: una proposta di revisione del dogma
3. I caratteri della nullità nel sistema del Codice Civile
 - 3.1. (Segue) – a) fondamento e cause
 - 3.2. (Segue) – b) legittimazione ad agire
 - 3.3. (Segue) – c) rilevabilità d'ufficio
 - 3.4. (Segue) – d) imprescrittibilità dell'azione, usucapione e prescrizione azioni ripetizione
 - 3.5. (Segue) – e) nullità e azioni restitutorie
 - 3.6. (Segue) – f) natura ed effetti della sentenza; cenni alla pubblicità sanante
 - 3.7. (Segue) – g) la nullità parziale nel codice civile
 - 3.8. (Segue) – h) il recupero del contratto nullo (cenni)
4. La nullità di protezione: per una visione d'insieme
5. I tratti ricorrenti della disciplina delle nullità di protezione come indici di disponibilità della tutela: a) legittimazione relativa ad agire
 - 5.1. (Segue) – b) operatività a vantaggio del contraente protetto
 - 5.2. (Segue) – c) necessaria parzialità
 - 5.3. (segue) – d) rilevabilità d'ufficio

- 5.4. (segue) – e) inefficacia originaria della fattispecie nulla
- 5.5. (segue) – f) sanabilità
- 6. La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali come “nullità pendente o sospesa” (*Schwebende Unwirksamkeit*)
- 7. La ricerca di un coerente paradigma
- 8. Disponibilità della tutela ed esercizio selettivo della nullità: una falsa corrispondenza
- 9. Sull’unitarietà del regime restitutorio conseguente alla nullità (anche di protezione)

CONCLUSIONI

- 1. Sull’inconfigurabilità della nullità selettiva nel sistema delle invalidità negoziali
- 2. Due proposte ricostruttive

BIBLIOGRAFIA

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI

ABSTRACT

L'elaborato propone un'analisi critica della figura della nullità selettiva, come costruita dalla Corte di Cassazione nella pronuncia a Sezioni Unite del 4 novembre 2019, n. 28314. In particolare, la sentenza viene sottoposta a vaglio critico nella parte in cui afferma, de plano, che la ratio protettiva della nullità in discorso giustifica, da un lato, il riconoscimento tout court, in capo al contraente protetto (il cliente-consumatore), del diritto di circoscrivere, secondo la propria scelta, il perimetro degli effetti caducatori della declaratoria di nullità, nonché, per altro verso, una generalizzata disattivazione della disciplina dell'indebito oggettivo nei riguardi del contraente non protetto (l'intermediario finanziario).

L'elaborato presenta una struttura tripartita.

Il primo capitolo, di carattere ricognitivo, si divide idealmente in due parti. Nella prima viene impostata la linea di indagine seguita nel prosieguo del lavoro, prendendo le mosse dalla pronuncia a Sezioni Unite del 4 novembre 2019, di cui si espone il contenuto esplicitando i passaggi argomentativi seguiti dalla Corte nell'esprimere il principio di diritto; ciò anche a mezzo del confronto con le principali pronunce della Corte medesima che hanno segnato il dibattito in materia. Si definisce, poi, in termini compiuti, cosa debba intendersi per esercizio selettivo della nullità di protezione, evidenziando i punti critici della costruzione.

La seconda parte del primo capitolo è dedicata alla ricognizione dei rilievi critici che sono stati mossi alla pronuncia, valorizzando la copiosa dottrina sul punto.

In particolare, vengono individuati alcuni fondamentali snodi critici, ossia: i) l'ambito di applicazione del principio di diritto; ii) il tentativo di costruire, in via giurisprudenziale, un rinnovato statuto normativo delle nullità di protezione, ove la nullità selettiva vorrebbe rientrare a pieno titolo; iii) la «pretesa minusvalenza», nei confronti del contraente non protetto, del giudicato sulla nullità del contratto quadro; iv) la nuova eccezione di buona fede, nella parte in cui non riesce a smarcarsi dalla logica della *compensatio lucri cum damno* e ad assumere una propria, definita, fisionomia.

Nel secondo capitolo si entra nel vivo dell'analisi, osservando il problema dell'esercizio selettivo della nullità di protezione nella prospettiva di indagine della fattispecie contrattuale in seno alla quale è sorta la questione, attesa la centrale importanza che questa ha avuto nella genesi della figura.

Dopo aver ricostruito la disciplina, comunitaria e interna, delle operazioni di investimento, la trattazione si concentra sugli aspetti direttamente coinvolti dalla problematica attenzionata, e cioè:

i) la struttura e il contenuto dei contratti di investimento, con particolare riguardo al tema del loro inquadramento giuridico. Dopo aver esposto le più significative teorie in materia (la teoria di Galgano, secondo il quale l'operazione di investimento è riconducibile allo

schema del mandato; la teoria di Roppo, secondo il quale l'operazione si compone di un contratto a monte - il contratto quadro - e di più contratti a valle - i singoli ordini - legati in forza di legge da un collegamento necessario e unilaterale, ed infine la teoria della giurisprudenza di legittimità, che parla di un unicum contrattuale dal contenuto complesso e scindibile), si propone la tesi secondo cui la figura della nullità selettiva non si attaglia all'operazione di investimento, qualunque sia l'opzione ricostruttiva che si preferisca adottare.

ii) la disciplina della forma del contratto quadro di investimento, collocata nel più ampio contesto del neoformalismo negoziale. Di qui si riscontra una serie di dati che avvalorano l'atteggiamento critico nei confronti della figura della nullità selettiva: anzitutto, che l'esercizio selettivo dell'azione di nullità è riconducibile alle ipotesi di utilizzo della nullità come via breve per la tutela del cliente contro investimenti ad esito infausto; in secondo luogo, che il dato letterale non offre alcun appiglio giustificativo ad una domanda di nullità declinata in questo modo; ancora, che la soddisfazione di queste pretese è incongruente rispetto alla stessa finalità protettiva che dovrebbe informare il rimedio di cui all'art. 23 t.u.f.; ed infine, in una prospettiva di mercato, che la nullità selettiva può rivelarsi controproducente sul piano degli effetti complessivi, come evidenziato da alcune categorie dell'analisi economica.

Nel terzo e ultimo capitolo della tesi la figura della nullità selettiva è analizzata assumendo come orizzonte di indagine il sistema delle invalidità negoziali e delle nullità in particolare, prendendo in considerazione sia le linee del sistema delineato dal codice, sia la disciplina della nullità di protezione, per come ad oggi risulta definita.

Nel fare questo, il confronto tra nullità tradizionale e nullità speciale viene ripensato in chiave nuova, cercando, da un lato, di far emergere i punti di contatto tra le discipline, trattandole come diverse forme di un istituto unitario non solo nei fondamenti, ma anche in alcuni corollari disciplinari, e dall'altro, di sventare alcuni equivoci concettuali che figurano quali principali ostacoli ad una visione d'insieme della nullità, comprensiva delle sue plurime declinazioni.

In particolare, il focus è posto sul regime delle restituzioni conseguenti alla declaratoria di nullità (2033 ss. c.c.), per riscontrare se sia giustificata una disattivazione della disciplina dell'indebito oggettivo ad esclusivo vantaggio del contraente per la cui precipua tutela il rimedio è posto. Anche sulla base del confronto con la disciplina del *Widerruf* tedesco, la conclusione proposta è che esiste un unico regime restitutorio per nullità assolute e relative, caratterizzato da obblighi restitutori bilaterali e reciproci in capo alle parti.

All'esito della complessiva analisi condotta, si riepilogano i risultati della ricerca, distinguendo quelli relativi allo specifico problema della nullità selettiva da quelli di più ampio respiro, per arrivare ad argomentare la tesi secondo cui la nullità selettiva, come costruita dalle Sezioni Unite, appare inconfigurabile quale tratto tipico della nullità di protezione.

La conclusione proposta è seguita da una sintetica ricognizione delle due principali tesi ricostruttive proposte dagli Autori a soluzione del problema evocato dal caso: l'una incentrata sul ripensamento del comportamento dell'intermediario che violi il requisito formale in termini di inadempimento ad un obbligo informativo, ragionando in termini di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno; l'altra imperniata sulla valorizzazione dell'art. 2037 c.c. nella ricostruzione degli obblighi restitutori.

CAPITOLO PRIMO

IL PROBLEMA DELLE «NULLITÀ SELETTIVE»: IMPOSTAZIONE DI UNA CRITICA

1. Premessa: Il dibattito sulla c.d. nullità selettiva nel contesto della definizione di uno statuto comune delle nullità di protezione

I problemi connessi alla controversa figura della c.d. nullità selettiva si inseriscono nel più ampio contesto della progressiva definizione della nullità di protezione quale «fenomeno giuridico proprio»¹, e cioè come istituto giuridico dotato di tratti distintivi peculiari e pretese di autonomia rispetto al paradigma primigenio della nullità quale si trova disciplinato nel codice civile.

In questo contesto le nullità selettive rappresentano, allo stato, l'ultimo segmento del percorso di formazione della nuova categoria rimediale, o, quantomeno, un tentativo di avanzamento in questo senso. Per comprendere, quindi, la rilevanza che la figura assume a livello sistematico non si può prescindere dal contesto di progressiva costruzione di uno statuto normativo autosufficiente per le nullità di protezione, all'interno del quale la nullità selettiva vorrebbe trovare collocazione.

Si dice in proposito che la nullità di protezione è fenomeno normativo relativamente recente: si parla spesso, al riguardo, di nullità «nuova» o di «nullità nuove»². Ed in effetti, anche se tracce approssimative, ma significative, di questo fenomeno erano presenti già

¹ La definizione della nullità di protezione in termini di «fenomeno giuridico proprio» è di A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio". Per una critica costruttiva di Cass. SS. UU., n. 28314/2019*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020, I, 90 e ID. *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2020.

² Per questa formula si vedano M. MANTOVANI, *La disciplina del contratto nullo*, in V. ROPPO (diretto da), *Tratt. contratto*, IV – 1, 80 e F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di diritto privato*, 9 ed. 2018, 1004.

nel codice postunitario del 1865, nonché nel testo originario del codice civile del 1942³, solo a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, con il mutare dell'assetto del mercato – sempre più contrassegnato dalla contrattazione c.d. di massa, la quale vede coinvolte parti professionali, da un lato, e privati dotati di minore forza negoziale, dall'altro lato – si è assistito all'affermarsi di una legislazione, spesso di matrice europea, finalizzata all'introduzione di correttivi all'equilibrio contrattuale⁴. Tra questi rientrano spesso forme inedite di invalidità devianti rispetto alle categorie disciplinate nel codice civile, e non sempre rispondenti ad un unico modello.

La legislazione consumeristica ha costituito senza dubbio il terreno di elezione delle nuove forme di invalidità, tant'è vero che proprio in quest'ambito si è creata quella che nel tempo è divenuta la norma di riferimento per le “nuove” invalidità: l'art. 36 c. cons., significativamente rubricato «Nullità di protezione»⁵.

³ Si trattava, essenzialmente, di sporadiche previsioni di nullità relativa: nullità, cioè, azionabili solo ad opera del soggetto legittimato in conformità alla scelta del legislatore. Poiché non rientravano propriamente nello statuto della nullità o dell'annullabilità, tali forme di invalidità venivano considerate come fisiologiche eccezioni al sistema. La civilistica classica faceva convivere queste invalidità ibride con quelle degli artt. 1418 ss. c.c. secondo la formula di una libera coesistenza parallela, al punto che il *nomen* «nullità relativa» era diventato sinonimo di fattispecie devianti rispetto alla rigorosa bipartizione del codice: così L. PUCCINI, in *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967, 145. Riteneva che la nullità relativa trovasse posto nel sistema, *ex multis*, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1950, 471 ss., il quale afferma: «non sappiamo perché la nullità non possa essere relativa. Incompatibilità logica tra i due concetti non c'è: la relatività delle qualifiche e situazioni giuridiche è un fenomeno che si può considerare acquisito». *Contra*, per tutti, F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986, 247: «Ora a noi pare che la figura della nullità relativa, sebbene sembri ammessa dallo stesso testo legislativo (art. 1421 c.c.), non possa accogliersi, perché intimamente contraddittoria. Un negozio produttivo di effetti per una delle parti, in guisa tale che questa non può sottrarsi, ancora più di un negozio produttivo di effetti tra le parti, e improduttivo di effetti solo rispetto a certi terzi, non possono considerarsi negozi nulli, senza alterare la nozione di nullità. [...] La nullità non può che dirimere il negozio, privandolo della sua efficacia interamente e rispetto ad entrambe le parti (*quod nullum est nullum producit effectum*)».

Per una ricostruzione del processo storico che ha condotto dall'individuazione, già in epoca romana, dei principali problemi sottesi al fenomeno dell'invalidità negoziale, fino ad arrivare alle sue ultime manifestazioni si veda M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. I, Milano, 2021, 707 ss.; ID., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008; A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012.

⁴ La disciplina che ha fatto più parlare di sé è quella che discende dalla direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, n. 93/13/CE, in materia di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori, la quale ha trovato inizialmente attuazione negli artt. 1469-*bis* ss. c.c., per poi trovare definitiva collocazione negli artt. 33 ss. c. cons. Cfr., sul punto, M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 706; ID., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008.

⁵ Il testo dell'art. 36 c. cons. costituisce un'evoluzione della norma da cui fu tratto, l'art. 1469-*quinquies* c.c., a sua volta disposto in attuazione della direttiva n. 93/13/CE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. La disposizione prevede che «le nullità considerate vessatorie ai sensi

Altro grande polo di attrazione per le nullità di protezione è stato – ed è tuttora – il settore bancario-finanziario, nel quale, addirittura senza un impulso proveniente dal legislatore europeo, si trovano formulate già nel D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia: t.u.b.), e poi nel D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria: t.u.f.), le prime previsioni di nullità azionabili da parte del solo cliente e rilevabili d’ufficio⁶.

Già alla luce di queste poche osservazioni si può affermare che il processo di formazione della nullità di protezione e di suo progressivo distacco dalla nullità tradizionale e c.d. generale è avvenuto un po’ alla volta e senza possedere un preciso, compiuto disegno disciplinare a monte⁷. Ma ciò che ancora di più merita di essere sottolineato è che l’evoluzione dell’istituto è tutt’ora in corso d’opera⁸: in questo senso si può convenire che «la nullità di protezione è figura sicuramente recente; più propriamente, è una figura *in progress*»⁹.

degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto», per poi specificare che «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice».

L’art. 36 c. cons. è oggi unanimemente considerato norma paradigmatica della figura delle nullità di protezione, e ciò non solo in ragione della rubrica che ne porta il *nomen* di nuovo conio, ma anche in ragione della collocazione nella parte generale del rapporto di consumo, dedicata alle regole trasversali concernenti qualunque contrattazione tra professionista e consumatore.

I caratteri della nullità di protezione codificati nell’art. 36 c. cons. si ritrovano – sia pur in combinazioni non sempre identiche – anche in altre disposizioni del codice del consumo (artt. 67-*septies decies* e 67-*octies decies*, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, e art. 134 c. cons., in tema di vendita di beni di consumo); nelle nullità espressamente anomale contenute nelle leggi regolatrici del settore bancario e creditizio (tra cui vanno ricordate, in ordine cronologico, la L. 17 febbraio 1992, n. 154, sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari, la L. 19 febbraio 1992, n. 142, sul credito al consumo, il D.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, Testo Unico Bancario, ed infine il D.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, sulla disciplina degli investimenti in valori mobiliari, superato, da ultimo, dall’entrata in vigore del D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, Testo Unico Finanziario) ed in altre ipotesi di nullità, estranee ai codici di settore, e ispirate alla medesima finalità.

⁶ Non deve stupire, allora, che proprio in quest’ambito siano emerse le ultime controverse questioni in tema di *modus operandi* della nullità di protezione, ad indice del fatto che la sistemazione della materia è opera tutt’altro che conclusa.

⁷ Cfr. A.A. DOLMETTA, *All’essenza della nullità di protezione*, cit., 90; ID., *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2020, cit.

⁸ A.A. DOLMETTA, *All’essenza della nullità di protezione*, cit., 91; ID., *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2020, cit., evidenza, sotto questo profilo, che l’esplicitazione del principio della operatività a vantaggio del cliente, presente nella normativa di recepimento della direttiva 93/13/CE (all’epoca art. 1469-*quinquies* c.c.) è stato importato nel t.u.b. solo nel 2010 e ancora manca nel t.u.f.

⁹ Cfr. A.A. DOLMETTA, *All’essenza della nullità di protezione*, cit., 91; ID., *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2020, cit.

Fino a pochi decenni fa, il numero di previsioni devianti rispetto al bipolarismo nullità-annullabilità disegnato dagli artt. 1418 ss. c.c. era comunque esiguo, e dunque non in grado di scardinare l'ordine esistente nel codice¹⁰.

Perciò, in un primo tempo, ogni singola previsione di invalidità non riconducibile ad una delle categorie rimediali codificate veniva letta alla luce delle contingenze specifiche del suo ambito applicativo, secondo una logica regola-eccezione; ne risultava una qualificazione in negativo, basata sulla divergenza rispetto alle figure tradizionali, che finiva per accomunare discipline diverse in un tutto indistinto, con la rinuncia tacita a ricercare uno statuto stabile¹¹. La mancanza di coordinamento nelle formulazioni scelte dal legislatore nel regolare le nuove forme “anomale” di invalidità ha portato gli interpreti ad associarle ad espressioni quali “nullità speciali”, “nullità protettive”, o “nuove nullità relative”, per sottolinearne ora l'anomalia rispetto al sistema, ora la *ratio*, ora la principale caratteristica operativa¹².

L'aumento esponenziale di previsioni di questo tipo nella legislazione più recente ha, tuttavia, obbligato gli interpreti ad abbandonare progressivamente l'approccio descritto, per cimentarsi nella ricerca di tratti ricorrenti nella disciplina delle singole fattispecie¹³. Una forte spinta in tale direzione è venuta dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea, vista la matrice comunitaria di molte di queste regole; ma il vero *revirement* si è avuto proprio con l'entrata in vigore del codice del consumo quale testo unico di riorganizzazione ed armonizzazione del diritto dei consumatori, prima sparso in diversi decreti legislativi ad oggetto circoscritto¹⁴.

Da questo mutamento di prospettiva ha tratto origine il grande dibattito interpretativo che, negli ultimi vent'anni, ha coinvolto dottrina e giurisprudenza anzitutto nella ricerca di una qualificazione per la nullità di protezione, e poi nella costruzione di un possibile statuto

¹⁰ M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 706.

¹¹ M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 711.

¹² M. GIROLAMI, *op. loc. ult. cit.*

¹³ M. GIROLAMI, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴ L'occasione per il riordino normativo della materia venne dall'art. 7, l. 29 luglio 2003, n. 229, con cui al legislatore venne delegato il compito di redigere «uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di tutela dei consumatori»: cfr. M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 712, specialmente nt. 50

– o, eventualmente, di più statuti – cui ricondurre le molteplici previsioni di invalidità riconducibili alla nuova figura¹⁵.

Lasciando per il momento dietro le quinte la giurisprudenza europea, e limitando il campo d'indagine alla sola opera della giurisprudenza interna, si possono individuare due momenti fondamentali nello sforzo di «ricondurre ad ordine il disordine»¹⁶, ravvisabili come fasi progressive del processo di costruzione dello statuto delle nullità di protezione¹⁷.

La prima fase, che può essere definita di riordino e definizione, culmina nel noto *obiter dictum* delle c.d. sentenze Travaglino del 12 dicembre 2014¹⁸, alle quali si deve il merito di aver fornito una (prima) definizione della natura e del *modus operandi* della nullità di protezione. Nello specifico si tratta di una invalidità dalla «natura ancipite», rispondente al contempo agli interessi generali e alle istanze individuali della parte debole del contratto¹⁹, azionabile solo dal contraente debole²⁰, con fattispecie connotata da inefficacia originaria²¹ e rilevabile d'ufficio tenuto conto del comportamento processuale della parte protetta²².

¹⁵ È difficile negare l'esistenza di profili di disciplina ricorrenti che accomunano tutte le previsioni di invalidità devianti rispetto alla figura disciplinata dal codice, ovunque siano contenute. Si evidenzia *in primis* il richiamo all'operatività del rimedio a vantaggio del consumatore, che compare in alternativa alla previsione della legittimazione ad agire riservata al contraente debole; spesso, ma non sempre, è prevista la rilevabilità d'ufficio della nullità da parte del giudice; infine, se l'invalidità riguarda singole clausole, tendenzialmente è disposto che rimanga circoscritta a queste senza compromettere la validità dell'intero contratto.

¹⁶ A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, 6.

¹⁷ Anche A. 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, 33 ss., immagina un percorso giurisprudenziale di identificazione del regime delle nullità di protezione articolato in due momenti, avviato dalle note sentenze del 2014 e di cui la pronuncia del 4 novembre 2019 rappresenta il secondo pilastro.

¹⁸ Si tratta delle sentenze gemelle Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 299 ss., con nota di RIZZO, *Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio*.

¹⁹ Si vedano Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, cit., punto 3.13.2 della motivazione, uguale in entrambe le pronunce. Per un esame analitico dei singoli profili toccati dalla pronuncia si veda M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 172 ss.

²⁰ Cfr. punti 3.10, 3.12.1 e 3.13.3 della motivazione di entrambe le sentenze.

²¹ Cfr. punto 3.9 della motivazione di entrambe le pronunce.

²² Cfr. punto 3.13.2 della motivazione, identico in entrambe le sentenze. Si legge poi nel punto 3.13.3 della motivazione di entrambe le pronunce, che «La rilevabilità officiosa, pertanto, sembra costituire il proprium anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate “di protezione virtuale”. Il potere del giudice di rilevarle tout court appare essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti – quali il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41

La giurisprudenza successiva si è adeguata a questi canoni e così anche la dottrina, tant'è che oggi può considerarsi acquisita al sistema l'esistenza di una forma di invalidità ulteriore rispetto alle classiche nullità e annullabilità, significativamente definita quale «*tertium genus* di invalidità che si aggiunge, affiancandoli, ai due pilastri disciplinati dal codice civile»²³.

La seconda fase dell'evoluzione dell'istituto è contrassegnata da una *vis* espansiva, vale a dire dall'intento di ampliare l'ambito della tutela del contraente dotato di minor potere negoziale, arricchendo di nuovi contenuti lo statuto della nullità di protezione così come risultante dall'*obiter* delle Sezioni Unite 2014.

Pungolo di quest'opera di "ristrutturazione" è dato da una pletora di vicende giudiziarie, tutte incentrate sulla previsione di cui all'art. 23 t.u.f., la quale prescrive, per l'intermediario finanziario, l'obbligo di redazione per iscritto e consegna al cliente del contratto quadro di intermediazione finanziaria, corredato dalla sanzione di nullità in caso

Cost., e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica –, con l'unico limite di riservare il rilievo officioso della nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela».

²³ L'espressione è di M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 723, e si ritrova anche in ID., *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 154. Al riguardo, l'Autrice ritiene addirittura troppo prudente l'atteggiamento di Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, cit., nel definire la nullità di protezione come semplice *species* del più ampio *genus* della nullità. L'Autrice individua nella nullità di protezione una figura autonoma che «lungi dal rappresentare un elemento perturbatore in grado di scardinare l'assetto tradizionale della materia, la nullità di protezione mostra piuttosto di poter convivere con la nullità e l'annullabilità, arricchendo il novero degli strumenti posti a presidio del corretto funzionamento del traffico giuridico» (*ibidem*). Che la nullità di protezione non scardini il sistema codicistico dell'invalidità è confermato da Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, cit., al punto 3.7 della motivazione di entrambe le sentenze. Aderiscono alla medesima impostazione anche V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 504-505, ad avviso del quale non sembra appropriato qualificare la nullità europea come speciale, «perché la specialità implica il riferimento ad una regola, di cui si intende specificare, differenziare e adattare la portata: mentre la nullità europea è essa stessa regola di sistema. Bisogna allora convenire che entrambi i modelli hanno eguale dignità ed entrambi pari legittimità di coesistenza»; A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 79, per il quale «la nullità di protezione non è una nullità speciale, ma solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale»; e, più recentemente, G. AMADIO, *Nullità speciali: problema o sistema?*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014, per il quale le nullità di protezione costituiscono «un vero e proprio sotto-sistema, caratterizzato da un profilo funzionale costante», «una forma di tutela civile, volta alla protezione del contraente debole, e complessivamente contraddistinta dal carattere disponibile».

di sua inosservanza²⁴. Tale nullità è azionabile esclusivamente dal cliente; ragione per cui è pacificamente considerata quale nullità di protezione²⁵.

Il terreno di emersione dei quesiti che hanno dato nuovo impulso al dibattito in materia di nullità è quindi costituito dal settore bancario-finanziario. Questa circostanza può considerarsi quasi fisiologica, per più ragioni. Innanzitutto perché in quest'ambito, più che in altri, la contrattazione asimmetrica sottende interessi economici sensibilmente rilevanti anche per la parte debole del rapporto, e cioè per il cliente²⁶; motivo per cui, del resto, la materia ha costituito storicamente uno dei centri propulsori del fenomeno delle nuove nullità. In secondo luogo perché, a mente delle parole di Piero Schlesinger, la prima disciplina giuridica ad essere propriamente globalizzata fu la finanza, che dall'associazionismo professionale londinese si diffuse a macchia d'olio, perseguendo un indirizzo di semplificazione delle forme e dei procedimenti e prescindendo da qualsiasi sfera di territorialità²⁷; e, com'è noto, uno dei macro-fattori di crisi delle tradizionali categorie codicistiche è proprio la globalizzazione²⁸. Ed invero, il settore finanziario era dotato di proprie sovrastrutture giuridiche, i cui modelli circolarono, innestandosi con più o meno rigide resistenze nei diversi ordinamenti. Di qui, le criticità sistematiche, che possono compendiarsi nella felice espressione di Luigi Mengoni, secondo cui

²⁴ L'art. 23 t.u.f., nella sua formulazione originaria *ratione temporis* applicabile, recita che: «1. I contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo. 2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto. 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente».

²⁵ Dello stesso tenore dell'art. 23 t.u.f. è l'art. 127, comma 2°, t.u.b. La giurisprudenza non ha, infatti, mancato di estendere il principio del monofirma anche ai contratti bancari: cfr. Cass., 21 giugno 2018, n. 16362.

²⁶ M. GIROLAMI, (voce), *Nullità di protezione*, cit., 724.

²⁷ Così V. RAVAGNANI, *Le Sezioni Unite avallano la c.d. nullità selettiva degli ordini di investimento. Quali ricadute, sul livello di tutela degli investitori?*, in *Rass. Avvocatura dello Stato*, n. 2/2020, 3, ricorda la *lectio magistralis* tenuta da Piero Schlesinger in occasione del convegno intitolato “*Verso un superamento del diritto? Il destino del diritto e la volontà di potenza della tecnica*”, organizzato nel 2014 dalla Fondazione Italiana del Notariato.

²⁸ V. RAVAGNANI, *op. loc. ult. cit.*

«probabilmente siamo di fronte a un caso di empirismo legislativo non riducibile a categorie logico-sistematiche»²⁹.

Protagoniste della “nuova stagione” della nullità di protezione sono, ancora una volta, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, a più riprese, sono state investite di due questioni, originariamente presentate come legate da un unico *fil rouge*³⁰, ma in realtà concernenti profili diversi della materia³¹.

La prima concerne la stessa consistenza della prescrizione di forma posta dall’art. 23 t.u.f. e della relativa sanzione di nullità, e ha trovato definizione nella sentenza del 10 gennaio 2018, n. 898, con cui è stata sancita la validità del contratto quadro c.d. monofirma³².

²⁹ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, vol. III, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, 541; nello specifico, fu rilevato che «il contratto quadro non [fu] inventato dal regolamento Consob 1998», bensì rappresentò null’altro che la positivizzazione di una prassi risalente ad opera della legge SIM: così C. BELFIORE, *Si può fare a meno del contratto quadro nei servizi di investimento?*, in *Giur. merito*, 2007, 1916-1917.

³⁰ Così la Corte nell’ordinanza di rimessione del 17 maggio 2015, n. 12390 (seguita poi da Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927): «Si deve perciò rimettere la causa al Primo Presidente in quanto, ove venga respinto il primo motivo di ricorso, la Corte dovrebbe esaminare il secondo, con il quale si lamenta la violazione ed erronea applicazione degli artt. 1175 e 1375 c.c. e degli artt. 18, commi 1° e 3°, Eurosim [ora art. 23 t.u.f.], nella parte in cui il giudice distrettuale ha disatteso la rilevanza dell’*exceptio doli* sollevata dal giudice per paralizzare l’uso “selettivo” della nullità, ex art. 18 Eurosim, e perciò non ha valutato la contrarietà alla buona fede della pretesa di far valere il difetto di forma del contratto quadro, per porre nel nulla non tutte ma solo alcune delle operazioni compiute» (punto 7.6 della parte in diritto). Nel caso in esame, era applicabile la disciplina di cui all’art. 18 del D.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (cd. Eurosim), poi sostituito dall’art. 23, comma 1°, D.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.).

³¹ Come evidenziato da U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e «nullità selettiva». A proposito dell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, 839.

³² Benché, come si è detto, la pronuncia attenga ad un profilo diverso da quello attenzionato dalla sentenza n. 28314 del 2019, è comunque utile fornire qualche notazione in merito al requisito di forma ex art. 23 t.u.f. e alla sua interpretazione ad opera del precedente in oggetto, per meglio inquadrare la questione delle nullità selettive. Il problema relativo all’obbligo di forma scritta era sorto per il fatto che in passato molti dei contratti-quadro di investimento risultavano sottoscritti dal solo cliente e non anche dall’intermediario, con una palese deviazione rispetto all’idea di scrittura privata che poggia sull’art. 2702 c.c. Con la sentenza del 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, 3, I, 928, le Sezioni Unite hanno chiarito al riguardo che la prescrizione di forma ex art. 23 t.u.f. risponde ad una peculiare *ratio* informativa, volta precipuamente a rendere edotto il cliente della consistenza dell’accordo, in ciò differenziandosi rispetto al requisito di forma *ad substantiam* tradizionalmente inteso. Dunque affinché i contratti-quadro di investimento soddisfino la prescrizione di legge è sufficiente che il documento contrattuale sia sottoscritto dal cliente, perché è questo il contraente che deve mostrare di essere a conoscenza del contenuto del documento, essendo l’intermediario normalmente il soggetto che lo ha predisposto. Si è così consacrata la regola del c.d. monofirma, espressa da Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898: «Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D.Lgs 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell’investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell’intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti dallo stesso tenuti». Per la particolare

La seconda riguarda la possibile dinamica in concreto della nullità che, in forza della citata disposizione, investe il contratto quadro di investimento per la violazione del requisito di forma³³. Più nello specifico, la questione sollevata consiste, in sintesi, nella legittimità ovvero nella illegittimità di una prassi processuale molto diffusa, e cioè dell'esercizio dell'azione di nullità *ex art. 23 t.u.f.* secondo una dinamica che è stata definita selettiva. Premesso che gli intermediari finanziari prestano i loro servizi di investimento ai clienti sulla base di un c.d. contratto-quadro, destinato a disciplinare lo svolgimento successivo del rapporto e quindi anche l'esecuzione dei singoli ordini d'acquisto poi impartiti dal cliente, e premesso altresì che l'art. 23 t.u.f. prescrive per tali contratti-quadro la forma scritta a pena di nullità azionabile solo dal cliente, si discuteva se il cliente potesse agire per far dichiarare la nullità del contratto-quadro per difetto di forma al fine di travolgere le sole operazioni di investimento poi rivelatesi per lui sfavorevoli e pretendere la restituzione degli investimenti relativi a quelle specifiche operazioni, tenendo ferme le altre che gli abbiano apportato benefici, oppure se la dichiarazione di nullità del contratto-quadro dovesse necessariamente minare tutte le operazioni compiute in base a quel medesimo contratto. In quest'ultima eventualità ci si chiedeva poi se la banca convenuta potesse domandare, a sua volta, in via riconvenzionale, la restituzione di quanto versato al cliente in relazione alle operazioni

costruzione della forma informativa si veda, *ex multis*, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XIII, Milano, 2012, 485 ss.

³³ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, *cit.*, al punto 14.1 della motivazione osserva che solo se si riconosce che il contratto-quadro sia nullo si può pensare ad un uso selettivo della nullità. Come esplicitato da G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2020, 10, con ciò si vuole dire che «le fattispecie alle quali sono (almeno in astratto) riferibili i principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite in punto di (limiti alla) facoltà dell'investitore di "selezionare" gli "ordini" di cui far dichiarare la nullità/inefficacia presuppongono logicamente che detta nullità/inefficacia dipenda dalla invalidità "a monte" del c.d. contratto-quadro. Restano fuori, invece, le ipotesi di ordini che siano invalidi, per così dire, *ex se* (si pensi, ad es., al caso di un ordine che sia stato carpito con dolo o estorto con violenza) o che siano "contestabili" perché risultano violate regole di comportamento al cui rispetto l'intermediario fosse tenuto». L'Autore osserva come, a rigore, in entrambe le prospettate ipotesi non ci si trovi di fronte a fattispecie di nullità dell'ordine: nel primo caso esemplificato si dovrebbe parlare di annullabilità degli ordini, nel secondo, invece, si fa luogo ad un problema di inadempimento da parte dell'intermediario, e dunque ad un problema di responsabilità contrattuale. Ad ogni modo, in questi casi l'investitore è libero di individuare gli ordini per i quali ritenga che sussistano autonomi e specifici profili di invalidità, indipendenti dalla (in)validità del contratto quadro. Com'è evidente, l'argomentazione svolta assume che l'ordine sia qualificabile come autonomo atto negoziale, seguendo così l'ultimo indirizzo della giurisprudenza di legittimità (Cass., 23 maggio 2017, n. 12397, *cit.*); sul punto non vi è, tuttavia, unanimità di vedute né in dottrina né in giurisprudenza. Per maggiori approfondimenti in tema di natura e struttura dei servizi di investimento si rinvia alle considerazioni svolte nel successivo Capitolo 2.

derivanti dal contratto quadro nullo che per il medesimo cliente si fossero rivelate vantaggiose, o se le fosse consentito soltanto di paralizzare in tutto o in parte l'azione del cliente eccependone l'inammissibilità in quanto volta a selezionare arbitrariamente a proprio vantaggio gli effetti della nullità fatta valere.

La rilevanza dei temi sottesi alle questioni sollevate, nonché i contrasti interni alla stessa Cassazione sul punto³⁴, ne hanno imposto la rimessione alle Sezioni Unite. Di qui la sentenza del 4 novembre 2019, n. 28314³⁵, da cui muovono le riflessioni sviluppate nel presente lavoro.

³⁴ L'intervento delle Sezioni Unite sul punto si è reso necessario all'esito di un contrasto delineatosi in seno alla prima sezione civile. Come evidenziato nella stessa ordinanza di rimessione n. 23927 del 2 ottobre 2018, la questione concernente l'eccezione di nullità limitata ad alcuni ordini di acquisto, cd. nullità selettiva, aveva dato luogo a due opposte teorie interpretative, facenti capo rispettivamente alla sentenza n. 8395 del 27 aprile 2016 e alla più recente sentenza n. 6664 del 16 marzo 2018.

Nella prima pronuncia la Corte ha ritenuto che la nullità sancita dall'art. 23 t.u.f., quale conseguenza della violazione dell'obbligo di forma scritta *ad substantiam* relativo al contratto quadro, sia una nullità di protezione e che, in quanto tale, possa essere eccepita dall'investitore anche limitatamente ad alcuni degli ordini d'acquisto a mezzo dei quali è stata data esecuzione al contratto viziato.

Nella seconda pronuncia, per converso, all'intermediario, quand'anche non abbia proposto la domanda di nullità anche degli ordini positivamente conclusi per il proprio cliente, viene riconosciuto il potere di sollevare l'eccezione di compensazione con riguardo all'intero credito restitutorio che gli deriva, in tesi, dal complesso delle operazioni compiute nell'ambito del contratto quadro dichiarato nullo.

La contrapposizione tra i filoni ermeneutici appena richiamati, unitamente alla rilevanza e alla delicatezza della questione, nella quale «temi specifici della contrattazione finanziaria incrociano profili più generali del diritto delle obbligazioni» quali il regime delle nullità di protezione, la sanabilità del negozio nullo e l'opponibilità delle eccezioni di correttezza e buona fede, nonché all'esigenza di ricercare «un punto di equilibrio tra le opposte esigenze, di garanzia degli investimenti operati dai privati con i loro risparmi (art. 47 Cost.) e di tutela dell'intermediario, anche in relazione alla certezza dei mercati in materia di investimenti finanziari» hanno indotto il Collegio a rimettere la questione al Primo Presidente per l'assegnazione alle Sezioni Unite. Dopo la pronuncia n. 28314 del 2019 il giudizio è stato rimesso alla Prima Sezione per la decisione dei rimanenti motivi di ricorso. La Prima Sezione si è pronunciata definitivamente con la sentenza del 3 giugno 2020, n. 10505, facendo applicazione del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, sia pur con una specificazione, scaturita dagli altri motivi di ricorso sollevati dal ricorrente. Per un primo commento alla sentenza si veda C. ROBUSTELLA, *Le precisazioni della Cassazione sull'eccezione di buona fede sollevata dall'intermediario in caso di esercizio selettivo della nullità*, in *Judicium*, 2020.

³⁵ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Foro it.*, 2020, 3, I, 934. La pronuncia ha suscitato, sin da subito, l'interesse degli interpreti. È stata annotata, *ex multis*, da: G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le «nullità selettive» nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *www.dirittobancario.it*, dicembre 2019; D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *www.dirittobancario.it*, dicembre 2019; V. PISAPIA, *Intermediazione finanziaria: le Sezioni Unite sull'uso selettivo della nullità di protezione*, in *www.dirittobancario.it*, novembre 2019; A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio"*. Per una critica costruttiva di Cass. SS. UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, I, 90; ID., *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, *www.questionegiustizia.it*, 2020; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art.23 TUF tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 32; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, *ivi*, 154 ss.; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in

La pronuncia è meritevole di essere riguardata con la massima attenzione, per i molteplici nodi sistematici in essa coinvolti, i quali ruotano attorno ai temi fondamentali dello statuto normativo delle nullità di protezione, da un lato, e dell'ambito di operatività del principio di buona fede in sede processuale, dall'altro.

Nel quesito portato al loro vaglio le Sezioni Unite hanno scorto l'occasione per ripensare lo statuto normativo delle nullità di protezione, considerando la sua ridefinizione come passaggio obbligato per risolvere la questione sulla legittimità dell'esercizio selettivo dell'azione di nullità, nonché per una possibile collocazione razionale della nuova figura all'interno del sotto-sistema delle nullità protettive.

Ad una prima lettura della sentenza appare chiaro che le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno voluto confezionare una soluzione che, oltre a porsi in relazione di continuità con i principi già esposti nella precedente pronuncia n. 898 del 2018 a proposito della *ratio* funzionalistica dell'obbligo di forma scritta *ex art. 23 t.u.f.*, rappresentasse al contempo un passo ulteriore nella definizione dello statuto delle nullità di protezione.

Dal caso particolare, imperniato sull'art. 23 t.u.f., è stata infatti ricavata una regola generale, suscettibile di porsi quale tratto tipico della nullità di protezione, proprio di ogni fattispecie riconducibile alla categoria. Secondo il canone delle Sezioni Unite, sembrerebbe che la dinamica selettiva – come ricostruita nella stessa sentenza n. 28314 del 2019 (cfr. *infra*, par. 8) – costituisca un profilo inedito della nullità di protezione, che trova ingresso nel relativo statuto a mezzo di un tratto di disciplina già noto, quello della operatività della nullità ad esclusivo vantaggio del contraente debole, arrivando a coinvolgere il piano delle restituzioni, e dunque della disciplina della ripetizione di indebito, la cui neutralità non era mai stata mai messa in discussione fino a quel momento.

Tuttavia, come emerge dalle moltissime criticità segnalate al riguardo dagli Autori, il tortuoso *iter* argomentativo seguito dalla Corte nel dare corpo alla figura della nullità

Nuova giur. civ. comm., 2020, 163 ss.; S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, *ivi*, 169 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, *ivi*, 176 ss.; ID., *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. Giur.*, 2020, 5 ss.; R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 7 gennaio 2020; A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, in *Giur. Comm.*, 2020, 142.

selettiva, da un lato, e all'eccezione di buona fede quale correttivo ad un suo potenziale esercizio abusivo, dall'altro, induce a mettere in dubbio la sua effettiva capacità di fare sistema, accordandosi in modo congruente alla struttura e alla dinamica dei contratti di investimento e, più in generale, al sistema delle invalidità negoziali.

Sulla scorta delle suggestioni provenienti dalla dottrina, l'obiettivo del presente lavoro è, quindi, quello di verificare la tenuta della soluzione proposta dalle Sezioni Unite, cercando di stabilire se l'esercizio selettivo costituisca realmente, com'è stato detto³⁶, un inedito tratto strutturale delle nullità di protezione, e precisamente il modo in cui queste operano a vantaggio della parte contrattuale più debole, coinvolgendo sia il fronte processuale della legittimazione attiva sia quello sostanziale degli effetti caducatori e restitutori della dichiarazione di nullità.

I temi qui accennati meritano ora di essere approfonditi, al fine di comprendere tanto la soluzione offerta dalle Sezioni Unite, quanto la direzione in cui sta evolvendo la nullità di protezione. Alla luce dello stato dell'arte sulla materia, oggetto di illustrazione nelle pagine che seguiranno, sarà possibile individuare una personale linea critica finalizzata a stabilire se la dinamica prospettata dalle Sezioni Unite sia suscettibile di entrare a pieno titolo nello statuto della nullità di protezione, o se una simile declinazione della figura conduca a forzature ed incongruenze tali da metterne in discussione la sua stessa ammissibilità.

2. *La cornice fattuale*

Il caso di specie nell'ambito del quale è sorta l'esigenza di demandare alle Sezioni Unite la risoluzione del problema della legittimità dell'esercizio selettivo della nullità di protezione è sorto in seguito alla proposizione, da parte di un investitore, dell'azione di nullità (o, in subordine, di annullamento o risoluzione) di due ordini di investimento in

³⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 19 della motivazione della sentenza, ove si afferma che le nullità protettive avrebbero una «strutturale vocazione [...] ad un uso selettivo».

obbligazioni argentine sottesi ad altrettanti contratti di investimento stipulati tra il medesimo e la banca intermediaria, con condanna della convenuta alla restituzione delle somme investite, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

L'impugnazione selettiva degli ordini è stata avversata dall'intermediario in modo duplice. Per un verso, ampliando l'oggetto della controversia, mediante l'introduzione di una domanda riconvenzionale riguardante la nullità e le conseguenti pretese restitutorie degli ordini che, a differenza di quelli impugnati, avevano avuto esito positivo per l'investitore. Per l'altro, evidenziando la supposta contraddittorietà dell'impugnazione parziale dell'investitore, mossa da intenti opportunistici, come tali censurabili per contrarietà a buona fede, con conseguente paralisi dell'iniziativa processuale, giusta l'operatività dell'*exceptio doli generalis*³⁷.

Dopo aver accertato che la nullità degli ordini di acquisto era derivata dal difetto di forma scritta del contratto quadro prescritta, a pena di nullità, dall'art. 23 del D.lgs. n. 58 del 1998 (t.u.f.), il Giudice di prime cure ha accolto la domanda proposta dall'attore, condannando, di conseguenza, la banca alla restituzione delle somme investite. Nella medesima sentenza il Tribunale ha accolto, altresì, la domanda riconvenzionale proposta dalla banca nei confronti dell'investitore, condannando quest'ultimo a pagare a favore dell'intermediaria le somme dovute a titolo di restituzione di cedole rimosse in forza delle operazioni eseguite in forza dei contratti quadro nulli. Per cui, operata la compensazione tra le opposte ragioni di credito, l'attore veniva condannato a pagare la differenza all'istituto di credito convenuto.

La Corte d'Appello ha riqualificato in eccezione riconvenzionale di compensazione la domanda di restituzione della banca intermediaria, confermando nel merito quanto statuito nel giudizio di primo grado, e cioè che il carattere protettivo della nullità di cui all'art. 23 t.u.f. si estrinseca soltanto nella limitazione della legittimazione processuale attiva al solo investitore, perciò non determina in capo a quest'ultimo il potere di limitare gli effetti della nullità soltanto ad alcuni degli ordini di investimento secondo la sua scelta. La nullità può essere fatta valere soltanto dal cliente, ma, una volta dichiarata, si

³⁷ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede dell'investitore*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, 33.

ripercuote sull'intero rapporto, investendo tutte le operazioni di investimento eseguite in attuazione del contratto quadro viziato. Pertanto, in forza della normativa in materia di indebitato, il cliente è tenuto a restituire alla banca i titoli acquistati, le cedole riscosse ed ogni altra utilità, così come la intermediaria è tenuta a restituire al cliente l'importo erogato per l'acquisto dei titoli.

L'attore ha quindi proposto ricorso per cassazione avverso tale pronuncia, deducendo la violazione dell'art. 23 t.u.f. in relazione all'accoglimento dell'eccezione riconvenzionale di compensazione formulata dall'intermediaria. Veniva così sollevata la questione dell'esercizio selettivo della nullità di protezione, poi oggetto di rimessione alle Sezioni Unite³⁸. Il tema riguarda l'esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche dell'azione di nullità proposta dal cliente in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli che derivi, tuttavia, dall'accertamento del difetto di forma del contratto quadro; più nello specifico, il punto controverso concerne l'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità anche alle operazioni che non hanno formato oggetto della domanda proposta dal cliente ed, eventualmente, i limiti di tale estensione.

A tal proposito, il ricorrente ha rilevato che la limitazione della declaratoria di nullità a soli due ordini di investimento risulterebbe legittima in quanto gli ordini hanno una propria autonoma valenza negoziale che postula la formazione di un consenso *ad hoc* per la loro esecuzione mediante la prestazione dell'intermediario. Tale pretesa autonomia degli ordini di investimento dal contratto quadro – si legge fra le righe – giustificerebbe la limitata ripercussione della nullità di questo ad alcuni soltanto di quelli. E, sempre in funzione di detta separazione, l'accertamento della nullità del contratto quadro sarebbe, a detta del ricorrente, strumentale alla declaratoria di nullità degli ordini. Secondo il

³⁸ L'ordinanza di rimessione di cui si parla è Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in Foro it., 2019, 975 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 46 ss. con nota di F. TONINI, *L'invalidità 'selettiva' del contratto di investimento rimessa alle Sezioni Unite*; in *Corr. Giur.*, con nota di M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite* e di D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*; in *Giur. it.*, 2019, 763 ss., con nota di C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?* e di F. BICHIRI, *La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle Sezioni Unite*.

La stessa questione era stata già rimessa alle Sezioni Unite con le ordinanze del 27 maggio 2017, nn. 12388, 12389, 12390. Tuttavia, la sentenza delle Sezioni Unite del 16 gennaio 2018, n. 898, concludendo per la validità del contratto-quadro monofirma, aveva ritenuto conseguentemente assorbita la questione della nullità selettiva.

ricorrente, una diversa ricostruzione delle conseguenze della nullità del contratto quadro comporterebbe, oltre alla violazione dell'art. 100 c.p.c., il venir meno del carattere protettivo della nullità in questione, poiché costringerebbe l'investitore a scegliere tra far valere la nullità dell'intero rapporto, denunciando la nullità di operazioni eseguite in perfetta buona fede e che hanno comportato un utile, aggravando così il danno già subito, o subire, appunto per evitare un maggior danno, la violazione dell'intermediario.

3. *I termini del problema*

Il precipuo problema posto dalla figura della nullità selettiva impone di definire fino a che punto possa spingersi la tutela che la nullità di protezione accorda al contraente debole.

Come si può evincere dalla ricostruzione della vicenda giudiziaria, il quesito concerne l'esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche dell'azione proposta dal cliente in relazione ad alcuni degli ordini d'acquisto, tra quelli discendenti da un unico contratto-quadro. Si chiedeva, in particolare, se la declaratoria di nullità del contratto quadro per violazione dell'art. 23 t.u.f. si estenda anche alle operazioni che non abbiano formato oggetto della domanda proposta dall'investitore o se, invece, possa rimanere circoscritta al *petitum*.

Più ampiamente, si richiedeva di stabilire se l'esercizio della nullità di protezione *ex art. 23 t.u.f.* secondo una dinamica selettiva fosse conforme alla *ratio* della previsione di invalidità, e dunque alla finalità protettiva della medesima, o se, al contrario, esorbitasse l'ambito della tutela ragionevolmente riconoscibile al contraente debole, risolvendosi dunque in un abuso.

A ben vedere, ancor prima di investire il funzionamento delle nullità di protezione, il problema involge la disciplina generale del contratto. Se si ha a mente la struttura del

servizio di investimento, come dalla stessa Cassazione recentemente definita³⁹, si è portati a ragionare al riguardo di una serie di negozi collegati secondo lo schema di un contratto di base dal quale traggono legittimazione plurimi negozi di investimento successivi⁴⁰. Ragionando in questi termini, dalla nullità del primo dovrebbe discendere *de plano* la nullità dei secondi: di tutti gli ordini, indistintamente, senza alcuna possibilità di selezione da parte del cliente. In questa prospettiva non sembra nemmeno necessario invocare il *modus operandi* della nullità protettiva per trovare una soluzione.

Ciò nonostante, le Sezioni Unite hanno inteso procedere nella pronuncia ora in commento con lo stesso metodo adottato nella precedente sentenza n. 898 del 2018, e cioè valorizzando la *ratio* della previsione di nullità di cui all'art. 23 t.u.f., alla quale andrebbero conformati gli interessi portati dalle parti. Ponendosi in quest'ottica, la Corte ha ritenuto di dover preservare il potere del cliente di determinare le sorti della fattispecie e, con questo *focus*, ha dapprima ricostruito lo statuto normativo delle nullità di protezione, per poi, dopo aver passato in rassegna le letture che erano emerse nei due principali precedenti giurisprudenziali in materia⁴¹, concludere proponendo la propria inedita soluzione.

4. Il quadro normativo

Le Sezioni Unite hanno affrontato il tema portato al loro vaglio muovendo innanzitutto dalla ricognizione del quadro legislativo delle nullità di protezione, non limitando l'esame alle sole norme del t.u.f. *ratione temporis* applicabili, ma estendendo l'indagine ad aree

³⁹ La struttura del servizio di investimento, articolato nel contratto quadro e nei successivi ordini di investimento, è stata recentemente definita da Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 393 ss., con nota di C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*, secondo la linea di una «sequenza che – in ragione di un razionale disegno di ispirazione unitaria e inteso, questo sì, a proteggere la posizione dell'investitore (nello sviluppo del principio costituzionale di tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.) – viene a svolgersi lungo più fasi in consecuzione fra loro»: una logica che si avvicina al collegamento negoziale. Sul punto si veda anche Cass., 7 luglio 2017, n. 16861.

⁴⁰ M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 156.

⁴¹ Il riferimento è, ancora una volta, a Cass., 27 aprile 2016, n. 8395 e a Cass., 16 marzo 2018, n. 6664.

contigue, in modo tale da avere un prospetto comparativo del peculiare regime giuridico di questa categoria di nullità.

La disposizione di riferimento in relazione al rapporto dedotto in giudizio è senz'altro l'art. 23 t.u.f. nella sua formulazione originaria⁴², ai sensi del quale «1. I contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo. 2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto. 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente».

Le Sezioni Unite osservano, poi, che un sistema di tutela del cliente analogo a quello sopra descritto si rinviene nel D.lgs. n. 385 del 1993 (t.u.b.), sia in relazione alla previsione della nullità del contratto per difetto di forma (art. 117, commi 1 e 3), sia in relazione al regime delle nullità di protezione. Quest'ultima disciplina si rinviene nell'art. 127, che ne sancisce, quali tratti tipici, la derogabilità in senso più favorevole al cliente, la relatività e, da ultimo, la rilevabilità d'ufficio e l'operatività a vantaggio del cliente. Queste ultime due caratteristiche della nullità nei contratti bancari derivano dalla modifica introdotta dall'art. 4, comma 3°, del D.lgs. n. 141 del 2010, a mezzo del quale l'attuale formulazione del quarto comma dell'art. 127 t.u.b. è stata conformata a quanto previsto dall'art. 36, comma 3°, c. cons., in tema di nullità delle clausole vessatorie⁴³. L'art. 127 t.u.b., nella sua più recente formulazione, stabilisce, dunque, che «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 [...] 4. Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice».

⁴² Ciò si afferma in quanto il testo normativo del D.lgs. n. 58 del 1998 è entrato in vigore il 7 luglio 1998, mentre il contratto quadro è stato stipulato successivamente, nell'agosto del 1998.

⁴³ Per il testo e l'esegesi dell'art. 36, comma 3°, c. cons. si rinvia a *supra*, nt. 5.

5. La nullità ex art. 23 t.u.f. come nullità di protezione virtuale

Nell'*iter* logico-argomentativo disegnato dalle Sezioni Unite il raffronto tra le disposizioni di cui sopra costituisce la base per la ricostruzione della disciplina della nullità ex art. 23 t.u.f. come nullità di protezione “virtuale”⁴⁴.

Alla luce della riscontrata affinità funzionale tra il requisito di forma *ad substantiam* dell’art. 23 t.u.f. e quello imposto dall’art. 117 t.u.b., la Suprema Corte ha infatti individuato i tratti unificanti del regime giuridico delle nullità di protezione, ponendo così le basi per tracciarne un possibile statuto.

In linea con quanto esposto nel noto *obiter dictum* del 2014, il Collegio ravvisa nella legittimazione esclusiva del cliente ad agire in giudizio e nella rilevabilità officiosa⁴⁵ i principali caratteri ricorrenti delle nullità di protezione, applicabili a tutti i contratti nei quali tale regime di protezione è previsto in favore del cliente.

Più nello specifico, le Sezioni Unite affermano che le nullità di protezione operano al fine di ricostituire un equilibrio, quanto meno formale, tra le parti⁴⁶. Per questa ragione, sia

⁴⁴ Sulla nullità di protezione virtuale (distinguendola dalla nullità virtuale di protezione) cfr. G. D’AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 16.

⁴⁵ Nella ricostruzione operata da Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, la rilevabilità officiosa delle nullità di protezione discenderebbe dal profilo della legittimazione relativa: su questo aspetto le Sezioni Unite si richiamano alle indicazioni fornite dalle sentenze gemelle del 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, le quali affermavano, in via generale, che la rilevabilità officiosa delle nullità delle nullità dovesse estendersi anche alla nullità di protezione, dal momento che il regime del rilievo officioso è coesistente alla tutela di interessi e valori fondamentali, quali il corretto funzionamento del mercato, nonché l’uguaglianza, almeno formale, tra contraenti forti e deboli, che costituiscono il *proprium* delle nullità in questione. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *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, 178; ID., *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 197 ss.

⁴⁶ Con specifico riferimento ai contratti di investimento, lo squilibrio che viene ad emersione giuridica ha carattere prevalentemente conoscitivo-informativo, basandosi sull’elevato grado di competenza tecnica richiesta a chi opera nell’ambito degli investimenti finanziari. Per ristabilirlo il legislatore ha previsto molteplici accorgimenti, i quali operano su un duplice piano: generale ed astratto, da un lato, particolare e concreto, dall’altro. Tra i correttivi del secondo tipo si colloca la previsione di un rigido sistema di obblighi informativi a carico dell’intermediario, i quali si connotano in funzione della condizione soggettiva dell’investitore, del grado di rischiosità contrattualmente assunto e delle scelte di investimento, e incidono sullo scrutinio dell’adempimento dell’intermediario ai fini del risarcimento del danno o della risoluzione del contratto, tenendo conto della buona fede del cliente al momento della *discovery* delle sue caratteristiche

che investano singole clausole, sia che investano l'intero contratto, non possono essere fatte valere che da una sola parte, con radicale esclusione della legittimazione dell'altra, salvo il rilievo d'ufficio del giudice nei limiti indicati nella pronuncia n. 26242 del 2014, in applicazione del principio solidaristico della buona fede. Quanto al profilo della legittimazione processuale, è quindi indubbia la deviazione del regime giuridico di tali nullità rispetto alla regola codicistica di cui all'art. 1421 c.c.

Rileva, inoltre, il Collegio che nel sistema delle invalidità negoziali le nullità di protezione evidenziano una vocazione funzionale alla correzione parziale del contratto, mediante l'eliminazione di quelle parti che pregiudicano il contraente legittimato in via esclusiva a farle valere⁴⁷. Di qui il carattere della necessaria parzialità della nullità di protezione.

Secondo il Collegio, proprio la difficile applicazione di quest'ultima regola ai contratti bancari e ai contratti d'investimento, connotati, com'è noto, dalla conformazione bifasica dell'impegno negoziale⁴⁸, avrebbe posto, in concreto, l'esigenza di declinare l'esercizio dell'azione di nullità secondo una modalità selettiva. Nella prospettazione della Corte, la declaratoria di nullità dei singoli ordini individuati dal cliente, con ogni predicata conseguenza sul piano restitutorio, costituirebbe, *mutatis mutandis*, l'equivalente della demolizione parziale *tout court* del regolamento contrattuale⁴⁹.

come investitore e del suo grado di conoscenza delle dinamiche degli investimenti finanziari. Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre, 2019, *cit.*, punto 15.3 della motivazione della sentenza

Tra i correttivi del primo tipo rientra innanzitutto l'obbligo di redazione per iscritto del contratto quadro con consegna di un esemplare al cliente, finalizzato a garantire a quest'ultimo la conoscenza delle condizioni negoziali, nel pieno rispetto del principio di buona fede oggettiva e correttezza contrattuale. Per tale ragione, sullo stesso piano si colloca la previsione, sempre a presidio del medesimo principio, delle nullità di protezione, predisposte ad esclusivo vantaggio del cliente e destinate ad operare nell'ipotesi di violazione del requisito garantistico della forma scritta del testo del contratto quadro.

⁴⁷ Tale vocazione delle nullità di protezione, peraltro con specifico riferimento alla nullità sancita dall'art. 23 t.u.f., era già stata evidenziata anche nella già citata sentenza n. 898 del 2018, di cui la pronuncia n. 28314 del 2019 costituisce l'ideale sviluppo.

⁴⁸ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, *cit.*, richiamandosi a Cass, 23 maggio 2017, *cit.*, afferma che «Il contratto quadro ha una funzione conformativa e normativa. Deve, a pena di invalidità, essere redatto per iscritto, contenendo la definizione specifica della tipologia di investimenti da eseguire, il *range* di rischio coerente con il profilo del cliente e la determinazione degli obblighi che l'intermediario è tenuto ad adempiere. Il suo perfezionamento costituisce la condizione necessaria ma non sufficiente perché si realizzino tutti gli effetti scaturenti dal vincolo negoziale assunto dalle parti. Ad esso deve seguire l'effettuazione degli investimenti finanziari, attraverso l'esecuzione degli ordini d'acquisto da parte dell'intermediario. Nonostante l'impegno economico per il cliente si determini con la trasmissione degli ordini, la forma scritta, in linea generale è imposta soltanto per il contratto quadro ... perché in questo testo negoziale si cristallizzano gli obblighi dell'intermediario».

⁴⁹ Questa impostazione ha suscitato accese critiche in dottrina. Si rinvia a quanto detto sul punto nel successivo par. 11.

Muovendo dalla medesima affinità funzionale tra l'art. 23 t.u.f., da un lato, e l'art. 117 t.u.b., dall'altro, la Corte ha, inoltre, reputato ammissibile estendere al comparto dell'intermediazione finanziaria la regola dell'operatività a vantaggio della nullità, espressamente prevista nel contesto bancario dall'art. 127, comma 4°, t.u.b.

Va subito riscontrato che, a differenza di quest'ultima norma, come da ultimo novellata, l'art. 23 t.u.f., nel porre la nullità (protettiva) del contratto quadro quale sanzione per il vizio di forma, non riproduce testualmente la regola dell'operatività a vantaggio, né, tantomeno, fa alcun cenno ad un suo possibile esercizio in via selettiva.

Per coniugare il dato normativo con le predicate linee del sistema le Sezioni Unite attingono nuovamente alla sentenza n. 26242 del 2014, nella quale affermavano che, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, le nullità di protezione si configurano come una *species* del più ampio *genus* rappresentato dalle nullità negoziali, volta a tutelare interessi e valori fondamentali che trascendono quelli del singolo, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e contraenti deboli (art. 3 Cost.). Alla luce di queste indicazioni, il Collegio ritiene che il testo, pur immutato, dell'art. 23 t.u.f. debba essere interpretato in modo costituzionalmente orientato e coerentemente con i principi del diritto eurounitario, in modo tale da non escluderne né il rilievo d'ufficio, né l'operatività ad esclusivo vantaggio del cliente. Dunque, secondo le Sezioni Unite, la nullità *ex art. 23 t.u.f.* è una nullità di protezione e, come tale, può essere fatta valere esclusivamente dal cliente – il che è testualmente previsto – ed inoltre deve operare ad esclusivo vantaggio del cliente e può essere rilevata d'ufficio dal giudice; una diversa interpretazione dell'art. 23 t.u.f. non sarebbe conforme a Costituzione, né al diritto eurounitario.

L'estensione della regola dell'operatività a vantaggio ad una previsione di nullità che non la contempla testualmente, qual è quella *ex art. 23 t.u.f.*, è un passaggio assolutamente cruciale ai fini del discorso che ci occupa, perché ha costituito il medio tramite cui la Corte ha giustificato la costruzione della nullità selettiva, fornendole così una collocazione all'interno del sistema della nullità di protezione.

Nella sentenza del 2019 le Sezioni Unite evidenziano, infatti, che la funzione protettiva delle nullità in discorso non si esaurisce in un profilo meramente processuale, quale quello

della legittimazione attiva, ma avrebbe un riverbero anche di natura sostanziale ad esso strettamente connesso, espresso nella regola normativa «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore [...]» di cui all'art. 36, comma 3°, c. cons.⁵⁰. A detta del Collegio e, precedentemente, delle singole sezioni che già si erano espresse in questo senso, proprio nell'ambito di questa operatività a vantaggio del cliente vi sarebbe lo spazio per un legittimo esercizio selettivo delle nullità di protezione. Come meglio verrà esplicitato *infra*, l'esercizio selettivo costituirebbe invero il modo in cui, nell'ambito di una contrattazione bipartita qual è quella relativa ai servizi di investimento, la regola dell'operatività a vantaggio della nullità di protezione trova concretamente attuazione, di tal che operatività della nullità di protezione a vantaggio del contraente debole ed esercizio selettivo della nullità di protezione verrebbero, di fatto, a coincidere.

La predicata coincidenza tra operatività a vantaggio della nullità di protezione e suo esercizio selettivo ha poi, a sua volta, costituito l'occasione per dilatare l'ambito di incidenza della regola dell'operatività a vantaggio «oltre il terreno, già sedimentato, delle modalità di rilevazione officiosa del vizio, per muoversi su quello, controverso, degli effetti caducatori e restitutori della nullità»⁵¹.

Si aggiunga fin d'ora un ulteriore *caveat* ai fini di una migliore comprensione della soluzione adottata dalle Sezioni Unite nella sentenza in commento. La funzionalità *ad informationem* della forma scritta del contratto quadro, individuata già nella sentenza n. 898 del 2018 quale *ratio* sottesa all'obbligo posto dall'art. 23 t.u.f., assicura l'applicazione dei principi di correttezza e buona fede anche nell'esercizio dei diritti in sede giurisdizionale. Pertanto, coerentemente con l'impostazione adottata nella sentenza del 2018, secondo cui il canone della buona fede starebbe alla base della posizione del requisito di forma, e dovrebbe informare anche l'esercizio dell'azione di nullità in sede giurisdizionale, la soluzione del quesito relativo alla configurabilità di un esercizio selettivo della nullità di protezione da parte dell'esclusivo legittimato, è stata rinvenuta assumendo il principio della buona fede quale criterio ordinante dell'intera questione⁵².

⁵⁰ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punti 15.1 e 15.2 della motivazione della sentenza.

⁵¹ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione*, *cit.*, 33.

⁵² Per una più compiuta disamina della nozione di buona fede e del suo utilizzo in chiave valutativa si rinvia ai successivi paragrafi 9 e 11.

6. *I precedenti: i) abusività in re ipsa dell'esercizio selettivo della nullità ex art. 23 t.u.f.*

La configurazione del regime della nullità di protezione, nonché dei possibili correttivi ad un suo esercizio abusivo, sono stati rinvenuti in seguito alla ricognizione delle principali opzioni alternative confrontatesi sul tema in dottrina⁵³, due delle quali trovano il proprio corrispondente giurisprudenziale in due pronunce della prima sezione civile

⁵³ Le soluzioni interpretative avanzate dalla dottrina si sono mosse tra due posizioni agli antipodi, tanto nel senso di escludere, quanto nel senso di ammettere l'uso selettivo della nullità. Sicuramente la maggior parte degli interpreti si è approcciata alla questione in esame con grande diffidenza e preoccupazione, legata alle conseguenze (soprattutto restitutorie) potenzialmente onerose a cui si troverebbero esposti i professionisti (banche e intermediari finanziari) destinatari di domande di nullità selettiva. In particolare è stato paventato il rischio che si venga a creare una pericolosa situazione di incertezza per il mercato finanziario, suscettibile di protrarsi nel tempo: è stato infatti osservato che, poiché l'azione di nullità è imprescrittibile, l'investitore potrebbe agire in giudizio a distanza di tempo dalla conclusione del contratto, ritrasferendo il rischio di un investimento infruttuoso in capo all'intermediario. In questo modo «si modificano in modo artificioso le regole di funzionamento del mercato mobiliare, per cui ciò che viene remunerato è il rischio in cui si incorre incentivando comportamenti di *moral hazard* da parte del risparmiatore». Così, *ex multis*, A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2333; G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, III, 283 ss.; e D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, il quale osserva che l'accoglimento di una domanda di nullità selettiva avrebbe l'effetto sostanziale di rendere l'investitore arbitro non solo della tempistica, ma anche della scelta dei singoli investimenti da cancellare, con evidente aggravamento della posizione delle banche. La soddisfazione di una pretesa di questo tipo esorbita dalle finalità di tutela poste a fondamento dell'art. 23 t.u.f.: se la *ratio* di questa norma è la trasparenza in funzione di protezione, non ci sarebbe ragione di ritenere che la mancanza del documento contrattuale possa pregiudicare il cliente solo per certi investimenti e non per altri. Per contenere tali conseguenze negative, la riflessione di una parte degli interpreti si è incentrata, quindi, sul possibile carattere opportunistico dell'uso selettivo del rimedio.

Allo stesso tempo, si è delineato un orientamento propenso a riconoscere la legittimità della nullità selettiva attraverso la valorizzazione della *ratio* protettiva del rimedio, sia pure circoscrivendone presupposti e limiti di operatività, cosicché i professionisti possano concretamente difendersi da richieste pretestuose di invalidazione selettiva. In questo senso: A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 552; D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contratti*, 2017, 402; M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 554 ss., 559; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 828; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 48, nt. 21.

della Corte di cassazione: rispettivamente la n. 8395 del 27 aprile 2016⁵⁴ e la n. 6664 del 16 marzo 2018⁵⁵. La divergenza tra le richiamate impostazioni consiste proprio nella diversa declinazione dell'ambito di operatività delle nullità di protezione, in relazione alla correlazione tra legittimazione processuale e propagazione degli effetti.

Secondo la più recente sentenza n. 6664 del 2018 il regime di protezione proprio della nullità *ex art. 23 t.u.f.* si esaurisce nella sola legittimazione esclusiva del cliente (nonché nella rilevabilità d'ufficio, nei limiti poc'anzi precisati) a far valere la nullità per vizio di forma. Perciò, una volta dichiarata l'invalidità del contratto quadro, gli effetti caducatori e restitutori che ne derivano possono essere fatti valere da entrambe le parti in egual misura, secondo la disciplina della ripetizione dell'indebito dettata dall'art. 2033 c.c., la quale trova, nel caso di specie, piena applicazione senza deroghe o limitazioni di sorta⁵⁶. Di conseguenza, questa giurisprudenza ritiene che l'azione di nullità selettiva, diretta cioè a colpire alcuni soltanto degli ordini eseguiti, per un verso sia intrinsecamente connotata da un intento opportunistico che esorbita l'ambito della tutela accordata dal legislatore al cliente e, per altro verso, produca in capo all'intermediario un pregiudizio economico ingiustificato, dovuto alla natura potestativa e unilaterale della selezione operata⁵⁷.

⁵⁴ Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Corr. giur.*, 2016, 1110 ss., con nota di A. TUCCI, *Conclusioni del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*.

⁵⁵ Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *Contr.*, 2018, 543 ss., con nota di E. CICALI, *Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria*.

⁵⁶ Secondo Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, *cit.*: «una volta che sia privo di effetti il contratto di intermediazione finanziaria destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti in quanto esso sia dichiarato nullo, operano le regole comuni dell'indebito (art. 2033 c.c.) non altrimenti derogate. La disciplina del pagamento dell'indebito è invero richiamata dall'art. 1422 c.c.: accertata la mancanza di una *causa acquirendi* in caso di nullità [...] l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione dello stesso è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo; la pronuncia del giudice è l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del *solvens* di restituzione della prestazione rimasta senza causa».

⁵⁷ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 19 della motivazione della sentenza, critica la tesi esposta per la sua assolutezza, perché «pur non escludendo la formale applicazione dello statuto normativo delle nullità di protezione, ne trascura la funzione di reintegrazione di una preesistente condizione di squilibrio strutturale che permea le fattispecie contrattuali nelle quali trova applicazione e d'inveramento del sistema assiologico fondato sui principi di uguaglianza, solidarietà e tutela del risparmiatore ritraibili dalla Costituzione. Inoltre, con tale impostazione, si trascura la strutturale vocazione delle nullità protettive ad un uso selettivo, ancorché non arbitrario, in quanto correlato alla operatività avvantaggio esclusivo di uno dei contraenti».

6.1. (Segue): ii) *legittimità dell'esercizio selettivo della nullità ex art. 23 t.u.f.*

L'opposto orientamento, facente capo alla pronuncia n. 8395 del 2016, predica, invece, la piena operatività, processuale e sostanziale, del regime giuridico delle nullità di protezione esclusivamente a vantaggio del cliente, la quale si estrinseca nell'impossibilità per l'intermediario di avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, che ne possano scaturire a suo vantaggio. Ne consegue che l'esercizio selettivo delle nullità di protezione si traduce, di fatto, in una sorta di diritto potestativo del cliente di circoscrivere, a suo esclusivo vantaggio, il perimetro non solo della declaratoria di nullità, ma altresì degli effetti caducatori e restitutori che ne conseguono, la cui operatività nei confronti dell'intermediario è, per contro, interdetta. Afferma infatti la Cassazione che «l'intermediario non può avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, che ne possono scaturire a suo vantaggio, dal momento che il regime delle nullità di protezione opera esclusivamente in favore dell'investitore»⁵⁸. Ne consegue che «il contraente privo della limitazione a far valere la nullità di protezione può ... subire soltanto gli effetti della dichiarazione di nullità selettivamente definiti nell'azione proposta dalla parte esclusiva legittimata, non potendo far valere qualsiasi effetto "vantaggioso" che consegua a tale declaratoria»⁵⁹.

La peculiare fattispecie di nullità speciale sarebbe, dunque, connotata da un particolare regime restitutorio, caratterizzato da una limitazione (la cui ampiezza è, a parere di chi scrive, controversa⁶⁰) del diritto alla ripetizione dell'indebito per l'intermediario, consustanziale alla natura della nullità medesima. Ed infatti, secondo il Collegio, la disciplina dell'indebito oggettivo richiamata dall'art. 1422 c.c. – la quale opera 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 – sarebbe, nel caso di specie, «direttamente incisa dallo "statuto" speciale della nullità cui si riferisce»⁶¹, posto a presidio esclusivo del cliente, di

⁵⁸ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 17.1.2. della motivazione della sentenza.

⁵⁹ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 17.1.2. della motivazione della sentenza.

⁶⁰ Si veda quanto osservato *infra* al par. 11.

⁶¹ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 17.1.2. della motivazione della sentenza.

modo che quest'ultimo possa trarne ogni vantaggio (lecito) per sé conveniente. Sembrerebbe che il diversificato regime restitutorio tra cliente ed intermediario discenda *ipso facto* dalla *ratio* protettiva della nullità, e dunque possa predicarsi anche qualora non sia espressamente sancito dalla disposizione di legge di riferimento, come accade proprio nel caso dell'art. 23 t.u.f. In tale ottica, la selezione degli ordini sui quali dirigere la nullità è intesa come conseguenza dell'esercizio di un diritto predisposto esclusivamente in favore del cliente.

Non è un caso, allora, che la prospettata ricostruzione della nullità (di protezione) *ex art.* 23 t.u.f. abbia condotto la dottrina a scorgervi una nuova fisionomia di nullità, definita appunto come unilaterale⁶².

7. *L'impostazione delle Sezioni Unite nella sentenza del 4 novembre 2019, n. 28314: le linee guida*

A mo' di via mediana tra le due opposte teorie si pone la soluzione adottata dalle Sezioni Unite nella sentenza del 4 novembre 2019, la quale, come si accennava sopra, si impernia sul principio di buona fede. Tale principio è ravvisato come lo strumento più adeguato per affrontare il tema dell'uso eventualmente distorsivo dello strumento delle nullità di protezione in funzione selettiva, in quanto «senza alterarne il regime giuridico ed in particolare l'unilateralità dello strumento di tutela legislativamente previsto, consente, per la sua adattabilità al caso concreto, di ricostituire l'equilibrio effettivo della posizione contrattuale delle parti, impedendo effetti di azioni esercitate in modo arbitrario o nelle quali può cogliersi l'abuso dello strumento di "protezione" ad esclusivo detrimento dell'altra parte»⁶³.

Tale impostazione non stupisce, sol che si consideri – come del resto lo stesso Collegio ha avuto cura di ricordare – che, indipendentemente dal modo in cui sia stata di volta in volta declinata, la clausola di buona fede ha da sempre costituito il caposaldo di elezione

⁶² Così R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, 2020, www.questionegiustizia.it.

⁶³ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 18 della motivazione della sentenza.

su cui dottrina e giurisprudenza hanno fondato i rimedi volti ad arginare l'uso distorsivo dell'azione di nullità da parte del cliente.

E ciò si argomenta, innanzitutto, dal fatto che sul canone di buona fede tradizionalmente riposa il rimedio generale che per primo è stato evocato contro l'esercizio abusivo della nullità di protezione, e cioè l'*exceptio doli generalis*. Ciò vale sia nella concezione di quest'ultima quale reazione pressoché necessitata all'uso intrinsecamente opportunistico e contrario a buona fede della nullità selettiva⁶⁴; sia nelle posizioni intermedie che, muovendo dall'idea della tendenziale legittimità dell'azione di nullità c.d. selettiva⁶⁵, postulano l'esperibilità dell'*exceptio doli generalis* solo nei casi in cui la condotta dell'investitore sia soggettivamente connotata da malafede o frode, ovvero preordinata alla produzione di un pregiudizio per l'intermediario, non ravvisandosi alcuna incompatibilità tra l'esercizio dell'azione di nullità e la predetta eccezione, ma solo la necessità di un adeguato bilanciamento, da svolgersi in concreto secondo parametri oggettivi e soggettivi su cui, tuttavia, non si riscontra unitarietà di vedute⁶⁶.

Strettamente connessa al principio di buona fede (o, meglio, alla sua violazione) è, inoltre, la figura dell'abuso del diritto, che viene evocata a fronte di condotte dell'investitore formalmente legittime, ma obiettivamente foriere di un pregiudizio per l'intermediario,

⁶⁴ La tesi, già presente nella citata sentenza della prima sezione civile del 16 marzo 2018, n. 6664, viene prospettata nuovamente, seppure in via ipotetica, nelle ordinanze interlocutorie nn. 12388, 12389, 12390 del 27 maggio 2017, con la differenza che, mentre in queste ultime all'*exceptio doli generalis* è attribuito un effetto unicamente paralizzante, rimanendo precluso all'intermediario l'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito, nella sentenza della prima sezione civile, invece, l'*exceptio doli* dell'intermediario si accompagna all'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito.

⁶⁵ Le nullità di protezione – solo rispetto alle quali è ipotizzabile una dinamica selettiva – fondano l'inderogabilità del loro statuto, contrassegnato dall'operatività a “vantaggio” del cliente, su principi costituzionali (non solo sull'art. 2, ma anche sull'art. 3 Cost., essendo finalizzate a rimuovere il primo grado dell'asimmetria informativa, nonché sull'art. 41 Cost., cui si aggiunge, per l'intermediazione finanziaria, la tutela del risparmio ex art. 47 Cost.), e tale qualificazione non è priva di conseguenze in relazione alla concorrente operatività del principio di buona fede come criterio arginante l'uso arbitrario dello strumento di tutela. La mera invocazione di effetti selettivi da parte del cliente non può giustificare di per sé l'automatica opponibilità dell'*exceptio doli generalis* da parte dell'intermediario, pena lo svuotamento e la vanificazione della funzione della nullità di protezione e della connessa tutela giurisdizionale.

⁶⁶ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, critica tale tesi «per aver limitato l'opponibilità dell'*exceptio doli* alla valutazione della buona fede soggettiva, così da escludere ogni rilevanza all'oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio di una sola parte contrattuale» (punto 21 della motivazione della sentenza).

indipendentemente dalla connotazione in senso fraudolento della condotta soggettiva del cliente; il che si traduce in una violazione della buona fede sotto il profilo oggettivo⁶⁷.

Alla luce delle considerazioni svolte, ed assumendo il principio di buona fede quale criterio ordinante alla luce del quale risolvere la questione della legittimità dell'uso selettivo delle nullità di protezione⁶⁸ - sia pur declinandolo in modo non del tutto coincidente con le illustrate figure dell'*exceptio doli generalis* e dell'abuso del diritto – il Collegio fornisce la soluzione della questione. E lo fa concentrandosi su tre punti focali: lo statuto delle nullità di protezione, nell'alveo del quale viene collocato il loro esercizio selettivo; i limiti entro cui questo può considerarsi legittimo; la natura e i presupposti di operatività dell'eccezione di buona fede.

Ad avviso delle Sezioni Unite il regime giuridico delle nullità di protezione trova fondamento e *ratio* nei principi di solidarietà ed uguaglianza formale di derivazione costituzionale (artt. 2, 3, 41 e, per quanto concerne i servizi di investimento, 47 Cost.). Ciò si traduce, anche in relazione alla previsione di cui all'art. 23, comma 3°, t.u.f., in una invalidità che opera esclusivamente a favore dell'investitore; tale operatività ad esclusivo vantaggio del contraente protetto si riscontra sia sul piano della legittimazione processuale (il che era definitivamente indiscusso, giusta l'*obiter dictum* delle sentenze nn. 26242 e 26243 del 2014), sia – ed ecco la novità – su quello degli effetti sostanziali, in deroga a quanto previsto dagli artt. 1421 e 1422 c.c.

Secondo la ricostruzione delle Sezioni Unite è proprio in quest'ultimo segmento dello statuto delle nullità di protezione che trova collocazione l'esercizio selettivo della nullità del contratto quadro: nel quadro risultante dalla pronuncia in commento l'esercizio

⁶⁷ Riprendendo le parole utilizzate dalle stesse Sezioni Unite, l'abuso del diritto non consiste semplicemente in una violazione *tout court* del principio di buona fede, quale può riscontrarsi nell'ipotesi in cui «una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra», ma si configura «allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, al fine di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti. Non è configurabile un abuso che derivi soltanto dall'aver voluto conseguire un proprio vantaggio economico mediante uno strumento di tutela previsto dall'ordinamento che, peraltro, deriva dall'attivazione di uno statuto di tutela inderogabile, essendo necessario che il fine dell'azione sia incoerente rispetto a quello legale in funzione del quale è stato attribuito il diritto ad agire»; cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 21 della motivazione della sentenza.

⁶⁸ Tant'è che vengono prese le distanze da tutte le opzioni che prescindono dal tutto dalla considerazione del principio di buona fede: cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 22 della motivazione della sentenza.

selettivo della nullità di protezione è inteso proprio come il modo in cui questa opera a vantaggio del contraente debole, realizzando in modo concreto e nel caso specifico la previsione generale, di matrice europea, di cui all'art. 36 c. cons.

8. *La nullità selettiva nel canone delle Sezioni Unite*

Giova a questo punto chiarire, con l'ausilio della sentenza, cosa debba intendersi per esercizio selettivo della nullità del contratto-quadro secondo il canone delle Sezioni Unite.

Innanzitutto una condotta processuale del cliente-investitore, la quale si sostanzia in un'azione che, muovendo dal rilievo della nullità (nel caso di specie per vizio di forma, *ex art. 23 t.u.f.*), del contratto-quadro di investimento, è diretta ad ottenere la declaratoria di nullità non di tutti gli ordini di acquisto che nel contratto quadro avrebbero dovuto trovare copertura validante, ma solo di alcuni.

Vi è, quindi, un primo profilo della selezione, che ha come oggetto gli ordini compresi nell'impugnativa, la cui dichiarazione di nullità costituisce il *petitum* immediato dell'azione. Pertanto, nella prospettata ricostruzione il profilo processuale dell'operatività della nullità di protezione ad esclusivo vantaggio del cliente si sostanzia, per quest'ultimo, non solo nella esclusiva legittimazione attiva all'azione di nullità, ma anche nell'esclusivo potere di circoscrivere – appunto tramite la selezione – i limiti della declaratoria di nullità, non potendo l'intermediario incidere sull'ampiezza del *petitum* né in via di domanda né in via di eccezione riconvenzionale. Nel rinnovato statuto della nullità di protezione è quindi demandato al cliente, in via esclusiva, il potere di determinare il *petitum* della domanda giudiziale.

Ma vi è di più. Nel disegno del Collegio, l'operatività della nullità di protezione ad esclusivo vantaggio del cliente – e, dunque, la sua dinamica selettiva – non si esaurisce in una dimensione unicamente processuale, ma, come si è detto, trova riscontro anche sul

piano sostanziale degli effetti, caducatori e restitutori, che conseguono all'accertamento giudiziale della nullità.

Ed infatti, se il regime di protezione della nullità in parola si limitasse al solo profilo della legittimazione relativa del cliente, ne conseguirebbe che quest'ultimo, una volta formulata la domanda, non potrebbe governarne le conseguenze, le quali derivano dai principi generali dell'ordinamento, anche se non siano rispondenti ai suoi interessi⁶⁹. Naturale e coerente conseguenza di questa premessa dovrebbe essere quella secondo cui una volta accertato, con efficacia *ex tunc*, il venir meno del titolo, tutte le parti del contratto dichiarato nullo – e non solo quella legittimata all'azione di nullità – siano legittimate senza limiti alle azioni restitutorie relative a quei diritti dei quali le parti avevano disposto con il contratto nullo, sempreché, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1422 c.c., la stabilizzazione di quei diritti non trovi in altra fonte (usucapione, prescrizione), il suo fondamento⁷⁰.

Ciò che, invece, pare emergere dalla sentenza delle Sezioni Unite è che gli effetti dell'azione di nullità non siano affatto svincolati dalla disponibilità del soggetto destinatario della disciplina di protezione, ma debbano conformarsi alla *ratio* protettiva del contraente debole, in deroga a quanto previsto dall'art. 1422 c.c.

Alla luce di questa precisazione si comprende perché le Sezioni Unite abbiano affermato che «l'intermediario non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c.»⁷¹. Pertanto, se l'investitore, sia pur limitatamente agli ordini selezionati, può certamente avvalersi degli effetti restitutori conseguenti alla dichiarazione di nullità del contratto quadro, e quindi domandare la restituzione delle somme investite, altrettanto non può fare l'intermediario, nonostante l'accertamento della nullità del contratto quadro abbia, peraltro, attitudine e valore di giudicato.

Secondo il canone delle Sezioni Unite la *ratio* protettiva posta a cardine della costruzione proposta giustificerebbe, infatti, un'ulteriore eccezionalità, ovvero sia una predicata

⁶⁹ S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 165.

⁷⁰ S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, *cit.*, 164.

⁷¹ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 23 della motivazione della sentenza.

minusvalenza per l'intermediario del giudicato sulla *quaestio nullitatis*, con ogni problema di compatibilità con il dettato dell'art. 2909 c.c.⁷².

Resta tutt'ora da capire se l'impossibilità per l'intermediario di domandare la restituzione delle cedole riscosse valga solo quanto agli ordini non selezionati dall'investitore, dunque non compresi nel *petitum* della domanda giudiziale, come – in via di interpretazione sistematica – vorrebbe suggerire taluna dottrina⁷³, oppure anche per gli ordini impugnati, come, in realtà, sembrerebbe emergere dal senso letterale delle espressioni utilizzate dal Collegio.

Quello che si può affermare con una certa sicurezza è che, alla luce di queste ultime notazioni, per nullità selettiva può e deve intendersi anche una particolare modulazione, in senso favorevole al cliente, degli effetti restitutori della declaratoria di nullità, o, ancora meglio, della legittimazione e dell'ampiezza delle domande restitutorie che trovano giustificazione nella sentenza di nullità. Ben lungi dal prodursi in forza dei principi generali e dal riguardare entrambi i contraenti in ugual misura, le conseguenze dell'azione di nullità selettiva seguono di pari passo la conformazione di quest'ultima, di modo che come l'una risulta demandata al potere dispositivo del contraente protetto nel senso più sopra evidenziato, così le altre vengono accordate solo a lui. Gli effetti dell'azione di nullità sul piano delle restituzioni non si dispiegano, infatti, in pieno per entrambi i contraenti, ma solo per l'investitore, quasi a voler costituire un contraltare dell'asimmetria informativa che caratterizza la sua posizione. Poiché a detta delle Sezioni Unite le conseguenze della nullità del contratto quadro si producono in modo diversificato a seconda della parte contrattuale di cui si tratta, e ciò dipenderebbe dalla funzione riequilibratrice impressa a tale nullità, si è affermato che la nullità di protezione è dotata di una «strutturale vocazione ad un uso selettivo»⁷⁴.

Entrambi i summenzionati profili, processuale e sostanziale, della nullità selettiva costituiscono dei tratti devianti non solo rispetto al paradigma della nullità tradizionale di

⁷² Cfr. sul punto S. MONTICELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁷³ Cfr. G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. "selettivo" della nullità di protezione*, in *Nuovo Diritto Civile*, 4/2020, 15 ss. Simili considerazioni sono svolte anche da A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f., cit.*, 35, il quale però paventa l'eventualità che la Suprema Corte abbia in realtà voluto proporre, più drasticamente, una «sterilizzazione *tout court*» delle pretese dell'intermediario.

⁷⁴ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 19 della motivazione della sentenza.

cui agli artt. 1418 ss. c.c., ma anche rispetto allo statuto ricavabile dalle molte figure di nullità di protezione ad oggi esistenti.

9. *Legittimità dell'esercizio selettivo della nullità ex art. 23 t.u.f. e riequilibrio delle posizioni contrattuali sul piano restitutorio: la "nuova" eccezione di buona fede*

Precisato in questi termini, l'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro non viene in via di principio ritenuto contrastante con lo statuto normativo delle nullità di protezione. Anzi, secondo le Sezioni Unite stigmatizzare *ex se* l'uso selettivo delle nullità di protezione come contrario a buona fede, solo perché limitato ad alcuni ordini di acquisto, determinerebbe un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione, dal momento che si stabilisce un'equivalenza, senza alcuna verifica di effettività, tra uso selettivo della nullità e violazione del canone della buona fede⁷⁵.

Dunque, per potersi dire legittimo, l'esercizio dell'azione di nullità secondo una dinamica selettiva deve essere modulato e conformato dal principio di buona fede, da assumersi in modo univoco e coerente come parametro comprensivo sia della buona fede soggettiva, quale si riscontra nell' assenza di intento dolosamente preordinato a determinare effetti pregiudizievoli per l'altra parte, sia della buona fede oggettiva.

Non a caso, proprio su questo piano è stato individuato il correttivo ai possibili usi in concreto distorsivi dello strumento di tutela⁷⁶.

⁷⁵ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 22.2. della motivazione della sentenza.

⁷⁶ Secondo il Collegio il principio di buona fede e correttezza contrattuale opera, con riferimento agli interessi dell'investitore, «mediante la predeterminazione legislativa delle nullità di protezione predisposte a suo esclusivo vantaggio, in funzione di riequilibrio generale ed astratto delle condizioni negoziali garantite dalla conoscenza del testo del contratto quadro, nonché in concreto mediante la previsione di un rigido sistema di obblighi informativi a carico dell'intermediario». Per converso, il medesimo principio impone all'investitore un obbligo di lealtà «in funzione di garanzia per l'intermediario che abbia correttamente assunto le informazioni necessarie a determinare il profilo soggettivo del cliente al fine di conformare gli investimenti alle sue caratteristiche, alle sue capacità economiche e alla sua propensione al rischio»: cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 16 della motivazione della sentenza.

Ne consegue che anche nei contratti asimmetrici, caratterizzati da uno statuto di norme inderogabili volte a proteggere il contraente che strutturalmente si trova in una posizione di squilibrio rispetto all'altro, il principio di buona fede possa avere un ambito di operatività trasversale, che va oltre la definizione del sistema di protezione del cliente. E ciò in quanto gli strumenti normativamente predisposti al riequilibrio

In buona sostanza, le Sezioni Unite hanno voluto mantenere la concezione unilaterale dell'azione di nullità, già delineata nella pronuncia n. 8395 del 2016, temperandola con il correttivo della buona fede, secondo una prospettiva già adombrata nelle ordinanze interlocutorie nn. 12388, 12389 e 12390 del 2017 e n. 23927 del 2018⁷⁷. Pertanto le Sezioni Unite hanno voluto dare una lettura trasversale alla clausola generale di buona fede, funzionale a colmare l'aporia determinata dalla sfasatura di piani tra la disciplina speciale della nullità di protezione, come rivisitata nella sentenza n. 28314 del 2019, e quella generale degli effetti dell'azione di nullità, come disciplinata dal codice civile.

Tale declinazione della clausola generale di buona fede viene giustificata osservando che gli stessi principi di solidarietà ed eguaglianza sostanziale, di fondamento costituzionale, che vengono in considerazione quale fondamento e *ratio* delle nullità di protezione, sono destinati ad operare anche in funzione di «riequilibrio effettivo endocontrattuale quando l'azione di nullità utilizzata come nella specie in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. Limitatamente a tale ipotesi l'intermediario potrà opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini⁷⁸.

Le Sezioni Unite ritengono che al fine di modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio effettivo delle parti contrattuali di fronte all'uso selettivo della nullità di protezione non può, quindi, mancare un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi. Ove, anche al netto dei

delle posizioni contrattuali possono essere utilizzati in sede giurisdizionale non solo in modo effettivamente conforme al fine per cui sono stati concepiti – e cioè per rimuovere le condizioni di svantaggio di una parte derivanti dalla violazione delle regole imposte al contraente forte – ma anche in modo abusivo, ossia per arrecare un ingiustificato pregiudizio all'altra, pure se applicate conformemente al paradigma legale.

Per questa ragione, allora, le Sezioni Unite hanno ritenuto di vagliare la legittimità dell'uso selettivo della nullità di protezione nei contratti aventi ad oggetto servizi di investimento assumendo come criterio ordinante l'applicazione del principio di buona fede.

⁷⁷ In particolare, proprio nell'ordinanza di rimessione da cui è scaturita la pronuncia in commento è stata evidenziata la questione della compatibilità tra il peculiare regime delle nullità di protezione nei contratti di intermediazione finanziaria e l'opponibilità dell'eccezione di buona fede, al fine di individuare «un punto di equilibrio tra le esigenze di garanzia degli investimenti dei privati in relazione alla collocazione dei propri risparmi [...] e la tutela dell'intermediario anche in funzione della certezza dei mercati in materia di investimenti finanziari».

⁷⁸ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, *cit.*, punto 23 della motivazione.

rendimenti degli investimenti relativi agli ordini non colpiti dall'azione di nullità, si sia comunque determinato un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato, si ritiene che l'investitore abbia agito coerentemente con la funzione tipica delle nullità protettive, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere. Perciò, entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede.

Ove, invece, gli ordini non colpiti dall'azione di nullità non solo abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore, ma abbiano avuto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum* azionato in conseguenza della proposta azione di nullità, l'uso selettivo della nullità di protezione sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario. In tal caso, può essere opposta, ove sia oggetto di specifica allegazione ed al solo effetto di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati, l'eccezione di buona fede.

In definitiva, presupposto indefettibile dell'eccezione, opponibile nei limiti del *petitum* azionato, è che gli investimenti relativi agli ordini non coinvolti dall'azione di nullità abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore. Se i rendimenti degli investimenti non colpiti dall'azione siano pari o superiori al *petitum*, l'effetto impeditivo dell'eccezione sarà integrale; ove invece gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi, ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel *petitum*, l'effetto impeditivo dell'eccezione sarà, invece, parziale, ed opererà nei limiti del vantaggio ingiustificato conseguito.

All'esito del ricostruito *modus operandi* dell'eccezione di buona fede, le Sezioni Unite hanno infine precisato che il rimedio non è qualificabile come eccezione in senso stretto, «non agendo sui fatti costitutivi dell'azione di nullità da cui scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti»⁷⁹, pur dovendo essere di specifica allegazione⁸⁰.

⁷⁹ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, *cit.*, punto 23 della motivazione della sentenza.

⁸⁰ Secondo C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, *cit.*, 180, l'allegazione deve essere relativa agli elementi di fatto così come ai risultati positivi dell'azione di nullità che ne costituiscono il fondamento.

10. *Attitudine al giudicato della declaratoria di nullità del contratto-quadro*

Come reso palese dalla doglianza mossa dall'attore nel terzo motivo di ricorso, il tema dell'esercizio selettivo della nullità di protezione è connesso a quello dell'attitudine al giudicato dell'accertamento della nullità del contratto quadro. Su questo punto l'investitore ricorrente ha censurato il preteso vizio di ultrapetizione in cui la Corte territoriale sarebbe incorsa per aver accertato con valore di giudicato la nullità del contratto quadro, quando l'attore ne aveva chiesto l'accertamento *incidenter tantum*⁸¹. La soluzione di questo problema ha rilevanti implicazioni in punto di determinazione degli effetti della declaratoria di nullità, ragione per cui la Corte ha ritenuto di doverlo affrontare preliminarmente a quello della legittimità e delle conseguenze dell'esercizio dell'azione di nullità in via selettiva.

Secondo la giurisprudenza di legittimità⁸², l'accertamento *incidenter tantum* può riguardare soltanto un rapporto diverso da quello dedotto in giudizio che si ponga come mero antecedente logico della decisione da adottare ed ha efficacia meramente endoprocessuale. Viceversa, l'accertamento con valore di giudicato riguarda un presupposto giuridico eziologicamente collegato con la domanda tanto da costituirne premessa ineludibile ed ha attitudine ad acquisire rilievo autonomo ed efficacia che può propagarsi oltre il perimetro processuale.

Poiché l'accertamento della nullità del contratto quadro costituisce il presupposto non solo logico, ma anche tecnico-giuridico della domanda attorea, nonché dell'eccezione riconvenzionale di compensazione della convenuta, ne consegue che l'accertamento della nullità del contratto quadro, contrariamente a quanto prospettato dall'investitore ricorrente, ha attitudine e valore di giudicato⁸³.

⁸¹ Spiega M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 156-157, che «l'accertamento *incidenter tantum* era invocato da coloro che volevano far salvo, sotto il profilo processuale, l'uso selettivo della nullità».

⁸² Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, cit., al punto 13 della motivazione richiama Cass., 12 luglio 2005, n. 14578, e Cass., 2 agosto 2007, n. 16995.

⁸³ Cfr. Cass. Sez. Un., 4 novembre 2019, cit., punti 13 e 13.1 della motivazione della sentenza.

Si tratta di una precisazione fondamentale, perché questo profilo è legato alla censura mossa nel secondo motivo di ricorso al punto da costituirne parte integrante; il nesso logico sussistente tra le due questioni dovrebbe condurre ad una continuità tra le rispettive soluzioni. Ciò non è stato, come si vedrà più ampiamente qui di seguito; il che costituisce uno dei molteplici profili di criticità della sentenza delle Sezioni Unite.

11. Rilievi critici

A fronte della costruzione elaborata dalle Sezioni Unite non sono mancate le voci critiche degli Autori, i quali hanno evidenziato molteplici profili problematici della pronuncia, riconducibili a diversi snodi tematici.

a. L'ambito di applicazione del principio di diritto

Il primo punto da evidenziare riguarda l'ambito stesso di operatività del principio di diritto formulato dalle Sezioni Unite. Tale rilievo muove dal fatto che il caso deciso dai giudici della Corte è contrassegnato da «singolari circostanze fattuali». La pronuncia è infatti frutto di una nuova rimessione della questione in una controversia nella quale la nullità del contratto-quadro di intermediazione finanziaria sottoscritto dal solo cliente era ormai coperta da giudicato implicito⁸⁴. Si trattava, dunque, di una nullità pronunciata dai giudici di merito sulla base di uno degli indirizzi che, all'epoca, ancora si confrontavano in giurisprudenza e che, però, nel frattempo era stato superato dalla citata sentenza del gennaio 2018⁸⁵, con cui le stesse Sezioni Unite avevano sancito la validità del c.d. contratto monofirma.

Tale circostanza non è ininfluyente⁸⁶, perché se il caso avesse potuto essere deciso sulla base di quest'ultima pronuncia la controversia avrebbe dovuto concludersi con il

⁸⁴ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f., cit.*, 32.

⁸⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, *cit.*

⁸⁶ La stessa Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, al punto 14 della motivazione della sentenza, riconosce che tale circostanza non è secondaria, affermando che «L'esistenza [nel caso di specie] di un testo completo

rigetto della domanda dell'investitore per mancanza del presupposto su cui quella domanda era fondata, e cioè la nullità per vizio di forma del contratto quadro⁸⁷.

Alcuni Autori si sono allora domandati quanto la regola elaborata dalla sentenza sia vincolata alla particolarità della fattispecie concreta, dichiaratamente legata ad un vizio recessivo⁸⁸. Se il principio di diritto fosse applicabile esclusivamente a casi identici a quello sopra descritto, e dunque alle sole ipotesi nelle quali l'accertamento della nullità del contratto quadro monofirma fosse intervenuto e fosse passato in giudicato prima dell'accreditamento della tesi della validità del contratto quadro sottoscritto dal solo investitore, ne conseguirebbe che la concreta portata applicativa dei principi affermati dalle Sezioni Unite sarebbe utile per un numero ridottissimo di controversie, e quindi notevolmente ridimensionata.

La stessa dottrina che denuncia l'eccessiva ristrettezza dell'ambito applicativo della regola operativa risultante dalla sentenza lamenta, parallelamente, che la pronuncia avrebbe lasciato scoperte importanti questioni, suscettibili di conferire maggiore rilevanza al *dictum* della Corte. Si può citare, a titolo di esempio, «la questione, attualissima, se l'investitore possa scegliere di impugnare l'investimento X e non l'investimento Y, quando entrambi presentano un vizio diverso» da quello per cui è

e sottoscritto da uno dei contraenti, ancorché costituisca circostanza irrilevante, in relazione all'accertamento della nullità, perché coperta da giudicato, non può essere del tutto ignorata, in relazione alla valutazione della legittimità delle diverse forme di tutela dell'intermediario, determinate dall'uso selettivo delle nullità di protezione».

⁸⁷ Ovviamente, per lo stesso motivo sarebbe caduta anche l'eccezione riconvenzionale (di compensazione) proposta dall'intermediario, che era stata accolta dalla sentenza d'appello. Cfr. G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. "selettivo" della nullità di protezione*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2020, 9, e 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, 5 ss., il quale, in maniera esplicita, trae il corollario per cui «[...] il problema di sottoporre a controllo l'uso selettivo della nullità [...] non potrà mai porsi in concreto» in altri casi che riproducano le caratteristiche di quello esaminato dalle Sezioni Unite.

⁸⁸ Si vedano, in particolare, le considerazioni di D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 160 ss., ove si legge che la sentenza «riguarda dichiaratamente il solo vizio dell'investimento consistente nella nullità, dipendente dalla nullità del contratto di investimento per difetto di forma consistente nella mancanza di sottoscrizione dell'investitore (un vizio recessivo, perché l'ormai pacifica validità del contratto quadro che difetta della sottoscrizione dell'intermediario ha già, di fatto, ridotto il relativo contenzioso praticamente a zero)». L'Autore prospetta che la regola della sottrazione aritmetica dei guadagni dalle perdite nasca e si esaurisca nella sola dimensione della finanza, «perché è in finanza che il giudice avverte come ingiusto di essere adoperato come mercato di seconda istanza». In quest'ambito gli effetti della regola possono essere nulli, se verrà applicata esclusivamente entro il perimetro del vizio di nullità per mancanza di sottoscrizione del contratto di investimento da parte dell'investitore, oppure dirompenti, se invece verrà applicata anche a vizi diversi.

causa «non chiarendo se in questi ultimi casi, supposto che all'investitore sia in linea di principio vietato distinguere, sia o meno rilevante che gli investimenti siano tra loro collegati o non»⁸⁹.

Altra parte della dottrina ritiene, al contrario, che i principi enunciati dalla sentenza non siano irrilevanti per il futuro, ravvisando la possibilità di applicarli a casi diversi da quelli di nullità per mancanza della sottoscrizione dell'investitore, benché si tratti certamente di ipotesi più rare⁹⁰.

Vi è innanzitutto chi considera vizio di forma del contratto-quadro riconducibile alla previsione di cui all'art. 23 t.u.f. la firma apocrifia dell'investitore⁹¹, ovvero l'assenza totale di firma del cliente⁹².

A tali vizi si potrebbe aggiungere anche l'ipotesi di assenza *tout court* di contratto-quadro, quale si riscontra nel caso in cui il contratto-quadro non risulti redatto per iscritto e sia pertanto da considerarsi (sotto questo profilo) come inesistente⁹³.

Vi è poi un consistente filone dottrinale che valorizza, quale possibile causa di invalidità del contratto quadro, la mancanza o la radicale oscurità delle indicazioni richieste dall'art. 37, comma 3°, del Regolamento adottato con delibera Consob 15

⁸⁹ D. MAFFEIS, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁰ Simile considerazione, sia pur relativamente alla diversa ipotesi del difetto di consegna di un esemplare del contratto da parte dell'intermediario al cliente, viene svolta da M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 154. Ad avviso dell'Autrice si tratta di «uno specifico profilo di invalidità che può essere valorizzato in relazione ai contratti monofirma, che sembra essere sfuggito alla Corte e che si presta invece a conferire attualità alla questione dell'uso selettivo della nullità».

⁹¹ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f.*, cit., 33.

⁹² G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 9.

⁹³ Così A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f.*, cit., 33, e G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 9-10, il quale, peraltro, osserva che un passaggio della motivazione della sentenza in esame può far sorgere il dubbio circa l'applicabilità delle statuizioni in essa contenute a quest'ultima fattispecie, il che solleva il problema di quali reali prospettive applicative abbia il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite 2019. Il riferimento va al punto 14.1 della motivazione della sentenza, ove si legge che «deve escludersi l'applicabilità, nel caso di specie, del principio contenuto nell'ordinanza della I sezione civile, n. 10116 del 2018, secondo il quale l'intermediario non può opporsi ad un'azione fondata sull'uso selettivo della nullità ex art. 23 t.u.f. quando un contratto quadro manchi del tutto, né attraverso l'*exceptio doli* [...] né in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, per effetto della sopravvenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente». Dal canto suo, Cass., 24 aprile 2018, n. 10116 ritiene che in assenza di contratto quadro il rapporto non possa essere considerato in modo giuridicamente unitario, cosicché l'azione di nullità andrà rivolta, ai singoli (autonomi) ordini che risultino in concreto colpiti da vizi invalidanti.

febbraio 2018, n. 20307⁹⁴, ovviamente muovendo dal presupposto che si tratti di requisiti di contenuto-forma la cui carenza possa risolversi in nullità. Gli Autori che sposano questa ipotesi riconoscono che anche nel caso di carenza di contenuto precettivo del contratto-quadro si pone l'interrogativo circa la possibilità, per l'investitore, di far dichiarare la nullità di singoli ordini⁹⁵.

Si è poi osservato⁹⁶, sotto altro profilo, che la sentenza ha avuto il merito di aver solennemente riconosciuto che il requisito di forma posto dall'art. 23 t.u.f. è, a ben vedere, duplice: esso consiste tanto nell'obbligo di redigere per iscritto il testo del contratto-quadro di investimento quanto in quello di consegnarne un esemplare all'investitore⁹⁷. Muovendo da questa osservazione, si è ipotizzato che anche il difetto

⁹⁴ Il testo della disposizione menzionata prevede che: «il contratto con i clienti al dettaglio: a) specifica i servizi e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; b) stabilisce il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indica le modalità attraverso le quali il cliente può impartire ordini e istruzioni; d) prevede la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire a rendiconto dell'attività svolta; e) indica i corrispettivi spettanti all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti in conformità al Titolo V; f) indica se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; g) indica le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; h) indica le procedure di risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'art. 32-ter del Testo Unico».

⁹⁵ L'ipotesi prospettata è particolarmente suggestiva, sol che si pensi che la valorizzazione della *ratio* funzionalistica del requisito di forma scritta dovrebbe condurre alla conclusione secondo cui, ove l'investitore abbia sottoscritto un contratto contenutisticamente completo (e ne abbia ricevuto in copia un esemplare, ancorché non firmato dall'intermediario) la funzione della forma si sia di fatto realizzata, e quindi sia preclusa qualsiasi possibilità di impugnativa. Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *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, 177. Del pari ritengono che l'assenza dei contenuti imposti attraverso il requisito di forma-contenuto di cui all'art. 37 Reg. Intermediari Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018 ridondi in nullità *ex art. 23 t.u.f.*: A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f.*, *cit.*, 33; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, *cit.*, 155, e G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, *cit.*, 11-12, il quale da un lato afferma che una (ipotetica) nullità per questa ragione sarebbe una nullità virtuale e dall'altro dubita che le prescrizioni di contenuto di cui all'art. 37, comma 3, Reg. Consob, 15 febbraio 2018, n. 20307 siano tali che l'omissione di taluna di esse (quando non si risolve in un'ipotesi di mancanza o indeterminatezza dell'oggetto) conduca alla nullità del contratto quadro.

⁹⁶ Il riferimento è a M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, *cit.*, 155 ss.

⁹⁷ Si tratta di un dettaglio non irrilevante se si considera che la legge parla di consegna di un esemplare del contratto, non di un semplice documento informativo. La prassi mostra, infatti, che spesso l'investitore appone una seconda firma con cui attesta di aver ricevuto copia del contratto, ma questo tipo di dichiarazione non soddisfa il requisito di cui all'art. 23 t.u.f. Si consideri il caso in cui il cliente sottoscriva una proposta da inviare all'investitore. Secondo l'art. 1326 c.c. il contratto è concluso quando il proponente ha notizia dell'accettazione della controparte: perciò, salvi i casi in cui il contratto sia stipulato in presenza, la firma del cliente per ricevuta dell'esemplare del contratto non attesta nulla, essendo in calce ad una mera proposta. Non mutano le cose nel caso in cui analoga sottoscrizione per ricevuta sia apposta dal cliente sull'atto di accettazione di una proposta proveniente dall'intermediario, in quanto il proponente non

di consegna di un esemplare del contratto possa essere considerato quale causa di nullità del contratto-quadro di investimento *ex art. 23 t.u.f.*, e dunque, di riflesso, dei singoli ordini. Si è poi riconosciuto che la valorizzazione di questo specifico profilo di invalidità si presterebbe a conferire attualità alla questione dell'uso selettivo della nullità che, diversamente, rischia di rimanere relegata ai casi in cui la declaratoria di nullità del contratto-quadro per difetto di sottoscrizione dell'intermediario sia stata coperta dal giudicato prima della pronuncia delle Sezioni Unite sul monofirma, e a pochi altri comunque residuali⁹⁸.

Dunque i principi enunciati dalle Sezioni Unite potrebbero effettivamente essere invocati anche in casi diversi da quelli – del tutto residuali – del contratto monofirma dichiarato nullo con sentenza passata in giudicato. In tal caso si richiederà una particolare cautela nella loro applicazione⁹⁹, dovuta proprio alla maggiore complessità delle ipotesi di nullità del contratto-quadro diverse da quella che ha condotto alla pronuncia sulle nullità selettive del 4 novembre 2019.

b) La costruzione giurisprudenziale di un (rinnovato) statuto giuridico delle nullità di protezione: luci e ombre

Veniamo ora a quello che, a parere di chi scrive, costituisce il principale profilo di interesse sistematico della sentenza: vale a dire il tentativo di costruire, in via giurisprudenziale, uno statuto normativo (o più statuti normativi) delle nullità di protezione.

Atteso che la nullità di protezione è, com'è stato detto, una « figura a cantiere aperto »¹⁰⁰, un intervento delle Sezioni Unite che viene ad occuparsi della materia è evento di per sé importante; e tanto più lo è nel caso della sentenza 4 novembre 2019, ove il Collegio si è posto lo specifico obiettivo di effettuarne un'indagine approfondita e ad ampio raggio, con diretto riferimento ad una fattispecie concreta soggetta alla normativa t.u.f. sui servizi

potrebbe avere notizia di tale sottoscrizione nel momento in cui viene apposta e quindi, ancora una volta, il procedimento di conclusione del contratto non sarebbe ultimato. Cfr. M. GIROLAMI, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁸ M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, *cit.*, 156.

⁹⁹ Alla medesima esigenza di cautela si richiama anche A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione*, *cit.*, 33.

¹⁰⁰ A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, *cit.*, 91.

di investimento, per la quale si è posto il problema dell'eventuale carattere "selettivo" di tale nullità e dei limiti di questo¹⁰¹.

Per risolvere le questioni sollevate, le Sezioni Unite hanno svolto una riflessione preliminare, prendendo le mosse dall'interrogativo se «si possa configurare una disciplina generale comune a tutte le nullità di protezione, salvo differenze di dettaglio ove previste da una normativa specifica di settore, o se vi sia la coesistenza di differenziate forme di nullità di protezione, ciascuna dotata di un proprio statuto giuridico anche in relazione all'esercizio selettivo dell'azione di nullità»¹⁰².

Il Collegio ha indicato due fondamentali direttrici lungo le quali la prospettata ricostruzione del sistema delle nullità di protezione dovrebbe articolarsi. In primo luogo si tratta di definire l'esatto ambito della deroga ai principi generali riguardanti il regime di invalidità dei contratti desumibile dal peculiare regime giuridico delle nullità protettive; in secondo luogo, occorre verificare se possa configurarsi una disciplina generale comune a tutte le nullità di protezione, salvo differenze di dettaglio ove previste dalla normativa di settore, o se vi sia la coesistenza di diverse forme di nullità di protezione, ciascuna dotata di un proprio statuto giuridico autonomo, eventualmente anche in relazione all'esercizio selettivo dell'azione di nullità.

Anche se la sentenza non sembra aver sciolto in modo esplicito il nodo "di sistema" così individuato, pare comunque indirizzare verso la costruzione di una disciplina generale comune a tutte le ipotesi di nullità di protezione¹⁰³.

Il primo tema analizzato dalla Corte attiene alla funzione da riconoscere come propria della nullità di protezione, in generale, e di quella disciplinata dall'art. 23 t.u.f., in particolare. Secondo le Sezioni Unite, tale funzione va ravvisata nella «reintegrazione di una preesistente condizione di equilibrio strutturale che permea le fattispecie contrattuali». Dunque la Suprema Corte si allinea a una prospettiva molto diffusa nella letteratura attuale, ossia quella della funzione di riequilibrio endocontrattuale della nullità di protezione. In quest'ottica, è la stessa specificità della nullità di protezione a porre la

¹⁰¹ A.A. DOLMETTA, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰² Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 15.3 della motivazione della sentenza.

¹⁰³ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive, cit.*, 178. L'Autore argomenta dal fatto che il problema dell'esercizio selettivo dell'azione di nullità è stato risolto per mezzo della clausola generale di buona fede, e dunque secondo una tecnica argomentativa che assume una portata riferibile a qualsiasi ipotesi.

necessità di evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla *ratio* riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto¹⁰⁴.

E, tuttavia, già la stessa impostazione dogmatica della materia ha suscitato qualche perplessità, perché giudicata eccessivamente restrittiva rispetto all'angolo visuale che si dovrebbe adottare per una compiuta considerazione del fenomeno.

È stato detto, infatti, che la prospettiva adottata dalle Sezioni Unite confina il tema all'interno di una dinamica meramente contrattuale, che si esaurisce senza residui all'interno dello spazio del singolo contratto, e, in tale contesto, lo inquadra nell'ambito di una contrapposizione dialettica – di maggiore o minore forza – tra le parti: c'è uno "squilibrio" a cui occorre rimediare; la nullità "protegge" l'equilibrio sostanziale del contratto¹⁰⁵.

In realtà la nullità di protezione si pone tipicamente – e ciò vale ancora di più per i servizi di investimento – come struttura di completamento¹⁰⁶ di una serie di regole c.d. di *product governance*: oneri ed obblighi che la legge pone in capo all'impresa (sia in punto di fattispecie, sia in punto di esecuzione del rapporto), in funzione di tutela del cliente, inteso come espressione di una posizione seriale e quindi di una categoria. Tali regole, in sé, riguardano un'attività d'impresa¹⁰⁷, in quanto concernono la costruzione dei prodotti da immettere sul mercato, così come la loro effettiva immissione. In quest'ottica, la nullità di protezione viene allora a porsi come rimedio puntuale – cioè relativo alla singola fattispecie in cui viene riscontrata una violazione, da parte dell'impresa, di un onere o obbligo posto dalla legge – per comportamenti imprenditoriali che, se possono nel caso

¹⁰⁴ Cfr. A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione, cit.*, 92.

¹⁰⁵ A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, 92.

¹⁰⁶ Si tratta di una prospettiva di osservazione del fenomeno non usuale in letteratura. Sul punto si veda L. MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo informativo*, in *Foro it.*, 2018, 1289: «non è la forma, neutra da questo punto di vista, a proteggere, ma la nullità che l'ordinamento vi associa». Diverso è il tema della funzione protettiva dei doveri imposti dalla legge all'intermediario in punto di forma *ad substantiam*, i quali non si esauriscono in una semplice funzione informativa, ma consentono al cliente un controllo – continuativo e utile sul rapporto tra quanto predisposto dall'impresa nel contratto e quanto praticato nella realtà materiale.

¹⁰⁷ Si può citare l'esempio della norma di cui all'art. 117 t.u.b., in punto di onere della banca di consegnare al cliente uno degli esemplari del contratto.

essere occasionali o casuali, per sé esprimono decisioni e prassi riferibili all'attività d'impresa in quanto tale¹⁰⁸.

È indubbio, allora, che una lettura corretta della nullità di protezione non possa prescindere dalla circostanza che essa ha causa in violazioni, da parte dell'impresa, di regole poste a tutela del cliente, né dalla constatazione che il metro di misura di tale rimedio si colloca, per l'impresa, rispetto all'intera linea della sua operatività, dalla quale il cliente è estraneo per definizione. Ciò che l'impresa deve fare è immettere dei prodotti che siano buoni, cioè utili, per il cliente. Alla luce di queste osservazioni appare chiaro che un prodotto la cui costruzione e/o immissione nel mercato sconta violazioni di legge non può essere valutato come buono o utile. Senza contare che, sempre in una prospettiva di osservazione del fenomeno aperta all'operatività d'impresa e non chiusa nell'angolo contrattuale, un prodotto affetto da violazioni di legge tende, per sua natura, a falsare il gioco della concorrenza, penalizzando (almeno potenzialmente) la posizione delle imprese virtuose, ossia *compliant* alle regole di *product governance*¹⁰⁹.

Ad ogni modo, il *focus* posto dalla Corte sulla funzione della nullità di protezione conferma una visione già presente in dottrina circa l'identità di fondo del rimedio, e cioè l'idea che alla finalità protettiva unilaterale si accompagni necessariamente il carattere disponibile della tutela stessa, da parte del destinatario. Tale disponibilità della tutela in esame, fino alla pronuncia a Sezioni Unite del 4 novembre 2019, era sempre stata intesa nei termini di una scelta, rimessa alla valutazione discrezionale della parte protetta, tra demolizione o mantenimento del regolamento contrattuale¹¹⁰. A conferma della bontà della prospettiva d'indagine proposta, si è osservato che ciascuno dei profili costitutivi dello statuto della nullità di protezione è, in ultima istanza, una particolare declinazione del generale e fondamentale carattere disponibile della nuova forma di invalidità¹¹¹.

¹⁰⁸ A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, cit., 94.

¹⁰⁹ Per una trattazione più ampia su questi temi si veda A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, 2013, *passim*, nonché ID., *Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1234 ss.

¹¹⁰ Cfr. G. AMADIO, *Nullità speciali*, cit., 28 e 34 ss. La scelta tra mantenimento o demolizione cui è chiamato il contraente debole di fronte alla fattispecie (intero contratto o singola clausola) viziata viene considerata analoga, nella logica rimediabile, alla scelta tra adempimento e risoluzione, concessa al contraente fedele di fronte all'inadempimento contrattuale.

¹¹¹ Anzitutto, la costruzione di una nullità a legittimazione relativa (che proprio a seguito dell'avvento della legislazione protettiva del contraente debole si è normalizzata al punto da essere considerata l'essenza intrinseca della nullità in esame) sottende l'idea di una nullità di funzione, cioè diretta a proteggere interessi

Si tratta, quindi, di una forma di tutela civile complessivamente contraddistinta dal carattere disponibile, nel senso che è rimesso alla scelta discrezionale del contraente protetto la decisione di attivare la tutela, e cioè di far valere la nullità, o viceversa di far valere il regolamento nullo. Questa funzione complessiva costituisce il criterio ermeneutico attraverso cui risolvere ogni problema connesso alla figura.

La costruzione di una nullità di funzione, dal carattere disponibile, apre ad un fondamentale interrogativo: se la disponibilità della tutela vada collocata esclusivamente sul piano processuale o se – e in che modo – investa anche il rapporto sostanziale sottostante.

Proprio da questo interrogativo le Sezioni Unite hanno preso le mosse nella elaborazione della soluzione al problema dell'esercizio selettivo della nullità di protezione, e la risposta data si pone in evidente controtendenza con quella dottrina che, già da tempo, aveva sottolineato come la disponibilità dell'azione di nullità non potesse andare oltre il profilo della legittimazione attiva relativa¹¹².

Per questo motivo, allora, si può affermare che la sentenza ha una portata dirompente sul piano sistematico, poiché concepisce in modo nuovo la stessa fisionomia della nullità di protezione, nonché il grado di intensità della tutela che ne deriva a beneficio della parte la cui posizione il legislatore ha inteso rafforzare¹¹³.

di parte, la quale, a sua volta, costituisce il primo argomento a sostegno del carattere unilateralmente disponibile della tutela. Alla medesima *ratio* protettiva obbedisce anche il carattere della necessaria parzialità, che, rispetto alle nullità di protezione, vale come regola generale e non eccezionale: la scelta di limitare l'incidenza della nullità alle singole clausole colpite, tenendo fermo il regolamento residuo, concorre, assieme agli altri caratteri costitutivi del rimedio *de quo*, alla tutela del contraente debole, consentendogli di ottenere i vantaggi che il contratto gli può procurare al netto degli aspetti pregiudizievoli. Non solo; la parzialità della nullità costituisce anche estensione logica del suo carattere relativo e disponibile, nel senso che, venendo meno il giudizio previsto dall'art. 1419 c.c., solo la parte tutelata è arbitra delle sorti della fattispecie: solo il contraente protetto può infatti decidere in merito all'attuazione o alla caducazione della regola negoziale viziata. Anche il profilo della rilevabilità d'ufficio si conforma alla funzione protettiva, imponendo all'intervento del giudice un limite generale, individuato nella necessaria corrispondenza del *decisum* all'interesse protetto, da verificare in concreto attraverso la valutazione del comportamento processuale tenuto dal contraente debole. In questo modo la declaratoria di nullità risulta strumentale all'interesse di cui il contraente debole è portatore nel caso concreto. Cfr., sul punto, G. AMADIO, *Nullità speciali*, cit., 31 ss., nonché a quanto detto più ampiamente nel successivo Capitolo 3, par. 4-7.

¹¹² S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1042 ss., ribadita da ultimo in ID., *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, cit., 163 ss.

¹¹³ Cfr. R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 7 gennaio 2020.

Secondo quanto affermato in modo costante dalla dottrina e, almeno fino al 2014, anche dalla giurisprudenza, la *ratio* protettiva della previsione di nullità *ex art. 23 t.u.f.* – e, con questa, la disponibilità della tutela accordata al contraente debole – si esaurisce nel solo profilo della legittimazione processuale relativa, e precisamente nella scelta riservata alla parte legittimata di far valere il vizio di forma del contratto quadro, o di rinunciare all’azione. Il cliente può, cioè, decidere di non travolgere il contratto quadro, se nel complesso il servizio di investimento lo soddisfa, come d’altra parte può decidere di farne dichiarare la nullità, se ciò risponde meglio al suo interesse. Solo a lui spetta tale decisione, perché così vuole la legge. Una volta effettuata tale scelta, però, non vi sono ragioni per protrarre ulteriormente la tutela dell’investitore, giustificando ulteriori deviazioni dalle comuni regole contrattuali. La legge non sembra infatti prevedere che la protezione dell’investitore possa spingersi fino ad un utilizzo dello strumento invalidante a lui accordato tale da interferire con le regole generali che disciplinano le conseguenze della nullità contrattuale¹¹⁴. E così, se si accede all’opzione ricostruttiva secondo cui il contratto-quadro di investimento si lega ai singoli ordini secondo la logica del collegamento negoziale¹¹⁵, sembrerebbe giocoforza ammettere che, una volta dichiarata la nullità del contratto-quadro, debbano cadere anche tutti gli ordini che da quello traggono legittimazione¹¹⁶.

Le Sezioni Unite hanno invece proposto una soluzione diversa, secondo la quale: «la nullità per difetto di forma scritta, contenuta nel d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 3, può essere fatta valere esclusivamente dall’investitore con la conseguenza che gli effetti

¹¹⁴ M. GIROLAMI, *L’uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 157.

¹¹⁵ E cioè, utilizzando le parole di Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 393 ss., con nota di C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*, secondo la linea di una «sequenza che – in ragione di un razionale disegno di ispirazione unitaria e inteso, questo sì, a proteggere la posizione dell’investitore (nello sviluppo del principio costituzionale di tutela del risparmio di cui all’art. 47 Cost.) – viene a svolgersi lungo più fasi in consecuzione fra loro». Si veda anche Cass., 7 luglio 2017, n. 16861.

Riservando ogni più approfondita indagine sulla struttura dei contratti di investimento al successivo Capitolo 2, parr. 3 e 4, si dà atto sin d’ora che le principali ricostruzioni in materia si devono a: F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, 4 ss.; V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 499; M. MAGGIOLLO, *Servizi ed attività di investimento*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 485 ss. Con riguardo ai contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento diversi dalla gestione individuale di portafogli, la giurisprudenza conferma l’autonomia strutturale dei singoli ordini di investimento rispetto al contratto quadro, ammettendone, altresì, la risolubilità: cfr., Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, cit.

¹¹⁶ M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 725.

processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini d'acquisto può 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»¹¹⁷.

Come si può evincere dall'enunciato principio di diritto, uno dei principali punti di novità della pronuncia sulle nullità selettive è stato proprio quello di aver allargato l'ambito di incidenza della regola dell'operatività a vantaggio della nullità di protezione oltre il piano processuale della legittimazione relativa e della rilevazione officiosa del vizio¹¹⁸, per muoversi su quello, sostanziale, degli effetti caducatori e restitutori della nullità, determinando così una corrispondente inedita estensione della tutela accordata al contraente debole. Come si è illustrato sopra, al par. 8, da tale regola è stata ricavato l'esclusivo potere del cliente di indicare le operazioni di investimento alle quali attribuire il disvalore, da cui derivano gli effetti caducatori e, quindi, restitutori conseguenti all'accertata nullità del contratto¹¹⁹.

La medesima regola è stata, inoltre, utilizzata per giustificare il rifiuto dell'ipotesi ricostruttiva che vorrebbe assoggettare la nullità di protezione alla disciplina delle conseguenze restitutorie proprie del regime generale della nullità¹²⁰. Con ciò si vuole dire che la particolare modulazione, in senso favorevole al cliente, degli effetti restitutori della

¹¹⁷ Così la massima di Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314.

¹¹⁸ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f., cit.*, 33-34, osserva come già nel contesto della disciplina delle clausole abusive (art. 36 c. cons.) si poteva scorgere l'influenza del criterio dell'operatività a vantaggio del consumatore sugli effetti caducatori dell'invalidità. Per un verso quale giustificazione della necessaria parzialità della stessa e, per l'altro, contribuendo a individuare le ipotesi di ammissibilità dell'integrazione, conseguente alla declaratoria di nullità di una clausola. Sui limiti all'integrazione del contratto, conseguente alla nullità parziale di protezione, cfr., in giurisprudenza: Corte giust. UE, 21 gennaio 2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 417 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Il restatement della Corte di Giustizia sull'integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*. Sottolinea da ultimo la disponibilità dell'effetto caducatorio, quando a seguito dell'abusività della clausola il contratto non possa sopravvivere, né essere integrato mediante disposizioni suppletive: Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, C-260/18, punto 46 ess., in *curia.europa.eu*. Sui limiti all'integrazione dispositiva conseguente alla nullità di una clausola abusiva si vedano, in dottrina: S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, II, 561 ss.; e F. AZZARRI, *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *ODCC*, 2017, 55 ss.

¹¹⁹ Cfr. U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, I, 842 ss.

¹²⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive, cit.*, 178.

declaratoria di nullità, in cui si estrinseca la nullità selettiva, arriva a coinvolgere la disciplina della ripetizione d'indebito, che appare, quantomeno rispetto alla fattispecie attenzionata, strutturata in modo asimmetrico.

Ed invero, se gli effetti restitutori della declaratoria di nullità fossero governati secondo i principi generali, ne dovrebbe conseguire che, una volta dichiarata l'invalidità del contratto quadro, entrambe le parti dovrebbero essere legittimate ad esercitare le azioni di restituzione che trovano giustificazione nella declaratoria di nullità.

La Corte si è invece indirizzata nel senso già esplicitato in un proprio precedente¹²¹, secondo il quale mentre l'investitore, al netto del correttivo della buona fede, può in linea di principio far proprie le conseguenze dell'accertata nullità del contratto quadro secondo la sua scelta, in relazione alla propria valutazione di interesse ad agire in giudizio¹²², l'intermediario non è del pari legittimato in questo senso¹²³. Un simile ragionare rifiuta quindi l'esperibilità da parte dell'intermediario della domanda riconvenzionale di nullità (e conseguenti restituzioni) che abbia ad oggetto ordini differenti da quelli impugnati dal cliente¹²⁴.

Ad avviso della Corte, tale opzione ricostruttiva sarebbe giustificata in quanto «una diversa interpretazione del sistema delle nullità di protezione condurrebbe all'effetto, certamente non voluto dal legislatore, della sostanziale abrogazione dello speciale regime di intangibilità ed impermeabilità proprio delle nullità di protezione»¹²⁵. E dunque la nullità di protezione declinata in via selettiva rappresenterebbe la tecnica rimediale diretta a conseguire un nuovo equilibrio normativo di posizioni negoziali che, sul mercato, si connotano per asimmetrie (informative e di potere negoziale) altrimenti irrimediabili¹²⁶. Si renderebbe, così, effettiva la precipua natura del rimedio quale congegno giuridico

¹²¹ Il riferimento va a Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, *cit.*

¹²² Questo è il significato da attribuire alle parole usate da Cass, Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 17.1.2. della motivazione, ove viene riconosciuta «operatività piena, processuale e sostanziale, del regime giuridico delle nullità di protezione esclusivamente a vantaggio del cliente».

¹²³ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, *cit.*, 179.

¹²⁴ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f.*, *cit.*, 34.

¹²⁵ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 17.1.2. della motivazione della sentenza.

¹²⁶ Per una ricostruzione sistematica della nullità di protezione si vedano V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, 436 ss., e M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 322 ss.

regolatorio, connotato da una spiccata funzione deterrente¹²⁷, diretto a conformare l'attività economica svolta dal professionista e, così, il mercato di riferimento¹²⁸.

In realtà, come è stato messo in evidenza in alcuni tra i più recenti contributi sul punto¹²⁹, la ragione sottesa alla soluzione adottata dalle Sezioni Unite sarebbe, in realtà, più che altro di tipo economico. Non si dimentichi, infatti, che la particolarità (e difficoltà) del caso di specie era data dal fatto che si trattava di decidere su domande in ordine alle quali erano state fatte scelte processuali irreversibili, delle quali bisognava tenere conto.

Ammettere che la nullità del contratto quadro, già dichiarata e coperta dal giudicato, come nel caso di specie, determinasse la caducazione dell'intera operazione avrebbe condotto ad un esito pregiudizievole per l'investitore, il quale avrebbe perso anche il beneficio degli ordini andati a buon fine. Al contrario, legittimare il cliente a modulare le conseguenze di una declaratoria di nullità a proprio arbitrio, avrebbe ingiustificatamente danneggiato le banche intermediarie estendendo eccessivamente la tutela del contraente debole, senza un preciso fondamento normativo¹³⁰. Così le Sezioni Unite hanno trovato una soluzione che è stata definita «di sostanza *soft*»¹³¹ o «di compromesso»¹³²: da un lato hanno salvato in linea teorica l'ammissibilità della selezione degli ordini per non pregiudicare gli investitori, ma dall'altro ne hanno arginato le conseguenze deteriori, a

¹²⁷ La funzione deterrente delle clausole abusive è rimarcata da Corte Giust. UE, 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 E C-308/15, punto 60, e da Corte Giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, punto 68, in *curia.europa.eu*.

¹²⁸ In dottrina il collegamento tra regolazione del contratto e dell'attività è sottolineato da tempo. Si veda, *ex multis*: JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. dir. priv., eur.*, III, a cura di Lipari, Padova, 2003, 64 ss.

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

¹²⁹ Ci si riferisce in particolare a M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione, cit.*, 725-727; ID., *L'uso selettivo delle nullità di protezione, cit.*, 157; nonché a R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario, cit.*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 7 gennaio 2020.

¹³⁰ M. GIROLAMI, *op. loc. ult. cit.*

¹³¹ A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione, cit.*, 107 e ID., *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2020.

¹³² R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 7 gennaio 2020.

mezzo dell'eccezione di buona fede, che opera su un piano diverso e ulteriore rispetto a quello della nullità, ovvero come elemento di temperamento nelle sue conseguenze¹³³.

Secondo la maggior parte degli Autori che si sono confrontati con la pronuncia, il passaggio della motivazione della sentenza che espone la nuova regola è quello che presta il fianco alle critiche più serrate. Il percorso argomentativo che estende la tutela del contraente debole dal piano della legittimazione esclusiva a far valere la nullità, sancita dall'art. 23, comma 3°, t.u.f., a quello della disciplina delle conseguenti azioni di ripetizione è apparso arduo e tortuoso¹³⁴, se non contrassegnato da un vero e proprio salto logico. Le perplessità sollevate coinvolgono più aspetti della costruzione elaborata dalle Sezioni Unite.

Vi è chi ha evidenziato come il concetto di nullità selettiva sia connotato da forte ambiguità¹³⁵, dovuta ad un'indebita applicazione della regola della necessaria parziarietà della nullità di protezione ad una fattispecie del tutto peculiare, cui risulta difficilmente estensibile la logica evocata. Come emerge dalle parole della Corte, la figura della nullità selettiva di cui alla sentenza del 2019 altro non è che il risultato del (necessario) adattamento del *modus operandi* della nullità di protezione quando colpisce singole clausole di un unico contratto, all'ipotesi in cui la nullità di protezione interessa integralmente un unico contratto-base, da cui dipendono plurime operazioni.

Questo ragionamento, tuttavia, sconta due equivoci. Innanzitutto muove dall'erroneo presupposto che l'ipotesi del contratto-quadro nullo per vizio di forma *ex art. 23 t.u.f.* sia equiparabile a quella di un contratto contenente clausole vessatorie o abusive, di modo che come in quest'ultimo caso il contraente protetto può selezionare le clausole di cui chiedere la caducazione, postulando che tutte le altre rimangano in vita, altrettanto egli può fare nel caso degli ordini di investimento retti dal contratto quadro nullo. In secondo

¹³³ È la stessa Corte ad ammetterlo, laddove afferma che: «l'eccezione di buona fede, operando su un piano diverso da quello dell'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non è configurabile come eccezione in senso stretto non agendo sui fatti costitutivi dell'azione di nullità dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti»: Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, cit., punto 23 della motivazione.

¹³⁴ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 179.

¹³⁵ Il riferimento è a G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 20 ss., e a M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 157.

luogo, assume che, nel caso specifico, il cliente di un servizio di investimento retto da un contratto quadro nullo si troverebbe dinanzi ad un inedito “prendere o lasciare”, in quanto si traduce in una nullità che arriva potenzialmente a travolgere l’intero servizio di investimento e non in una nullità limitata ad una clausola del contratto, come è di solito per la nullità di protezione. Cosicché nella fattispecie in esame l’uso selettivo della nullità si porrebbe come l’unica via per ovviare all’alternativa secca del tutto o niente che non sembrerebbe in linea con la *ratio legis*¹³⁶.

Si osserva infatti che, per un verso, le singole operazioni di investimento disposte dal risparmiatore non sono in alcun modo qualificabili come effetti del contratto-quadro¹³⁷, ma come atti che trovano nel contratto-quadro il loro presupposto logico-causale; si tratta, dunque, di fattispecie del tutto eterogenee. Perciò se, come nel caso disciplinato dall’art. 23 t.u.f., la nullità colpisce in modo totale il contratto-quadro, non è ipotizzabile una sua permanenza in vita (come avviene invece quando si eliminano singole clausole di un contratto, che rimane, per il resto, valido ed efficace), così come non è ipotizzabile una permanenza in vita di alcuno dei contratti a valle che dal contratto-quadro dipendono¹³⁸. Pertanto la nullità non può colpire solo alcuni ordini di investimento, ma tutti necessariamente.

Per altro verso, si osserva che quello del prendere o lasciare è, in realtà, un falso problema se si pensa che la logica del tutto o niente non è affatto estranea alla nullità di protezione, e dunque da correggere a tutti i costi, ma la accompagna fin dalle origini e si ritrova nella sua disciplina di riferimento¹³⁹.

Tutte queste considerazioni hanno portato a concludere che il concetto di nullità selettiva, quale individuato dalle Sezioni Unite nella sentenza 4 novembre 2019, non appare idoneo non solo a individuare una *species* significativa a sé stante, nell’ambito della pluralità di

¹³⁶ M. GIROLAMI, *L’uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 157.

¹³⁷ G. D’AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 20-21.

¹³⁸ Cfr. G. D’AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 21.

¹³⁹ M. GIROLAMI, *op. loc. ult. cit.*, cita l’esempio della clausola, presunta vessatoria, che riconosce la facoltà di recesso *ad nutum* del professionista (art. 33, lett. h, c. cons.): in questo caso il consumatore può scegliere se far valere la nullità della clausola, mantenendo il contratto, oppure rinunciare ad agire, consentendo così al professionista di recedere, perdendo l’affare del tutto. Nel caso governato dall’art. 23 t.u.f. per il contraente debole si prospetta proprio un’alternativa simile a quella appena descritta.

figure in cui si articola il *genus* della nullità di protezione, ma nemmeno a individuare un tratto costante che possa ritenersi proprio di questa figura¹⁴⁰. La «strutturale vocazione ad un uso selettivo»¹⁴¹ che, ad avviso della Corte, caratterizza la nullità di protezione, risulterebbe quindi disattesa.

Altra importante critica mossa alla sentenza delle Sezioni Unite è di aver mutato l'assetto delle regole che disciplinano le restituzioni conseguenti all'accertamento della nullità di protezione in modo tale da compromettere la stessa identità della nullità quale categoria di invalidità.

Si è già sottolineato che la nullità di protezione ha natura funzionale: opera come meccanismo di riequilibrio endocontrattuale finalizzato al rafforzamento della posizione di uno dei contraenti rispetto all'altro. In ragione di ciò, non si mette in dubbio che la nullità di protezione rimetta al contraente debole la scelta se dare seguito al vizio o profittare degli effetti della clausola o del negozio, senza che la controparte professionale possa o debba avere voce in capitolo al riguardo, e che addirittura il rilievo officioso del giudice debba arrestarsi di fronte ad una manifestazione di volontà in senso contrario del contraente debole. Tuttavia, nessun indice normativo induce a pensare che il *favor* così espresso dall'ordinamento, in nome del ripristino, almeno *ex post*, dell'equilibrio reale tra le posizioni negoziali dei contraenti, si debba spingere fino a modificare la disciplina delle conseguenze dalla declaratoria di nullità¹⁴².

E invece proprio questo ha fatto la Corte, affermando che solo la parte protetta può beneficiare degli effetti della pronuncia di nullità¹⁴³. Le conseguenze sistematiche che discendono da questa impostazione sono molto diverse da quelle che derivano da quella secondo cui la nullità di protezione ha, quale tratto differenziale rispetto al paradigma della nullità codicistica, solo ed esclusivamente quello della limitazione soggettiva a farla valere.

¹⁴⁰ G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 22.

¹⁴¹ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, cit., punto 19 della motivazione.

¹⁴² M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 726.

¹⁴³ R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 7 gennaio 2020. cit.

Se si muove dal presupposto che la nullità, anche quando sia relativa, conserva nondimeno le sue caratteristiche di vizio radicale, in presenza del quale il contratto risulta inidoneo a produrre effetti giuridici riconoscibili dall'ordinamento, ne discende che il giudice, con la sua pronuncia, non fa che accertare l'inefficacia, radicale e *ab origine*, del contratto affetto da nullità. Posta questa premessa, è difficile sottrarsi alla conseguenza che un simile accertamento apra anche all'altra parte la possibilità di ripetere (autonomamente o in via riconvenzionale) la prestazione eventualmente resa in esecuzione di quel medesimo contratto¹⁴⁴. Si può allora affermare che la legittimazione esclusiva ad agire per far dichiarare la nullità non implica affatto, sul piano logico, che altrettanto esclusiva sia la legittimazione ad agire per la ripetizione di prestazioni che l'accertata nullità del contratto ha dimostrato essere prive di una legittima causa di attribuzione¹⁴⁵. Questa conclusione avrebbe il pregio di riconoscere alla nullità di protezione la stessa matrice giuridica della nullità tradizionale, e cioè quella di forma radicale di reazione dell'ordinamento al manifestarsi di patologie negoziali così gravi da rendere il contratto totalmente incapace di produrre effetti giuridici, per l'una come per l'altra parte, salva la limitazione soggettiva a farla valere¹⁴⁶.

Ad una conclusione del tutto diversa si perviene, invece, ipotizzando che il carattere relativo della nullità non operi unicamente sul piano della legittimazione ad agire in giudizio per farla accertare, bensì, come affermano le Sezioni Unite nella pronuncia in commento, anche sul piano sostanziale¹⁴⁷. Ciò vale a dire che il contratto viziato dovrebbe essere considerato nullo e improduttivo di effetti giuridici soltanto per la parte protetta, mentre per l'altra parte continuerebbe a esplicare efficacia vincolante¹⁴⁸. Diretta

¹⁴⁴ R. RORDORF, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁵ G. PETTI, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2019, 288.

¹⁴⁶ Cfr. R. RORDORF, *op. loc. ult. cit.*

¹⁴⁷ Secondo M. GIROLAMI, (*voce*), *Nullità di protezione*, *cit.*, 726 «si tratta, con buona probabilità, di una conclusione generata dal fraintendimento della regola dell'operatività a vantaggio che il legislatore menziona nella legislazione che presidia i contratti sperequati». A tal proposito l'Autrice rammenta che in dottrina si discute se l'operatività della nullità di protezione ad esclusivo vantaggio del contraente protetto debba essere intesa quale sinonimo della legittimazione relativa o se abbia, invece, una propria autonoma consistenza concettuale. Tale non univocità di vedute avrebbe quindi creato lo spazio per l'interpretazione offerta dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 28314 del 2019.

¹⁴⁸ Di un «modo di operare unidirezionale della nullità» parla (a proposito della disciplina della nullità protettiva disposta a favore del consumatore) A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, in *I Contratti*, 2003, 205, nt. 24.

conseguenza di questa impostazione è che anche la possibilità di pretendere la restituzione delle prestazioni eseguite in base al contratto (solo relativamente) nullo sarà data unicamente alla parte che abbia agito per far valere la nullità: «la nullità relativa assumerebbe quindi la veste di una nullità parziale, sotto il profilo soggettivo, o forse meglio di una nullità unilaterale»¹⁴⁹.

Intesa in questa seconda accezione, la figura della nullità di protezione verrebbe a discostarsi di molto dalla concezione originaria della nullità di impronta codicistica. Si creerebbe, peraltro, un dualismo interno alla stessa macrocategoria della nullità, concernente, da un lato, il *modus operandi* dell'invalidità, e dall'altro, quale sua diretta conseguenza, il regime restitutorio che ne deriva. Vi sarebbe, quindi, un doppio regime delle restituzioni: bilaterale nel caso della nullità ordinaria, e unilaterale nel caso della nullità di protezione¹⁵⁰. Pertanto sono comprensibili le perplessità che la sentenza ha suscitato da questo punto di vista, poiché le conclusioni che introduce rischiano di introdurre un assetto difficilmente compatibile con la disciplina degli effetti dell'azione di nullità¹⁵¹.

Le criticità esposte postulano, inoltre, l'esigenza di riflettere in modo più approfondito su un profilo lasciato scoperto dalla pronuncia sulle nullità selettive, e cioè sulla misura in cui gli obblighi restitutori rientrano nella strategia normativa regolatoria articolata dal legislatore con le nullità totali di protezione. Ciò consentirebbe di strutturare in modo

¹⁴⁹ R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 7 gennaio 2020.

¹⁵⁰ Per la tesi secondo cui nella sentenza 4 novembre 2019 le Sezioni Unite avrebbero abbracciato l'idea della «ripetibilità delle sole prestazioni effettuate dalla parte legittimata ad agire in giudizio per la caducazione del contratto» cfr. D. IMBRUGLIA, *Appunti su nullità e restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, 1528 ss. Per una posizione critica a questo atteggiamento si vedano G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo delle nullità di protezione*, *cit.*, 19 ss.; ID., *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 769 ss.; A. IULIANI, *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, I, 275 ss.

¹⁵¹ Si veda, in particolare, quanto osservato da S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, *cit.*, 165, il quale sottolinea «l'incondivisibilità della conclusione cui oggi pervengono le Sezioni Unite, che pur affermando che il giudicato investe la *quaestio nullitatis* sul contratto-quadro, ne circoscrivono, poi, le conseguenze, ma a parere di chi scrive senza un solido fondamento normativo, anzi in distonia con i principi generali del diritto processuale e sostanziale, assumendo che di tale giudicato può avvalersi soltanto l'investitore sia sul piano sostanziale (*rectius*: processuale) della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso». Per ulteriori approfondimenti sul contrasto tra giudicato sulla *quaestio nullitatis* e nullità selettiva si rinvia a quanto espresso nel successivo punto c).

chiaro e univoco il regime restitutorio conseguente all'esercizio della nullità in via selettiva; aspetto che, ad oggi, è tutt'altro che pacifico¹⁵². Tale linea di indagine si pone nel solco di quella già avviata, sia pur con riferimento ai contratti sinallagmatici, da recente dottrina, che ritiene impossibile ravvisare una netta separazione tra il rimedio demolitorio e gli effetti restitutori. Questi ultimi costituirebbero, rispetto all'invalidità, un rimedio secondario, da ricostruire in modo coerente con la funzione del primo¹⁵³.

Non sembra poi eludibile, più in generale, una riflessione circa l'ammissibilità, nel sistema delle tutele privatistiche di diritto europeo, di congegni ultracompensativi, allorquando essi risultino funzionali all'obiettivo di conformazione dell'attività dei

¹⁵² Sulla preclusione all'intermediario dell'azione di ripetizione non vi è unanimità di vedute in dottrina. Si segnala al riguardo innanzitutto l'opinione di G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 16 ss., ad avviso del quale il fatto che l'intermediario non possa esercitare neanche in parte l'azione di ripetizione in relazione ad ordini che non siano stati contestati dall'investitore, non vuol dire che egli subisca analoga preclusione con riguardo agli ordini di cui l'investitore abbia chiesto la caducazione. Ed anzi, con riferimento al singolo ordine dichiarato nullo persiste la reciprocità delle pretese restitutorie, che possono essere fatte valere dal risparmiatore e dall'intermediario. Diversamente ragionando si legittimerebbe un arricchimento ingiustificato, che non potrebbe avere fondamento nemmeno alla luce del carattere protettivo della nullità. L'Autore osserva che un simile ragionamento non comporta deroga alla regola – di cui la nullità selettiva costituisce applicazione – secondo cui la nullità di protezione può essere pronunciata solo a vantaggio del contraente debole (consumatore o cliente che sia), poiché questa regola significa solo che il contraente protetto può azionare la nullità per eliminare un effetto dannoso prodotto nella sua sfera patrimoniale dal contratto o da una clausola, ma non comporta l'attribuzione anche di un indebito profitto, quale sarebbe quello consistente nel poter, oltre che ripetere la propria prestazione, anche trattenere quanto ottenuto attraverso l'attività dell'intermediario. Anche secondo A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione*, cit., 33 ss., le restituzioni, consequenziali alla nullità (ai sensi dell'art. 1422 c.c.) non subiscono alcuna torsione nella regola di protezione: l'intermediario è tenuto a rimborsare il denaro ricevuto dall'investitore (assieme ai frutti ex art. 2033 c.c.) e, specularmente, l'investitore deve restituire i titoli oggetto dell'investimento, con gli eventuali frutti percepiti, ove ne sussistano i presupposti. Risulterebbe, così, confermata la tradizionale regola di separatezza tra invalidità ed effetti restitutori, disciplinati dagli artt. 2033 ss. c.c. Tuttavia, sempre a detta dell'Autore, questa lettura sembrerebbe messa in discussione in alcuni passaggi della motivazione della sentenza, caratterizzati da significativa ambiguità: i) «l'intermediario non può avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, che ne possono scaturire a suo vantaggio»; ii) «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 e i suoi effetti in capo a uno dei contraenti». Parole che inducono a domandarsi se la Suprema Corte non abbia in realtà voluto ipotizzare una sterilizzazione *tout court* della pretesa restitutoria dell'intermediario. L'Autore è scettico circa tale esito ermeneutico, pur riconoscendo che, nell'ipotesi di gestione di portafogli di investimento (art. 24 t.u.f.), soltanto questa lettura della pronuncia consentirebbe al cliente di impugnare selettivamente gli investimenti, in quanto il contratto di gestione individuale di portafogli non si presta a essere ricostruito in chiave binaria, mancando l'autonomia strutturale tra contratto quadro e ordini di investimento che caratterizza gli altri servizi di investimento.

¹⁵³ Cfr. E. BARGELLI, «Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebito. *L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 87 ss.

soggetti regolati secondo le indicazioni del legislatore europeo¹⁵⁴. In quest'ottica, la discrezionalità del legislatore (e dell'interprete) nazionale dovrebbe inoltre tenere conto della previsione dell'art. 69.2 della direttiva 65/2014/UE (cd. MiFID II)¹⁵⁵, che sembra richiedere la sussistenza di un nesso tra le perdite subite e la violazione di disciplina da parte dell'intermediario.

Quanto finora osservato potrebbe suggerire una qualche cautela nell'accedere alla configurazione esposta dalle Sezioni Unite, in assenza di segnali sufficientemente univoci da parte del legislatore, ancorché, a detta di molti, in questo modo la tutela della parte debole verrebbe senz'altro rafforzata (peraltro, non senza valenza sanzionatoria a carico dell'altra parte)¹⁵⁶. È stato infatti più volte affermato che, nella misura in cui finisce per dare luogo a un *deficit* di deterrenza, la neutralità della disciplina dell'indebito¹⁵⁷ ostacola senz'altro la lettura funzionale delle nullità di protezione quale si riscontra nel filone interpretativo avviato dalle Sezioni Unite già a partire dal precedente sul monofirma¹⁵⁸.

¹⁵⁴ Corte Giust. UE, 30 maggio 2013, C-604/11, § 58, indica gli obiettivi dell'effettività e dell'equivalenza in relazione ai rimedi previsti dai legislatori nazionali per la violazione delle regole in materia di prestazione di servizi di investimento.

¹⁵⁵ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione*, cit., 35, osserva che alla luce di questo contesto normativo sarebbe stato forse più opportuno il rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE, che la Cassazione ha invece escluso a beneficio di una prospettiva ripiegata sul diritto nazionale, orientata a valorizzare il ruolo della buona fede quale limite interno agli effetti del rimedio demolitorio diretto a contenere vantaggi ingiustificati per una delle parti.

¹⁵⁶ R. RORDORF, *op. loc. ult. cit.*, il quale, a questo proposito, osserva che: «si potrebbe dire che si cerca, così, di accentuare la dissimmetria legale delle posizioni delle parti, quanto ai rimedi azionabili in presenza di vizi negoziali, al fine di bilanciare l'opposta situazione di dissimmetria delle stesse parti nella fase della stipulazione e dell'esecuzione del contratto».

¹⁵⁷ L'autonomia tra nullità e ripetizione dell'indebito è tradizionalmente sostenuta dalla dottrina: cfr., anche per ulteriori riferimenti, L. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 2 ed., Bologna-Roma, 2010, 266 ss. Diversa è l'impostazione di E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», cit., 87 ss. Propone il superamento dell'art. 2035 c.c. e l'applicazione di una regola di irripetibilità basata sulle circostanze del caso concreto, sulla scorta delle suggestioni provenienti dal diritto europeo dei contratti (cfr. art. VII.-6:103 DCFR): F.P. PATTI, «*In pari causa turpitudinis*», *cinquant'anni dopo*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, II, 2018, 1554. Fautore della tesi della ripetibilità delle sole prestazioni effettuate dalla parte legittimata ad agire in giudizio per la caducazione del contratto è D. IMBRUGLIA, *Appunti su nullità e restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, 1528 ss.

¹⁵⁸ Così C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 179; similmente R. RORDORF, *op. loc. ult. cit.* Ritiene invece che la comune disciplina dell'indebito sia comunque in grado di assicurare una adeguata composizione degli interessi in gioco M. GIROLAMI, *Ragioni nomofilattiche del settore bancario-finanziario e funzione nomofilattica della cassazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, III, 584 ss., specialmente nt. 43. In ID., (voce) *Nullità di protezione*, cit., 726, l'Autrice aggiunge che: «Non irrilevante appare inoltre il fatto che, nonostante le profonde differenze sostanziali e processuali che separano la nullità e l'annullabilità tradizionali, le conseguenze dell'invalidità trovino in entrambi i casi uguale e pacifica composizione nelle regole di cui agli artt. 2033 ss. c.c. Non è chiaro dunque perché la nullità di protezione dovrebbe richiedere di ragionare diversamente». Indulge invece al fatto che l'intermediario non possa azionare la *condictio*

Tuttavia, anche qualora si aderisse a questa ipotesi ricostruttiva, il superamento di quella neutralità non può certamente essere affidato all'opera dell'interprete, richiedendosi all'uopo un intervento normativo che modelli la regolamentazione delle restituzioni in chiave premiale per il cliente o per il consumatore¹⁵⁹. Il ruolo che la giurisprudenza può eventualmente esercitare nella costruzione di uno statuto delle nullità di protezione esteso a tutti gli aspetti della disciplina di queste non può spingersi fino ad una riscrittura della disciplina degli effetti dell'azione di nullità che, per quanto non espressamente regolato dalla legislazione di settore nella prospettiva della protezione del consumatore o del cliente, dovrebbe rimanere affidata all'impianto generale del codice civile¹⁶⁰.

c) *La «pretesa minusvalenza», nei confronti dell'intermediario, del giudicato sulla nullità del contratto quadro*

La predicata differenziazione del regime restitutorio tra investitore e intermediario si scontra, peraltro, con l'affermato valore di giudicato della declaratoria di nullità del contratto quadro. Da tale corretta statuizione, che, come si è visto sopra al par. 10, discende da un orientamento costante della stessa giurisprudenza di legittimità, le Sezioni Unite hanno ricavato, tuttavia, conseguenze non coerenti con il nostro sistema di diritto processuale, allorché affermano che «l'intermediario, alla luce del peculiare regime

indebiti in quanto carente di legittimazione a far valere la nullità del contratto-quadro, G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 15 ss.

¹⁵⁹ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 179. Osserva poi R. RORDORF, *op.loc. ult. cit.*, che nel caso in esame la tecnica legislativa non aiuta a sciogliere i nodi problematici. Anzi, la formulazione del terzo comma dell'art. 23 t.u.f. potrebbe in realtà indurre a privilegiare l'interpretazione più restrittiva, giacché si limita a stabilire che «la nullità può essere fatta valere solo dal cliente»: ciò suggerisce l'idea che si sia voluto operare esclusivamente sulla legittimazione ad agire per la declaratoria di nullità del contratto, senza interferire sugli effetti del vizio eventualmente accertato. Le Sezioni Unite si sono orientate verso l'opzione di cui si è detto facendo leva sul confronto tra l'art. 23 t.u.f. e l'art. 127 t.u.b. (nonché 36 c. cons.), ove è stabilito che «la nullità opera solo a vantaggio del cliente e può essere rilevata d'ufficio dal giudice». L'accento sembra quindi spostarsi dall'individuazione della parte che può agire in giudizio per far valere la nullità al modo in cui questa opera, ossia alle conseguenze che se ne devono poter trarre; tale formulazione sembra dare maggior fondamento all'interpretazione secondo la quale anche gli effetti dell'accertata nullità si producono unicamente a vantaggio della parte protetta, la quale soltanto potrebbe avvantaggiarsene agendo in ripetizione delle prestazioni rese in base al contratto nullo.

¹⁶⁰ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 179.

giuridico delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c.»¹⁶¹.

Tradizionalmente si afferma che la sentenza di accertamento della nullità di un contratto ha efficacia dichiarativa, poiché si limita ad attestare l'inefficacia originaria del contratto, contribuendo così, ai fini di una maggior certezza nella circolazione giuridica, a cancellare l'apparenza del diritto causata dal titolo nullo. Quanto detto vale allo stesso modo sia per la nullità codicistica a legittimazione assoluta, sia per la nullità di protezione a legittimazione relativa.

Se, come si è detto, il giudicato sulla *quaestio nullitatis* ha, quale naturale e imprescindibile conseguenza, quella di sancire definitivamente e ad ogni effetto il venir meno, *ab origine*, del titolo, le parti dovrebbero essere entrambe legittimate alle azioni restitutorie relative a quei diritti di cui le stesse avevano disposto con il contratto nullo, stante la nozione di cosa giudicata sostanziale di cui all'art. 2909 c.c.

Alla luce dei richiamati principi, la conclusione cui sono pervenute le Sezioni Unite «appare viziata da un salto logico ed è una forzatura del sistema, giacché essa apoditticamente nega quella che è una conseguenza consustanziale, perché espressamente prevista dall'ordinamento e rispondente a stringenti principi logico-giuridici, alla declaratoria di nullità»¹⁶².

Ed invero, la previsione di una nullità a legittimazione relativa, qual è quella di cui all'art. 23 t.u.f., se, da un lato, esclude che soggetti diversi dall'investitore possano far valere la nullità del contratto quadro da cui i singoli ordini dipendono e impone che il giudice conformi il proprio potere di rilevazione officiosa all'interesse di quest'ultimo, dall'altro non può comportare che il soggetto legittimato, una volta deciso liberamente di esercitare il potere conferitogli, sia arbitro degli effetti che conseguono da tale esercizio, trattandosi di effetti che conseguono di necessità dall'accertata nullità del contratto, come tali sottratti

¹⁶¹ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punti 22.1 e 23 della motivazione della sentenza.

¹⁶² S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, *cit.*, 164.

alla disponibilità dell'attore¹⁶³. E d'altra parte, come si è più volte precisato, l'accertata nullità del contratto presupposto fa venir meno la giustificazione causale di tutte le negoziazioni che in esso traggono fondamento, essendo queste nient'altro che atti posti in esecuzione del primo, senza il quale non avrebbero potuto concludersi validamente¹⁶⁴.

A voler essere coerenti con il nostro sistema sostanziale e processuale, non vi sarebbe spazio per una valenza c.d. selettiva del giudicato sulla nullità del contratto quadro, giacché il soggetto legittimato a farla valere esaurisce il suo potere dispositivo, conseguente alla legittimazione relativa, nella decisione, libera e nella sua sola disponibilità, di proporre o meno l'azione di nullità. Una volta esercitata tale facoltà, si esaurisce ogni disponibilità degli effetti che derivano dall'azione proposta e dal conseguente giudicato sulla *quaestio nullitatis*, poiché questi sono predeterminati dall'ordinamento.

Perciò nel caso che ci occupa vi sarebbe addirittura un limite esterno, fondato sui principi generali del sistema giuridico, alla operatività selettiva della nullità di protezione.

Assumere che soltanto l'investitore possa avvalersi del giudicato sulla *quaestio nullitatis*, significa, di fatto, affermare una «pretesa minusvalenza»¹⁶⁵ del giudicato nei confronti dell'intermediario: si tratta di una conclusione in piena distonia con i principi generali del diritto sostanziale e processuale, come tale indivisibile¹⁶⁶.

¹⁶³ Cfr. S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1029 ss. e ID., *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, cit., 163 ss.

¹⁶⁴ Si veda, sul punto, Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, in *Corr. giur.*, 2016, 1113, che afferma che «L'accordo quadro sottoscritto dal solo cliente e non dal rappresentante della banca stessa è nullo per violazione dell'articolo 23 Tuf, non potendo la stipulazione essere desunta, in via indiretta, da dichiarazioni (di scienza o ricognitive) di contenuto differente. Dopo la stipulazione del contratto di negoziazione, gli ordini di acquisto e le operazioni di compravendita danno luogo ad atti sicuramente negoziali, ma non a veri e propri contratti, per di più autonomi rispetto all'originale contratto quadro di cui essi costituiscono attuazione ed adempimento. La nullità del contratto incide dunque sulla validità dei successivi ordini di acquisto stante anche l'esclusione di ogni forma di convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c.».

¹⁶⁵ L'espressione è di S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, cit., 164.

¹⁶⁶ M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 156-157, rammenta che le Sezioni Unite hanno formulato un principio di diritto applicabile anche a casi nei quali erano già state fatte determinate scelte processuali che, per quanto discutibili, non dovevano ritorcersi a danno del cliente. Molto probabilmente è così che si spiegano le oscillazioni della motivazione della sentenza che, altrimenti, non troverebbero giustificazione su un piano puramente astratto. È invece favorevole alla soluzione della Corte A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, cit., 100, ritenendo che si tratti di soluzione che discende direttamente dalla conformazione strutturale della nullità di protezione, che, secondo la sua morfologia e in via di completamento di una coerente regolamentazione di certe fattispecie contrattuali e

Quanto detto dovrebbe costituire argomento a sostegno del fatto che la legittimazione relativa all'azione di nullità ed ogni altro tratto della disciplina delle nullità di protezione che obbedisca alla ratio protettiva non implicano necessariamente che dalla libera scelta del soggetto legittimato non possano conseguire effetti ultronei, predeterminati dal sistema giuridico, e magari non in linea con l'interesse attoreo alla conservazione del contratto.

Ciò non significa disconoscere il fondamento delle nullità protettive, ma semplicemente proporre una ricostruzione che sia coerente con il sistema giuridico nel quale si trovano.

d) *Tra buona fede e compensatio lucri cum damno*

Infine, l'uso della clausola generale di buona fede in funzione di riequilibrio economico del rapporto tra intermediario e cliente è stato, forse, il profilo maggiormente attenzionato dagli interpreti, i quali hanno manifestato al riguardo non poche perplessità¹⁶⁷.

Va dato atto che, negli ultimi tempi, ragionare di abuso del diritto, di *exceptio doli generalis*, ed ora della ancor più ampia eccezione di buona fede, desta meno stupore che in passato. Questo perché si è riconosciuto che sono sempre di più le situazioni che sfuggono ad una specifica disciplina e per le quali il giudice è comunque chiamato a

dei relativi rapporti esecutivi, intende propriamente sbilanciare una disciplina normativa a favore di una determinata categoria di soggetti, o meglio, di una determinata posizione del rapporto: quella del cliente. Cfr. ID., *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 190.

¹⁶⁷ Come emerge dalle considerazioni di: A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, cit., 105 ss.; ID., *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2020; G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in www.dirittobancario.it, 4 dicembre 2019; R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, 2020; G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo delle nullità di protezione*, in *Nuovo Diritto Civile*, 4/2020, 7 ss.; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f.*, cit., 32 ss.; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva*, cit., 163 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 179 ss. Più descrittive le notazioni di R. BENCINI, *Il rimedio della nullità selettiva e l'intervento equilibratore delle Sezioni Unite*, in ilsocietario.it, 12 dicembre 2019. *Contra*: M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 157-158. Secondo l'Autrice la sentenza n. 28314 del 2019 ha avuto il merito di riscoprire le potenzialità dell'eccezione di buona fede e di aver così fornito alla problematica evocata una soluzione in definitiva equa, da salutare con favore.

formulare una soluzione equa¹⁶⁸. In questi casi il ricorso alla tecnica di decisione fondata sui principi rappresenta lo strumento di elezione cui ricorre la giurisprudenza per trovare una composizione tra le ragioni contrapposte delle parti e che non sarebbe possibile realizzare con una soluzione adottata secondo la tecnica della fattispecie¹⁶⁹. E così è stato anche nel caso della sentenza n. 28314 del 2019.

Da sempre presente nel sistema, l'eccezione di buona fede è stata scelta dalle Sezioni Unite come parametro per arginare un utilizzo della nullità di protezione esorbitante rispetto allo scopo per cui il legislatore l'ha prevista¹⁷⁰; in particolare, per evitare che la scelta di invocare il difetto di forma del contratto quadro procurasse al cliente un vantaggio non giustificabile, sia pur nell'ottica rimediale resa necessaria dal vizio che inficia il contratto, specie quando quel vizio sia di carattere eminentemente formale¹⁷¹. Sul piano concreto, tramite l'eccezione di buona fede i giudici del Supremo Collegio hanno circoscritto i limiti entro i quali il risparmiatore vittorioso può far valere le conseguenze restitutorie dell'esperita azione di nullità.

L'impiego dell'eccezione viene giustificato a mezzo del richiamo a quelle norme costituzionali (artt. 2, 3, 41 e 47 Cost.) che, secondo la Suprema Corte, costituiscono il fondamento delle nullità di protezione, e non, più semplicemente, facendo appello alle previsioni più generali degli artt. 1375 e 1175 c.c., che eleggono la buona fede oggettiva a principio ordinatore dell'intera disciplina delle obbligazioni. L'appello alla Costituzione è forse parso necessario per avvalorare una soluzione di principio, la quale poggia su una indeterminata violazione della buona fede, cui il nostro sistema è tendenzialmente restio¹⁷².

A dispetto delle premesse con cui è stata introdotta, la regola confezionata dalle Sezioni Unite è però, come si è visto, estremamente pratica: nel dettaglio, infatti, non si tratta di considerare la generica correttezza del comportamento del cliente, ma di valutare la

¹⁶⁸ M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 158.

¹⁶⁹ G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive"*, cit.

¹⁷⁰ M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 158. Così anche G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo delle nullità di protezione*, cit., 12 ss.

¹⁷¹ R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, 2020.

¹⁷² M. GIROLAMI, *op. loc. ult. cit.*

consistenza del *petitum* azionato e di confrontarla con gli esiti degli altri ordini di investimento discendenti dal medesimo contratto quadro che il cliente vorrebbe tenere fermi. A seconda del risultato di questa operazione aritmetica, all'intermediario sarà concesso paralizzare, mediante l'eccezione di buona fede, la domanda dell'investitore, con effetto impeditivo parziale o integrale.

Proprio questa discrepanza tra la dimensione astratta del principio e l'estrema concretezza della sua traduzione pratica – che si è risolta, per l'appunto, in poco più che una formula matematica – ha destato stupore tra i commentatori della pronuncia.

Si è evidenziato, anzitutto, che l'eccezione di buona fede non sarebbe strutturalmente coerente con il meccanismo della nullità di protezione quale rimedio a vantaggio esclusivo di una data parte contrattuale. Se si vuole rispettare la struttura dello strumento, il limite non può essere interno al rimedio, ma deve essere posto dove la struttura termina, o anche (e insieme) nella presenza di fattori che – sempre dall'esterno – risultino guastare l'uso che nel concreto ne viene fatto¹⁷³.

Ma il nocciolo della critica è stato svolto su un piano più ampio e generale, che è quello dogmatico. Sotto questo profilo si è osservato che non è affatto chiaro a quale nozione del principio alludessero i giudici della Suprema Corte nel proporre l'eccezione di buona fede¹⁷⁴.

Ciò si argomenta dal fatto che nel nostro sistema il canone della buona fede oggettiva si struttura secondo due diverse linee di base: quella integrativa o *in executivis*, che trova la sua disposizione di riferimento nell'art. 1375 c.c., e quella valutativa, quale si riscontra nella disposizione di cui all'art. 1460 c.c. Ebbene, è stato osservato che nel caso che ci occupa l'intervento della buona fede non sembra qualificabile come intervento integrativo, posto che, per un verso, non sono ravvisabili obblighi in capo al cliente che fa valere la nullità a proprio vantaggio¹⁷⁵ e, per altro verso, il fatto di agire per far valere

¹⁷³ A.A. DOLMETTA, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, cit.

¹⁷⁴ G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 13.

¹⁷⁵ A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, cit., 107 ss. e ID. *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, cit.

selettivamente il vizio di nullità del contratto-quadro nulla ha a che vedere con la correttezza nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c.¹⁷⁶.

Più nello specifico, sembrerebbe che il riferimento sia alla buona fede che sostanzia il c.d. "abuso del diritto", che sussisterebbe per il fatto che l'investitore non chiede che siano dichiarati nulli tutti gli ordini risultati viziati a causa della nullità del contratto-quadro, ma solo alcuni, e precisamente quelli che si sono risolti in operazioni di investimento dall'esito sfavorevole, volendo con ciò preservare dalla nullità le operazioni rivelatesi invece vantaggiose¹⁷⁷. Peraltro, come si è visto, secondo le Sezioni Unite l'abuso non starebbe in sé nell'esercizio della nullità in modo selettivo – poiché rientrerebbe nella logica della nullità di protezione la possibilità del consumatore di scegliere di tenere fermi alcuni effetti del contratto e di caducarne altri – quanto, piuttosto, nel fatto di operare (in questo modo) al fine di cumulare i vantaggi economici ottenuti tramite le operazioni favorevoli, eliminando per contro gli svantaggi economici prodotti dalle operazioni sfavorevoli. Secondo i giudici questo cumulo non sarebbe consentito, ragione per cui sarebbe lecito per l'investitore ripetere dall'intermediario le somme perse a seguito di operazioni ad esito infausto solo nella misura in cui queste perdite siano eccedenti rispetto ai guadagni conseguiti attraverso le operazioni risultate, invece, vantaggiose.

In definitiva, sembrerebbe quindi che il canone di buona fede debba avere natura valutativa; come tale, dovrebbe perciò venire in rilievo in termini di *exceptio doli generalis*. Sotto questo profilo è stato osservato che, in linea di principio, un'eccezione di dolo generale opposta ad una pretesa restitutoria non ha nulla di strano; c'è solo bisogno di applicarla in modo coerente. Ma proprio muovendo da questa prospettiva si è riscontrato che l'eccezione di buona fede, per come è stata congegnata dalle Sezioni

¹⁷⁶ G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 13.

¹⁷⁷ Si rammenta che il tema non si pone affatto ad avviso di quella dottrina che nega in radice il problema della nullità selettiva. *Ex multis*: A. IULIANI, *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, I, 273 ss., per il quale, una volta che la dichiarazione di nullità dei singoli ordini di investimento sia stata richiesta quale conseguenza dell'accertamento della nullità del contratto-quadro, ne discenderebbe inevitabilmente la nullità di tutti gli ordini di investimento effettuati nel corso del rapporto, in quanto atti esecutivi di un unico contratto di mandato (il contratto-quadro, per l'appunto), come tali privi di causa propria. Sarebbe possibile un'impugnazione di singoli ordini solo allorché la causa di invalidità che venga fatta valere non dipenda dalla nullità del contratto-quadro, ma sia fondata su altri elementi (ad esempio, l'incapacità naturale dell'investitore al momento della formulazione dell'ordine).

Unite, non si comporta nemmeno come l'eccezione di dolo generale¹⁷⁸. Quest'ultima, per affermarsi positivamente, ha sempre bisogno del confronto diretto con la fattispecie, mentre l'eccezione di buona fede descritta dalla Corte assume i connotati di una rigida clausola generale, chiamata a operare allo stesso livello della nullità a vantaggio, per modulare e conformare la figura della nullità di protezione. Il giudice di legittimità avrebbe, cioè, accertato il confine tra buona e mala fede prescindendo dal fatto concreto, accontentandosi di un confronto aritmetico tra valore complessivo degli ordini andati a buon fine e valore complessivo degli ordini che abbiano generato perdite¹⁷⁹. A questo proposito è stato detto che «non è chiaro però come e perché una sottrazione aritmetica costituisca applicazione della regola di buona fede»¹⁸⁰; ed ancora che «l'intrinseca rigidità di un'operazione matematica si colloca agli antipodi di un giudizio necessariamente elastico qual è quello di buona fede»¹⁸¹. Tuttavia, è vero anche che una soluzione capace di superare l'astrattezza dell'aritmetica per aderire alle circostanze del caso concreto, sarebbe vicina al giudizio di merito precluso alle Sezioni Unite.

Si è poi evidenziato che, nel proporre una versione del principio di buona fede in chiave valutativa, la Corte ha finito per generare una sorta di *compensatio lucri cum damno* in termini largamente divaricati rispetto all'ambito in cui è di norma destinato ad operare¹⁸². Il principio in questione è infatti tipico dell'azione risarcitoria e riposa sulla c.d. teoria differenziale, in ragione della quale, per quantificare il danno, ai fini dell'accoglimento della domanda di risarcimento, occorre valutare la situazione patrimoniale prima e dopo l'evento e tenere conto degli eventuali vantaggi che il danneggiato può avere ottenuto a seguito dell'evento lesivo. Nella fattispecie che ci occupa, invece, il richiamato principio

¹⁷⁸ È invero la stessa Corte ad affermare che il principio di buona fede, va assunto in modo non del tutto coincidente con le illustrate declinazioni dell'*exceptio doli generalis* e dell'abuso del diritto. Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, cit., punto 22 della motivazione della sentenza.

¹⁷⁹ M. MAGGIOLO, *Exceptio doli e diritto bancario: a proposito di Collegio di coordinamento ABF n. 17814/2019 (e delle Sezioni Unite in materia di nullità selettiva)*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, II, 50.

¹⁸⁰ D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *dirittobancario.it*, 2019, 2.

¹⁸¹ M. MAGGIOLO, *Exceptio doli e diritto bancario*, cit., 50.

¹⁸² C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 180; A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, cit., 108-109, spiega che il principio viene in rilievo perché anche se la sentenza afferma più volte che il limite della buona fede è posto per evitare all'impresa intermediaria dei pregiudizi eccessivi e sostanzialmente non giustificati, cioè per elidere delle perdite, in concreto è il lucro dell'investitore ad essere colpito.

diviene dirimente, secondo la Corte, nell'ipotesi che gli utili realizzati superino ed equivalgano alle perdite, ai fini dell'ammissibilità dell'eccezione di buona fede con la finalità di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati nonché gli effetti restitutori che dalla nullità deriverebbero, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso¹⁸³. Perciò il principio della *compensatio lucri cum damno* trova un'applicazione quanto meno inedita.

Passando, poi, a considerare il versante strettamente operativo, è stato osservato che la regola elaborata dalla sentenza presenta un confine massimamente incerto, connotato, com'è, da indeterminatezza su più fronti. In particolare, l'incertezza investe sia il momento temporale da tenere in considerazione per verificare il saldo, favorevole o sfavorevole per l'investitore, degli investimenti posti in essere¹⁸⁴, sia i modi e i termini di valorizzazione di questi ultimi¹⁸⁵, sia pure l'eventuale considerazione unitaria dei molteplici rapporti contrattuali correnti tra le parti.

¹⁸³ S. MONTICELLI, *La nullità selettiva nel canone delle Sezioni Unite*, cit., 166-167. L'Autore osserva, peraltro, il rischio insito in un simile ragionamento. Si fa l'esempio del caso in cui le perdite superino i guadagni di un importo esiguo: se si ragionasse secondo una logica risarcitoria, l'applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno* comporterebbe un accoglimento della domanda di restituzione nella sola ed esigua misura del differenziale in danno dell'istante. Nel caso in questione, invece, la logica sottesa all'eccezione di buona fede è tale per cui basta che le perdite superino i guadagni per determinare il pieno accoglimento della domanda di nullità selettiva, con conseguente diritto dell'investitore all'integrale restituzione delle somme, magari cospicue, pur avendo questi subito sulla base degli investimenti effettuati, una perdita davvero limitata. Di qui la prospettata inidoneità del parametro oggettivo (della sussistenza di un vantaggio economico differenziale per il cliente) individuato dalla Corte quale condizione assorbente per l'operatività dell'eccezione di buona fede, laddove lo stesso non sia integrato da un parametro soggettivo da assumersi quale criterio principale per la valutazione dell'ammissibilità dell'*exceptio doli generalis* dell'intermediario.

¹⁸⁴ S. MONTICELLI, *La nullità selettiva nel canone delle Sezioni Unite*, cit., 168, osserva sotto questo profilo che: «La Corte nulla dice circa il momento in cui andrebbe “fotografata”, ai fini dell'ammissibilità dell'eccezione di buona fede dell'intermediario, la valutazione complessiva degli investimenti compiuti dal cliente-investitore che invoca la nullità selettiva di alcuni di essi. Si ritiene che la valutazione in questione non possa che essere quella cristallizzata alla data di notifica dell'atto di citazione, giacché tale momento, com'è noto, rappresenta il *dies a quo* della pendenza del giudizio. È del pari evidente che tale “fotografia” rappresenterà, molto probabilmente, se non perdite virtuali, giacché è verosimile che l'investitore abbia disinvestito il prodotto oggetto del singolo ordine per cui invoca la nullità selettiva, spesso utili virtuali. Ben potrebbe darsi il caso in cui gli altri investimenti, in utile, non siano stati affatto dismessi al momento della notifica dell'atto introduttivo».

¹⁸⁵ A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, cit., 109, afferma che l'incertezza investe in particolare l'unità di misura alla stregua della quale effettuare la valutazione complessiva dell'esito degli investimenti fatti dal cliente, in modo tale da poter determinare se, e in quale misura concreta, l'eccezione di buona fede sollevata dall'impresa intermediaria sia destinata al successo. G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., osserva che la regola dettata dalla Corte può essere di difficile applicazione, non appena si ponga mente al fatto che il rapporto per la prestazione di servizi di investimento può essersi protratto, seppure in fatto attesa la nullità del contratto, su base pluriennale, e talora per un arco di tempo

Per tutte queste ragioni è stato detto che la sentenza palesa una tendenza ad un ragionamento per principi che, quando non riveli un eccesso assiologico rispetto all'ipotesi di fatto da regolare, può essere tale da dare vita ad una soluzione sbilanciata sul versante di un inappagante pragmatismo e non priva di dubbi anche dal punto di vista strettamente operativo¹⁸⁶. Vi è stato poi chi, sempre sulla scorta delle medesime criticità, si è spinto addirittura oltre, arrivando a ritenere del tutto inidoneo il richiamo delle Sezioni Unite al canone della buona fede oggettiva¹⁸⁷.

che può arrivare persino ai limiti del decennio. Ciò può rendere molto articolata la ricostruzione dei rendimenti degli investimenti non contestati, la quale risulterà per vero tanto più complessa quanto più elevato sarà stato il grado di movimentazione di quel portafoglio. Ma soprattutto la complessità dell'accertamento è alimentata dalla stessa difficoltà di definire quali siano davvero gli esiti per gli investimenti che, alla data del giudizio, siano ancora in essere, e poi come debba conteggiarsi, nell'ambito della predetta valutazione comparativa tra esiti degli investimenti contestati e investimenti non sconosciuti, il valore degli strumenti il cui ordine di acquisto non è stato impugnato e che il cliente conserva ancora in portafoglio, di tal che il risultato dell'operazione non risulta ancora definito. Il problema si pone sia per gli strumenti che siano quotati su mercati regolamentati – per i quali almeno esiste un termine oggettivo di valutazione – sia, e soprattutto, per gli strumenti finanziari non quotati su mercati regolamentati. S. MONTICELLI, *La nullità selettiva nel canone delle Sezioni Unite*, cit., 168, evidenzia inoltre che «trattandosi di investimenti sui mercati finanziari, ove molto spesso la volatilità è alta, ben potrebbe accadere che la perdita prospettata dal cliente con l'atto di citazione, già il giorno successivo alla notifica potrebbe non sussistere, e, parimenti, vale la considerazione opposta». Il che certamente non aggiunge argomenti favorevoli alla tesi prospettata dalla Corte secondo cui è nella sussistenza di uno svantaggio differenziale tra utili e perdite il parametro oggettivo, principio ed equo, cui fare riferimento al fine di dare ingresso o meno all'eccezione di buona fede.

¹⁸⁶ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit. 181. Su questi aspetti, cfr. in particolare i rilievi mossi da S. MONTICELLI, *La nullità selettiva*, cit., nonché da D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato*, cit., al fine di dimostrare la sostanziale inutilità applicativa dei principi accreditati dalla Corte.

¹⁸⁷ Così A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, cit., 109; G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive"*, cit., ad avviso del quale la Corte avrebbe errato sia sul piano dell'applicazione del principio al fatto, sia – e ancor di più – su quello della ricostruzione del fatto stesso. L'Autore dubita che il canone della buona fede sia idoneo a razionalizzare l'esercizio selettivo della nullità del contratto quadro, in ragione del fatto che i) la vicenda in realtà non ha a che vedere con il contratto, poiché il rapporto contrattuale non vi è mai stato, perché non è stato validamente concluso, e quindi si tratta semmai di disciplinare l'esercizio di pretese di natura restitutoria del capitale impiegato *sine titulo* dall'intermediario nelle singole operazioni di investimento; ii) la sentenza non inquadra correttamente la relazione tra cliente e intermediario, perché assimila le rispettive posizioni a quelle di parti contrapposte di un tipico contratto di scambio – dove la neutralizzazione degli spostamenti patrimoniali eseguiti in base al titolo dichiarato nullo si realizza attraverso reciproche partite di dare e avere, allora anche in tutto o in parte compensabili – quando in realtà la natura del rapporto quadro è diversa. Si tratta cioè di un contratto di valore essenzialmente programmatico, riconducibile allo schema del mandato. Muovendo da questa prospettiva, allora, «la risposta all'interrogativo sul se sia possibile, e come, all'intermediario, paralizzare la pretesa del cliente che, una volta dichiarata la nullità del contratto quadro per mancanza di forma scritta ... contesti selettivamente solo alcuni e non tutti gli ordini di investimento, non debba essere cercata attingendo ai principi della buona fede come strumento di riequilibrio dei contratti di scambio, bensì vagliata alla luce dei principi che attengono alla disciplina del mandato e alla sua esecuzione». Per ulteriori sviluppi di questa tesi si rinvia al successivo Capitolo 2.

Vi è stato poi chi ha sottolineato che l'eccezione sia contraddittoria in termini. Secondo una voce, perché per far scattare la regola della sottrazione dei guadagni alle perdite, l'intermediario deve allegare di aver posto in essere investimenti senza la previa conclusione di un valido contratto di investimento, così lucrando l'equivalente dei guadagni dell'investitore sul presupposto di un suo grave inadempimento. Il paradosso della regola aritmetica basata sulla buona fede sarebbe, quindi, quello di premiare l'intermediario che davanti al giudice formula un'eccezione basata su un suo grave inadempimento. Si osserva infatti che sarebbe sufficiente che l'investitore opponesse una semplice *replicatio doli generalis seu presentis* per condurre al rigetto l'eccezione dell'intermediario¹⁸⁸.

Secondo altre voci, perché la clausola generale di buona fede, così come ricostruita nella sentenza, simula gli effetti proprio di quella eccezione riconvenzionale di compensazione (riguardante i risultati positivi degli investimenti estromessi dall'iniziativa processuale dell'investitore) che la Corte ha voluto escludere¹⁸⁹. Se pure formalmente la Corte ha mantenuto fermo il principio secondo cui l'intermediario non è legittimato all'azione di ripetizione (che in ipotesi conseguirebbe alla nullità anche degli ordini non contestati dall'investitore), nella sostanza – attribuendogli un'eccezione *ex fide bona* idonea a paralizzare e/o a limitare l'azione di ripetizione spettante all'investitore in conseguenza

¹⁸⁸ D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato*, cit., 160-161. Secondo l'Autore la causa che ha condotto alla creazione della regola della sottrazione dei guadagni dalle perdite risiede nel fatto che quella regola era l'unica che permettesse di conseguire un risultato percepito come giusto e, allo stesso tempo, di scongiurare un risultato percepito come ingiusto. Il risultato da evitare è che il giudice sia adoperato dall'investitore come mercato di seconda istanza, a cui ricorrere in alternativa ad un nuovo programma di investimento che gli consenta di recuperare certe perdite o in alternativa alla scelta di rassegnarsi a quelle perdite. Tuttavia, osserva l'Autore, il giudice è per definizione «un luogo di seconda istanza», cui l'attore ricorre per evitare una perdita economica o morale: non vi è, dunque, motivo per cui ciò non debba valere anche nel diritto finanziario. La ragione per cui tale dato in finanza è sentito come ingiusto risiede forse nel fatto che l'investitore non è visto come un soggetto di diritto meritevole di tutela alla pari (o più) di tutti gli altri, bensì come «uno che gioca, scommette, e per questo merita di essere tollerato, ma *cum iudicio*». Parallelamente, gli investimenti sono considerati come «*scommesse tollerate*», anziché come contratti *tout court*.

¹⁸⁹ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f.*, cit., 35; G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 14-15 afferma, parimenti, che l'esito scaturente dall'applicazione dell'eccezione di buona fede non sia – nella sostanza – diverso da quello che scaturirebbe dall'ammissione della (sia pur parziale) ripetibilità, da parte dell'intermediario, delle somme guadagnate dall'investitore a seguito di operazioni di investimento a lui favorevoli, ma da considerare comunque nulle in conseguenza della nullità del contratto-quadro (accertata e dichiarata a seguito dell'azione dell'investitore), con una sorta di (sia pur impropria) “compensazione” tra il credito restitutorio che sorge in capo all'investitore e un analogo credito che comunque sorgerebbe anche a favore dell'intermediario.

della nullità degli ordini da lui specificamente contestati – è come se gli avesse riconosciuto comunque un “credito restitutorio” (quale scaturirebbe da una *condictio indebiti*) opponibile in compensazione all’investitore, fino ad eguagliare il credito restitutorio fatto valere da quest’ultimo.

Altra dottrina¹⁹⁰ ha espresso l’idea secondo cui il riferimento alla buona fede sia stato utilizzato dalla Corte come una sorta di «*passerpartout*», e cioè come mezzo per veicolare una soluzione altrimenti priva di una ben riconoscibile base legale, volendo di fatto arrivare a completare la riformulazione del *modus operandi* della nullità di protezione. La conclusione cui è giunta la Corte è che, per poter esplicitare in modo effettivo la propria funzione, la nullità di protezione conforma necessariamente la conseguente azione di ripetizione d’indebito, non solo impedendo che se ne possa avvantaggiare anche l’altro contraente, ma anche determinando la misura entro cui se ne può legittimamente avvalere lo stesso contraente protetto. Se si assume, come pare facciano le Sezioni Unite con la sentenza in esame, che per agire secondo buona fede il cliente dovrebbe limitare la sua domanda entro la differenza tra i guadagni e le perdite realizzate dall’insieme degli ordini di investimento dipendenti dal contratto nullo, non è tanto il modo in cui egli fa valere il suo diritto di ripetizione dell’indebito a venire in questione, quanto piuttosto la determinazione stessa della misura in cui tale diritto gli spetta. Pertanto il cliente, legittimato in via esclusiva a chiedere la declaratoria di nullità, è sì l’unico a poter pretendere la restituzione delle somme versate in esecuzione del contratto nullo, ma tale diritto gli spetta soltanto entro il limite in cui quelle somme superino l’ammontare dei guadagni eventualmente conseguiti per effetto del medesimo contratto. Tant’è vero che, oltrepassata tale soglia, si verificherebbe un arricchimento privo di una logica giustificazione. Tale conclusione può anche essere ritenuta ragionevole, ma va riconosciuto che si tratta di una integrazione giurisprudenziale di un testo normativo che non la contempla e che, per questa ragione, sarebbe forse opportuno maneggiare con prudenza.

¹⁹⁰ Il riferimento è a R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, cit.

Nonostante le critiche svolte, come si è visto, ad ampio raggio, pare comunque che gli Autori non vogliano rifiutare *in toto* la possibilità di vagliare la modalità per mezzo della quale si fa valere una nullità di protezione alla luce del principio di buona fede¹⁹¹, e siano ben consapevoli del fatto che tale sindacato possa condurre ad un esito tale da precludere l'esercizio dell'azione¹⁹². Tuttavia, pare doveroso riconoscere che le incertezze teoriche e applicative segnalate sono tante e tali da compromettere la reale capacità nomofilattica della decisione e da suggerire cautela nell'utilizzo di questo precedente: sia nel contesto specifico dell'uso selettivo della nullità, laddove la nullità scaturisca da vizi formali diversi dal "monofirma"; sia, a maggior ragione, nel caso in cui sia in discussione una generalizzazione della ricostruzione ermeneutica del regime della nullità totale di protezione ovvero del ruolo della buona fede quale presidio della proporzionalità delle tutele contrattuali¹⁹³.

12. *Primi spunti di riflessione*

All'esito di questa prima ricognizione del dibattito sulla materia sorge spontanea una riflessione, che apre ai successivi sviluppi del presente lavoro.

Nonostante le indicazioni fornite dalle Sezioni Unite nella sentenza del 4 novembre 2019, aleggia tuttora molta incertezza attorno alla figura della nullità selettiva.

¹⁹¹ Così S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione*, cit.; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione*, cit., 157, riconosce alla sentenza il merito di aver riscoperto le potenzialità dell'eccezione di buona fede; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f.*, cit., 35 ss., afferma che la valorizzazione della clausola generale di buona fede è tanto condivisibile quanto generica.

¹⁹² Anche a voler prescindere dal caso della nullità selettiva fatta valere in relazione agli ordini disposti in attuazione di un contratto c.d. monofirma, si può considerare quello dell'investitore che precostituisca egli stesso la ragione di nullità formale del contratto (ad esempio, per la falsità della firma) al fine di riservarsi il potere di selezionare la nullità. Così: C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 180. Non dubita della necessità di inibire, in questo caso, l'uso selettivo dell'azione di nullità nemmeno U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità selettive*, cit., 840; nello stesso senso S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva*, cit., 85.

¹⁹³ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f.*, cit., 36.

A fronte della presa di posizione della Corte in senso nettamente favorevole al riconoscimento dell'uso selettivo della nullità e ad una sua collocazione nel sistema, temperata dal correttivo della buona fede, l'atteggiamento degli interpreti sembra oscillare tra due posizioni contrapposte.

Parte degli Autori hanno ritenuto di abbracciare l'orientamento inaugurato dal Supremo Collegio, ad avviso del quale la selettività, lungi dal concretare un abuso del diritto o un comportamento in malafede, rappresenta un connotato strutturale della nullità di protezione e, in particolare, di quelle fattispecie in cui la nullità non è graduabile in forma parziale, ma opera come invalidità totale del contratto¹⁹⁴. L'idea propugnata da questo filone dottrinale è che la selettività sia inquadrabile come un corollario della relatività della nullità, e dunque come un tratto di disciplina proprio di tutte le fattispecie ascrivibili alla categoria, al punto da segnare un vero e proprio *discrimen* tra le diverse forme di nullità: assolute, da una parte, e relative, dall'altra¹⁹⁵. Di qui l'interrogativo, attualmente aperto, se la selettività operi per le sole ipotesi di nullità protettive totali, come, per l'appunto, quella per vizio di forma *ex art. 23 t.u.f.*, oppure se sia ipotizzabile anche per le nullità necessariamente parziali, in quanto relative a singole clausole del regolamento contrattuale¹⁹⁶. Altro spunto di riflessione offerto da questa dottrina riguarda il rapporto tra nullità selettiva e buona fede, che all'esito degli orientamenti espressi dalla Cassazione, pare essere di condizionamento reciproco: così come la buona fede oggettiva

¹⁹⁴ Così U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità selettiva*, cit., 828, il quale osserva che la selettività «propone una dinamica effettuale pienamente coerente con lo statuto che connota il paradigma legale della nullità protettiva». Su simili posizioni si collocano anche C. SARTORIS, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede*, in *Persona e mercato*, 2019, 4, 70 ss., ed in particolare 82 ss., ed A. VALITUTTI, *I contratti di intermediazione finanziaria privi di forma scritta. Profili processuali e sostanziali della c.d. nullità selettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 202 ss.

¹⁹⁵ C. SARTORIS, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità selettiva*, cit., 83.

¹⁹⁶ Così C. SARTORIS, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità selettiva*, cit., nt. 44, ove l'Autrice rinvia al quesito sollevato in ID., *Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza Bankia S.A. della Corte di Giustizia*, ivi, 2019, 3, 9 ss., ossia se costituisca una forma d'uso selettivo della nullità ammissibile la possibilità di selezionare la nullità di singole fattispecie di una medesima clausola abusiva dal contenuto complesso. La Corte di Giustizia ha rigettato la questione, ritenendo illegittime le forme di rimodellamento del contenuto del regolamento contrattuale mediante tecniche di graduazione dell'efficacia del rimedio. Cfr. Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria S.A./Bankia S.A.*, in www.curia.europa.eu, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di A. IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*. In tema si veda anche S. PAGLIANTINI, *Post-vevossatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, 561 ss.

individua lo spazio di azione del rimedio, a sua volta la *ratio* protettiva del rimedio conforma il ruolo della buona fede – imponendo l’obbligo di correttezza in capo ad entrambe le parti, benché si tratti di un contratto asimmetrico – nonché i limiti di operatività dello stesso modulo selettivo, riducendo l’ambito di applicazione dell’*exceptio doli generalis* opponibile dall’intermediario¹⁹⁷.

Altra parte degli Autori, invece, manifesta un perdurante scetticismo nei confronti del nuovo orientamento giurisprudenziale. Muovendo dalla considerazione della fattispecie contrattuale con riferimento alla quale è sorto il problema attenzionato, non si è mancato di notare che vi è un «*unicum* contrattuale»: un unitario presupposto invalidante del contratto quadro ed un unico presupposto fondante le restituzioni in forza della disciplina della ripetizione d’indebitto di cui agli artt. 2033 ss. c.c.¹⁹⁸. Pertanto, non sembra concepibile una scissione di effetti in contraddizione con l’unitarietà di tale presupposto. Argomenti a sostegno del riconoscimento della nullità selettiva non sembrano ricavabili nemmeno dalla comparazione tra la disciplina della nullità parziale di cui all’art. 1419 c.c. e il prototipo delle nullità di protezione di cui all’art. 36 c. cons., dal momento che la parziarietà, in tutti i contesti ove è prevista, si riferisce direttamente ad una parte o clausola del regolamento pattizio, più che a determinati effetti del contratto individuati discrezionalmente¹⁹⁹.

Così come non sembra che la regola dell’operatività a vantaggio, certamente riferibile alla costante della legittimazione relativa a far valere l’azione di nullità²⁰⁰, sia traducibile anche nel potere di frazionare gli effetti della nullità, che è congegno di tipo qualitativo e

¹⁹⁷ È stato osservato che l’*exceptio doli generalis* non è stata per così dire “disattivata” dal riconoscimento del diritto dell’investitore di selezionare le nullità, ma ne ha ristretto i presupposti applicativi, richiedendo all’uopo il riscontro, all’esito di una ponderazione tra costi e benefici, di un effettivo margine di profitto per l’investitore, superiore al pregiudizio lamentato nel *petitum* della domanda giudiziale, in obbedienza al principio di inopponibilità delle eccezioni se non in presenza dell’agire in malafede del soggetto nei cui confronti l’eccezione è proposta. Cfr., sul punto, A. VALITUTTI, *Nullità selettiva*, relazione tenuta nell’ambito del Convegno *Questioni di diritto civile all’esame delle Sezioni Unite. Il contratto di intermediazione finanziaria privo di forma scritta: nullità selettiva o abuso del diritto?* (organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura e svoltosi presso la Corte Suprema di Cassazione il 13 febbraio 2018), 9-10

¹⁹⁸ A. ALAMANNI, *Nullità selettiva e ordini di investimento: espediente linguistico o ampliamento dello statuto delle nullità di protezione?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 16 bis, junio 2022, 1815.

¹⁹⁹ A. ALAMANNI, *Nullità selettiva e ordini di investimento*, cit. 1816 e G. D’AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 16 ss.

²⁰⁰ Si veda la tesi esposta al riguardo da M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 715 ss.

non quantitativo²⁰¹, in ordine alla constatata difformità del contratto rispetto ad una regola di ordinamento; e tanto più ciò vale se a ridisegnare la fisionomia di base di un istituto cardine del nostro ordinamento non è il legislatore, ma il giudice, sia pur di legittimità.

La sensazione di fondo che emerge in ultima analisi è che la formula della nullità selettiva sia certamente suggestiva, ma di dubbia consistenza sul suo fondamento sistematico e, quantomeno, incerta nella sua attitudine applicativa, con il rischio di una sua inconfigurabilità in un più articolato statuto della nullità di protezione.

Ad ogni modo, vi è un dato certo e innegabile, e cioè che è in atto un'evoluzione della nullità di protezione, contrassegnata dal funzionale adattamento dell'istituto alla peculiarità delle situazioni e degli interessi sottesi alle fattispecie di volta in volta regolate; e che a seconda delle risposte che si riterrà di dare alle questioni emerse nell'alveo del dibattito innescato dal problema delle nullità selettive muterà sensibilmente il modo di ricostruire l'istituto della nullità.

Per evitare che l'apprezzabile preferenza verso il funzionalismo – in antitesi al mero dogmatismo – conduca all'uniformazione dei meccanismi di protezione predisposti dall'ordinamento anziché alla valorizzazione dell'identità delle singole figure rimediale occorre quindi un ripensamento: da una parte, della fattispecie contrattuale che è stata punto di partenza del problema; dall'altra, e con ancora più urgenza, delle figure dell'invalidità e della nullità in particolare, quali figure organiche associate al problema della vigenza e della funzionalità del contratto in relazione agli interessi da tutelare.

²⁰¹ F. FERRO-LUZZI, *In tema di invalidità del contratto per la prestazione di servizi di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 477.

CAPITOLO SECONDO

LA NULLITÀ SELETTIVA ALLA LUCE DELLA DISCIPLINA DEI CONTRATTI DI INVESTIMENTO

1. Premessa

La disciplina dei mercati finanziari è sempre stata oggetto di due diversi modelli di lettura, uno «commercialistico bancario» e uno «civilistico». Se fino alla fine del secolo scorso si poteva dire che il modello commercialistico bancario fosse nettamente «prevalente sul modello civilistico», al punto da proporsi come «unico e principale», scongiurando qualsiasi tentativo di ribaltamento di prospettiva²⁰², l'esplosione del contenzioso avutasi nel decennio successivo ha determinato esattamente quell'inversione di rotta, nella lettura dei fenomeni attenzionati, giudicata inopportuna fino a poco prima.

Gli eventi che hanno determinato un'autentica «proliferazione a pioggia di soluzioni giurisprudenziali» sono ben noti: negli ultimi anni è infatti sorto un contenzioso senza precedenti fra banche e clienti in materia di intermediazione finanziaria, generato dai *default* Cirio, Parmalat e Argentina e, più recentemente, dalla banca d'affari *Lehman Brothers*²⁰³. Le liti, dovute prevalentemente agli esiti negativi degli investimenti dei risparmiatori, nonché al “caso derivati”, originano tutte da contratti stipulati tra prestatori di servizi di investimento e clienti.

Sia pur mantenendo il *focus* sulla particolare categoria di contratti cui afferisce, tale contenzioso ha toccato temi e istituti classici del diritto civile, dando modo a giurisprudenza e dottrina di approfondirne lo studio sotto nuove e diverse prospettive,

²⁰² Il riferito quadro generale, nonché le espressioni fra caporali, sono di G. ALPA, *Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 373.

²⁰³ Cfr. D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, Torino, 2011, 48 ss.; C. MARADEI, *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria*, in O. M. CALLIANO, M. LOSANA, C. PONCIBÒ (a cura di), *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, Torino, 2013, 68; V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in *Contr.*, 2008, 177.

prendendo altresì coscienza del modo in cui questi si sono trasformati, principalmente in conseguenza del recepimento delle direttive comunitarie, nonché della contaminazione con principi e soluzioni di matrice anglosassone.

Le questioni fondamentali che hanno richiamato l'attenzione sono, in particolare, due: la distinzione, nella disciplina dei contratti di investimento, tra regole di validità (dei contratti) e regole di comportamento (degli intermediari), nonché la determinazione delle conseguenze giuridiche che scaturiscono dalla violazione, rispettivamente, delle une e delle altre²⁰⁴; e le nuove velleità di tutela assunte dal requisito di forma *ad substantiam*

²⁰⁴ Gli interpreti hanno discusso a lungo su quale delle due tipologie di rimedi ricollegare alla violazione delle regole di comportamento imposte agli intermediari. Una significativa corrente dottrinale e parte della giurisprudenza hanno sostenuto per molto tempo la tesi secondo la quale la violazione delle regole di comportamento imposte agli intermediari verrebbe colpita con la sanzione della nullità del contratto di investimento. Si tratta, com'è noto, di nullità virtuale, riconducibile alla violazione di norme imperative pur in assenza di un'apposita comminatoria. La tesi è stata inaugurata da Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Giur. comm.*, 2004, II, 690 ss., con nota di E. SCIMEMI, *La prima sentenza italiana sulla vendita di tango bonds*, poi seguita da numerose altre Corti di merito, quali, ad esempio, Trib. Firenze, 30 maggio 2004, in *Giur. merito*, 2005, I, 839 ss.; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Contr.*, 2005, 5 ss.; Trib. Palermo, 7 luglio 2005, in *Società*, 2006, 1126; Trib. Torino, 7 novembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 521 ss.; Trib. Lecce, 7 maggio 2007, in *Contr.*, 2007, 998 ss.

Altri hanno ritenuto preferibile consegnare la tutela dell'investitore a rimedi risarcitori, fondando le proprie argomentazioni ora sul fatto che i doveri di comportamento imposti agli intermediari attengono alla fase funzionale del rapporto nascente da un contratto già concluso (così S. PANZINI, *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. e impr.*, 2007, 986), ora sul fatto che il contrasto con norme imperative non sempre determina la nullità del contratto (così F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2020, 155; F. CAPRIGLIONE, *La problematica relativa al recepimento della MiFID*, in M. DE POLI (a cura di), *La nuova normativa MiFID*, Padova, 7 ss.), ora sul fatto che la previsione di nullità di cui all'art. 23 t.u.f. esaurisce le ipotesi di nullità per violazione dei doveri di condotta, per cui non sarebbe più possibile costruirne altre (cfr. F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009, 299 ss., ove altri riferimenti).

La discussione e l'alternativa tra rimedi demolitori e risarcitori è stata attenuata dall'intervento delle Sezioni Unite di fine 2007 (cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, 227 ss. e Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725 in *Giur. it.*). Il giudice di legittimità ha sposato la tesi secondo cui, in presenza di regole di comportamento per la cui violazione non è espressamente sancita la sanzione della nullità, che non attengono alla struttura e al contenuto del contratto, né siano regole imperative che determinano un difetto di legittimazione del contraente, la loro violazione da parte del prestatore di servizi di investimento non determina invalidità del contratto, ma soltanto una responsabilità civile dell'intermediario. La natura di questa responsabilità, a sua volta, si determina in relazione alla fase del rapporto in cui l'illecito trova collocazione: si tratterà di responsabilità precontrattuale se l'illecito avviene nella fase precedente la stipulazione del contratto quadro (e dunque può configurarsi responsabilità precontrattuale anche in presenza di un valido contratto quadro di investimento), mentre dovrà ritenersi contrattuale la responsabilità generata da violazione di doveri che incombono sull'intermediario per effetto della stipulazione del contratto quadro. Come si vede, le Sezioni Unite hanno espresso una netta preferenza per i rimedi di tipo risarcitorio, lasciando, tuttavia, ampio spazio di operatività anche per i rimedi di tipo demolitorio. Sul punto si veda, per tutti, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 496 ss., spec. nt. 126, ove altri riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

del contratto, sfociata nell'indirizzo noto come neoformalismo negoziale, nel cui ambito si pone, per l'appunto, anche il tema delle nullità selettive.

Si ritiene allora opportuno volgere uno sguardo al problema per così dire dall'esterno, assumendo, cioè, come prospettiva di indagine la fattispecie contrattuale in seno alla quale è sorta la questione, attesa la centrale importanza che questa ha avuto nella genesi dell'esercizio in via selettiva della nullità di protezione; aspetto, peraltro, appena lambito dalle Sezioni Unite nella pronuncia del 2019 con cui è stata data legittimazione alla figura.

2. *Quadro normativo generale*

Punto di partenza per questa parte del discorso è senz'altro una ricognizione del quadro generale della disciplina di settore a cui afferiscono i contratti di investimento, che ha ad oggetto i servizi e le attività di intermediazione mobiliare o – come oggi si preferisce – finanziaria, più comunemente noti come servizi e attività di investimento.

Per intermediazione mobiliare si intende un'attività di interposizione tra coloro che offrono e coloro che domandano prodotti finanziari; questi ultimi possono essere intesi come qualsiasi forma di investimento di natura finanziaria, ovverosia qualsiasi forma di investimento che, per sua natura, implica per l'investitore un rischio di perdita del capitale investito²⁰⁵. L'attività di intermediazione finanziaria è riservata a soggetti specificamente abilitati a svolgerla professionalmente, in virtù di apposita autorizzazione rilasciata dalla competente Autorità di vigilanza.

Sulla nozione di attività di intermediazione mobiliare era stata costruita la prima disciplina organica del settore, quella dettata dalla legge n. 1 del 1991, che riservava, appunto, alle «Società di intermediazione mobiliare» (SIM), nonché alle banche, l'esercizio dell'attività di intermediazione avente per oggetto i «valori mobiliari»²⁰⁶. Oggi, sulla scorta delle più recenti direttive comunitarie in materia, non si parla più di attività di intermediazione mobiliare, bensì di «servizi di investimento»: trattasi delle

²⁰⁵ La definizione è di P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2021, 531.

²⁰⁶ R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2014, 121.

attività che hanno ad oggetto non più valori mobiliari, bensì «strumenti finanziari»²⁰⁷; parallelamente, i soggetti a cui viene riservato, assieme alle banche, l'accesso all'esercizio di tali servizi sono definiti imprese di investimento.

Le linee portanti dell'ordinamento dei servizi di investimento sono, invece, rimaste immutate e si tratta:

- a) della riserva dell'attività a particolari categorie di imprese;
- b) dell'imposizione, alle stesse, di regole di stabilità e di correttezza e trasparenza nei confronti dei clienti;
- c) della previsione di una vigilanza ispettiva, informativa e regolamentare sui soggetti autorizzati, affidata alla Banca d'Italia e alla Consob, secondo il criterio della competenza per funzioni, e non per soggetti, ossia riservando alla prima il rispetto delle regole di stabilità e alla seconda quello delle regole di trasparenza e correttezza²⁰⁸.

La disciplina del mercato finanziario e dei relativi contratti ha la fondamentale caratteristica di essere una «disciplina multilivello»: per tale si intende una disciplina composta da una pluralità di fonti di diversa natura, che convergono a coprire lo stesso oggetto di regolazione²⁰⁹. Nello specifico, essa si articola in un livello comunitario, sul

²⁰⁷ Così come per gli strumenti finanziari, anche per i servizi di investimento il legislatore ha rinunciato ad una definizione generale, limitandosi ad indicare un catalogo di attività che devono considerarsi servizi di investimento quando abbiano ad oggetto strumenti finanziari; catalogo tassativo, ma che può essere arricchito da Ministro dell'Economia e delle Finanze per le medesime ragioni per cui lo stesso Ministro può individuare nuovi strumenti finanziari.

I servizi di investimento sono, dunque, servizi tipici, anche se la tipicità dei medesimi può discendere da un provvedimento amministrativo; la mancanza di una definizione generale impedisce all'interprete di individuare servizi riconducibili a quest'ultima e non indicati nel catalogo legislativo. Ciò non vuol dire che non sia riscontrabile un minimo comune denominatore che giustifichi la ricomprensione degli strumenti nel catalogo: tale comune denominatore deve individuarsi nella rilevanza che tali servizi, se esercitati professionalmente, hanno per il buon funzionamento del mercato finanziario. Nel dare attuazione alla direttiva MiFID, il d.lgs. n. 164 del 2007 ha introdotto la nozione di «attività di investimento», affiancandola a quella di servizio di investimento, tant'è che il t.u.f. parla di «servizi e attività di investimento». Anche se nella direttiva le attività di investimento sono concepite in modo distinto dai servizi di investimento, le une rappresentate dall'insieme delle operazioni svolte per proprio conto e nel proprio interesse, gli altri da operazioni svolte nell'interesse altrui, nei fatti non è dato individuare una realtà fenomenica delle attività di investimento diversa da quella di servizio di investimento. Poiché, peraltro, nel nostro ordinamento non è prevista una disciplina diversa per le attività e per i servizi, l'espressione servizi di investimento può ritenersi comprensiva anche della nozione di attività di investimento. Cfr., sul punto, R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., 123-124.

²⁰⁸ R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., 122.

²⁰⁹ V. ROPPO, *I contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 487.

quale si collocano le direttive rilevanti in materia; e poi in un livello interno, che a sua volta si scompone in un livello primario, costituito dal Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, in vigore dal 1 luglio 1998, meglio noto come T.U. sulla finanza o t.u.f.) e in un livello secondario costituito dai regolamenti di attuazione del t.u.f., emanati per deliberazioni della Consob²¹⁰.

L'interazione tra i diversi livelli, ed in particolare l'influsso della normativa comunitaria sul diritto interno ha dato impulso all'evoluzione della materia, con particolare riguardo alla disciplina dei rapporti contrattuali tra imprese d'investimento e intermediari, interessata recentemente da molte e significative modifiche.

Le fonti europee di rilievo in questo contesto sono due: la direttiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 (cosiddetta direttiva MiFID – *Markets in Financial Instruments Directive*), attuata in Italia a mezzo del D.Lgs. 17 settembre 2007, n. 164, per mezzo della quale sono state introdotte rilevanti novità, sia per quanto riguarda gli intermediari sia per quanto riguarda i mercati²¹¹; e la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 (cosiddetta MiFID II), recepita in Italia con il D.Lgs. 3 agosto 2017, n. 129, e successivamente integrata dal regolamento UE n. 600/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 maggio 2014 (MiFIR – *Markets in Financial Instruments Regulation*)²¹².

²¹⁰ V. ROPPO, *op. loc. ult. cit.*

²¹¹ Per mezzo della Direttiva è stata data anzitutto una diversa impostazione della materia, con particolare riguardo agli obblighi di informazione e trasparenza gravanti sugli intermediari, nell'intento di migliorare il regime di protezione degli investitori. È stato ampliato il novero delle attività rientranti nell'ambito dei servizi di investimento, tra i quali vengono ricompresi la gestione di sistemi multilaterali di negoziazione e, quale servizio accessorio, l'attività di analisi e ricerca finanziaria; in quest'ambito, la consulenza in materia di investimenti, da attività accessoria che era, è stata ricondotta tra i servizi di investimento principali. Sono state introdotte nuove regole per l'ammissione degli operatori ad operare sui mercati e per l'ammissione degli strumenti finanziari alle negoziazioni sui mercati regolamentati. Infine, è stato eliminato l'obbligo di concentrazione degli scambi su mercati regolamentati e sono stati introdotti mercati alternativi gestiti da singoli intermediari abilitati. Si veda, sul punto, per tutti P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario, cit.*, 532-533.

²¹² La Direttiva MiFID II ha abrogato la precedente MiFID I, proponendosi di garantire maggiore trasparenza nel funzionamento dei mercati, con particolare riferimento a costi, rischi, indipendenza di chi presta attività di consulenza in materia di servizi di investimento, documentazione descrittiva dei prodotti finanziari e maggiori poteri delle Autorità di controllo. Cfr., di nuovo, P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario, cit.*, 533.

Passando a considerare il livello interno di normazione, la fonte di rango primario in materia di mercati finanziari è costituita, come si diceva poc'anzi, dal T.U. sulla finanza, che, nel dettare le regole alle quali le imprese di investimento e le banche devono attenersi nello svolgimento della propria attività (artt. da 21 a 25-*bis*), fissa alcuni principi che trovano applicazione per tutti i servizi, nonché regole particolari che valgono per la prestazione di alcuni soltanto di essi.

Più nello specifico, su un piano generale, il t.u.f. stabilisce criteri generali di comportamento per le imprese di investimento e per le banche (art. 21), regole relative alla disciplina dei contratti di investimento (art. 23), norme dirette a garantire la separazione dei patrimoni dei clienti oggetto del contratto di investimento (art. 22) e norme in materia di sottoscrizione e collocamento dei prodotti finanziari, bancari e assicurativi. Prevede, poi, regole speciali per la gestione di portafogli (art. 24), per la negoziazione nei mercati regolamentati (art. 25), per la gestione dei servizi multilaterali di negoziazione (art. 77-*bis*) e per l'internalizzazione sistematica (art. 78). Infine prevede norme che trovano applicazione quando il servizio di investimento sia effettuato secondo particolari modalità e cioè con offerta dei servizi fuori sede (artt. 30 e 31) o mediante promozione e collocamento a distanza (art. 32)²¹³.

È però al livello della normazione secondaria che si trova il «cuore pulsante»²¹⁴ della disciplina del mercato finanziario e, in particolare, dei relativi contratti: ed infatti gli intermediari trovano le regole del loro concreto operare nel Regolamento Intermediari della Consob. Il vigente Regolamento, emanato, in attuazione della Direttiva MiFID II, con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018, entrato in vigore il 20 febbraio 2018, aggiornato da ultimo con le modifiche apportate dalla delibera n. 22430 del 28 luglio 2022, contiene importanti specificazioni in ordine all'autorizzazione, all'operatività e alle regole di condotta delle imprese di investimento operanti in Italia.

In attuazione della MiFID II è stato emanato anche il nuovo regolamento sui mercati finanziari, approvato con delibera Consob n. 20249 del 28 dicembre 2017 ed è stato aggiornato il regolamento sugli emittenti, con delibera Consob n. 20250 del 28 dicembre

²¹³ Si veda R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, cit., 139.

²¹⁴ L'espressione è di V. ROPPO, *I contratti del mercato finanziario*, cit., 491.

2017. È tuttora in vigore il regolamento congiunto Consob e Banca d'Italia del 29 ottobre 2007 su organizzazione interna degli intermediari e conflitti di interesse, aggiornato con la richiamata delibera n. 20307 del febbraio 2018.

La disciplina in esame è attualmente in fase di evoluzione, anche a seguito dell'emanazione della Direttiva delegata della Commissione n. 2017/593 del 7 aprile 2016, la quale ha introdotto la cosiddetta *product governance*: una serie di regole finalizzate ad imporre agli intermediari un assetto organizzativo e regole di comportamento tali da tutelare l'investitore nella fase di creazione, offerta e distribuzione dei prodotti finanziari²¹⁵.

3. In particolare, la disciplina dei contratti di investimento

L'espressione «contratti di investimento», con cui comunemente viene designata la fattispecie esaminata²¹⁶, sintetizza la nozione «contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento»²¹⁷ presente all'art. 23, comma 1°, del Testo Unico dell'Intermediazione Finanziaria. Tale nozione può riferirsi a due fenomeni diversi, tra loro interconnessi.

²¹⁵ In particolare, la direttiva aggiunge alla disciplina della trasparenza e alle tradizionali regole di comportamento, applicabili al rapporto intermediario-investitore in fase di distribuzione, la necessità che gli intermediari si dotino di un'organizzazione interna, da sottoporre a periodica revisione, che consenta di identificare a monte il mercato di riferimento (*target market*) di clienti finali che abbiano esigenze, caratteristiche e obiettivi compatibili con i prodotti finanziari da distribuire ed a cui pertanto tali prodotti potranno essere destinati. Si prevede poi che, oltre a definire il *target market*, i produttori specifichino una strategia di distribuzione che sia coerente con il mercato di riferimento individuato. La nuova normativa mira quindi ad individuare, prima della fase di distribuzione, le reali esigenze della clientela a cui vengono destinati determinati prodotti finanziari da parte dell'intermediario ideatore (*Manufacturer*) o distributore (*Distributor*) dei medesimi. Cfr. P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 533-534.

²¹⁶ In letteratura l'uso dell'espressione «contratti di investimento» è però invalso più spesso per indicare i contratti di intermediazione anziché quelli su strumenti finanziari; ragione per cui nel prosieguo della presente trattazione l'espressione verrà utilizzata per indicare i primi e non i secondi.

²¹⁷ Si tratta di un raggruppamento, perché i contratti tra intermediari e investitori sono accomunati dal paradigma normativo, secondo l'insegnamento di Giorgio De Nova, già richiamato da F. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992, 21. L'eterogeneità dei servizi di investimento è messa in evidenza da P. FERRO LUZZI, *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 53, e da E. GABRIELLI e R. LENER, *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2006, I, 45. All'interno del raggruppamento di contratti tra intermediari e investitori, D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, Torino, 2011, 51, spec. nt. 12, ove altri riferimenti, reputa utile individuare «un sottoraggruppamento di contratti

In prima battuta, si riferisce ai contratti di intermediazione, cioè ai contratti conclusi tra intermediari finanziari e investitori che consentono a questi ultimi, tramite i servizi resi dai primi, di accedere a strumenti finanziari ed in forza dei quali gli intermediari compiono investimenti per conto degli investitori²¹⁸.

In seconda battuta, si ricollega ai contratti su strumenti finanziari²¹⁹ nei mercati regolamentati, nei sistemi multilaterali o nelle altre piattaforme di negoziazione²²⁰, che vengono conclusi a valle (ed in forza) dei contratti di intermediazione.

con causa strettamente gestoria», che comprende la negoziazione per conto proprio, l'esecuzione di ordini per conto terzi e la gestione individuale di portafogli di strumenti finanziari.

²¹⁸ Questi contratti sono stati disciplinati per la prima volta in Italia dalla legge n. 1 del 1991, ove venivano denominati contratti di intermediazione mobiliare. Cfr. F. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare, cit.*, 1 ss. La categoria del «contratto di investimento» è stata proposta da V. ROPPO, *Investimento in valori mobiliari (contratto di)*, in *Contr. e impr.*, 1986, 261 ss., definendolo come il «contratto concluso da un investitore relativamente a valori mobiliari, che gli siano offerti nell'ambito di un'attività di sollecitazione del pubblico risparmio». La proposta era stata criticata sia da G. ALPA, *Una nozione pericolosa: il c.d. "contratto di investimento"*, in AA. VV., *I valori mobiliari*, Padova, 1991, 393 ss., sia da G. DE NOVA, *Il contratto di investimento in valori mobiliari dopo la legge sim e i regolamenti Consob "di esecuzione"*, in M. BESSONE e F.D. BUSNELLI, *La vendita "porta a porta" di valori mobiliari*, Milano, 1992, 60.

²¹⁹ Si tratta, cioè, dei contratti che hanno ad oggetto, direttamente, i prodotti finanziari, cioè gli strumenti finanziari ed ogni altra forma di investimento, esclusi i mezzi di pagamento (ad es. l'acquisto di azioni o lo *swap*), anche detti «contratti c.d. di borsa o conclusi in altri mercati regolamentati o fuori dai mercati regolamentati»: cfr. A.A. DOLMETTA e U. MINNECI, (voce) *Borsa (contratti di)*, in *Enc. dir., aggiornamento-V*, Milano, 2001, 161 ss., mentre l'aggiornamento del 2007 è intitolato *Contratti di borsa (ovvero dei mercati mobiliari regolamentati)*, in *Il diritto-Enc. giur.*, vol. IV, Milano, 2007, 111 ss. Una volta i c.d. ordini di borsa erano considerati contratti di borsa, mentre a far data dalla legge 1/1991 non è più così, il contratto di borsa è l'atto giuridico a valle del cui compimento si tratta in esecuzione dell'ordine che rientra nel contratto di intermediazione: cfr. F. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare, cit.*, 148. In pratica, i contratti su strumenti finanziari, o contratti di borsa, costituiscono l'oggetto dei contratti di intermediazione, articolati in contratto quadro e ordini di borsa.

²²⁰ M. BESSONE, *I mercati mobiliari*, Milano, 2002, 139; F. CARBONETTI, *I contratti di intermediazione mobiliare, cit.*, Ciascuno di questi mercati è peculiare, perché gli strumenti finanziari che formano oggetto dei contratti c.d. di borsa hanno una loro natura che è variabile.

Le caratteristiche proprie degli strumenti finanziari – e cioè l’alea²²¹ e la complessità²²² – incidono sui contratti stipulati tra intermediari e investitori²²³. Perciò il contratto di investimento può descriversi come un contratto caratterizzato dalla più ampia alea, la quale dipende dall’incertezza del risultato economico delle singole operazioni, proprio perché relative a strumenti implicanti per natura un rischio di perdita del capitale investito²²⁴.

Poiché il contenzioso da cui è scaturito il problema dell’esercizio selettivo delle nullità di protezione trae origine proprio dai contratti stipulati tra prestatori di servizi di investimento e clienti, è di centrale importanza soffermarsi sulla disciplina di queste fattispecie, con particolare riguardo alla loro natura, struttura e dinamica.

Prendendo le mosse dall’indispensabile sguardo al contesto sovranazionale, si nota che il legislatore europeo ha dedicato ai contratti di investimento una disciplina solo marginale, se non accidentale²²⁵. Ciò si spiega in quanto al legislatore comunitario interessa

²²¹ Si veda E. GABRIELLI, *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, 578. Se da una parte è indubbio che l’alea e la complessità incidano sui servizi prestati dall’intermediario, d’altra parte è altrettanto indubbio che l’intermediario non sia responsabile per il semplice fatto che l’investimento non è andato a buon fine: cfr. M. LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999, 191 ss. e ID., *I contratti aventi ad oggetto servizi di investimento*, in R. BOCCHINI (a cura di), *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino, 2006, 265 ss.

²²² Gli strumenti finanziari sono complessi perché caratterizzati da asimmetria informativa. Cfr. G. DE NOVA, *La responsabilità dell’operatore finanziario per esercizio di attività pericolosa*, in *Contr.*, 2005, 709; V. SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 179 ss.; A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 761; D. MAFFEIS, *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l’estensione del modello al credito ai consumatori*, in *Contr.*, 2005, 6.

²²³ All’intermediario viene affidato un compito che si articola in una serie di doveri funzionali a garantire obiettivi di ordine pubblico; in breve, il «corretto rapporto tra sistema finanziario, sistema bancario e sistema industriale»: sul punto si veda N. SALANITRO, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, 5.

²²⁴ Proprio perché il risultato economico è incerto, si pone il problema dell’osservanza, sino a tutto il compimento di ogni operazione, della diligenza professionale richiesta, e la conseguente necessità che l’interprete attribuisca alla normativa vigente la funzione di proteggere il cliente – cui resta pur sempre addossato il rischio dell’investimento – dal rischio della negligenza e dell’infedeltà. Così D. MAFFEIS, *I contratti dell’intermediazione finanziaria, cit.*, 7, il quale a sua volta richiama: G. VISENTINI, *La diligenza come criterio di responsabilità dell’amministratore*, in V. AFFERNI e G. VISENTINI (a cura di), *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Milano, 2005, 101, il quale afferma che «si pone il problema del comportamento diligente quando il risultato della prestazione è aleatorio», ed A. NIGRO, *La tutela del risparmio e l’efficienza del sistema: il ruolo delle banche*, in *Società*, 2005, 315, secondo cui «la vecchia distinzione tra risparmio consapevole e risparmio inconsapevole deve essere mantenuta».

²²⁵ Cfr. D. MAFFEIS, *I contratti dell’intermediazione finanziaria, cit.*, 49 ss. Come riferito da V. ROPPO, *I contratti del mercato finanziario, cit.*, 488, a livello comunitario la disposizione di riferimento per la disciplina dei contratti di investimento è data dall’art. 39 della direttiva MiFID, a norma del quale «Gli Stati membri prescrivono all’impresa di investimento che fornisce servizi di investimento diversi dalla

disciplinare non tanto i contratti, quanto piuttosto i mercati e l'organizzazione degli intermediari: nell'ottica comunitaria il contratto di investimento è concepito semplicemente come strumento tramite il quale realizzare l'obiettivo cardine della politica europea in materia di mercati finanziari, e cioè la massima possibile espansione dell'industria dei mercati, la quale, a sua volta, presuppone la liquidità e, a monte, la fiducia degli investitori²²⁶.

Alla luce di questo quadro, è perciò inevitabile che la disciplina interna del contratto di investimento risenta delle scelte politiche di matrice europea, le quali possono riassumersi dicendo che il legislatore «fa dell'intermediario un guardiano dell'integrità dei mercati»²²⁷, come si può evincere in particolar modo dalla disposizione di cui all'art. 21 t.u.f.²²⁸.

consulenza in materia di investimenti a un nuovo cliente al dettaglio ... di concludere un accordo di base scritto, su carta o altro supporto durevole, in cui vengono fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente» (comma 1°), con la precisazione che «I diritti e i doveri delle parti dell'accordo possono essere inclusi facendo riferimento ad altri documenti o testi giuridici» (comma 2°). Ne risulta un articolato normativo essenzialmente composto da: una prima norma cogente, che impone la necessaria contrattualizzazione del rapporto tramite un «accordo di base»; una seconda norma cogente, con cui si prescrive per tale contratto il vincolo della forma scritta; una norma permissiva, che apre alla tecnica *per relationem* ed, infine, una norma definitoria della propria area di operatività, che esclude dalla stessa i contratti per la prestazione del servizio di consulenza in materia di investimenti e, tra gli altri contratti, quelli conclusi con clienti non *retail*.

²²⁶ Il Considerando n. 44 della Direttiva 2004/39/CE menziona gli obiettivi di «garantire l'effettiva integrazione dei mercati azionari degli Stati membri, [...] rafforzare l'efficacia del processo globale di formazione dei prezzi degli strumenti rappresentativi del capitale e [...] favorire il rispetto effettivo dell'obbligo di esecuzione alle condizioni migliori». Nel Considerando n. 71 si legge, inoltre, che «per raggiungere lo scopo di creare un mercato finanziario integrato, nel quale gli investitori siano efficacemente tutelati e l'efficienza e l'integrità del mercato nel suo insieme siano salvaguardate, è necessario che le imprese di investimento debbano rispettare gli stessi obblighi in qualsiasi Stato membro esse ottengano l'autorizzazione e che i mercati regolamentati e gli altri sistemi di negoziazione siano soggetti alle stesse norme in tutta la Comunità, in modo da impedire che l'opacità o le disfunzioni di un mercato mettano a repentaglio il buon funzionamento del sistema finanziario europeo nel suo insieme».

²²⁷ D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, cit., 54. Secondo l'Autore, si tratta di una scelta di ordine pubblico economico che implica una «logica del rischio preconstituita dal legislatore» che come tale l'interprete deve rispettare, e che probabilmente «si spiega anche con la consapevolezza, da parte del legislatore, dei limiti di efficienza delle autorità di controllo, che lo inducono a recuperare a valle spazi di tutela».

²²⁸ Il testo dell'art. 21 t.u.f. recita che «1. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati; b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati; c) utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti; d) disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività.

1-bis. Nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori, le Sim, le imprese di paesi terzi autorizzate in Italia, le Sgr, i GEFIA non UE autorizzati in Italia, gli intermediari finanziari

In forza del principio di integrità dei mercati, di cui l'intermediario è garante in sede di stipula dei contratti di investimento, viene posto un limite di ordine pubblico all'autonomia contrattuale di cui risentono non solo gli intermediari nel predisporre i contratti, ma anche gli investitori nel conferire gli ordini²²⁹.

Ciò suggerisce di ripensare la *ratio* della disciplina dei contratti di investimento, alla luce di detto principio di ordine pubblico economico: si tratta infatti non (soltanto) di ordine pubblico di protezione – dal momento che la tutela dell'investitore è solo uno degli obiettivi perseguiti dal legislatore, e non certo il principale – ma (anche e soprattutto) di ordine pubblico di direzione: lo scopo principale è infatti, come si diceva, la massima possibile espansione del mercato di riferimento. Perciò, in quest'ordine di idee, la cura

iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del Testo Unico bancario e le banche italiane: a) adottano ogni misura idonea ad identificare e prevenire o gestire i conflitti di interesse che potrebbero insorgere tra tali soggetti, inclusi i dirigenti, i dipendenti e gli agenti collegati o le persone direttamente o indirettamente connesse e i loro clienti o tra due clienti al momento della prestazione di qualunque servizio di investimento o servizio accessorio o di una combinazione di tali servizi; b) mantengono e applicano disposizioni organizzative e amministrative efficaci al fine di adottare tutte le misure ragionevoli volte ad evitare che i conflitti di interesse incidano negativamente sugli interessi dei loro clienti; c) quando le disposizioni organizzative e amministrative adottate a norma della lettera b) non sono sufficienti ad assicurare, con ragionevole certezza, che il rischio di nuocere agli interessi dei clienti sia evitato, informano chiaramente i clienti, prima di agire per loro conto, della natura generale e/o delle fonti dei conflitti di interesse nonché delle misure adottate per mitigare i rischi connessi; d) svolgono una gestione indipendente, sana e prudente e adottano misure idonee a salvaguardare i diritti dei clienti sui beni affidati.

1-ter. Le disposizioni di cui alle lettere a), b) e c) del comma 1-bis si applicano anche ai conflitti di interesse determinati dalla percezione da parte di Sim, imprese di paesi terzi autorizzate in Italia, Sgr, GEFIA non UE autorizzati in Italia, intermediari finanziari iscritti nell'albo previsto dall'articolo 106 del Testo Unico bancario e banche italiane di incentivi corrisposti da soggetti terzi o determinati dalle politiche di remunerazione e dalle strutture di incentivazione da loro adottate.

2. Nello svolgimento dei servizi e delle attività di investimento è possibile agire in nome proprio e per conto del cliente previo consenso scritto di quest'ultimo.

2-bis. Quando realizzano strumenti finanziari per la vendita alla clientela, i soggetti abilitati alla prestazione dei servizi e delle attività di investimento fanno sì che tali prodotti siano concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali individuato all'interno della pertinente categoria di clienti e che la strategia di distribuzione degli strumenti finanziari sia compatibile con i clienti target. I soggetti di cui al presente comma adottano inoltre misure ragionevoli per assicurare che lo strumento finanziario sia distribuito ai clienti all'interno del mercato target.

2-ter. Il soggetto abilitato deve conoscere gli strumenti finanziari offerti o raccomandati, valutarne la compatibilità con le esigenze della clientela cui fornisce servizi di investimento tenendo conto del mercato di riferimento di clienti finali di cui al comma 2-bis, e fare in modo che gli strumenti finanziari siano offerti o raccomandati solo quando ciò sia nell'interesse del cliente».

²²⁹ D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, cit., 57.

dell'interesse dei singoli investitori²³⁰ non gioca un ruolo primario²³¹. Ciò che più preme è la protezione del mercato: ed infatti, contrariamente all'idea tralazia formata in punto di contrattazione asimmetrica, il legislatore «non protegge l'investitore da sé stesso, e non protegge l'investitore dall'intermediario; il legislatore protegge il mercato dall'investitore»²³². Si tratta di alcune suggestioni che saranno riprese più avanti nel prosieguo del discorso.

Ciò premesso, nel diritto italiano la materia dei contratti di investimento è regolata sia in sede legislativa sia in sede regolamentare, con disposizioni che attengono, in particolare, ai profili della formulazione e della conclusione dei contratti²³³.

La normativa di rango primario prevede un articolo di carattere generale specificamente e interamente dedicato a tali profili, l'art. 23 t.u.f., e una disposizione speciale dedicata ai soli contratti per la gestione di portafogli di investimento, l'art. 24 t.u.f.

A livello regolamentare, la *sedes materiae* è costituita dal Capo II del Titolo I del Libro III del (nuovo) Regolamento Intermediari 15 febbraio 2018, n. 20307, ove la disciplina appare scandita in modo analogo rispetto al Testo Unico, tra una norma generale applicabile a tutti i contratti di investimento (l'art. 37²³⁴) e due norme speciali dedicate, rispettivamente, ai contratti per la gestione di portafogli di investimento (l'art. 38) e all'uso improprio dei contratti di garanzia (art. 39).

Va però dato atto che, sotto il profilo contenutistico, le citate disposizioni sono piuttosto scarse; ragione per cui il complessivo regime dei contratti di investimento emerge non

²³⁰ L'interesse dell'investitore può essere inteso in senso soggettivo, e cioè come vantaggio – da intendere come rispondenza all'interesse del programma di investimento – oppure in senso oggettivo, dunque come utilità, alla stregua dell'*utiliter coeptum*; così D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, cit., 61 ss.

²³¹ Ne costituisce evidenza il Considerando n. 31 della Direttiva n. 2004/39/CE, che dà atto che «uno degli obiettivi della presente Direttiva è proteggere gli investitori».

²³² D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, cit., 71.

²³³ Cfr. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., 158.

²³⁴ L'art. 37 Reg. Intermediari innanzitutto identifica, al primo comma, l'area di applicazione della disciplina dei contratti, in ragione di fattori sia oggettivi che soggettivi. In secondo luogo, al secondo comma, elenca una serie di contenuti necessari del contratto, i quali, in virtù della disposizione di cui all'art. 23 t.u.f., soggiacciono tutti al vincolo di forma scritta. Di qui il significato della previsione: estendere il requisito di forma scritta al di là degli elementi essenziali del contratto, generalizzandolo per tutti i contenuti contrattuali, senza esclusioni, in deroga al principio secondo cui i contenuti non essenziali di un contratto possono validamente pattuirsi anche senza rivestirli della forma vincolata. Sul punto si veda V. ROPPO, *I contratti del mercato finanziario*, cit., 493-497.

solo da queste regole, ma anche da altre disposizioni della normativa di settore²³⁵, nonché dal diritto comune dei contratti²³⁶.

In passato, la collocazione della disciplina dei contratti in una disposizione autonoma rispetto a quella sui criteri generali di comportamento per le imprese di investimento e le banche di cui all'art. 21 t.u.f. aveva posto il problema della possibile ricomprensione della relativa disciplina nell'ambito di quella che attiene al comportamento degli intermediari abilitati. La questione non è meramente classificatoria, in quanto dalla sua soluzione discende la possibilità, per la Consob, di emanare, sulla base dell'art. 6 t.u.f., disposizioni ulteriori sui contratti rispetto a quelle previste dall'art. 23 t.u.f.²³⁷.

In senso favorevole a tale possibilità vi sono alcuni argomenti decisivi. Innanzitutto, nelle principali esperienze estere il tema dei contratti con i clienti è generalmente inteso come strettamente collegato alla disciplina dei comportamenti degli intermediari: in tal senso sono emblematiche le esperienze inglese e francese, che sono servite da modello per la stessa disciplina comunitaria. In secondo luogo, la nozione di comportamento da osservare nei rapporti con gli investitori può considerarsi sufficientemente ampia da ricomprendere anche la fase di stipulazione dei contratti, con particolare riguardo, quantomeno, ai profili che attengono alla trasparenza e all'informativa dell'investitore.

Proprio in questo senso si è mossa la Consob; ed infatti l'art. 37 del Regolamento Intermediari, dopo aver ribadito la necessità della forma scritta, è tendenzialmente volto a disciplinare i profili che attengono alla trasparenza, prevedendo una serie di contenuti che tutti i contratti devono avere²³⁸.

Ai contratti in materia di servizi di investimento e accessori si applicano, infine, anche le previsioni del codice del consumo, se il cliente è un consumatore²³⁹.

²³⁵ Si pensi, ad esempio, ai criteri generali di comportamento rappresentati dai doveri di diligenza e correttezza di cui all'art. 21 t.u.f.

²³⁶ Così F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2008, 143.

²³⁷ F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., 159.

²³⁸ Sul punto si veda F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., 159-160.

²³⁹ R. COSTI e L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, vol. II, diretto da G. COTTINO, Padova, 2004, 363 ss.

4. *Struttura e contenuto dei contratti di investimento*

Le disposizioni di cui agli artt. 23 t.u.f. e 37 e 38 Reg. Intermediari n. 20307 del 2018 prendono in considerazione solo indirettamente struttura e contenuto del contratto di investimento²⁴⁰.

Per quanto concerne la struttura, pare evidente come dalle disposizioni menzionate risulti solo marginalmente che il contratto di investimento è, nella normalità dei casi, una cornice contrattuale nel cui ambito viene regolato ed al cui interno viene svolto il servizio prescelto dal cliente.

È noto che nella prestazione di servizi di investimento l'intermediario finanziario e il cliente-investitore sottoscrivono, generalmente all'atto dell'instaurazione del rapporto, un accordo contenente tutte le regole che disciplineranno il futuro concreto svolgimento del servizio di investimento²⁴¹.

²⁴⁰ M. MAGGIOLIO, *Servizi e attività di investimento*, cit. 464.

²⁴¹ Cfr. I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 162, ove si afferma, inoltre, che lo schema bipartito contratto quadro – ordini di investimento è quello che si verifica più frequentemente nella prassi. Esistono però servizi di investimento alla cui erogazione non si attaglia lo schema rappresentato dal contratto quadro e dagli ordini di investimento: così, ad esempio, i contratti in cui si traduce la prestazione del servizio di collocamento (art.1, comma 5°, lett. c e c-bis, t.u.f.), sulla cui struttura contrattuale si vedano, M. SALVATORE, *Servizi di investimento e responsabilità civile*, Milano, 2004, 148; R. COSTI e L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, cit., 361, nt. 136; nonché i contratti per la prestazione dell'attività di gestione di sistemi multilaterali di negoziazione (art. 1, comma 5°, lett. g, t.u.f.), per la cui struttura contrattuale si veda F. DURANTE, *Intermediari finanziari*, cit., Milano, 2009, 42. In alcuni casi è accaduto che cliente e intermediario non avessero stipulato fra loro un accordo quadro, ma direttamente un singolo contratto di prestazione di un servizio di investimento. Né in dottrina né in giurisprudenza vi è però uniformità di vedute circa la validità di un singolo ordine che, seppur redatto in forma scritta e completo di tutte le indicazioni prescritte dall'art. 37 Reg. Intermediari, non sia supportato da un contratto quadro stipulato anch'esso in forma scritta prima della conclusione dell'ordine. A fronte della tesi secondo la quale il compimento di operazioni singole sarebbe compatibile con l'attuale assetto normativo (per la quale cfr. B. INZITARI e V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, 2, nt. 1; in senso conforme, cfr. Trib. Roma, 29 luglio 2005, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, 465 ss.) vi è quella secondo cui la stipula di un contratto quadro sia necessaria, in quanto i singoli ordini, quali atti contrattuali destinati a perfezionarsi secondo lo schema della proposta seguita dall'inizio di esecuzione, ex art. 1327 c.c., non potrebbero validamente concludersi in assenza di una dichiarazione di accettazione da parte dell'intermediario quale si rinviene nel contratto quadro: così App. Milano, 13 giugno 2003, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 297 ss.; Trib. Cagliari, 18 gennaio 2007, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, 18 ottobre 2005, in *Giur. merito*, 2007, 47 ss.; Trib. Catania, 3 dicembre 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 1239 ss. In dottrina si vedano V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, cit., 901 ss., ad avviso del quale, sulla base dell'art. 30, comma 1°, Reg. Intermediari

Questo consiste in attività che l'intermediario compie, in gran parte, sulla base di ordini o istruzioni impartiti dal cliente, che prendono il nome di «ordini di borsa» o «ordini di investimento». Tali ordini possono essere definiti come gli incarichi che il cliente conferisce all'intermediario affinché questi concluda, per suo conto, una o più operazioni aventi ad oggetto l'acquisto, la vendita o la sottoscrizione di strumenti finanziari²⁴².

Poiché la facoltà di impartire ordini o istruzioni, nonché il vincolo ad eseguirli, derivano dalle previsioni contenute nell'accordo stipulato a monte, gli ordini e le istruzioni del cliente si collocano nella fase esecutiva del contratto di investimento; a loro volta gli ordini e le istruzioni sono seguiti da un'ulteriore attività esecutiva dell'intermediario che a quegli ordini o istruzioni ottempera, consistente, in linea di massima, nel compimento di negozi giuridici su strumenti finanziari²⁴³.

Lo schema negoziale così descritto rende ragione del perché si utilizzi tradizionalmente l'espressione contratto quadro o *master agreement* per indicare il contratto in base al

11522/1998, «l'assunto è probabilmente vero», e L. SCODITTI, *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 190 ss.

A ciò si è replicato che nulla vieta che la singola operazione di investimento sia conclusa ai sensi dell'art. 1326 c.c., anziché nel modo previsto dall'art. 1327 c.c. Perciò, anche in assenza di contratto quadro, non vi sarebbe alcun ostacolo al rispetto delle prescrizioni di forma previste dall'art. 23 t.u.f., nonché alle indicazioni di contenuto di cui all'art. 37 Reg. Intermediari, purché nella singola operazione siano rispettati tutti i requisiti prescritti dalla legge nel presupposto dell'esistenza del contratto quadro. Tale affermazione supporterebbe non solo il caso della stipula di singoli ordini di investimento in assenza di contratto quadro, ma anche l'ipotesi in cui singoli ordini o istruzioni siano impartiti sulla base di un contratto quadro nullo: se il singolo ordine o istruzione rispetta tutti i requisiti anche formali prescritti per il contratto di investimento dovrebbe rimanere salvo, nonostante la nullità del contratto quadro: cfr. Trib. Novara, 18 gennaio 2007, in www.ilcaso.it e in dottrina C. BELFIORE, *Si può fare a meno del contratto quadro nei servizi di investimento?*, in *Giur. merito*, 2007, 1915 ss. Secondo M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., la prospettata eventualità è concretamente poco plausibile, poiché se i requisiti di cui si tratta non sono stati rispettati all'atto della stipula del contratto quadro, è ben difficile che vengano rispettati al momento della conclusione dell'ordine di investimento: se le parti si sono accorte della nullità del contratto quadro, è più facile che ne stipulino uno nuovo; se, al contrario, non si sono accorte della nullità, crederanno di aver stipulato un contratto quadro valido e per tale ragione non si cureranno di prescrizioni che ritengono di aver già rispettato.

²⁴² La definizione è di D. DI ZITTI, *Ordine di borsa e commissione*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 147 ss., spec. 151, il quale riconduce l'ordine di borsa al contratto di commissione. Si veda anche L. BIANCHI D'ESPINOSA, *I contratti di borsa. Il rapporto*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXXV.2, Milano, 1969, 227; l'Autore definisce l'ordine di borsa «il contratto con il quale un soggetto [...] conferisce ad un intermediario [...] l'incarico di concludere per suo conto un contratto di borsa»; similmente C. COLTRO CAMPI, *I contratti di borsa nella giurisprudenza*, Padova, 1963. Infine si veda anche M. CASANOVA, (voce) *Agente di cambio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 850, ad avviso del quale l'agente di cambio riceve «l'ordine di stipulare contratti di borsa».

²⁴³ Ciò vale, se non altro, per i servizi di negoziazione, esecuzione di ordini, ricezione e trasmissione di ordini, e gestione di portafogli. Cfr. M. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, cit., 464.

quale viene prestato il servizio di investimento²⁴⁴, al cui interno si collocano, in prima battuta, i singoli ordini impartiti dall'investitore e, in seconda battuta, l'ulteriore attività negoziale con cui l'intermediario dà esecuzione ai singoli ordini.

La struttura contrattuale appena descritta, si diceva, risulta solo implicitamente dal tessuto normativo dedicato specificamente ai contratti di investimento. In particolare, l'art. 37, comma 2°, Reg. Intermediari include, tra le indicazioni che devono essere contenute nel contratto, quella delle modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini o istruzioni²⁴⁵. Da qui si ricava che il contratto che contiene l'indicazione delle modalità per impartire ordini o istruzioni è quello quadro, mentre gli ordini o istruzioni sono i suoi momenti esecutivi.

È forse proprio la laconicità o la non univocità degli indici ricavabili dal tessuto normativo ad aver reso critico l'inquadramento giuridico del contratto quadro di investimento, nonché degli ordini di investimento e, di riflesso, del loro legame con il contratto quadro. In dottrina, così come in giurisprudenza, non si rinviene uniformità di opinioni sul punto²⁴⁶; al contrario, campeggiano al riguardo diversi orientamenti, prettamente polarizzati attorno a due posizioni nettamente contrapposte fra loro.

²⁴⁴ Cfr. A. DI AMATO, *I servizi di investimento*, in *Manuale di diritto del mercato finanziario*, a cura di S. Amorosino, Milano, 2008, 89 ss.; F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009, 42 ss.

²⁴⁵ Al servizio di gestione di portafogli di investimento, oltre all'art. 37, comma 2°, Reg. Intermediari, si applica anche l'art. 24, comma 1°, lett. a), t.u.f., che prevede che «il cliente può impartire istruzioni vincolanti in ordine alle operazioni da compiere». Ciò significa che anche quando l'ordine di investimento non sia imprescindibile alla prestazione del servizio, che può risolversi in scelte discrezionali di investimento compiute dall'intermediario, la possibilità di ordini o istruzioni del cliente è nondimeno riconosciuta nella disciplina di settore. Si veda sul punto M. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, cit., 254 ss.

²⁴⁶ È discussa anzitutto la natura del contratto quadro. In particolare Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2004, e Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. it.*, 2008, I, 350 ss., lo considerano «per alcuni aspetti» assimilabile al mandato. Per la tesi di una natura di contratto normativo bilaterale, che comporta l'inesistenza di un vincolo per l'intermediario ad effettuare le operazioni esecutive prima che gli vengano impartiti ordini e istruzioni per l'acquisto (o la vendita) di strumenti finanziari si veda, *ex multis*, App. Brescia, 20 giugno 2007, in www.ilcaso.it. Per la tesi secondo cui il contratto di negoziazione sarebbe un vero e proprio contratto quadro, che obbliga l'intermediario all'esecuzione degli ordini impartiti dal cliente, cfr. F. DURANTE, *Intermediari finanziari*, cit., 45. Sostengono, invece, la tesi secondo cui il contratto quadro avrebbe una propria configurazione autonoma, che non lo rende assimilabile né alla categoria dogmatica del contratto quadro, né a quella del contratto normativo: M. LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari. Profili di tutela civile nei servizi di investimento*, Napoli, 1999, 106 ss., e M. DELLA CASA, *Collocamento di prodotti finanziari, e regole di informazione: la scelta dei rimedi applicabili*, in *Danno e resp.*, 2005, 1241 ss. M. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, cit.,

Il primo filone interpretativo fa capo alla tesi di Francesco Galgano²⁴⁷, ad avviso del quale i contratti di investimento, nel loro complesso, sarebbero riconducibili ad un unico schema causale e negoziale, che ha quale modello codicistico il contratto di conto corrente bancario (o di corrispondenza). Quest'ultimo, secondo l'opinione maggioritaria²⁴⁸, sarebbe da qualificare come contratto innominato misto di conto corrente e mandato senza rappresentanza²⁴⁹.

Il contratto di negoziazione, secondo l'Autore, sarebbe dunque un «mandato ad acquistare o a vendere strumenti finanziari»; perciò gli ordini di investimento impartiti dal cliente alla banca sarebbero, «nel senso dell'art. 1711 c.c., istruzioni del mandante al mandatario»²⁵⁰. Più nello specifico, si tratterebbe di un mandato senza rappresentanza, in forza del quale la banca mandataria, in adempimento delle anzidette istruzioni, acquista (o vende) strumenti finanziari per conto del cliente, ma in nome proprio (art. 1705 c.c.), a ciò autorizzata dal cliente. Una volta che la banca abbia acquistato gli strumenti finanziari richiesti, sarebbe tenuta a ritrasferirli al cliente, fermo restando il diritto di quest'ultimo di rivenderli, ex art. 1706 c.c. Tale ritrasferimento è, però, superfluo nel caso degli strumenti finanziari, data la loro natura di beni mobili. Perciò l'acquisto dello

465, spec. nt. 4, fa notare come la discussione sia in realtà nominalistica, perché sia la categoria del contratto quadro sia quella del contratto normativo hanno origine dottrinale, «per cui la qualificazione in uno o nell'altro modo dipende dalle accezioni dogmatiche preferite in ordine all'una o all'altra categoria».

²⁴⁷ Si veda F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, 889 ss.; ID., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, *ivi*, 2008, 1 ss.; ed ancora, F. GALGANO, N. ZORZI, *Tipologia dei contratti tra intermediario e risparmiatore*, in *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di F. GALGANO E G. VISINTINI, in *Trattato Galgano*, XLIII, Padova, 2006, 66 ss., ove gli Autori, sulla scorta della teoria propugnata, respingono l'interpretazione rigorosa dell'art. 23 t.u.f. secondo cui l'obbligo di forma scritta è previsto a pena di nullità non soltanto per il contratto quadro, ma anche per i singoli ordini di investimento.

²⁴⁸ In dottrina si veda per tutti G. MOLLE, L. DESIDERIO, *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2005, 7 ss.; in giurisprudenza cfr. Cass., 5 dicembre 2011, n. 25943, in *DeJure*; Cass., 10 marzo 2010, n. 5843, in *DeJure*; Trib. Milano, 12 luglio 1984, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, II, 95 ss.; Cass., 22 settembre 1979, n. 4889, in *Foro pad.*, 1979, I, 274 ss.

²⁴⁹ F. GALGANO, *I contratti di investimento*, *cit.*, 892 ss.; ID., *Il contratto di intermediazione finanziaria*, *cit.*, 2 ss., ove l'Autore sostiene che: «i contratti di investimento non sono un'invenzione del Testo unico della intermediazione finanziaria e della citata deliberazione Consob; riproducono lo schema del conto corrente bancario, detto anche conto corrente di corrispondenza, che la Cassazione da tempo qualifica come un contratto misto di conto corrente e mandato, in forza del quale la banca si obbliga a dare esecuzione alle disposizioni del cliente, utilizzando la provvista da questo fornita con un deposito o un'apertura di credito». Nel caso specifico del contratto di negoziazione, «lo schema causale del contratto regolato dagli artt. 1852-1857 c.c. balza agli occhi evidente. Il cliente, allorché impartisce gli ordini alla banca, dispone delle somme risultanti a suo credito, nel senso dell'art. 1852 c.c.»

²⁵⁰ Le espressioni tra caporali sono di F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria*, *cit.*, 3.

strumento finanziario da parte del cliente della banca non sarebbe l'effetto di un autonomo contratto traslativo tra la banca e il cliente, né avrebbe la causa di un ulteriore ed autonomo contratto bancario, ma ripeterebbe la propria causa dal contratto di negoziazione, di cui costituisce adempimento²⁵¹.

L'Autore ritiene perciò «fuorviante la costruzione elaborata dalla dottrina del cosiddetto contratto quadro²⁵², secondo la quale i singoli ordini dell'investitore all'intermediario darebbero luogo ad altrettanti contratti di investimento, preceduti da un asserito, e non meglio qualificato, contratto quadro». L'ordine di investimento non sarebbe quindi una proposta contrattuale del cliente alla banca che richiede l'accettazione da parte di quest'ultima per perfezionare un contratto di compravendita, bensì un atto unilaterale meramente esecutivo del mandato e privo di una causa propria²⁵³.

La fattispecie rientrerebbe, in definitiva, nella nota categoria dei cosiddetti «negozi di attuazione»²⁵⁴: atti di volontà, ora individuali, ora bilaterali, esecutivi di un preesistente contratto intercorrente fra le parti e privi di una propria causa, trovandola nel predetto contratto.

Nell'ottica dei sostenitori di questa teoria²⁵⁵, tale inquadramento permetterebbe di descrivere in modo coerente i rapporti che si instaurano tra investitore ed intermediario.

²⁵¹ Cfr. F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

²⁵² Il riferimento è all'emblematica posizione espressa da V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, in *Contr. e impr.*, 2005, 896.

²⁵³ F. GALGANO, *op. loc. ult. cit.*

²⁵⁴ Si veda L. CAMPAGNA, *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.

²⁵⁵ Si veda M. PALMIERI, *Responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione e protezione dell'investitore non professionale*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 517, il quale non reputa gli ordini autonomi contratti, rilevando, anzi «come l'opposta tesi di una unicità formale e sostanziale del contratto rappresenti forse una lettura all'apparenza più aderente all'inquadramento dei contratti di servizi di investimento, così come emergente dalla lettura della normativa in materia; a favore di una continuità del rapporto appaiono particolarmente significativi i primi due commi dell'art. 30 del Reg. Intermediari, nonché il comma 2° del precedente art. 28 in cui si rende evidente come all'unicità del contratto si contrapponga una pluralità di servizi. La tesi sembra trovare ulteriore, particolare conferma nel successivo art. 32, in cui la formale unità del servizio di negoziazione si concretizza in una possibile molteplicità degli ordini di borsa». Cfr. inoltre, da ultimo, A. BELOTTI, *Valutazione del rischio e risoluzione del contratto*, in *Contr.*, 2017, 145 ss.

Anche la giurisprudenza di legittimità²⁵⁶ ha spesso sostenuto che i contratti di compravendita di strumenti finanziari stipulati da un intermediario per conto del cliente nell'ambito di un rapporto di negoziazione non sarebbero contratti autonomi, ma operazioni meramente esecutive e caratterizzate da una struttura assai semplificata che le rende dipendenti dal contratto quadro a monte²⁵⁷.

²⁵⁶ *Ex multis*: Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, in *Corr. giur.*, 2016, 1113 ss.; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3950, in *DeJure*; Cass., 13 gennaio 2012, n. 384, in *Giur. comm.*, 2012, II, 791 e spec. 794; Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 687 ss.; Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 in *Società*, 2008, 449 ss., con nota di V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*; in *Danno e resp.*, 2008, 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*; e *ivi*, 595 ss., con nota di F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, ove altri precedenti giurisprudenziali e riferimenti dottrinali in tema di regime dei contratti del mercato finanziario. Quanto alle Corti di merito, hanno aderito a questo orientamento: Trib. Parma, 21 marzo 2007, in www.ilcaso.it; Trib. Catania, 23 gennaio 2007, *ivi*; Trib. Firenze, 29 maggio 2006, *ivi*; Trib. Catania, 21 ottobre 2005, *ivi*.

²⁵⁷ Quest'affermazione di principio viene peraltro spesso utilizzata al fine di negare la necessità di forma scritta *ad substantiam* per gli ordini, circoscrivendosi così la prescrizione di forma di cui all'art. 23, comma 1, t.u.f. ai soli contratti quadro a monte. Cfr., sul punto, Cass., 27 aprile 2016, n. 8395 in *Corr. giur.*, 2016, 1110 ss.; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, *cit.*; Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Contr.*, 2016, 1089 ss.; Cass., 22 marzo 2013, n. 7283, in *DeJure*; Cass., 31 dicembre 2013, n. 28810, in *DeJure*; Cass., 22 marzo 2012, n. 4564. In dottrina si veda I. DELLA VEDOVA, *La forma degli ordini di borsa, cit.*, 170-172, che conferma come corollario della tesi esposta sia che per gli ordini – atti di esecuzione del contratto di mandato – non sussiste alcun precetto di forma. La stessa tesi è stata utilizzata anche per escludere la risoluzione per inadempimento dei singoli ordini, posto che, come risaputo, questo istituto è limitato dall'art. 1453 c.c. ai soli contratti a prestazioni corrispettive e, in particolare, in caso di inadempimento di prestazioni che stanno tra loro in rapporto di sinallagmaticità. Avendosi di fronte un unico rapporto contrattuale si potrebbe ammettere unicamente una risoluzione della totalità dei rapporti intercorrenti tra cliente e intermediario, ovvero la caducazione per inadempimento del contratto di intermediazione, con il conseguente venir meno di tutti gli atti esecutivi che sono stati posti in essere sulla base di questo. In questa prospettiva risulta superata l'idea che non si potrebbe risolvere per inadempimento il contratto quadro. Per questa tesi si veda A. PERRONE, *Regole di comportamento e tutele degli investitori*. Less is more, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 551 ss., che argomenta muovendo dal fatto che il contratto quadro non fonda alcun obbligo di concludere operazioni di investimento. Secondo C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 400, questa posizione trascura di considerare che un contratto quadro ha comunque degli effetti obbligatori, per esempio informativi ed inerenti alla fase esecutiva, e che un loro inadempimento rilevarebbe ai fini risolutivi. Per una critica dettagliata si vedano M. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 500 ss. e D. ACHILLE, *Contratto d'intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi di informazione tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1474 ss. Sul più generale tema della risoluzione per inadempimento dei contratti sinallagmatici si vedano: U. CARNEVALI, *Risoluzione per inadempimento, Art. 1453 (§9-22)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, 39 ss.; ID., *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in *Il contratto in generale, La risoluzione*, in *Trattato Bessone*, VIII.2, Torino, 2011, 9 ss.; G. AMADIO, *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato Roppo*, V, Rimedi, 2, Milano, 2006, 36 ss.

Contrapposta a questa è la tesi interpretativa – che è stata definita «dualistica»²⁵⁸ - espressa, in particolare, da Vincenzo Roppo²⁵⁹, ad avviso del quale l'operazione di investimento, complessivamente considerata, costituirebbe una «struttura contrattuale multilivello»²⁶⁰ che si articola tra contratto quadro e ordini di investimento.

A monte di tale struttura vi sarebbe infatti un contratto, avente natura di contratto quadro²⁶¹, che ha per oggetto la prestazione del servizio di investimento che la banca si

²⁵⁸ Così C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini*, cit., 400.

²⁵⁹ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, 896 ss.; ID., *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond e tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 624 ss.; ID., *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 498 ss., in partic. nt. 16. A tale impostazione aderiscono A. LUMINOSO, *Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 1425 ss.; R. RAZZANTE, *Contratti di negoziazione e "negoziazione di ordini"*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2004, 1140 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, 396; V. SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e nullità sopravvenuta*, in *Contr.*, 2008, 661; G. LA ROCCA, *La forma degli «ordini di borsa» (a proposito di App. Venezia 19 novembre 2007)*, in *www.ilcaso.it*; M. DELLA CASA, *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*, in *Danno e resp.*, 2005, 1241 ss.; M. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, cit., 464 ss. e 485 ss. e I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, cit., 173 ss. In giurisprudenza hanno riconosciuto autonoma dignità negoziale ai contratti che si concludono mediante esecuzione dell'ordine impartito dal cliente, *ex multis*, Cass. 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Danno e resp.*, 2009, 503 ss.; Cass., 25 giugno 2008, n. 17341, in *Foro it.*, 2009, I, 1851 ss.; Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 897 ss.

²⁶⁰ V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario*, cit., 499.

²⁶¹ La figura del contratto quadro, priva di una propria definizione normativa, è stata comunemente ricondotta nell'alveo della categoria dei contratti normativi. Più nello specifico, il contratto quadro è stato qualificato come contratto di cooperazione di tipo normativo che predispone la disciplina giuridica per i futuri rapporti, regolandone il contenuto. Per quanto concerne il tema del contratto normativo, si vedano: F. MESSINEO, (voce) *Contratto normativo e contratto-tipo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 117 ss., il quale definisce il contratto normativo quale «mezzo di predisposizione di una disciplina giuridica per (altri) futuri contratti»; G. GUGLIELMINETTI, (voce) *Contratto normativo*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1998, 1 ss.; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994, 1 ss.; M. LOBUONO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999, 106 ss. e 117 ss., si discosta invece da un simile inquadramento, sulla base del fatto che mentre il contratto normativo ha la funzione di regolamentare futuri contratti disomogenei tra loro, il contratto quadro ha la funzione di disciplinare contratti aventi la stessa natura. Ad ogni modo, come osserva I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, cit., 162 ss., la riconducibilità o meno del contratto quadro nella categoria dei contratti normativi non è considerata questione fondamentale nello studio della materia dei servizi di investimento; lo conferma il fatto che le principali trattazioni specialistiche in materia non l'hanno affrontata. In tal senso si può citare R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino, 2014, 147, il quale parla semplicemente di contratto quadro; allo stesso modo nemmeno F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., affronta il problema della natura del contratto quadro e della sua qualificazione come contratto normativo. Peraltro, a voler qualificare il contratto quadro come contratto normativo, potrebbe residuare un dubbio circa l'applicabilità dell'art. 23 t.u.f. a tale tipo di contratto. Se infatti si seguisse quell'indirizzo dottrinale secondo cui il contratto normativo non sarebbe riconducibile alla fattispecie disciplinata dall'art. 1321 c.c., posto che esso difetta della funzione dispositiva e non regola alcun giuridico patrimoniale, ne deriverebbe che il precetto di forma di cui all'art. 23 non sarebbe applicabile al contratto quadro, ma dovrebbe essere applicato necessariamente ai singoli ordini. Ad ogni modo, tale rigorosa impostazione appare superata, dal momento che la dottrina maggioritaria considera

impegna a rendere al cliente su sua richiesta, raccogliendo ed eseguendo i suoi futuri ed eventuali ordini per l'acquisto di prodotti finanziari.

Conseguentemente, a valle del contratto quadro si collocherebbe una pluralità di possibili contratti che, ponendosi come esecutivi del servizio contemplato dal contratto quadro, hanno per oggetto i singoli strumenti o prodotti finanziari che di volta in volta il cliente ordina alla banca e questa gli procura²⁶². Analiticamente, al contratto quadro farebbero seguito delle proposte contrattuali degli investitori che verrebbero accettate dagli intermediari mediante esecuzione ai sensi dell'art. 1327 c.c.²⁶³, senza che vi sia un'espressa dichiarazione. Gli ordini di investimento, quali contratti «di secondo livello»²⁶⁴, rappresenterebbero quindi la fase attuativa del contratto quadro²⁶⁵. Perciò il contratto quadro avrebbe effetti meramente obbligatori e precluderebbe alla conclusione di ulteriori contratti caratterizzati da un'autonoma causa di scambio.

il contratto normativo a tutti gli effetti un contratto: così F. MESSINEO, (voce) *Contratto normativo*, cit., 122 ss., secondo cui «dal contratto normativo discende un vincolo, per una, o ciascuna, parte: quello di inserire, nel futuro contratto, quel determinato contenuto; l'Autore ritiene più corretto utilizzare l'espressione «accordo normativo», ricorrendo così ad una nozione atecnica di contratto per definire una figura parzialmente diversa dal contratto come comunemente inteso nel nostro ordinamento. Anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Napoli, 2007, 894, ritiene più corretto parlare di accordo normativo, anziché di contratto normativo. Anoverano il contratto normativo tra gli accordi contrattuali anche: R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato Sacco*, Torino, 1993, 29; P. SIRENA, *I contratti su contratti: risolutivi, modificativi, normativi*, in *Trattato Roppo*, III, Milano, 2006; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, Milano, 2000, 37-38; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, XLII ed., Padova, 2005, 170; V. RICCIUTO, *I contratti in generale*, I, a cura di E. GABRIELLI, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1999, 176.

²⁶² V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario*, cit., 499-500 e spec. nt. 16.

²⁶³ Questa modalità di perfezionamento del contratto si imporrebbe di necessità in quanto la rapidità dell'esecuzione dell'ordine – anche in forza della regola della *best execution* introdotta dalla MiFID I – costituisce un fattore di primaria importanza nel mercato finanziario. In questo senso, oltre a V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento*, cit., 900, e ID., *Sui contratti del mercato finanziario*, cit., 500, già L. BIANCHI D'ESPINOSA, *I contratti di borsa. Il riporto*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXXV.2, Milano, 1969, 233 ss. Con riguardo alla fattispecie della conclusione del contratto mediante inizio di esecuzione cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 238 ss.; R. SACCO, *La conclusione mediante l'inizio dell'esecuzione*, in *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato Rescigno*, X, Torino, 2002, 47 ss.; A. ORESTANO, *Schemi alternativi. La conclusione del contratto per inizio dell'esecuzione*, in *Trattato Roppo*, I, *Formazione*, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2006, 177 ss.

²⁶⁴ C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini*, cit., 401.

²⁶⁵ A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità*, cit., 2008, 395 ss. e 398, sottolinea che la fase di negoziazione degli ordini è caratterizzata da un ruolo attuativo del contratto quadro, ma non meramente esecutivo, trattandosi di veri e propri contratti di acquisto di valori mobiliari che, seppure genericamente programmati nel contratto quadro, rappresentano comunque una scelta negoziale del cliente per il conseguimento dei suoi scopi di investimento: «non sono perciò affatto uno scontato momento esecutivo, ma un essenziale momento decisionale».

Questi ultimi, a loro volta, sono stati inquadrati, anche a seconda delle concrete modalità di attuazione, negli schemi del contratto di commissione²⁶⁶, di mandato o di compravendita²⁶⁷. In ogni caso, si tratterebbe di singoli contratti a prestazioni corrispettive collegati ad una base negoziale comune, rappresentata dal contratto quadro²⁶⁸. In definitiva, riconoscendo il contratto di negoziazione quale contratto normativo, si riconoscono nelle conseguenti operazioni autonomi atti negoziali, in parte integrati dalle disposizioni del contratto quadro, ma contenenti un regolamento di interessi diviso dalle parti²⁶⁹.

In forza di legge tra il contratto di negoziazione e i singoli ordini sussisterebbe un collegamento negoziale necessario e unilaterale, in forza del quale l'intermediario non potrebbe dare esecuzione agli ordini in assenza del contratto quadro e la caducazione di quest'ultimo renderebbe i primi acefali²⁷⁰: con ciò si vuole dire che in assenza di contratto quadro o in caso di sua nullità, gli ordini di investimento isolatamente conclusi o a quello collegati sarebbero nulli²⁷¹.

Secondo l'Autore questa tesi avrebbe il pregio di attagliarsi ad entrambe le possibili varianti secondo le quali può attuarsi l'investimento del cliente, ovvero la vendita al

²⁶⁶ Così D. DI ZITTI, *Ordine di borsa e commissione*, cit., 147 ss. e spec., 151; L. BIANCHI D'ESPINOSA, *I contratti di borsa*, cit., 227 ss.

²⁶⁷ In questo senso cfr. M. DELLA CASA, *Collocamento di prodotti finanziari*, cit., 1244 ss., ove ulteriori riferimenti.

²⁶⁸ In questa prospettiva è possibile circoscrivere il requisito di forma prescritto dall'art. 23 t.u.f. al solo contratto quadro d'investimento, come ampiamente illustrato da I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, cit., 174 ss.

²⁶⁹ C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini*, cit., 402.

²⁷⁰ In questo senso si riscontrano plurimi indici normativi. Si veda, per tutti, R. RAZZANTE, *Contratti di negoziazione e "negoziazione di ordini"*, cit., 1138 ss.; M. DELLA CASA, *Collocamento di prodotti finanziari*, cit., 1244 ss., ove altri riferimenti normativi. In particolare, secondo V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento*, cit., 906 e in ID., *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione*, cit., 628 ss., gli ordini di acquisto stipulati sulla base di un contratto dichiarato invalido sarebbero travolti per il sopravvenuto venir meno di un presupposto normativo essenziale, «nella stessa logica del rimedio della presupposizione, per cui il successivo venir meno del presupposto su cui il contratto si fondava giustifica la caducazione dello stesso. E non c'è nulla di strano a concepire un contratto come presupposto di un altro contratto». Nello stesso senso si veda M. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, cit., 501.

²⁷¹ Così V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, cit., 901 ss., ad avviso del quale, sulla base dell'art. 30, comma 1, Reg. Intermediari 11522/1998, «l'assunto è probabilmente vero», e L. SCODITTI, *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 190 ss. In giurisprudenza si vedano App. Milano, 13 giugno 2003, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 297 ss.; Trib. Cagliari, 18 gennaio 2007, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, 18 ottobre 2005, in *Giur. merito*, 2007, 47 ss.; Trib. Catania, 3 dicembre 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 1239 ss.

risparmiatore di prodotti finanziari non presenti nel portafoglio della banca intermediaria e la vendita di prodotti finanziari già presenti nel proprio portafoglio, la quale non troverebbe copertura ove il contratto di negoziazione fosse qualificato come mandato²⁷².

Secondo altre voci, la tesi esposta sarebbe preferibile perché si accorda meglio con quanto accade nella pratica della contrattazione relativa ai servizi di investimento.

Sostenere che vi sia un solo contratto tra intermediario e investitore, configurabile come mandato ad acquistare (o a vendere) strumenti finanziari, presuppone che nel documento sottoscritto all'inizio del rapporto sia esplicitata l'accettazione incondizionata da parte dell'intermediario ad eseguire gli ordini impartiti dal cliente e che, quindi, vi sia già stato l'incontro delle volontà, idoneo a impedire all'intermediario di sottrarsi all'esecuzione dell'ordine impartito dal cliente²⁷³.

Tuttavia, in concreto, non è affatto scontato che il contratto di negoziazione contenga l'impegno incondizionato dell'intermediario ad eseguire gli ordini ricevuti²⁷⁴. Ed anzi, nella maggior parte dei casi il contratto quadro non contiene l'accettazione incondizionata dell'incarico gestorio ricevuto. Scorrendo un testo *standard* di contratto quadro ci si

²⁷² Secondo V. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, cit.*, 499 (nt. 16), se gli strumenti finanziari ordinati dal cliente non siano disponibili nel portafoglio dell'intermediario, questi si vede costretto ad acquistarli da terzi: in tal caso l'acquisto dei titoli effettuato dall'intermediario può effettivamente configurarsi come l'atto giuridico che il mandatario si è obbligato a compiere per conto del mandante. Se invece il cliente ordina prodotti già presenti nel portafoglio dell'intermediario, si avrebbe «un mandato in forza del quale il mandatario [...] non compie nessun atto giuridico, o almeno nessun atto giuridico con un terzo: una situazione incompatibile con il tipo contrattuale in questione. Il contratto con cui un soggetto si impegna a trasferire in futuro a controparte, su sua richiesta, un bene (che al tempo della richiesta risulti) di proprietà del promittente non è, invero, un mandato, bensì qualcosa che assomiglia a un preliminare unilaterale di vendita. La ricostruzione basata sul combinato disposto contratto-quadro/contratto attuativo non soffre questa parziale aporia, ma copre adeguatamente entrambe le possibili varianti dell'operazione.

²⁷³ Secondo I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa, cit.*, 172-173, ove nel contratto quadro sia stato suggerito l'impegno incondizionato a eseguire tutti gli ordini inoltrati dal cliente, apparirà più naturale l'accostamento al contratto di mandato. Si tratterebbe, comunque, di un mandato generale, con oggetto non determinato, bensì determinabile; l'ordine sarebbe l'istruzione che, volta per volta, specifica il tipo di incarico conferito (acquistare o vendere) e l'oggetto dello stesso (lo strumento finanziario da acquistare, vendere o collocare). Ove l'intermediario non si sia obbligato, con la sottoscrizione di tale accordo, ad eseguire sempre gli ordini trasmessi dal cliente, riservandosi la facoltà di non dare corso all'incarico ricevuto, sarà difficile accostare tale rapporto ad un contratto di mandato. Sulla figura del mandato generale si veda A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, vol. XXXII, Milano, 1984, 133. Si rammenta ad ogni modo l'opinione contraria alla qualificazione del contratto quadro come mandato espressa da V. ROPPO, *op. loc. ult. cit.*

²⁷⁴ Ed anzi, la banca ben può rifiutarsi di eseguire l'ordine, dandone tempestiva comunicazione al cliente.

avvede, infatti, che esso contiene informazioni generali sull'intermediario, sui servizi di investimento e sugli strumenti finanziari, l'indicazione delle regole che disciplineranno il rapporto di tipo gestorio²⁷⁵ che si instaura tra intermediario e investitore, le tipologie di operazioni che il primo concluderà per conto e nell'interesse del secondo, nonché degli obblighi che sorgeranno in capo alle parti ogni volta che sarà impartito ed eseguito un ordine, ma non contiene l'oggetto del singolo incarico che viene conferito all'intermediario. Questo viene determinato solo con l'ordine di acquisto o di vendita dell'investitore, che dunque rende attuale e concreto l'impegno generico assunto nei suoi confronti dall'intermediario al momento del perfezionamento dell'accordo iniziale²⁷⁶, esattamente come accade con il conto corrente bancario in rapporto agli ordini di pagamento impartiti dal correntista. A definitiva riprova di quanto affermato basti osservare che il contratto di negoziazione non produce un'immediata obbligazione di compiere atti di investimento; questa sorge solo all'atto dell'esecuzione dei singoli ordini,

²⁷⁵ Cfr. I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, cit., 173, la quale ritiene che con il contratto quadro il cliente conferisca all'intermediario un incarico gestorio generale, accettando al contempo che i futuri rapporti e le modalità di espletamento degli incarichi verranno disciplinati nei termini fissati dal prestatore dei servizi, puntualmente riprodotti nel documento che suggella l'accordo. Anche qualora non vi sia un'espressa previsione contrattuale secondo cui il cliente conferisce un mandato generale all'intermediario, sembra che ciò possa evincersi dalla clausola che prevede che l'intermediario è tenuto ad eseguire gli incarichi conferiti dai clienti e che, al ricorrere di un giustificato motivo, può rifiutarsi di assumere l'incarico richiesto dal cliente. Già D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, cit., 67 ss., muovendo proprio da quest'ordine di idee, e richiamando il pensiero di Salvatore Pugliatti e Siegmund Schlossmann, aveva ricondotto i contratti di investimento alla categoria ordinante dei contratti con causa gestoria, caratterizzati «dal precetto di raffigurarsi e di perseguire sempre al meglio, nella sostanza, l'interesse del dominus». Secondo l'Autore, «nei servizi di investimento, il carattere essenziale dell'agire nell'interesse, non solo per conto, risulta dal chiarissimo significato delle parole “nell'interesse” previste dall'art. 21 t.u.f., dal Regolamento Mercati che utilizza l'espressione “per conto e nell'interesse del cliente”», coerentemente al modello cui si ispirano i servizi di investimento, cioè l'agency, in cui, come scrive M.J. BONELL, *Agency*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 244, «the agent, in fulfilling its mandate, is under a fiduciary duty to act in the interest of the principal to the exclusion of its own interest ordini that of anyone else if they conflict with one another».

²⁷⁶ Cfr. sul punto Trib. Venezia, 30 maggio 2007, n. 1114, in *Le Società*, 2007, 1393 ss.: «Il contratto quadro ha la funzione di regolamentare in via generale il servizio prestatore dall'intermediario in favore del cliente indicando quali regole l'intermediario medesimo deve osservare per consentire al risparmiatore di porre in essere una consapevole scelta di investimento ma è del tutto privo – come invece avviene nel contratto di mandato – di un seppur minimo programma negoziale. Si può dire che il contratto quadro, sotto questo profilo, abbia un contenuto ‘vuoto’».

i quali incorporano la volontà dell'investitore: una simile circostanza non potrebbe verificarsi se gli ordini non rivestissero natura negoziale²⁷⁷.

Pare allora più plausibile che le operazioni di acquisto o vendita di titoli concluse dalla banca in esecuzione dell'ordine del cliente si configurino come autonome fattispecie negoziali e non come meri atti esecutivi²⁷⁸. L'ordine impartito dall'investitore ben potrà essere qualificato quale proposta contrattuale, suscettibile di essere accettata dall'intermediario tramite esecuzione, dando così luogo alla conclusione del contratto. Ciò si afferma anche alla luce del fatto che i rapporti tra cliente e intermediario sono tendenzialmente rapporti di durata; ed è coerente con un rapporto contrattuale di questo genere la scelta delle parti di regolamentare, all'inizio del rapporto e una volta per tutte, la disciplina dello stesso, attraverso la conclusione di un accordo nel quale vengono stabilite le regole che disciplineranno i futuri ordini impartiti dal cliente all'intermediario. Una volta perfezionato questo accordo, il cliente avrà titolo per impartire all'intermediario singoli ordini – i quali troveranno fondamento causale nel contratto quadro – contando che l'intermediario li esegua.

La più recente giurisprudenza di legittimità²⁷⁹, venutasi a confrontare con il tema dell'inquadramento giuridico dei contratti di investimento in via "incidentale" rispetto alla connessa questione dell'autonoma risolubilità dei singoli ordini di investimento per

²⁷⁷ Si veda D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, cit., 63-64.

²⁷⁸ Ad ulteriore conferma della tesi esposta sta inoltre, per chi ammette la configurabilità della categoria delle obbligazioni senza prestazione, l'ascrivibilità del rapporto intercorrente tra intermediario e investitore generato dal contratto quadro proprio alla categoria dogmatica del rapporto obbligatorio senza dovere primario di prestazione. Si tratta di una costruzione teorica elaborata da G. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, 300 ss., all'indomani dell'entrata in vigore della legge 2 gennaio 1991, n. 1 («Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari», cosiddetta «Legge Sim») e compatibile anche con l'attuale assetto normativo. La costruzione muove da una distinzione tra rapporti di intermediazione e rapporti di gestione ed afferma che il contratto quadro non è fonte di un obbligo di prestazione: «non esiste infatti una prestazione di intermediazione mobiliare che non sia quella propria di ciascuna operazione» compiuta dall'intermediario su richiesta del cliente. In quest'ordine di idee, il contratto quadro sarebbe fonte di soli obblighi secondari, funzionali agli obblighi di prestazione ed ai corrispondenti crediti destinati a nascere dalle singole operazioni di investimento. Non è persuaso dalla teoria M. MAGGIOLÒ, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 490 ss.

²⁷⁹ Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in *Banca, borsa, tit. cred.*, con nota di C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*; nello stesso senso v. Cass., 16 aprile 2018, n. 9382.

inadempimento alle regole di condotta dell'intermediario, non ha preso una posizione netta nella diatriba.

Per un verso, la Corte pare propendere per la «natura propriamente negoziale di ciascuno dei singoli ordini di investimento – tra loro distinti e autonomi – come correnti tra investitore e intermediario»²⁸⁰. Pur rappresentando la fase attuativa del contratto quadro, gli ordini di borsa non costituiscono semplici momenti esecutivi di un regolamento negoziale predeterminato, né possono essere *de plano* qualificati come atti dovuti, perché non vi è un'accettazione incondizionata da parte dell'intermediario dell'incarico ricevuto, né si prevede a priori una sua soggezione alle richieste di acquisto che in futuro il cliente potrà avanzare²⁸¹. È infatti facoltà di quest'ultimo non trasmettere o non eseguire gli ordini impartiti dal cliente, dandogliene tempestiva notizia, ed anzi è suo dovere rifiutarsi qualora si tratti di operazioni inadeguate²⁸². Tant'è vero che quando si tratta di individuare la causa negoziale del contratto quadro, la Suprema Corte concepisce gli investimenti come qualcosa di estraneo alla stessa, affermando che «la funzione del contratto quadro, ovvero la sua causa negoziale, è quella di fare (per l'investitore) ovvero di far fare (per l'intermediario) degli investimenti»²⁸³.

Per altro verso, il Collegio descrive i rapporti tra investitore e intermediario nei termini di un'unica struttura negoziale complessa, che non risulterebbe costituita dalla contrapposizione di sezioni estranee rappresentate dal contratto quadro, da una parte, e dai singoli ordini di investimento, dall'altra: si parla infatti di una «struttura negoziale», caratterizzata da un «razionale disegno di ispirazione unitaria [...] inteso [...] a proteggere la posizione dell'investitore», che si articola secondo una sequenza che «viene a svolgersi lungo più fasi in consecuzione fra loro»²⁸⁴.

Tale lettura risulterebbe supportata dal fatto che il contratto quadro, pur contenendo le regole che disciplineranno il rapporto che si va ad instaurare tra le parti, come anche le

²⁸⁰ Cass., 23 maggio 2017, *cit.*, punto 11 della motivazione della sentenza.

²⁸¹ C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento*, *cit.*, 406.

²⁸² Cfr. artt. 40 e 41 Reg. Intermediari, in forza dei quali un intermediario non può consigliare né eseguire operazioni inadeguate al profilo del cliente.

²⁸³ Cass., 23 maggio 2017, *cit.*, punto 9 della motivazione della sentenza.

²⁸⁴ Cass., 23 maggio 2017, *cit.*, punto 8 della motivazione della sentenza.

tipologie di operazioni che verranno poste in essere e gli obblighi reciproci che sorgono quando verrà impartito un ordine, non individua in modo preciso l'oggetto dell'incarico conferito all'intermediario. Quest'ultimo trova, infatti, concretizzazione volta per volta nello svolgersi del rapporto. Solo con la trasmissione degli ordini di acquisto o di vendita di strumenti finanziari vengono determinati i confini e le caratteristiche dell'incarico gestorio conferito, facendosi assumere contorni concreti al generico impegno cui l'intermediario si vincola al perfezionamento del contratto quadro²⁸⁵. Questa fase esecutiva dei contratti di investimento è intimamente essenziale al rapporto intercorrente tra cliente e intermediario e rappresenta «la fase realmente decisionale dell'attività di investimento: decisione che, secondo la protezione dettata dal sistema vigente, deve essere frutto di un lungo itinerario, che è interamente contrattuale»²⁸⁶. In considerazione di questo *iter* contrattuale, i contratti a valle vengono idealmente considerati un tutt'uno con il contesto cui appartengono, nel quale il «ponte endocontrattuale» tra le due fasi (organizzativa ed esecutiva) del rapporto instaurato è rappresentato dagli obblighi (all'evidenza contrattuali e non già precontrattuali) di informazione attiva ai clienti e di adeguatezza quanto alle operazioni consigliate²⁸⁷.

Infine, pur ritenendo riduttivo l'inquadramento del contratto quadro nello schema del semplice contratto normativo, la Cassazione ha ommesso di chiarire quale sia la qualificazione giuridica ritenuta più congrua per questo regolamento di interessi²⁸⁸.

L'atteggiamento tenuto dalla Corte non è casuale, ma risponde al preciso intento di svincolarsi da schemi qualificatori tratatizi, nell'ottica di un bilanciamento di interessi adeguato e conforme sia alla realtà dei fatti sia alle posizioni contrapposte dei singoli soggetti coinvolti. La soluzione adottata, infatti, prescinde dalla qualificazione degli ordini di investimento in termini di frammenti di una medesima prestazione dovuta in base ad un rapporto unitario o, al contrario, quali autonomi atti negoziali in grado di costituire a sé un regolamento di interessi ai sensi dell'art. 1321 c.c.

²⁸⁵ I. DELLA VEDOVA., *Sulla forma degli ordini di borsa*, cit., 173 ss. e C. RINALDO, *op. loc. ult. cit.*

²⁸⁶ Cass. 23 maggio 2017, cit., punto 11 della motivazione della sentenza.

²⁸⁷ C. RINALDO, *op. loc. ult. cit.*

²⁸⁸ C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento*, cit., 402.

Osservando la fattispecie per così dire “dall’alto”, la Corte è riuscita a ricavare l’uno dal molteplice, ossia a riscontrare il comune denominatore alle opposte teorie sulla natura del contratto quadro e dei singoli ordini, e così a proporre una soluzione valida in ogni caso, proprio perché svincolata da qualsiasi particolarismo. Quale sia l’inquadramento giuridico che si preferisca dare ai singoli ordini rispetto al loro contesto più generale, non si può mettere in dubbio che ciascuna decisione di investimento, pur in un’unità di intenti, sia scindibile rispetto alle altre ed abbia autonoma funzione sotto un profilo tanto economico quanto giuridico. Perciò la complessiva operazione di investimento può essere descritta nei termini di un *unicum* contrattuale complesso dal contenuto scindibile.

5. *La disciplina sulla forma dei contratti di investimento*

Un profilo caratteristico della disciplina di settore, e segnatamente quello che più interessa in questa sede, è costituito dal vincolo di forma imposto al rapporto contrattuale tra impresa di investimento e cliente, che riveste un ruolo di non poca rilevanza nella tutela dell’investitore.

Il tema della forma nella disciplina dei servizi di investimento costituisce espressione di quella «rinnovata attitudine dell’ordinamento ad attribuire rilevanza giuridica a determinati atti solo se posti in essere nelle forme previste dalla legge»²⁸⁹ che è il neoformalismo negoziale. Tale tendenza si accompagna all’assunzione, da parte della forma, di una valenza e di un significato diversi da quelli che la caratterizzano tradizionalmente: lo scopo non è più solo la certezza della vicenda contrattuale, ma anzitutto la garanzia di trasparenza e la protezione del contraente debole²⁹⁰. Ciò implica una nuova funzione conformativa e costruttiva del requisito formale²⁹¹, poiché le norme

²⁸⁹ N. IRTI, *Studi sul neoformalismo negoziale*, Padova, 1997, a cui si devono il conio del termine, nonché il suo significato, sopra riportato.

²⁹⁰ A. JANNARELLI, *La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. LIPARI (a cura di) *Trattato di diritto privato europeo*, III, Padova, 2003.

²⁹¹ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, e nello stesso senso R. LENER, *Dalla formazione alla forma nei contratti su valori mobiliari (prime note sul neoformalismo negoziale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, 777; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto*, Padova, 2006.

che lo impongono intervengono non solo a definire le modalità con cui deve essere redatto il regolamento contrattuale, ma anche il suo contenuto²⁹². Per la funzione che è chiamata a svolgere, da «*vestmentum* del contratto» come mera modalità documentale delle dichiarazioni di volontà dei contraenti, la forma diviene veicolo di informazione²⁹³ da un soggetto ad un altro, assumendo i tratti di veri e propri «*verba sollemnia* [...] che costituiscono vincolo concettuale e lessicale del dichiarato»²⁹⁴. Va da sé che per questa via la forma si rende, al contempo, modo di adempimento del sottostante obbligo informativo incombente sul contraente dotato di maggior potere negoziale. In quest'ottica, il contratto è dunque inteso quale veicolo certo di un flusso di informazioni finalizzato a creare un consenso informato in capo al contraente debole, in particolar modo negli ambiti in cui le contrattazioni sono standardizzate e seriali²⁹⁵. Tutto ciò spiega perché, prima nell'ordinamento comunitario e poi, di riflesso, anche in quello interno, si è assistito al moltiplicarsi di norme che impongono la forma scritta anche e soprattutto nei settori in cui la necessità di effettuare scambi veloci aveva in origine spinto a rinunciarvi²⁹⁶. A presidio del vincolo formale, il legislatore pone usualmente la sanzione della nullità, la quale, tuttavia, non presenta tipicamente i tratti della nullità del codice civile, insanabile e assoluta, bensì quelli della nullità parziale, relativa e sanabile: caratteri

²⁹² F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e contr.*, 2008, n. 11, 872. L'Autore nota come si vadano moltiplicando anche le prescrizioni di forma che non hanno ad oggetto il contratto, ma riguardano atti e comportamenti che talvolta non hanno neppure natura negoziale.

²⁹³ A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, 296. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; A.M. AZZARO, *I contratti non negoziati*, Napoli, 2000, 179.

²⁹⁴ R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato»*, cit., 8; di forma e contenuto-forma per la prestazione di servizi di investimento parlano anche R. COSTI e L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, cit., 358; anche S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, 44. Tale conclusione è confermata dalla possibilità per l'autorità di vigilanza di approvare previamente il «contenuto dell'accordo di base concluso tra l'impresa di investimento e i suoi clienti al dettaglio», al fine di verificare «l'osservanza, da parte dell'impresa, dell'obbligo di cui alla direttiva 2004/39/CE di agire in modo onesto, equo e professionale per servire al meglio gli interessi dei suoi clienti e predisporre una registrazione in cui sono precisati i diritti e gli obblighi delle imprese di investimento e dei loro clienti e le altre condizioni a cui l'impresa fornirà servizi ai clienti»: così il considerando n. 62 della Direttiva 2006/73/CE.

²⁹⁵ F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005.

²⁹⁶ Cfr. R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001.

che rimandano alla più recente categoria delle nullità speciali, rispetto alla quale taluno si è espresso addirittura in termini di «nullità europea» con caratteristiche sue proprie²⁹⁷.

A valle di questa indispensabile notazione di carattere generale, va poi detto che la disciplina della forma dei contratti di investimento è il risultato della «singolare compresenza» di due istanze contrapposte²⁹⁸. Da una parte l'adesione dell'Unione Europea ad un modello di autonomia privata integrato da regole eteronome di trasparenza²⁹⁹, funzionale al superamento delle asimmetrie formative e dei conseguenti *agency problems* tra intermediario e investitore³⁰⁰, viene tradotta, dal legislatore interno, nell'imposizione di requisiti di forma nei momenti ritenuti cruciali per lo svolgimento del rapporto contrattuale³⁰¹. Dall'altra, coerentemente con le tradizionali istanze del diritto commerciale e del mercato dei capitali, una certa libertà di forma continua a caratterizzare parte significativa della disciplina positiva.

Sulla scorta di tutte queste istanze, la regola generale in tema di forma dei contratti di investimento posta dall'art. 23, comma 1°, t.u.f.³⁰², consiste nell'obbligo di redigere in

²⁹⁷ G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in AA. VV., *Le forme della nullità* (a cura di S. PAGLIANTINI), Torino, 2009, 1 ss., in cui si evidenzia come il legislatore comunitario raramente definisca il tipo di rimedio con cui sanzionare le violazioni lasciando la scelta al legislatore nazionale.

²⁹⁸ A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in ID. (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008, 31. Esempio di questa combinazione di istanze è il considerando 41 della Direttiva 2006/73/CE, contenente le modalità di esecuzione della Direttiva MiFID I, in cui da un lato si impone «alle imprese di investimento che forniscono servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti a nuovi clienti al dettaglio di concludere un accordo di base scritto con il cliente in cui vengono fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente», ma dall'altro si precisa che «tuttavia essa non impone nessun altro obbligo circa la forma, il contenuto e l'esecuzione dei contratti per la prestazione di servizi di investimento o accessori».

²⁹⁹ Cfr., per tutti, S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 259 ss.

³⁰⁰ Sul punto si veda A. PERRONE, *Conflitti di interesse e regole di organizzazione*, in M. ANOLLI, A. BANFI, G. PRESTI, M. RESCIGNO (a cura di), *Banche, servizi di investimento e conflitti di interesse*, Bologna, 2007, 57 ss.

³⁰¹ R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 15 ss. e 169; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004, 231 ss.

³⁰² V. ROPPO, *I contratti del mercato finanziario*, cit., 489, osserva che già nella sua formulazione originaria pre-MiFID, l'art. 23, comma 1°, t.u.f. prevedeva per i contratti relativi sia ai servizi di investimento sia a quelli accessori il vincolo della forma scritta, con consegna di un esemplare al cliente; contemplando, tuttavia, la possibilità che la Consob introducesse per via regolamentare deroghe motivate, in ragione di certi elementi oggettivi. Benché la fattispecie giunta al vaglio delle Sezioni Unite fosse regolata dall'art. 23 t.u.f. nella sua versione originaria, va dato atto, per completezza, che anche il testo

forma scritta «i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'art. 1, comma 5°, lett. f), e se, previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori» e di consegnarne un esemplare al cliente³⁰³.

Per comprendere a quali tipologie contrattuali si applica la disposizione in esame, occorre analizzare l'art. 1, comma 5°, t.u.f., che elenca i seguenti «servizi e attività di investimento»³⁰⁴: a) negoziazione per conto proprio³⁰⁵; b) esecuzione di ordini per conto

dell'art. 23 t.u.f. oggi vigente riconferma in buona parte questa disciplina, limitandosi ad innovare quanto alla sfera di applicazione di essa: da un lato, restringendo l'area di operatività del regime contrattuale ai contratti per la prestazione di servizi di investimento, escludendone in linea di principio i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori (con la riserva di quelli per cui sia previsto il contrario); dall'altro lato, restringe ulteriormente quell'area, escludendone il servizio di consulenza. La versione attuale dell'art. 23, comma 1°, t.u.f. recita: «i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'art. 1, comma 5, lettera f, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo».

³⁰³ In relazione all'obbligo di consegnare un esemplare del contratto al cliente, si discute se sia sufficiente consegnare una fotocopia del contratto firmato, oppure se sia necessario predisporre due originali. Poiché la legge si avvale del termine esemplare e non del termine copia, si ritiene che sia necessario predisporre due esemplari originali del contratto, uno dei quali rimane all'intermediario finanziario, mentre l'altro viene consegnato al cliente: si veda, sul punto, V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento*, cit., 178-179 (contra: F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, cit., 219). Quanto, invece, alle conseguenze della violazione dell'obbligo di consegna, non vi è uniformità di vedute in dottrina. Secondo P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 574; V. SANGIOVANNI, *op. loc. ult. cit.* la mancata consegna di un esemplare del contratto non importa nullità, ma costituisce inadempimento dell'intermediario, fonte di responsabilità contrattuale; ciò significa che all'intermediario è rimessa la scelta se risarcire il danno oppure adempiere, seppur tardivamente, consegnando in ritardo un esemplare del contratto al cliente: ipotesi, quest'ultima, che si verifica ben più frequentemente nella prassi. Secondo altri Autori, invece, la mancata consegna di un esemplare del contratto al cliente è sanzionata con la nullità, alla pari della violazione della prescrizione di forma *ad substantiam*: così M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 156-157.

³⁰⁴ La disposizione è stata modificata in seguito al recepimento della direttiva MiFID I. In precedenza l'art. 1, comma 5°, t.u.f., definiva solo i «servizi di investimento».

³⁰⁵ La negoziazione di ordini per conto proprio, è definita dall'art. 1, comma 5°-bis, t.u.f., come «l'attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta e in relazione a ordini dei clienti, nonché l'attività di *market maker*». A fronte della definizione legislativa, è semplice individuare le caratteristiche di questo servizio: innanzitutto esso si traduce in operazioni di acquisto e di vendita di strumenti finanziari, che si collocano dunque nel c.d. mercato secondario; in secondo luogo, poiché viene effettuata in contropartita diretta, la negoziazione per conto proprio incide sul patrimonio dello stesso intermediario; infine, ha ad oggetto operazioni concluse «in relazione ad ordini dei clienti»: solo le operazioni effettuate dall'intermediario per soddisfare una richiesta di un cliente potranno essere ricomprese nel servizio di negoziazione per conto proprio. La funzione del contratto è quindi quella di obbligare l'intermediario ad eseguire gli ordini che l'investitore gli rivolge, sicché quest'ultimo è vincolato dagli investimenti posti in essere dall'intermediario solo se eseguiti su suo ordine. Cfr., ex

dei clienti³⁰⁶; c) sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente; c-bis) collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente³⁰⁷; d) gestione di portafogli³⁰⁸; e) ricezione e trasmissione di ordini³⁰⁹; f) consulenza in materia di

multis, F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., 88 ss. e F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, 2 ss.

³⁰⁶ L'esecuzione di ordini per conto dei clienti si distingue dalla negoziazione per conto proprio perché gli effetti delle operazioni poste in essere dall'intermediario nell'esecuzione degli ordini ricevuti non incidono sul suo patrimonio: l'intermediario ricerca una controparte per il suo cliente in relazione ad un'operazione, di acquisto o di vendita, ben individuata quanto ad oggetto, quantità e prezzo. Prima dell'adeguamento del t.u.f. alla MiFID, il servizio era definito «negoziazione per conto terzi» e si traduceva nella conclusione di accordi di acquisto o di vendita di strumenti finanziari per conto dei clienti.

³⁰⁷ Le fattispecie di «sottoscrizione e/o collocamento con assunzione a fermo ovvero con assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente» e di «collocamento senza assunzione a fermo né assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente»: entrambi questi servizi si traducono nell'«offerta a terzi di strumenti finanziari», distinguendosi dall'esecuzione di ordini per il fatto che nel collocamento l'intermediario compie un'operazione «di massa», offrendo gli strumenti finanziari a condizioni standardizzate. Cfr. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., 92.

³⁰⁸ La gestione di portafogli è il solo servizio di investimento cui la legislazione primaria e secondaria dedicano norme *ad hoc*. Sulla base del combinato disposto degli artt. 24 t.u.f. e 38 Reg. Intermediari, si può affermare che i servizi di gestione di un portafoglio di investimento abilitano l'intermediario a porre in essere, per categorie di strumenti finanziari indicati nel contratto, operazioni di investimento per conto dell'investitore, senza essere vincolato da sue istruzioni e senza sua preventiva autorizzazione, salvo che il contratto non determini le modalità attraverso le quali l'investitore possa impartire all'intermediario istruzioni vincolanti o non stabilisca che per determinate operazioni, espressamente indicate, occorra la preventiva autorizzazione dell'investitore. Balza immediatamente all'occhio la fondamentale differenza sussistente tra questo servizio di investimento e tutti gli altri (in particolare quelli di negoziazione), e cioè l'ampia discrezionalità attribuita all'intermediario, il quale decide in autonomia le operazioni attraverso cui sviluppare la gestione del portafoglio. Nel caso del contratto di gestione di portafoglio l'intermediario è invero abilitato, in forza del contratto, ad eseguire operazioni di investimento senza necessità di ordini o autorizzazioni da parte dell'investitore, salvo che specifiche clausole del contratto le richiedano espressamente. Perciò la funzione del contratto è quella di vincolare l'investitore alle operazioni svolte, nel suo interesse, dall'intermediario, a prescindere da ogni specifico ordine al riguardo, a meno che non sia contrattualmente previsto. Sul punto si veda in particolare F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria*, cit., 1-2. Le caratteristiche proprie di questo contratto di investimento hanno reso pacifico il suo inquadramento nella figura del mandato, a differenza di quanto è accaduto con riguardo ai contratti di negoziazione per conto proprio e per conto terzi, come si vedrà meglio *infra* al successivo par. 4. In particolare, qualifica come mandato il contratto di gestione di portafogli d'investimento A. 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, 33 ss.

³⁰⁹ Infine, il servizio di «ricezione e trasmissione di ordini», di cui al comma 5°-sexies dell'art. 1 t.u.f., «comprende la ricezione e la trasmissione di ordini, nonché l'attività consistente nel mettere in contatto due o più investitori, rendendo così possibile la conclusione di un'operazione fra loro». Ricorre, come si vede, lo schema della mediazione: il cliente trasmette l'ordine all'intermediario, il quale non lo esegue ma lo trasmette a sua volta ad un altro intermediario perché sia dato corso all'esecuzione sul mercato, oppure

investimenti; g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione. Queste fattispecie negoziali devono essere dunque stipulate in forma scritta, con l'eccezione, da un lato, del servizio di consulenza in materia di investimenti³¹⁰, giusta l'esclusione di cui all'art. 23, comma 1°, t.u.f., e, dall'altro, della gestione di sistemi multilaterali di negoziazione, che non è servizio, bensì attività di investimento.

La regola esposta vale solo ove detti contratti siano stipulati con clienti al dettaglio, ma non anche nel caso di clienti professionali e controparti qualificate, definiti, rispettivamente, dall'art. 26, comma 1°, lett. d), Reg. Intermediari e dagli artt. 6, comma 2-*quater*, lett. d), t.u.f., e 58, commi 1° e 2°, Reg. Intermediari.

I contratti di investimento con clienti *retail* devono altresì includere il contenuto normativo analiticamente previsto dalla disciplina secondaria³¹¹ e la determinazione delle

ricerca tra i propri clienti chi abbia un interesse di negoziazione opposto, procacciando – proprio come in una mediazione – l'incontro tra le due volontà. Così I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, cit., 169-170. Per descrivere la funzione del servizio l'Autrice, a sua volta, richiama le parole di F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, cit., 96: «La rilevanza concreta di questo servizio è essenzialmente legata ai casi in cui l'intermediario intenda eseguire operazioni di titoli negoziati su mercati nei quali egli non è autorizzato ad operare: storicamente, e prima che fosse loro consentito di svolgere direttamente l'attività di negoziazione nei mercati regolamentati, i principali prestatori di questo servizio erano le banche e i soggetti operanti per conto o nell'interesse degli agenti di cambio (che la prassi denominava *remisiers*)».

³¹⁰ Ai sensi dell'art. 1, comma 5°, per «consulenza in materia di servizi di investimento» si intende «la prestazione, di raccomandazioni personalizzate ad un cliente, dietro sua richiesta o per iniziativa del prestatore del servizio, riguardo a una o più operazioni relative ad un determinato strumento finanziario. La raccomandazione è personalizzata quando è presentata come adatta per il cliente o è basata sulla considerazione delle caratteristiche del cliente. Una raccomandazione non è personalizzata se viene diffusa al pubblico mediante canali di distribuzione». A seguito del recepimento della direttiva MiFID I, la fattispecie è stata ricompresa tra i servizi di investimento principali e ridefinita nei suoi caratteri essenziali, consistenti nella personalizzazione della raccomandazione e nella natura determinata del consiglio (riferito, per l'appunto, ad uno specifico strumento finanziario). Per il servizio di consulenza in materia di investimenti la legge non richiede la forma scritta a pena di nullità, a meno che il servizio preveda lo svolgimento di una valutazione periodica dell'adeguatezza degli strumenti finanziari o dei servizi raccomandati (art. 37, comma 1, Reg. Consob 15 febbraio 2018, n. 20307) o a meno che il servizio di consulenza sia prestato da clienti al dettaglio o da consulenti autonomi, oppure da società di consulenza finanziaria (art. 166 del medesimo regolamento): cfr., sul punto, P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 574. Sulla scorta della disciplina in esame, si può, peraltro, notare come con la MiFID I il servizio di consulenza abbia paradossalmente conosciuto, parallelamente ad un «upgrading» da servizio accessorio a vero e proprio servizio di investimento, un «downgrading di status contrattuale», passando da un regime a forma vincolata ad un regime a forma libera. Cfr., sul punto, V. ROPPO, *I contratti del mercato finanziario*, cit., 489 e L. ZITIELLO, *La consulenza in materia di investimenti*, in L. ZITIELLO (a cura di), *MIFID. La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari*, 2007, 453-454.

³¹¹ L'art. 37, comma 3°, Reg. Intermediari dispone che: «Il contratto con i clienti al dettaglio: a) specifica i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; b) stabilisce il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo

condizioni economiche, senza possibilità di rinvio agli usi (art. 23, comma 2°, t.u.f.³¹²); il che, peraltro, costituisce ulteriore conferma del fatto che la disciplina in commento è figlia del neoformalismo di derivazione comunitaria. Dato che l'art. 37, comma 2°, Reg. Intermediari stabilisce un contenuto minimo dei contratti di investimento, si è posto il tema delle conseguenze dell'eventuale assenza, nei testi contrattuali, dei requisiti contenutistici previsti dalla Consob. A fronte dell'opinione secondo cui l'assenza di tali indicazioni non dovrebbe essere in grado di invalidare l'intero contratto³¹³, vi è la tesi per la quale l'art. 37, comma 2°, Reg. Intermediari, è disposizione imperativa posta a tutela non solo del cliente, ma anche dell'interesse pubblico al buon funzionamento dei mercati finanziari³¹⁴. Di conseguenza, l'omissione dei dati richiesti dal regolamento configura una violazione di norma imperativa e, come tale, conduce a nullità (virtuale) del contratto.

del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni; d) prevede la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire al cliente a rendiconto dell'attività svolta; e) indica i corrispettivi spettanti all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti in conformità al Titolo V; f) indica se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; g) indica le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; h) indica le procedure di risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'articolo 32-ter del Testo Unico».

Per la gestione di portafogli di investimento, l'art. 38 Reg. Intermediari stabilisce, inoltre, che: «1. In aggiunta a quanto stabilito dall'articolo 37, il contratto con i clienti al dettaglio relativo alla gestione di portafogli: a) indica i tipi di strumenti finanziari che possono essere inclusi nel portafoglio del cliente e i tipi di operazioni che possono essere realizzate su tali strumenti, inclusi eventuali limiti; b) indica gli obiettivi di gestione, il livello del rischio entro il quale il gestore può esercitare la sua discrezionalità ed eventuali specifiche restrizioni a tale discrezionalità; c) indica se il portafoglio del cliente può essere caratterizzato da effetto leva; d) fornisce la descrizione del parametro di riferimento, ove significativo, al quale verrà raffrontato il rendimento del portafoglio del cliente; e) indica se l'intermediario delega a terzi l'esecuzione dell'incarico ricevuto, specificando i dettagli della delega; f) indica il metodo e la frequenza di valutazione degli strumenti finanziari contenuti nel portafoglio del cliente.

2. Ai fini di cui al comma 1, lettera a), il contratto specifica la possibilità per l'intermediario di investire in strumenti finanziari non ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato, in derivati o in strumenti illiquidi o altamente volatili; o di procedere a vendite allo scoperto, acquisti tramite somme di denaro prese a prestito, operazioni di finanziamento tramite titoli o qualsiasi operazione che implichi pagamenti di margini, deposito di garanzie o rischio di cambio».

³¹² L'art. 23, comma 2°, dispone infatti la nullità di ogni pattuizione che rinvii agli usi la determinazione del corrispettivo dovuto al cliente; in caso di violazione, nulla è dovuto al cliente, ma il contratto resta valido per tutto il resto. Cfr. F. ANNUNZIATA, *Il mercato mobiliare*, cit., 159.

³¹³ Cfr. N. SALANITRO, *Società per azioni e mercati finanziari*, Milano, 2000, 178 ss. Una soluzione diversa si potrebbe prospettare, secondo questa opinione, laddove l'omissione di importanti elementi venisse ritenuta equivalente a mancanza dell'oggetto del contratto. In una simile ipotesi si potrebbe pensare ad una nullità ex art. 1418 c.c. per mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto.

³¹⁴ F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, cit., 220 ss.

La disciplina ora descritta è completata dalla prescrizione sanzionatoria di cui all'art. 23, commi 1° e 3°, t.u.f., ai sensi del quale «nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo»³¹⁵. Si tratta di un'ipotesi di nullità relativa perché, come espressamente previsto dal terzo comma dell'art. 23, «la nullità può essere fatta valere solo dal cliente», e non anche dall'intermediario finanziario³¹⁶. In questo modo il legislatore chiarisce che la norma è posta nell'esclusivo interesse del cliente, il quale è normalmente la parte debole del rapporto contrattuale, in perfetta analogia con quanto previsto per i contratti bancari dagli artt. 117 e 127 t.u.b.³¹⁷.

Poiché la redazione per iscritto del documento contrattuale può rivelarsi adempimento inutile, se non addirittura incompatibile con le esigenze tecniche proprie di alcuni tipi di operazioni, il legislatore ha introdotto un'attenuazione della disciplina di protezione, disponendo che «la Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche e in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma» (art. 23, comma 1°, t.u.f.), analogamente a quanto previsto per i contratti bancari dall'art. 117, comma 2°, t.u.b.³¹⁸.

Ai sensi dell'art 23, comma 4°, t.u.f., alla prestazione dei servizi di investimento non si applicano le disposizioni del t.u.b. dettate in tema di trasparenza dei contratti bancari³¹⁹.

³¹⁵ Anche la legge Sim stabiliva che i contratti di intermediazione mobiliare dovevano essere redatti in forma scritta, ma non prevedeva le conseguenze che sarebbero derivate dal mancato rispetto del requisito. La dottrina prevalente e la giurisprudenza ritenevano che tale sanzione dovesse rinvenirsi nella nullità assoluta del contratto, dal momento che la previsione di forma era diretta a tutelare un interesse generale alla trasparenza delle negoziazioni, ma non mancavano opinioni tese invece a ricollegare alla mancata osservanza del requisito formale non già la nullità, ma soltanto le sanzioni connesse con un comportamento irregolare dell'intermediario. La norma oggi vigente respinge entrambe le soluzioni, stabilendo che la mancanza della forma scritta comporta la nullità del contratto; nullità che, precisa il terzo comma, «può essere fatta valere solo dal cliente». Cfr. R. COSTI, *Il mercato mobiliare, cit.*, 149.

³¹⁶ Cfr. F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare, cit.* Una soluzione simile è prevista anche dall'art. 24, comma 2°, t.u.f. con riferimento al contratto di gestione di portafogli.

³¹⁷ R. COSTI, *op. loc. ult. cit.*

³¹⁸ Cfr. R. COSTI, *op. loc. ult. cit.*

³¹⁹ L'art. 23, comma 4°, t.u.f., recita infatti che «le disposizioni del Titolo VI, Capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I. in ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario». Il Titolo VI del d.lgs. n. 385 del 1993 è rubricato

Tale regola è giustificata dal fatto che le norme dettate per la prestazione di servizi di investimento assicurano, sia nel momento antecedente la stipulazione del contratto, sia in costanza di svolgimento del rapporto, un grado di trasparenza tale da rendere superflue le forme di pubblicità previste per i contratti bancari³²⁰.

Nell'esclusivo interesse del cliente è inoltre prevista, come si accennava poc'anzi, la norma che dichiara la nullità di qualsiasi pattuizione del contratto di investimento che rinvii agli usi «per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico» (art. 23, comma 2°, t.u.f.). La disposizione esprime il sospetto che il contenuto dell'uso sia in realtà determinato dalla banca o dall'impresa d'investimento, quali soggetti forti; ragione per cui la clausola di rinvio viene sanzionata con la nullità, che può essere fatta valere solo dal cliente (art. 23, comma 3°, t.u.f.). La medesima norma prevede anche che, nel caso in cui la nullità sia dichiarata, nulla sia dovuto alla banca o all'impresa di investimento. Si tratta, peraltro, dell'unica disposizione del Testo Unico che limita l'autonomia delle parti nel determinare il contenuto del contratto³²¹.

Gran parte degli interrogativi sorti attorno ad alcuni risvolti applicativi delle prescrizioni di forma trovano origine nell'impatto della stessa disciplina sulla forma sulla tipica configurazione che nella prassi assume il rapporto contrattuale tra impresa di investimento e cliente³²². La normale articolazione dell'operazione di investimento nei due livelli del contratto quadro e dei singoli ordini di investimento, rapportata alla disciplina legislativa e regolamentare sulla forma dei contratti di investimento, ha infatti destato alcune questioni che meritano di essere quantomeno accennate.

Poiché l'art. 23, comma 1°, t.u.f., impone la necessità della forma scritta per «i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento», gli interpreti hanno innanzitutto

«trasparenza delle condizioni contrattuali» e si occupa, fra l'altro, di «operazioni e servizi bancari e finanziari» (Capo I, artt. 115-120) e di «credito al consumo» (Capo II, artt. 121-126).

³²⁰ Cfr. R. COSTI, *op. loc. ult. cit.*

³²¹ R. COSTI, *Il mercato mobiliare, cit.*, 150.

³²² Si veda D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, 9 ss. Come ampiamente illustrato *supra*, ai parr. 3 e 4, il contratto per la prestazione di servizi di investimento, fatta eccezione per il servizio di gestione di portafogli, secondo l'opinione preferibile è tipicamente articolato su un «doppio livello», attraverso la conclusione iniziale di un contratto quadro (contenente la regolamentazione tendenzialmente complessiva dello svolgimento dei servizi di investimento), seguita dal conferimento, da parte dell'investitore, di singoli ordini di negoziazione in corrispondenza di ciascuna scelta di investimento.

dovuto mettere in relazione tale generico riferimento con il descritto sdoppiamento della struttura contrattuale e decidere se la forma vincolata a pena di nullità riguardasse solo il contratto quadro (o, per usare il termine di cui all'art. 58 del Reg. Delegato UE 2017/565, il «contratto base») o anche i singoli ordini di investimento che il cliente conferisce all'intermediario affinché questi gli fornisca i servizi convenuti.

A differenza che in passato, oggi la questione pare ormai risolta nel primo senso³²³, alla luce di plurimi indici normativi.

Anzitutto, l'art. 25, par. 5, MiFID II, e l'art. 58 del relativo Reg. Delegato UE 2017/565, orientano l'interprete nel senso di riferire la disciplina in esame all'«accordo di base» (*id est*, al contratto quadro) e non anche alle singole operazioni di investimento³²⁴.

In secondo luogo, l'art. 37, comma 2°, lett. c, Reg. Intermediari dispone che, nel contratto quadro o di base per la prestazione di servizi di investimento debbano essere specificate le modalità attraverso cui l'intermediario può impartire ordini e istruzioni. Questa previsione, in base alla quale le parti sono libere di definire convenzionalmente le modalità di conferimento degli ordini di investimento, esclude che il vincolo formale *ex art. 23, comma 1°*, t.u.f. valga anche per questi: infatti, se la forma scritta *ad substantiam* fosse stata pensata anche per i singoli ordini, non ci sarebbe stata la regola che trasferisce all'autonomia dei privati la possibilità di decidere le modalità con cui vanno impartiti ordini e istruzioni³²⁵.

³²³ Così, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, cit., 175; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, cit., 217. In giurisprudenza fino al 2007 si registrava ancora qualche precedente contrario (ad esempio: App. Milano, 11 dicembre 2007, in *Giur. it.*, 2008, 923 ss.; Trib. Torino, 30 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2007, 1857 ss.), poi superato in forza dell'indirizzo inaugurato dal giudice di legittimità con le sentenze Rordorf, consolidatosi successivamente. Si vedano, dunque, sul punto Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, cit., seguite poi da Cass., 12 marzo 2018, n. 5890; Cass., 8 febbraio 2018, n. 3087; Cass., 2 agosto 2016, n. 16053; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3950; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28432. L'opinione è stata espressa anche dalla Consob nella comunicazione n. DIN/5055217 del 3 agosto 2005. In assenza di un contratto quadro scritto, sono però nulle le operazioni di investimento eseguite, senza che sia possibile la tacita ratifica: cfr. Cass., 22 marzo 2013, n. 7283, in www.ilcaso.it, 2013, nonché da ultimo la stessa Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., ora in commento.

³²⁴ Cfr., per tutti, P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 574.

³²⁵ Ancora B. INZITARI e V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, cit., 5, e F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, cit., 65 ss.; in giurisprudenza, nello stesso senso, Trib. Monza-Desio, 27 luglio 2004, in *Giur. merito*, 2005, 2189 ss.

A riprova della tesi esposta vi è poi l'art. 57 Reg. Intermediari, che contempla specificamente l'eventualità di ordini non scritti, stabilendo che «gli intermediari registrano su nastro magnetico o su altro supporto equivalente gli ordini impartiti telefonicamente dai clienti, e mantengono evidenza degli ordini inoltrati elettronicamente dai clienti»³²⁶.

Si può dunque considerare quale dato pacifico che per i singoli ordini di investimento la legge non impone la regola formale³²⁷.

In questo modo, la tradizionale libertà delle forme, che in relazione al contratto quadro ha subito una compressione in ragione delle menzionate istanze di tutela, viene recuperata, sia pur limitatamente agli ordini di investimento. Del resto è proprio rispetto a questi che si pongono le esigenze di celerità tipiche delle operazioni commerciali in generale, e del mercato mobiliare in particolare; in ragione di ciò pare giustificata la previsione di una certa flessibilità dal punto di vista formale per gli ordini di investimento, a contemperamento del vincolo previsto per il contratto quadro³²⁸.

³²⁶ F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, cit., 68 e D. DUCCI, *Negoziante, gestione di portafogli e ordini telefonici*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 171 ss., spec. 186 affermano che ai sensi dell'art. 29, comma 3, del Regolamento Banca d'Italia e Consob 29 ottobre 2007, le registrazioni vanno conservate per un quinquennio. La dimostrazione dell'avvenuto ordine sarà quindi fornita dalla registrazione o dall'evidenza prescritta all'art. 57 Reg. Intermediari: con la possibilità di una prova per testimoni che, se pare sicura per il periodo successivo, è talora consentita anche nei primi cinque anni (cfr. Trib. Firenze, 27 novembre 2002, in *Dir. banca merc. fin.*, 2004, 155 ss.). Di qui l'ulteriore implicazione – però contestata – secondo cui la registrazione su nastro sarebbe requisito di forma *ad probationem*. Cfr. A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, cit., 40 ss., in ID. (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008, e P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 574-575, secondo cui l'obbligo, previsto dall'art. 57 Reg. Intermediari di registrare su nastro magnetico o su altro supporto equivalente gli ordini di investimento impartiti telefonicamente dal cliente non costituisce imposizione di un requisito di forma, neppure *ad probationem*. In giurisprudenza cfr. Cass., 29 agosto 2018, n. 21360.

³²⁷ B. INZITARI e V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, cit., 5; F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, cit., 62 ss.; M. SALVATORE, *Servizi di investimento e responsabilità civile*, cit., 221, C. BELFIORE, *Si può fare a meno del contratto quadro nei servizi di investimento?*, cit., 1915.

³²⁸ Cfr. V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento*, cit., nt 26 e 27 e le fonti ivi citate.

Si può riscontrare agevolmente come l'articolazione del requisito formale non cambi a seconda della qualificazione giuridica che si preferisca dare al contratto di investimento³²⁹.

Se la configurazione del contratto di investimento come unico contratto atipico, misto di conto corrente e mandato, e la conseguente negazione dell'esistenza di tanti autonomi contratti quanti sono i singoli ordini di investimento portano automaticamente ad escludere la necessità della forma scritta di questi ultimi per la validità dei relativi investimenti, viceversa il riconoscimento di distinte fattispecie contrattuali non necessariamente conduce, come si è visto, all'opposta soluzione. Anzi, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti hanno interpretato le indicazioni provenienti dalle fonti comunitarie e quelle desumibili dalle disposizioni di livello primario e secondario nel senso del vincolo di forma a pena di nullità per il contratto quadro, e della libertà di forma per i singoli ordini³³⁰.

Nell'ambito del riferito orientamento si è poi posta, di conseguenza, la necessità di disciplinare gli effetti della previsione di una forma volontaria per ordini e istruzioni, a mente del fatto che «di norma» le parti prescrivono l'adozione della forma scritta³³¹.

Sotto questo profilo, le opinioni si dividono tra chi riconduce tali clausole alla disciplina della forma convenzionale, in forza del combinato disposto degli artt. 1352 e 1324 c.c., chi, in ragione della formulazione letterale, le considera un vincolo di ordine probatorio, con le limitazioni che ne conseguono *ex art. 2725, comma 1°*, c.c.³³², e chi, alla luce tanto della formulazione letterale quanto della presenza nei contratti della clausola che comporta l'approvazione tacita delle operazioni rendicontate, esclude che da tali clausole

³²⁹ Viceversa, l'adesione all'una o all'altra ricostruzione circa la natura giuridica del contratto quadro e dei singoli ordini di investimento comporta differenti ricadute in relazione alle conseguenze derivanti dall'inadempimento degli obblighi di comportamento, con particolare riguardo al rimedio della risoluzione. Cfr. D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, *cit.*, 15-16, spec. nt. 20, ove altri riferimenti.

³³⁰ Si rinvia a quanto detto *supra*, al par. 5.

³³¹ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, *cit.*, 11.

³³² Per la tesi della forma convenzionale *ad probationem* si veda P. MORANDI, *Prestazione dei servizi di investimento: forma dei contratti e regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 924 ss.

possano ricavarsi limitazioni di prova, rilevando eventualmente la loro violazione alla stregua di un inadempimento contrattuale³³³.

Nel primo caso, ove il contratto quadro preveda che i singoli ordini siano stipulati in forma scritta, in ossequio alla prescrizione codicistica in materia di patti sulla forma, deve presumersi che la forma pattuita sia voluta per la validità degli ordini, in ossequio alla regola posta dall'art. 1352 c.c.³³⁴. Deve altresì ritenersi che la clausola contenente la pattuizione relativa alle modalità con cui devono essere impartiti gli ordini di investimento costituisca elemento essenziale del contratto quadro; come tale, essa soggiace al vincolo di forma scritta *ex art. 23 t.u.f.* e può essere modificata o revocata solo nella medesima forma³³⁵. Infatti, in base al principio formale del *contrarius actus*, se per il patto sulla forma è prescritta la scrittura e il patto è dunque stipulato per iscritto, la sua risoluzione per mutuo consenso di intermediario e investitore non può avere effetto se la nuova dichiarazione di volontà non riveste quella stessa forma scritta³³⁶.

Attorno a questi nodi emerge, da un lato, la propensione degli interpreti a massimizzare la portata demolitoria del vizio di forma³³⁷. Tendenza che si riscontra anche in quegli

³³³ Per la tesi che considera il mancato rispetto delle forme stabilite nel contratto alla stregua di un possibile inadempimento si vedano, in giurisprudenza: Trib. Como, 3 dicembre 2007, in *DeJure*; App. Torino, 27 novembre 2008, in www.ilcaso.it; in dottrina si vedano A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., 40-42 e D.I. PACE, *Nullità degli ordini di negoziazione per difetto di forma e mercati finanziari*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 165-170.

³³⁴ Per l'orientamento che riconduce le clausole contrattuali all'art. 1352 c.c. si vedano in dottrina: B. INZITARI e V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, cit., 8; F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, cit., 69; P. MORANDI, *Prestazione dei servizi di investimento*, cit., *ibidem*; V. SANGIOVANNI, *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*, in *Contr.*, 2007, 779 ss.; ID., *Il contratto di intermediazione finanziaria*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 770 ss.; M. BRUTTI, *Nullità dell'ordine di intermediazione per difetto di forma convenzionale*, in *Società*, 2009, 481 ss.; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 575; M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 488 ss. Non ne è del tutto persuaso A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., 31 ss. In giurisprudenza si vedano Cass., 12 marzo 2018, n. 5890; Cass., 8 febbraio 2018, n. 3087; e Cass., 30 novembre 2017, n. 28816 e, tra le Corti di merito, Trib. Brescia, 13 giugno 2011, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 31 gennaio 2007, in *Contr.*, 2007, 778 ss.; Trib. Milano, 7 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 897 ss.

³³⁵ Così P. BONTEMPI, *op. loc. ult. cit.*, il quale, a sua volta, richiama Cass., ord. 14 giugno 2019, n. 16106. Dello stesso avviso è M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 488-489, il quale specifica che il patto sulla forma non possa essere revocato per fatti concludenti, talvolta ravvisati nella mancata contestazione di alcuni investimenti eseguiti sulla base di ordini impartiti in forma non scritta (così, ad esempio, Trib. Pescara, 30 giugno 2006, in *Dir. banca merc. fin.*, 2007, 376 ss.).

³³⁶ M. MAGGIOLO, *op. loc. ult. cit.*

³³⁷ Si segnala in proposito l'opinione di P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, cit., 575, ad avviso del quale ove il contratto quadro non disponga nulla sulla forma degli ordini di investimento, pare preferibile ritenere necessaria la forma scritta per entrambi i negozi, dal momento che ciascun ordine di

indirizzi interpretativi ad avviso dei quali il contratto è invalido in ragione della mancata sottoscrizione del testo dell'accordo anche solo da parte dell'intermediario, oppure in conseguenza del mancato aggiornamento del regolamento pattizio al *ius superveniens*³³⁸.

D'altro canto, vanno evidenziati orientamenti che, in senso opposto, mirano a conservare gli effetti contrattuali, facendo parimenti leva sull'articolazione del rapporto su due livelli. In contrasto con l'orientamento nettamente maggioritario secondo cui la mancata stipulazione per iscritto del contratto quadro a monte determina la nullità delle negoziazioni a valle, quand'anche risultanti da atto scritto³³⁹, è stato sostenuto che questa conseguenza non possa avere luogo fintantoché la forma scritta riveste le singole operazioni di investimento, dal momento che queste consentono di ritenere comunque rispettato il dettato dell'art. 23, comma 1°, t.u.f.³⁴⁰. Tale tentativo, pur mosso probabilmente dall'intenzione di limitare gli eccessi del ricorso alla via formale, non riesce però a conciliarsi con il dato positivo.

6. La nullità del contratto quadro come «via breve» per la tutela dell'investitore

La disciplina sulla forma dei contratti di investimento di cui all'art. 23 t.u.f. ha costituito, nel tempo, fonte di speciali problematiche.

Si è posto anzitutto il dubbio circa la reale idoneità della forma in funzione informativa, corredata dalla sanzione della nullità, a far fronte alle effettive esigenze di tutela del

investimento costituisce contratto a sé stante. L'Autore dà però atto che l'orientamento oggi prevalente in dottrina e giurisprudenza è invece che l'obbligo di forma scritta riguardi il solo contratto quadro e non anche i singoli ordini di borsa.

³³⁸ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, cit., 12, spec. nt. 16.

³³⁹ La posizione è essenzialmente fondata sulla lettura congiunta degli artt. 23 t.u.f. e 37 Reg. Intermediari. Sul punto si vedano A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., 36; C. BELFIORE, *Si può fare a meno del contratto quadro*, cit., 1916-1918; P. MORANDI, *Prestazione dei servizi di investimento*, cit., 926 e le numerose decisioni, nonché la dottrina, ivi richiamate.

³⁴⁰ In questo senso cfr. Trib. Monza, 4 giugno 2008, *Riv. trim. dir. econ.*, II, 2009, 26 ss.; Trib. Monza, 19 febbraio 2008, in www.ilcaso.it, e App. Genova, 30 giugno 2006, in *Giur. mer.*, 2007, 1910 ss. In dottrina nega la necessità di un contenuto minimo del contratto in questione a pena di nullità A. TUCCI, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, 44-53.

contraente debole, cliente o consumatore che sia. La casistica giurisprudenziale ha invero messo in evidenza che il neoformalismo, quale strumento di tutela della parte debole del rapporto, più che mezzo funzionale allo scopo per cui il legislatore lo ha pensato – cioè quello di colmare, almeno in parte, il divario informativo tra intermediario e cliente, apprestando a quest'ultimo la necessaria tutela – si è rivelato fonte di vere e proprie distorsioni, dando adito a comportamenti opportunistici, se non addirittura a soluzioni irragionevoli³⁴¹.

Concepita al fine di proteggere il contraente debole mediante la trasparenza dei termini del rapporto contrattuale, la prescrizione di forma *ad substantiam* di cui all'art. 23 t.u.f., si è trovata al centro di un vero e proprio ribaltamento di prospettiva nella sua effettiva utilità³⁴².

Per un verso, si è osservato che tale strategia di protezione pare viziata da un erroneo presupposto concettuale, e cioè che la causa della debolezza contrattuale dell'investitore sia dovuta soltanto alla minore disponibilità di informazioni: il più delle volte, i pregiudizi risentiti dagli investitori derivano non da quanto stabilito nelle clausole contrattuali, bensì dalla concreta modalità con cui vengono prestati i servizi ed effettuate le operazioni successive nel caso dei contratti di investimento, o, ancora, dalle caratteristiche del prodotto³⁴³. Peraltro, il vincolo formale rischia di generare esiti controproducenti proprio sul piano dell'informazione, spingendo le imprese di investimento a predisporre testi contrattuali tanto più lunghi e dettagliati quanto meno agevoli e utili per l'investitore³⁴⁴, attesi gli elevati costi di transazione che accompagnano la relativa elaborazione.

³⁴¹ Cfr. C. MARADEI, *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria*, cit., 68 ss.

³⁴² D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, cit, 4-5.

³⁴³ L. MODICA, *Formalismo negoziale*, cit., e F. ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. e contr.*, 2009, n. 11, 869.

³⁴⁴ Sulla necessità di tenere conto, nell'affrontare per via normativa il problema delle asimmetrie tra posizioni contrattuali, anche del ruolo svolto dalla c.d. razionalità limitata dell'operatore economico, e quindi della difficoltà non solo ad acquisire ma anche a comprendere ed elaborare le informazioni, si veda A. PERRONE, *Conflitti di interesse e regole di organizzazione*, in ANOLLI, BANFI, PRESTI, RESCIGNO (a cura di), *Banche, servizi di investimento e conflitti di interesse*, Bologna, 2007, 62-64. Sull'«effetto-paradosso» di contratti che, quanto più sono ricchi di informazioni dettagliate, tanto più rischiano di allontanare il cliente retail dal beneficio delle informazioni disponibili, si veda V. SANGIOVANNI, *Operazioni inadeguate e doveri informativi dell'intermediario finanziario*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 564 ss.; R. LENER, *Forma*

Per altro verso, giusta la previsione della sanzione della nullità per la violazione del requisito di forma, l'art. 23 t.u.f. finisce per offrire al contraente protetto una tutela tangibile sul versante speculare a quello ipotizzato in partenza. La trasparenza contrattuale dovrebbe, infatti, consentire al cliente di esercitare una sorta di «autotutela *ex ante*»³⁴⁵, attraverso la negazione del consenso o la pronta contestazione delle rispettive prerogative contrattuali sia prima sia durante la prestazione dei servizi; ma nei fatti il vero beneficio che la disposizione in parola offre all'investitore risiede nella possibilità di azionare, *ex post*, le conseguenze della violazione del vincolo³⁴⁶.

Ancora una volta, ciò pare essere dovuto ad un *bias* nella concezione del rimedio.

Fin dalla sua prima comparsa nell'art. 18 del decreto Eurosim (D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415) era stata messa in dubbio l'opportunità di una disposizione che trasforma in requisito di validità del contratto un precetto che, funzionalmente, sarebbe riconducibile nel novero delle regole di comportamento dell'intermediario³⁴⁷. Estendendo ai servizi di investimento l'impostazione adottata in materia bancaria dall'art. 117 t.u.b., l'art. 23, comma 1°, t.u.f. trasforma, infatti, un obbligo di comportamento trasparente da parte dell'intermediario – quello, cioè, di comunicare al cliente le condizioni e i costi del servizio prestato – in un requisito di validità del contratto concluso con l'investitore.

Un simile approccio risulta particolarmente sensato nel caso dei contratti di credito, dove ha rilevanza essenziale il corrispettivo dovuto dal cliente per la disponibilità di denaro ricevuta: impedendo alla banca di esigere il corrispettivo del credito, la sanzione della nullità costituisce un incentivo decisivo alla trasparenza delle condizioni contrattuali e alla corretta determinazione delle condizioni economiche del credito.

contrattuale e tutela del contraente «non qualificato», cit., 8; U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato Roppo*, I. Formazione, a cura di C. GRANELLI, Milano, 2006, 535-559.

³⁴⁵ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, cit., 5.

³⁴⁶ Per analogo cenno sulla effettiva tutela *ex post*, piuttosto che *ex ante*, del vizio di forma, cfr. D. CESIANO, *Gli obblighi dell'intermediario finanziario nella prestazione dei servizi di investimento dagli orientamenti della giurisprudenza di merito alle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 617.

³⁴⁷ In particolare si era evidenziata la difficoltà per il cliente di «effettuare, per così dire, senza costi la scelta tra mantenere un regolamento negoziale pregiudizievole o rimuoverlo interamente con effetto *ex tunc*». Così R. LENER, *Strumenti finanziari e servizi di investimento. Profili generali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1997, 347; parimenti critico P. SCHLESINGER, *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 725 ss.

Nel diverso contesto dei servizi di investimento, tuttavia, tale impostazione risulta più discutibile. Pur ponendosi anche in tal caso la necessità di indicare con trasparenza i costi che gravano sul cliente per l'attività dell'intermediario, la rilevanza delle condizioni economiche del servizio è significativamente minore: nei servizi di investimento sono, infatti, di importanza essenziale il rischio e il rendimento che l'attività resa dall'intermediario comporta per le risorse monetarie del cliente³⁴⁸.

In questa prospettiva, sanzionare di nullità il contratto quadro colpito dal vizio di forma e, per l'effetto, consentire la ripetizione delle somme destinate a investimenti non andati a buon fine, è stato ritenuto rimedio sproporzionato rispetto all'interesse tutelato dalla norma violata³⁴⁹. Se poi si considera che, per le ragioni più sopra esposte, spesso le informazioni veicolate dal contratto quadro non vengono utilizzate dai clienti, appare ulteriormente provata la scarsa ragionevolezza del meccanismo: la forma più severa di tutela civile viene impiegata a tutela di una previsione dalla quale non deriva particolare utilità per la parte che dovrebbe beneficiarne³⁵⁰.

A ciò si aggiunga che la scelta di sanzionare con la nullità l'inosservanza del requisito della forma scritta appare potenzialmente in contrasto con il c.d. divieto di *gold-plating*, di cui all'art. 24, par. 12, MiFID II, e cioè con la regola che vieta agli Stati membri di prevedere requisiti ulteriori rispetto al regime europeo non «obiettivamente giustificati e proporzionati» per «la necessità di far fronte a rischi specifici per la protezione degli investitori»³⁵¹.

Per una sorta di eterogenesi dei fini, l'esperienza giurisprudenziale conseguente ai *default* finanziari di inizio secolo ha confermato il rilievo, ma in termini rovesciati: come peraltro

³⁴⁸ A. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali*, Milano, 2017, 217 ss.

³⁴⁹ A. PERRONE, *op. loc. ult. cit.*

³⁵⁰ A. PERRONE, *op. loc. ult. cit.*

³⁵¹ A. PERRONE, *op. loc. ult. cit.*

preannunciato a suo tempo³⁵², la nullità relativa *ex art. 23 t.u.f.* è stata utilizzata opportunisticamente quale «via breve» per dare tutela all'investitore tradito³⁵³.

Ciò si deve al fatto che, com'è stato colto in dottrina nell'ambito della disputa circa le conseguenze ricollegabili alla violazione delle regole di condotta degli intermediari, la nullità rappresenta il regime più congeniale alla tutela dell'investitore, poiché gli consente di ottenere il recupero dell'intero investimento grazie al solo riscontro della violazione, senza dover affrontare particolari difficoltà probatorie³⁵⁴. Quanto detto vale in particolar modo per la nullità per vizio di forma: il particolare rigore che la giurisprudenza tradizionalmente riserva in giudizio al contratto carente di forma scritta *ad substantiam* – e che ripropone anche in riferimento all'art. 23 t.u.f.³⁵⁵ – rende quanto mai semplice, in senso favorevole al cliente, il riscontro della violazione in questione.

³⁵² Il riferimento è a E. GIRINO, *Forma «ad substantiam» per i contratti SIM*, in *Contr.*, 1997, 401: «il rischio cui questa tendenza normativa si espone è [...] di trasformarsi da necessario strumento di tutela del contraente debole a distorto meccanismo di rivendicazione pretestuosa. On riesce arduo immaginare il caso del cliente che, pur non avendo sottoscritto un accordo, abbia comunque scientemente dato corso ad un'operazione, salvo poi pentirsene (ciò che avviene solo nel caso in cui l'operazione abbia comportato una perdita o comunque risultati deludenti) ed invocare la nullità del titolo contrattuale per carenza di forma, si da sciogliersi dal vincolo e così annullare l'effetto negativo dell'operazione».

³⁵³ A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., 35.

³⁵⁴ Secondo A. PERRONE, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, 1017 ss.; A. BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007, 59; A. ALBANESE, *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari e regime dei rimedi esperibili dagli investitori*, in A. PERRONE (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008, 45 ss.; A. PERRONE, *Less is more. Regole di comportamento e tutele degli investitori*, in DE MARI (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, 2009, 87, la semplicità di accesso alla tutela offerta dalla nullità sembra essere la principale ragione alla base dell'opzione, inizialmente prevalente in giurisprudenza, per la nullità del contratto per inosservanza degli obblighi di comportamento.

³⁵⁵ Rifacendosi alla disciplina generale sui mezzi di prova e ai relativi orientamenti applicativi del giudice di legittimità, le Corti di merito escludono, ai fini del riscontro del rapporto contrattuale tra intermediario e investitore: l'ammissibilità della prova testimoniale e dell'interrogatorio formale; l'idoneità di ogni altra prova documentale che non contenga l'accordo sottoscritto dalle parti; la sufficienza della dichiarazione sottoscritta dal cliente di aver ricevuto e sottoscritto un esemplare del contratto o di ogni altro documento che contenga il riconoscimento del fatto storico dell'avvenuta conclusione; la rilevanza dell'attuazione, anche per lungo tempo, del programma negoziale da parte del cliente senza alcuna contestazione; la possibilità di emettere un ordine di esibizione nei confronti del cliente affinché produca in giudizio l'esemplare del contratto consegnato nelle sue mani al momento della sottoscrizione; la possibilità di avvalersi di una copia del documento contrattuale quando il cliente abbia disconosciuto la conformità della copia prodotta. Così Trib. Monza, 4 giugno 2008, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, II, 25; Trib. Ancona, 18 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 1681 ss.; App. Bari, 23 febbraio 2009, in *DeJure*; Trib. Torino, 5 febbraio 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Padova, 23 marzo 2010, in www.ilcaso.it.

Per questa ragione la domanda diretta a far valere la nullità del contratto quadro, *ex art. 23, comma 1°*, t.u.f., ha costituito la via preferenziale attraverso cui gli investitori hanno cercato, nelle controversie con gli intermediari, di ottenere ristoro delle perdite subite, anche quando il pregiudizio sofferto aveva causa in violazioni riferibili alle regole di condotta più che all'inadempimento formale³⁵⁶.

Ciò è confermato, oltre che dalla significativa incidenza del vizio di forma tra le motivazioni delle sentenze che accolgono le richieste dei clienti³⁵⁷, dalla frequente contestuale formulazione, da parte dei medesimi, anche di doglianze di carattere sostanziale in via subordinata³⁵⁸.

Il caso emblematico è quello del cliente che, dopo aver concluso contratti di investimento in *bond* argentini ovvero in obbligazioni Cirio o Parmalat, o comunque in prodotti finanziari poi rivelatisi insoddisfacenti, aveva sollevato la questione di nullità del contratto quadro di investimento per il mancato rispetto della forma scritta, al fine di ottenere la restituzione delle somme investite ed ovviare, per questa via, alle perdite riportate.

7. *(Segue) ... e le sue declinazioni: la nullità del contratto quadro monofirma e la nullità selettiva.*

Quanto finora osservato spinge immediatamente ad una riflessione.

Se, da una parte, è innegabile che la nullità per vizio di forma apporta dei benefici sul piano della giustizia commutativa, garantendo una «più pronta tutela delle ragioni

³⁵⁶ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, *cit.*, 8.

³⁵⁷ Lo rilevano P. MORANDI, *Prestazione dei servizi di investimento: forma dei contratti e regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 920 e A. PERRONE, VOIELLO, DRAGONE, *La giurisprudenza sul «risparmio tradito»: un'analisi quantitativa*, in A. PERRONE (a cura di), *I soldi degli altri*, Milano, 2008, 89.

³⁵⁸ D. SEMEGHINI, *op. loc. ult. cit.*

dell'investitore»³⁵⁹, d'altra parte va rilevato che la semplicità della tutela si presta facilmente ad eccessi di protezione, dando spazio ad iniziative processuali opportunistiche che mirano ad ottenere una sorta di copertura assicurativa contro il rischio connaturato agli investimenti finanziari³⁶⁰.

È ciò che è accaduto, anzitutto, rispetto al contratto quadro monofirma. Prima che sul punto intervenissero le Sezioni Unite del 2018³⁶¹, numerose pronunce avevano dichiarato la nullità del contratto quadro sottoscritto dal solo cliente: si reputava violato il requisito della forma scritta *ad substantiam* quando le condizioni generali di contratto predisposte dall'intermediario non fossero sottoscritte anche da quest'ultimo³⁶².

Si trattava, evidentemente, di un esito paradossale, a mente sia della disciplina delle condizioni generali di contratto *ex art. 1341, comma 1°, c.c.*, sia delle specificità della disposizione in questione.

Come pacificamente chiarito dal giudice di legittimità³⁶³, la prescrizione di forma di cui all'art. 23 t.u.f. risponde ad una peculiare *ratio* informativa, volta precipuamente a rendere edotto il cliente della nascita del rapporto e della consistenza dell'accordo, in ciò differenziandosi rispetto al requisito di forma *ad substantiam tout court*. Affinché il contratto quadro di investimento soddisfi la prescrizione di legge è quindi sufficiente che l'investitore abbia sottoscritto il documento contrattuale e abbia dichiarato di averne ricevuto copia.

³⁵⁹ A.A. DOLMETTA, *La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari*, in *Contr.*, 2008, 80; S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 950; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2002.

³⁶⁰ S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007.

³⁶¹ Si veda Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, di cui si riporta il principio di diritto: «Il requisito della forma scritta del contratto quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D. Lgs., 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23 è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua dei comportamenti dallo stesso tenuti».

³⁶² A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità*, *cit.*, 35-36.

³⁶³ Prima della pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite, alcune Corti di merito erano già orientate in questo senso. Così, ad esempio, Trib. Torino, 26 agosto 2009 e Trib. Torino, 21 gennaio 2011, entrambe in www.ilcaso.it. e così anche la dottrina: cfr., *ex multis*, F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009, 52 e A. PERRONE (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008.

Poiché lo scopo della norma è solo quello di permettere all'investitore di conoscere le condizioni sulla base delle quali potrà impartire i successivi ordini di investimento all'intermediario, non sussistendo esigenze di pubblicità a tutela di terzi cui debba essere data notizia della conclusione del contratto, la trasmissione dell'informativa scritta in merito alle regole che governano il rapporto a chi usufruisce del servizio di investimento esaurisce integralmente la funzione informativa della norma richiamata, privando il cliente dell'interesse ad ottenere la pronuncia di nullità del contratto.

Anche l'esercizio selettivo dell'azione di nullità *ex art. 23 t.u.f.* è riconducibile alle ipotesi di utilizzo della nullità come via breve per la tutela del cliente contro investimenti rivelatisi infausti.

Questa particolare declinazione dell'azione di nullità scaturisce dall'impatto della disciplina sulla forma con la struttura contrattuale a doppio livello invalsa nella prassi dei contratti di investimento. Poiché la lettura prevalente dell'art. 23, comma 1°, t.u.f. fa discendere dalla mancata stipulazione per iscritto del contratto quadro la nullità delle singole operazioni di investimento³⁶⁴, è immediato intuire come, in presenza di più investimenti con esiti alterni non coperti da valido contratto quadro, il cliente, unico legittimato attivo, *ex art. 23, comma 3°, t.u.f.*, abbia interesse a far valere la nullità per demolire soltanto le operazioni che hanno avuto risultati insoddisfacenti per ottenere la conseguente restituzione delle somme versate, lasciando invece completamente impregiudicati i trasferimenti patrimoniali relativi ad ordini vantaggiosi³⁶⁵. La dottrina non ha mancato di evidenziare come la strategia processuale messa in atto dagli investitori sia sorretta da intenti opportunistici piuttosto manifesti, al punto che vi è chi sostiene che tali comportamenti integrino un'ipotesi di c.d. *cherry picking*³⁶⁶.

³⁶⁴ Secondo D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli, cit.*, 19-20, le caratteristiche del vincolo in discorso fanno sì che le imprese di investimento siano particolarmente esposte al rischio di contravvenirvi: tipico è il caso in cui gli investimenti vengono effettuati senza la previa redazione per iscritto del contratto quadro, ma altrettanto frequente è l'ipotesi in cui inconvenienti di diverso tipo conducono all'indisponibilità del documento da parte della banca, per quanto questa possa essersi dotata di misure organizzative atte ad impedire che tali circostanze si verificino; e ciò è tanto più probabile quanto più l'inizio di questi rapporti risale indietro nel tempo.

³⁶⁵ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli, cit.*, 17 ss.; A. PERRONE, *Il diritto del mercato dei capitali, cit.*, 218; C. MARADEI, *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria, cit.*, 76 ss.

³⁶⁶ Così A. PERRONE, *op. loc. ult. cit.*

Alla luce della disciplina applicabile si pone, dunque, il problema dell'accogliibilità di questo tipo di domande, la cui rilevanza è apprezzabile sia sotto il profilo delle implicazioni sistematiche, sia per il grande dilemma giuridico ad esse sotteso, ossia quello del contrasto tra una pretesa sostanzialmente ingiusta, ma apparentemente fondata.

Si osserva, innanzitutto, che le implicazioni della nullità *ex art. 23 t.u.f.*, e le risposte giudiziali alla domanda di nullità formulata in modo selettivo possono comportare conseguenze di grande rilevanza per i rapporti, in corso e futuri, tra imprese di investimento e clienti.

Anzitutto, la figura estende la disponibilità della tutela in esame oltre il limite entro cui essa può essere considerata ragionevole anche in un contesto di contrattazione asimmetrica. Giusta la prescrizione di cui all'art. 23, commi 1° e 3°, t.u.f., il cliente, in virtù della relatività della legittimazione ad agire, e dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità si trova ad essere l'unico arbitro delle sorti del rapporto, soprattutto con riguardo al momento in cui far valere la nullità: agendo in giudizio nel momento più conveniente, egli ha la possibilità di recuperare il capitale inizialmente investito, restituendo all'intermediario gli strumenti o prodotti finanziari acquistati e nel frattempo scesi di valore. L'eventuale accoglimento di una domanda di nullità formulata in modo selettivo avrebbe quindi l'effetto di rendere l'investitore arbitro non soltanto della tempistica di rilevazione del vizio, ma anche della scelta dei singoli investimenti da travolgere, con conseguente affinamento della copertura delle perdite ed evidente aggravamento della posizione dell'intermediario³⁶⁷.

Va poi evidenziato come il dato letterale non offra alcun appiglio giustificativo ad una domanda di nullità declinata in questo modo. L'art. 23 t.u.f. assegna all'investitore la sola facoltà di far dichiarare o meno la nullità del contratto quadro o normativo sulla base del quale tutte le successive operazioni di investimento sono poste in essere, ma non anche quella di selezionare gli effetti che tale nullità può avere sulle operazioni stesse. Il legislatore ha, cioè, attribuito al contraente debole solo la scelta tra mantenere un

³⁶⁷ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, cit., 20-21.

regolamento negoziale che ritiene pregiudizievole o rimuoverlo interamente con effetto *ex tunc*³⁶⁸.

Ed è stato osservato che la tesi per la quale l'investitore potrebbe circoscrivere, a suo esclusivo vantaggio, gli anzidetti effetti, non solo gli attribuirebbe una facoltà mai concessa ad alcuno nell'ordinamento giuridico³⁶⁹, ma nemmeno troverebbe il proprio fondamento nelle ragioni di tutela dell'investitore, poiché i rimedi demolitori concepiti a tutela di determinati soggetti, che consentono a costoro di porre nel nulla il contratto stipulato, non consentono anche di circoscrivere gli effetti della caducazione del vincolo contrattuale ad alcuni degli effetti contrattuali³⁷⁰.

Questa osservazione apre ad un altro motivo di insoddisfazione riscontrato a proposito della pretesa di nullità selettiva, e cioè l'ingiustizia sostanziale che una siffatta domanda persegue, nonostante la sua apparente fondatezza: attraverso l'azione di nullità selettiva gli investitori cercano di trasferire sugli intermediari gli esiti negativi del rischio dei loro investimenti – elemento non accidentale, ma connaturato alla loro posizione – in forza di un fattore che ha poco a che fare con la sorte degli investimenti, come dimostra la tempistica delle impugnazioni.

Se è assolutamente giustificato trasferire sull'intermediario le ricadute di un investimento negativo quando la prestazione del servizio è avvenuta in modo non conforme agli obblighi in materia di informazione, adeguatezza e conflitto di interessi, è invece al di là di ogni logica di tutela del risparmio che un vizio formale trasformi il servizio di intermediazione in una sorta di copertura assicurativa contro gli investimenti ad esito infausto. E se anche risulta comprensibile che il rimedio della nullità sia stato sfruttato come via breve per la compensazione degli investitori, d'altra parte appare doveroso, in

³⁶⁸ *Ex multis*, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato"*, cit., 170 ss., ed E. GABRIELLI e R. LENER, *I contratti nei mercati finanziari*, Torino, 2004, 45 ss.

³⁶⁹ Così C. MARADEI, *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria*, cit., 177-178. L'Autore effettua un parallelismo tra il caso in esame e la possibilità, per la vittima di un raggio, di chiedere l'annullamento del contratto per dolo ex artt. 1441 ss. c.c. Anche in questo caso, una volta chiesto ed ottenuto l'annullamento del vincolo contrattuale, con sentenza di natura costitutiva, non è consentito ad alcuna delle parti del contratto annullato – salvo che nel caso eccezionale di cui all'art. 1443 c.c., che conferma la regola generale in senso opposto – di conservare alcuno degli effetti prodotti dal contratto annullato.

³⁷⁰ C. MARADEI, *op. loc. ult. cit.*

un orizzonte di lungo periodo, ricercare soluzioni più precise ed equilibrate. Dare legittimazione a un uso selettivo dell'azione di nullità significa portare l'avallo di comportamenti opportunistici ben oltre un semplice effetto collaterale della disciplina, da tollerare come marginale inconveniente³⁷¹.

Ed ancora, ulteriori ragioni di disfavore verso la pretesa selettiva dei clienti risiedono nel fatto che questa è incongruente rispetto alla stessa finalità protettiva che dovrebbe informare il rimedio di cui all'art. 23 t.u.f. Senza disconoscere la debolezza contrattuale dell'investitore nel rapporto con l'intermediario e la conseguente esigenza di apprestare strumenti di riequilibrio delle rispettive posizioni, è innegabile che la proposizione di domande di nullità dirette a colpire singoli ordini di investimento – nello specifico quelli che hanno generato perdite – si risolve in una *chance* di rivincita almeno parziale che nulla ha a che vedere con le ragioni di quella debolezza. Ne consegue che la soddisfazione di queste pretese esorbita dalla finalità di tutela che è comunemente riconosciuta a fondamento della disposizione su cui fanno leva³⁷².

Peraltro, se è pur vero che il requisito di forma scritta per il contratto quadro è motivato dall'obiettivo di realizzare la massima trasparenza a favore del cliente, sul presupposto che tale condizione contribuisca a riequilibrare la sua debolezza contrattuale di partenza, è altrettanto vero che occorre ridimensionare notevolmente l'importanza di questa protezione rispetto alle proclamazioni teoriche e alla gravità della conseguenza connessa³⁷³. L'enfasi sulle conseguenze della violazione del requisito formale risulta ancor più sminuita se si pensa che i pregiudizi risentiti dai clienti sono perlopiù dovuti alle loro singole scelte di investimento, piuttosto che dalle modalità di svolgimento del rapporto contrattuale³⁷⁴.

³⁷¹ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, cit., 24-25.

³⁷² D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, cit., 20-21.

³⁷³ Come esplicita V. SANGIOVANNI, *L'art. 23 T.U.F. e la sottoscrizione del contratto quadro*, in *Giur. it.*, 2009, 1684, nella prassi tipicamente il cliente non legge il testo del contratto, né lo riceve o lo richiede anticipatamente per poterlo esaminare, né tantomeno considera di trattarne le condizioni, limitandosi a sottoscrivere dopo una breve illustrazione dei suoi termini essenziali. Così anche P. RESCIGNO, «Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, 306.

³⁷⁴ A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., 37 ss.

Inoltre, se la *ratio* della disposizione *ex art. 23*, comma 1°, t.u.f., è la trasparenza in funzione di protezione, non vi è ragione per ritenere che la mancanza del documento contrattuale possa pregiudicare il cliente solo per alcuni ordini e non per altri: la mancanza del contratto quadro in forma scritta dovrebbe, infatti, pregiudicare il cliente nell'intero svolgimento del rapporto contrattuale³⁷⁵.

Si è inoltre osservato come l'azione di nullità selettiva metta a dura prova un principio cardine in materia di nullità relative di protezione, e cioè quello secondo cui tali nullità non sono poste ad esclusiva tutela di un interesse particolare di categoria, ma perseguono anche e al contempo pur sempre la tutela di un interesse superindividuale, facente capo alla generalità dei soggetti e all'ordinamento nel suo complesso; ed anzi accordano in via privilegiata tutela all'interesse privato in tanto in quanto ciò sia funzionale alla realizzazione dell'interesse pubblico. Tradotto nel particolare ambito dei contratti per la prestazione di servizi di investimento, nel caso della nullità per violazione del vincolo di forma l'interesse pubblico alla stabilità e al buon funzionamento del mercato mobiliare non è assente, ma solo posposto alla tutela dell'interesse del contraente destinatario della norma, cioè l'investitore³⁷⁶.

Ebbene, si è riscontrato che l'esercizio della nullità *ex art. 23* t.u.f. secondo la descritta dinamica selettiva non consente il perseguimento di interesse privato e pubblico assieme, ma sacrifica inevitabilmente quest'ultimo, a tutto vantaggio del primo. Ponendo a carico dell'intermediario una responsabilità oggettiva per ogni minusvalenza subita dai clienti in modo del tutto indipendente dall'effettivo comportamento tenuto e per un tempo indefinito, pare evidente come la tutela azionata sia funzionale al mero interesse di recupero facente capo agli investitori delusi, incidendo in modo inaccettabile sulla stabilità del mercato e del sistema finanziario³⁷⁷.

Infine, guardando al fenomeno in una prospettiva allargata al mercato nel suo complesso e non confinata nella dimensione della singola contrattazione, l'opzione contestata potrebbe avere un enorme impatto economico sulle relazioni contrattuali esaminate,

³⁷⁵ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, *cit.*, 23.

³⁷⁶ Così S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Riv. not.*, 2009, 174.

³⁷⁷ C. MARADEI, *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria*, *cit.*, 78.

finendo per essere controproducente in modo non trascurabile anche sul piano degli effetti complessivi, come evidenziato da alcune categorie dell'analisi economica.

Come poc'anzi accennato, l'accoglimento delle domande di nullità selettiva equivale, da un punto di vista economico, a fornire al cliente una copertura assicurativa, a carico dell'intermediario, su ogni investimento effettuato in mancanza di accordo quadro previamente sottoscritto. Se è pur plausibile che in molti casi l'investitore non sia a conoscenza delle carenze di forma relative al contratto quadro o delle implicazioni che possono comportare a suo favore, non è però inverosimile che gli investitori più avvertiti ne siano avveduti, sin dall'inizio o nel corso dello svolgimento del rapporto, e pertanto compiano le loro scelte di investimento alla luce di questa "safety net", almeno fin quando l'intermediario non decida di porre rimedio alla situazione, facendo sottoscrivere al cliente un nuovo documento contrattuale³⁷⁸.

Questa situazione, com'è evidente, può innescare dinamiche di *moral hazard* e i connessi inconvenienti: poiché ogni investimento sarebbe supportato da una sorta di «put option a costo zero»³⁷⁹, l'investitore consapevole di ciò sarebbe spinto a intraprendere operazioni rischiose, sapendo di poter beneficiare dei possibili elevati guadagni senza rischiare di incorrere nelle eventuali (e anche gravi) perdite. Il che, da un punto di vista generale, costituisce una dinamica opposta ad un'ottimale allocazione delle risorse nel mercato finanziario e, dal punto di vista dell'intermediario, l'imposizione di un costo potenzialmente elevato, per il quale non è stato pattuito alcun corrispettivo.

Vero è che gli intermediari potrebbero ridurre il problema, da un lato incrementando le misure organizzative idonee ad evitare che si compiano investimenti in assenza di contratto quadro scritto e, dall'altro, recuperando gli oneri assicurativi implicati dall'art. 23 t.u.f. attraverso l'imposizione di costi sui servizi prestati. Tuttavia, proprio quest'ultima eventualità apre ad un ulteriore profilo di rischio connesso alla legittimazione dell'esercizio selettivo dell'azione di nullità *ex art. 23 t.u.f.*, consistente

³⁷⁸ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, *cit.*, 26.

³⁷⁹ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, *cit.*, 27.

nel meccanismo di c.d. *cross-subsidization*, che si realizzerebbe con la redistribuzione tra gli investitori degli ulteriori costi imposti dall'intermediario³⁸⁰.

Alla luce di tutto quanto finora illustrato, è più che mai comprensibile che nel tempo gli intermediari abbiano cercato di ricavare dal sistema strumenti capaci di contrastare gli abusi, ora proponendo, in via subordinata all'accoglimento della domanda di nullità del cliente, domanda riconvenzionale di ripetizione avente ad oggetto gli esiti economici delle operazioni favorevoli a quest'ultimo, in modo tale da costringerlo ad una valutazione delle proprie scelte processuali alla luce del complessivo risultato economico dei servizi di investimento prestati dall'intermediario; ora sollevando l'eccezione di dolo generale al fine di paralizzare le pretese restitutorie del cliente attore³⁸¹.

Ed anche ora che le Sezioni Unite hanno ritenuto in via di principio legittima l'azione di nullità selettiva, non hanno mancato di fornire, tramite l'eccezione di buona fede, un congegno regolatorio capace di arginare le possibili derive abusive dell'avallata azione, a riprova della sua indiscutibile antieconomicità potenziale.

8. *La costruzione della nullità selettiva non si attaglia alla fattispecie dell'operazione di investimento, comunque si decida di ricostruirla*

Come dimostrato dalla prassi giurisprudenziale, l'enfasi sui profili formali si presta facilmente a consentire, in sede processuale, scorciatoie equitative, se non addirittura ideologiche, che omettano la considerazione degli aspetti sostanziali del rapporto tra investitore e intermediario: in tal modo generando costi a carico del sistema, e cioè (anche) proprio su quei soggetti – gli investitori – alla cui tutela la forma dovrebbe e vorrebbe essere funzionale³⁸².

³⁸⁰ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, cit., 28 ss.

³⁸¹ A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità*, cit., 36-37.

³⁸² A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità*, cit.

Ma vi è di più. La figura della nullità selettiva sembra suscettibile di contestazione per ragioni che si collocano ancora più a monte della funzionalità del rimedio allo scopo di tutela per cui è stato concepito, ponendosi sul piano della sua stessa conformità alla fattispecie contrattuale cui inerisce.

A parere di chi scrive, la figura affermata nella prassi giurisprudenziale non è congruente ad alcuna tra le proposte qualificazioni dell'operazione di investimento complessivamente intesa. Detto in altri termini, nessuna tra le esposte teorie sembra idonea a giustificare, da un punto di vista logico, la salvezza di singole operazioni di investimento in presenza di un contratto quadro invalido a monte: in ogni caso, le singole operazioni dovranno essere ritenute tutte immancabilmente nulle, con ogni conseguenza sotto il profilo della tutela restitutoria propria dei rimedi demolitori³⁸³.

Quella della singola operazione sarà una nullità originaria, ove si vogliano concepire gli ordini di acquisto come atti esecutivi del primo ed unico contratto di negoziazione, a sua volta riconducibile ad un mandato ad acquistare o a vendere strumenti finanziari: la nullità del primo e unico contratto (di mandato) travolgerà necessariamente le operazioni, prive di autonomia negoziale e di causa propria, poste in essere in suo adempimento.

Sarà invece una «nullità derivata»³⁸⁴, ove si vogliano concepire gli ordini di acquisto come contratti autonomi. Anche in questo caso la nullità del contratto quadro si rifletterà necessariamente sui singoli ordini di investimento, in forza del collegamento negoziale necessario e unilaterale sussistente tra l'uno e gli altri³⁸⁵.

Vero è che la consistenza negoziale predicata rispetto ai singoli ordini ha condotto la giurisprudenza di legittimità a riconoscerne l'autonoma risolubilità, e a parlare in

³⁸³ La tutela dell'investitore deluso a seguito della violazione, da parte del prestatore di servizi, delle regole di comportamento impostegli dalla normativa primaria e secondaria, passa necessariamente attraverso l'accesso a rimedi privatistici. Questi si ripartiscono fondamentalmente tra rimedi demolitori, il cui effetto consiste nell'eliminazione del contratto di investimento, e rimedi risarcitori, che invece lasciano sopravvivere quello stesso contratto. I rimedi demolitori corrispondono ad azioni volte a far valere la nullità testuale o virtuale del contratto, oppure ad ottenerne l'annullamento o, ancora, funzionali ad una pronuncia che ne disponga la risoluzione. I rimedi non demolitori si risolvono, invece, in fattispecie di responsabilità civile, precontrattuale o contrattuale a seconda dei casi, che lasciano in vita il regolamento di interessi.

³⁸⁴ C. MARADEI, *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria*, cit., 77.

³⁸⁵ Per quanto concerne il collegamento negoziale tra contratto quadro e ordini di investimento si rinvia a quanto detto *supra* al par. 4, spec. nt. 63.

proposito di «risoluzione selettiva», da intendersi come risoluzione parziale, finalizzata a mantenere in vita quel segmento del rapporto contrattuale per cui sussiste ancora un interesse da parte del soggetto che lo riceve³⁸⁶; ma ciò non può valere a riconoscere, parallelamente, la possibilità anche di una nullità selettiva, poiché l'una e l'altra ipotesi sono caratterizzate da diversi presupposti.

La risoluzione selettiva del rapporto intercorrente tra intermediario e investitore, che muove dalla ricostruzione del contratto di investimento come *unicum* contrattuale dal contenuto complesso e scindibile³⁸⁷, ha quale presupposto logico l'inadempimento ad obblighi informativi rilevanti unicamente per singole operazioni, e non per l'intero rapporto instauratosi tra cliente e investitore; affinché possa esplicarsi il diritto di scelta dei creditori quanto alla parte da risolvere, deve peraltro trattarsi di un vizio genetico o funzionale relativo al singolo segmento cui inerisce, proprio per evitare di introdurre la possibilità di risolvere liberamente le sezioni che si ritengono svantaggiose secondo una valutazione soggettiva³⁸⁸.

Ebbene nella fattispecie presa in considerazione dall'art. 23 t.u.f. non vi è, come nel caso poc'anzi esaminato, la possibilità di riferire l'inadempimento formale al solo ordine di investimento, in modo svincolato dal contratto quadro, dal momento che, come si è

³⁸⁶ C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento, cit.*, 403.

³⁸⁷ Ciò ha permesso di raggiungere il risultato dell'autonoma risolubilità degli ordini di investimento seguendo la strada, già nota, della risoluzione parziale di un rapporto unitario, piuttosto che riconoscendo negli ordini veri e propri contratti sinallagmatici direttamente risolvibili ai sensi dell'art. 1453 c.c. La tesi è stata costruita muovendo da diversi indici presenti nel codice civile quanto alla centralità nel tessuto normativo dell'interesse del contraente che subisce un inadempimento o un'impossibilità a conservare le utilità che il contratto non esattamente eseguito gli ha procurato o è idoneo a procurargli, anche a fronte di una crisi del rapporto instaurato: l'art. 1458 c.c., dettato per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, per i quali la retroattività della risoluzione non tocca le coppie di prestazioni già eseguite, che non vanno restituite; l'art. 1181 c.c., che garantisce al creditore la facoltà di accettare una prestazione parziale; ed infine il potere della parte contrattuale di tenere la prestazione ricevuta in caso di impossibilità parziale, di vendita di cosa parzialmente altrui o di evizione parziale (artt. 1464, 1480, 1484 c.c.). Raffrontato alle evocate fattispecie, il caso dei contratti di investimento è, a ben vedere, più vicino all'impossibilità parziale, all'evizione parziale o alla vendita di cosa altrui che alla risoluzione dei contratti di durata: in quest'ultimo caso si ha una risoluzione totale delle relazioni intercorrenti tra le parti a partire da una certa data, negli altri viene posta nel nulla solo quella specifica parte del contratto cui inerisce il vizio. Nella risoluzione selettiva si isolano dunque le sezioni del contenuto contrattuale rispetto alle quali vi è stato un inadempimento di notevole entità: solo a queste viene esteso l'effetto risolutivo, mentre viene lasciato in vita il restante contenuto contrattuale. Si veda, sul punto, C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento, cit.*, 402 ss.

³⁸⁸ C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento, cit.*, 404-405.

ampiamente illustrato, il requisito di forma scritta a pena di invalidità inerisce al solo contratto quadro e non anche alle singole operazioni di investimento. Una volta che il contratto quadro risulti nullo per violazione della prescrizione di cui all'art. 23 t.u.f., tale invalidità si trasmetterà immancabilmente agli ordini di acquisto, quali contratti ad esso collegati.

Se vi fosse un autonomo requisito di forma *ad substantiam* riferibile al solo ordine di investimento, potrebbe darsi l'ipotesi della sua violazione e dunque della nullità del singolo ordine, nella validità del contratto quadro; ma così non è.

In conclusione, alla luce della disciplina dei contratti di investimento, nonché dei principi generali in materia di contratti, la sensazione è che la costruzione della nullità selettiva, affermata nella prassi giurisprudenziale in virtù degli evidenti vantaggi che l'investitore può trarne, sia sotto il profilo processuale dell'onere della prova, sia sotto il profilo sostanziale della salvaguardia degli investimenti virtuosi, non si attagli alla fattispecie dell'operazione di investimento, comunque si decida di ricostruirla.

CAPITOLO TERZO

LA NULLITA' SELETTIVA AL VAGLIO DEL SISTEMA DELLE INVALIDITA' NEGOZIALI

1. *Premessa*

Tra le diverse forme di patologia negoziale, la nullità è stata indubbiamente quella che, nel tempo, ha risentito maggiormente dello spirito di rinnovamento che ha attraversato le categorie concettuali tradizionali³⁸⁹, avviato dalla legislazione speciale in specifici settori³⁹⁰ ed accelerato su impulso della normativa comunitaria, fortemente incentrata sulla protezione del contraente-consumatore nei rapporti con l'impresa³⁹¹. Pochi istituti generali hanno conosciuto, in un lasso di tempo relativamente breve, un così intenso rinnovamento sul piano ordinamentale.

D'altra parte, il mutamento della fisionomia della nullità riflette la più ampia trasformazione del contratto: è stato perentoriamente constatato che «il contratto di oggi

³⁸⁹ Così M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, vol. IV, *Rimedi*, Milano, 2006, 3 e G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio: nullità speciali e restituzione unilaterale*, in *Persona e mercato*, 2021/2, 263-264.

³⁹⁰ Riprendendo quanto già accennato nel precedente Capitolo 1, par. 1, si tratta del D.Lgs. 385/1993 (t.u.b.), in cui è confluita la disciplina del credito al consumo (L. 142/1992, di attuazione della Dir. 87/102/CE), da un lato, e quella sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari (L. 154/1992, di attuazione della Dir. 89/646/CE), dall'altro; ed ancora, della più risalente L. 287/1990 (c.d. *Legge antitrust*), nonché della L. 192/1998, in materia di contratti di subfornitura, le quali, pur non costituendo attuazione di direttive comunitarie, si ispirano ai principi dettati in materia di concorrenza dall'art. 81 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, come modificato dal Titolo II del Trattato di Maastricht.

³⁹¹ Si possono elencare, nell'ordine: il D.Lgs. 50/1992, attuativo della Dir. 85/577/CE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; il D.Lgs. 111/1995, attuativo della Dir. 90/314/CE, relativa ai viaggi, alle vacanze e ai circuiti "tutto compreso"; il D.Lgs. 58/1998 (t.u.f.), nel quale è confluita la disciplina relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari (il D.Lgs. 415/1996, che aveva attuato la Dir. 93/22/CE); il D.Lgs. 427/1998, che ha attuato la Dir. 94/47/CE, sulla tutela dell'acquirente in multiproprietà; il D.Lgs. 185/1999, di attuazione della Dir. 97/7/CE, in tema di contratti a distanza; il D.Lgs. 24/2002, di attuazione della Dir. 2000/35/CE, in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; il D.Lgs. 70/2003, di attuazione della Dir. 2000/31/CE, in materia di commercio elettronico, e il D.Lgs. 190/2005 di attuazione della Dir. 2002/65/CE, relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

La modifica più consistente è stata però quella relativa all'introduzione nel Titolo II del Libro IV del Codice civile del Capo XIV-bis, intitolato «Dei contratti del consumatore» (artt. 1469-bis-1469-sexies c.c.), poi confluito all'interno del Codice del consumo (D.Lgs. 205/2006).

non è più quello di ieri, e ciò vale anche per il regime della sua patologia»³⁹². Con ciò si è voluto intendere che, come per i contratti, così anche per le patologie contrattuali «vi è ormai un prima e vi è un dopo, dove il prima è rappresentato dal tranquillo e statico mondo delle previsioni codicistiche e il dopo invece dalle molteplici, eversive e spesso irriducibili statuizioni di derivazione comunitaria»³⁹³.

Questo fenomeno di trasformazione «induce una sorta di piccola rivoluzione copernicana»³⁹⁴, che ha dato avvio a quella stagione che, con una felice espressione, è stata battezzata «il diritto della transizione»³⁹⁵.

Benché la dottrina, dapprima timidamente e poi in modo più convinto, abbia preso atto della trasformazione del rimedio da sanzione a funzione (di protezione)³⁹⁶, tanto da svilupparne i corollari con riferimento ad ogni profilo di disciplina dell'istituto, si può affermare che una vera e propria metabolizzazione del cambiamento non sia ancora avvenuta³⁹⁷.

Lo testimonia il «tumulto giurisprudenziale»³⁹⁸ che, negli ultimi anni, ha interessato molteplici implicazioni della disciplina delle nullità³⁹⁹.

Esiti recenti manifestano un vistoso disorientamento degli interpreti: di fronte alla proliferazione di regole rivolte in modo specifico a singoli tipi contrattuali e pensate in funzione delle particolari esigenze che sono volte a soddisfare, si assiste, da un lato, ad

³⁹² V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 489. Sul contratto in epoca contemporanea, cfr. F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e Impr.*, 2000, 919 ss.; ID., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, ivi, 197 ss.; V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Milano, 2002; U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 161 ss., 176; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 225 ss.; G. DE NOVA, *Dieci voci per una tavola rotonda*, in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, 814 ss.

³⁹³ Sul processo di trasformazione che ha interessato la nullità in seguito all'avvento del diritto europeo si veda V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 498-490.

³⁹⁴ M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 5.

³⁹⁵ N. IRTI, *Il diritto della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 11 ss.

³⁹⁶ Cfr., per tutti, V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 506 ss. Si veda anche ID., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002.

³⁹⁷ G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 263.

³⁹⁸ G. PASSAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*

³⁹⁹ Riprendendo quanto già detto in modo sparso nei precedenti, le pronunce giurisprudenziali hanno toccato diversi profili di disciplina: dalla rilevabilità d'ufficio della nullità alla validità/invalidità del contratto di intermediazione finanziaria monofirma; ed ancora, le Sezioni Unite hanno affrontato la questione della omessa registrazione del patto dissimulato di locazione, prospettando una sorta di nullità legata all'inadempimento di un obbligo legale.

una assertività non sempre appagante della giurisprudenza e, dall'altro, ad uno smarrimento del senso dell'unità, con riguardo non solo alle invalidità in generale, ma anche alla stessa nullità. Tutto ciò rende difficile «ricostruire, in questo quadro di frammentazione sempre più spinta, una significativa unitarietà della figura contrattuale»⁴⁰⁰.

Il quadro appare ulteriormente complicato dalla pronuncia a Sezioni Unite del 4 novembre 2019, ove il Collegio ha formalmente riconosciuto la figura della nullità selettiva quale profilo inedito della nullità di protezione, offrendole ingresso nella relativa disciplina a mezzo di una regola operativa già nota, quella dell'operatività a vantaggio del contraente debole.

La pronuncia ha costituito oggetto di critiche anzitutto per aver allargato l'ambito di incidenza di questo profilo di disciplina oltre il piano processuale della legittimazione relativa e della rilevazione officiosa del vizio: la regola dell'operatività a vantaggio è stata infatti utilizzata come base per attribuire al cliente l'esclusivo potere di indicare le operazioni di investimento alle quali attribuire il disvalore, da cui derivano gli effetti caducatori e restitutori conseguenti all'accertata nullità del contratto.

Ad aver suscitato la maggior preoccupazione sistematica è stata soprattutto l'argomentazione secondo cui vi sarebbe un nesso ineludibile tra la relatività della legittimazione all'azione di nullità e la irripetibilità delle prestazioni da parte del contraente non protetto, utilizzata dalle Sezioni Unite per giustificare – delimitandolo – l'impiego selettivo dell'azione di nullità⁴⁰¹.

A mente dell'autorevolezza della fonte, ciò che preoccupa è l'assertività dei corollari, ovvero che la specialità della nullità in discorso giustifichi, da un lato, il riconoscimento *tout court*, in capo al contraente protetto, del diritto di circoscrivere, secondo la propria

⁴⁰⁰ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 9; ID., *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 84 ss.; G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 636; cfr. anche E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003, 21 ss.

⁴⁰¹ Ciò è quanto osserva G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 262. Ad avviso delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione «l'indebito, così come previsto nell'art. 1422 cod. civ., può operare solo laddove la legge non limiti con norma inderogabile la facoltà di far valere la nullità e i suoi effetti in capo ad uno dei contraenti, essendo direttamente inciso dallo 'statuto' speciale della nullità cui si riferisce», con la conseguenza che il contraente non legittimato all'azione di nullità relativa «non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma ex art. 1422 e 2033 cod. civ.»: così Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, cit., par. 17.1.2 della motivazione della sentenza.

scelta, il perimetro degli effetti caducatori della declaratoria di nullità, nonché, per altro verso, una generalizzata disattivazione della disciplina dell'indebito oggettivo nei riguardi del contraente non protetto.

Tutto ciò «rende concreto il rischio che una simile affermazione non sia sottoposta al necessario vaglio critico, ma sia presa alla lettera dagli interpreti»⁴⁰².

E ciò tanto più in considerazione del fatto che la Corte muove da una premessa senz'altro condivisibile: l'esistenza, ormai comunemente accettata, se non di un vero e proprio statuto speciale, certamente di un insieme di costanti di disciplina della nullità, ove quest'ultima sia istituita in funzione dell'esigenza di proteggere uno dei contraenti.

Meno condivisibile è l'idea, di cui la pronuncia a Sezioni Unite vuole farsi veicolo, secondo cui la "selettività" della nullità, nella sua duplice dimensione sostanziale e processuale, entrerebbe a pieno titolo a far parte di quello statuto speciale.

Ad avviso di chi scrive, due sono gli equivoci concettuali che hanno condotto a quella che, per le ragioni che saranno meglio illustrate in seguito, appare una vera e propria incongruenza a livello sistematico.

Anzitutto un fraintendimento sull'esatto significato, peraltro da tempo dibattuto, della regola dell'operatività della nullità di protezione ad esclusivo vantaggio del contraente protetto, posta a fondamento giustificativo della nullità selettiva.

Ma soprattutto, un'errata conclusione che, spesso e volentieri, è stata tratta all'esito di molte trattazioni attorno al tema delle nullità speciali: quella secondo cui tali nullità costituirebbero sistema a sé, separato e totalmente altro rispetto a quello delineato dagli articoli 1418 e seguenti del codice civile, quando invece nullità tradizionale e nullità speciali non costituiscono altro che due diverse forme di un istituto unitario nei suoi fondamenti. Questo "eccesso di emancipazione", se si vuole, della nullità di protezione rispetto alla figura madre della nullità del codice costituisce, peraltro, un esito del tutto paradossale rispetto alle prime idee che aleggiavano sulla materia, se si pensa che, ancora alla metà degli anni Novanta l'ipotesi di uno "statuto speciale" della nullità «appariva persino eversiva sul piano categoriale»⁴⁰³.

⁴⁰² G. PASSAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰³ G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio, cit.*, 262.

A fronte di queste considerazioni introduttive, il vaglio dell'inedita figura giurisprudenziale alla luce del sistema delineato dal codice, nonché della disciplina delle nullità di protezione, per come fino ad oggi è stata definita, appare senz'altro un passaggio obbligato.

Tuttavia, nell'ottica della linea di indagine che qui si intende portare avanti e della prospettiva critica che la informa, il tema ormai classico del rapporto tra nullità tradizionale e nullità speciale verrà affrontato in chiave nuova: si prescindere da un asettico confronto tra le due forme di nullità, per concentrarsi su quei tratti di disciplina dell'una e dell'altra che consentono di metterne in evidenza i punti di contatto, solo alla luce dei quali si potrà rendere ragione delle effettive differenze sussistenti.

Ciò permetterà, di sventare, per quanto possibile, alcuni "luoghi comuni" che si sono formati nello sviluppo della materia, in relazione tanto alla nullità del codice quanto alle nuove nullità, e che costituiscono il principale ostacolo alla definizione – quanto mai necessaria – di un sistema coerente⁴⁰⁴.

2. La nullità nel sistema delle invalidità: a) profili storici

L'inquadramento della nullità nel sistema del codice richiede di considerare il lungo percorso che ha portato alla sua definizione attuale; ciò si afferma in quanto l'assetto vigente delle invalidità negoziali rappresenta l'esito di un *iter* evolutivo che affonda le proprie radici nel diritto romano e che trova fondamentali spunti di disciplina nelle grandi codificazioni continentali, in particolare nel *Code Napoléon* e nel *BGB* tedesco.

Nonostante il fenomeno dell'invalidità negoziale abbia trovato una sua regolamentazione specifica solo negli ultimi due secoli, va riconosciuto al diritto romano il merito di aver individuato i principali problemi ad esso sottesi.

⁴⁰⁴ È doveroso ricordare in proposito la lezione di G. BENEDETTI, *Presentazione* (del libro di G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995), VI-VII; ID., *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 573 ss.; ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali*, Napoli, 1997. L'Autore enfatizzava l'esigenza di comprensione sistematica delle incipienti nullità speciali, constatando che l'unità dell'ordinamento giuridico «non esclude la pluralità di fonti»; l'istanza di unità è ricerca di «coerenza costruita sugli interessi, fuori da schemi astrattizzanti»; e ciò «nell'attuale indirizzo del pensiero ermeneutico, non contrasta, anzi esalta e convoglia il divenire in una circolarità tra le parti e il tutto».

Invero il concetto di atto perfetto, al di fuori del quale non poteva darsi un *quid* rilevante trova origine nel *ius civile*. La validità della dichiarazione era infatti strettamente collegata al rispetto dei *verba sollemnia*, al punto che, una volta perfezionatosi il rito della sua conclusione, nulla avrebbe potuto incidere sulla vigenza dell'atto così formato⁴⁰⁵ (*actus qui habet sua essentialia valet de iure*⁴⁰⁶).

L'evoluzione successiva della società – e conseguentemente del diritto – fece emergere l'insufficienza di tale impostazione; e così, grazie all'intervento della giurisprudenza pretorile, nel *ius honorarium* trovarono spazio strumenti correttivi degli effetti di contratti viziati da *error, metus o dolus*: si trattava delle *actiones* ed *exceptiones doli e metus*, della *denegatio actionis* e della *restitutio in integrum*⁴⁰⁷. Tutti questi erano però mezzi meramente processuali, ossia strumenti la cui operatività rimaneva confinata nel rito e non arrivava mai a toccare la sostanza dell'atto, invalidandolo⁴⁰⁸. Al diritto romano classico era infatti estraneo il concetto di invalidazione: l'atto nasce perfetto o non esiste del tutto, *tertium non datur*. Al massimo se ne possono paralizzare gli esiti in presenza di circostanze determinate, riconosciute idonee all'uopo dal magistrato.

Nemmeno a seguito del superamento, in epoca giustiniana, del dualismo *ius civile* – *ius honorarium* il sistema riesce a smarcarsi dalla logica appena descritta. Nonostante il maggior rilievo assunto dalla *voluntas* in questa fase (anche se non nel modo in cui lo intende il diritto moderno), l'ordinamento non riesce ancora a concepire un intervento del giudice che esplicasse effetti al di fuori della cornice processuale, decretando il venir meno di una fattispecie dal punto di vista sostanziale. Non a caso, il principale lascito del sistema romano dell'invalidità nelle epoche successive è rappresentato dalla *restitutio in*

⁴⁰⁵ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1980, 80; E. BETTI, *Diritto romano*, I, Parte generale, Padova, 1935, 254.

⁴⁰⁶ Impostazione coerente con il processo per *legis actiones*, forma processuale vigente nell'epoca arcaica, nell'ambito del quale alle parti era riservato un ruolo predefinito e non era concesso apportare alcun tipo di variazione al rito, in relazione agli specifici connotati del caso concreto: si dava solo l'alternativa secca tra l'ammettere la pretesa dell'attore o il negarla del tutto.

⁴⁰⁷ I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, 42.

⁴⁰⁸ *Ex multis*, E. FINZI, *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, 1920, 56 ss.; S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria dell'invalidità e dell'inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966, 71 ss.; E. BETTI, *Diritto romano, cit.*, 1935, 328 ss.

integrum, a segnare il permanere di un legame forte con il concetto di negozio lesivo, prima ancora che invalido⁴⁰⁹.

Il diritto intermedio comincia ad abbozzare una terminologia tecnica della materia, contemplando, nella Glossa e nel Commento, atti *rescindendi*, *annullandi* e *irritandi*: termini che evocano le moderne categorie di rescindibilità, annullabilità e nullità, ma che, nei fatti, rappresentavano niente più che mere variazioni lessicali sul tema⁴¹⁰.

Il primo progresso significativo verso l'attuale concetto di invalidità negoziale si registra nella Francia divisa tra *pays de droit coutumier*, di diretta derivazione delle usanze locali, e *pays de droit écrit*, di tradizione romanistica, con le cosiddette *lettres de rescision*: nate per rendere operative le cause di invalidità previste dal diritto romano⁴¹¹, si trattava di istanze scritte che i sudditi indirizzavano al sovrano affinché autorizzasse il giudice del caso singolo ad annullare un contratto viziato. Proprio nel testo di queste *lettres* compaiono per la prima volta riferimenti significativi alla cancellazione vera e propria del negozio viziato, sia pure in vista delle successive restituzioni⁴¹².

Bisognerà però attendere il *Code Napoléon* per arrivare finalmente ad una concezione dell'invalidità emancipata dalla lesione economica, in un contesto improntato a valorizzare al massimo la libertà dell'individuo e del suo volere. Va però evidenziato che le poche norme sul punto, contenute nella versione originale dell'articolato, difettavano di un inquadramento sistematico dell'invalidità contrattuale, sia sotto il profilo dogmatico

⁴⁰⁹ M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. I, Milano, 2021, 702.

⁴¹⁰ M. GIROLAMI, *op. loc. ult. cit.*

⁴¹¹ Sul punto spiega J. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, Albert Fontemoing, 1908, 465, «*c'est-à-dire qu'il faut des lettres de rescision pour les faire valoir; mais ce n'est vrai que pour les nullités romaines*». Sull'origine di questo sistema si vedano H. E L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, I, t. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Montchrestien, 1996, 484. Va detto, inoltre, che nel contesto della Francia divisa tra *pays de droit coutumier* e *pays de droit écrit* il diritto romano veniva avvertito come diritto straniero, ragione per cui si affermò l'espressione «*Voies de nullité n'ont pas lieu en France*», per la quale cfr. A. LOYSEL, *Instituts coutumières*, Paris, Recueil Sirey, 1935, ripr. Ed. 1611, lb. II, tit. IV, reg. 3. Fatto piuttosto significativo è che per far valere le nullità «straniere» si richiedesse addirittura l'intervento dell'autorità regia. Progressivamente all'autorità del sovrano si sostituì quella delle Cancellerie all'uopo delegate. Solo con la legge 7 settembre 1790 si permise di adire immediatamente il giudice per la cognizione e la decisione del caso.

⁴¹² Le ordinanze che regolano l'uso delle *lettres* sono di Filippo il Bello, di Carlo VI, di Carlo VII, di Luigi XII e di Francesco I. Il successivo procedimento davanti al giudice prevedeva la trattazione sia della domanda *que le contrat soit cassé, rescindé, annullé*, sia di quella *ut res restitatur*, domanda, quest'ultima, che nella formulazione del libello era vista come distinta e logicamente conseguente alla prima: cfr. G. ZANI, *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento, II parte, II fase di evoluzione*, 402. In questo senso anche I. PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale, cit.*, 60 ss.

sia per gli aspetti terminologici⁴¹³. Il *Code* contemplava infatti un'unica figura generale di *nullité*, disciplinata poi diversamente in punto di legittimazione ad agire e di prescrittibilità, a seconda della *ratio* che informava la singola previsione di invalidità. Nel complesso, l'impianto del codice del 1804 mostra una concezione della nullità che potrebbe definirsi processuale, poiché, da un lato, «l'atto invalido, a prescindere dalla gravità del vizio che lo affliggeva, era visto come «*une apparence qu'il faut détruire*»⁴¹⁴, cioè come un *quid* imperfetto da sottrarre alla sfera attiva del diritto con il vaglio del magistrato; dall'altro, si riteneva che solo la pubblica autorità potesse togliere vitalità ad una fattispecie contrattuale, pur viziata⁴¹⁵. Pertanto, pur distinguendosi, nel contesto del *Code*, una *nullité* da una *nullité relative*, di fatto la differenza tra l'una e l'altra si limitava a regole di rito, posto che per arrivare all'invalidazione dell'atto era necessario in ogni caso il ricorso al giudice. Quest'impronta processuale non è venuta meno neppure a seguito della recente riforma del diritto francese dei contratti, che pure recepisce i progressi concettuali e sistematici degli ultimi due secoli⁴¹⁶.

È però grazie agli studi tedeschi che acquista rilievo il profilo sostanziale dell'invalidità negoziale, associato all'idoneità o meno della fattispecie viziata a produrre effetti giuridici. Già con Savigny, ma poi con maggior chiarezza nella Pandettistica, diviene centrale distinguere una fattispecie nulla (*nichtig*), che non può essere efficace, da una solo annullabile (*anfechtbar*), che può esserlo, ancorché provvisoriamente. Ciò che merita

⁴¹³ Si possono considerare, a titolo di esempio, i testi degli originari artt. 1117 e 1304 *c.c. fr.* Nel primo si diceva che «*La convention contractée par erreur, violence ou dol, n'est point nulle de plein droit; elle donne seulement lieu à une action en nullité ou en rescision, dans les cas et de la manière expliqués à la section. VII du chapitre I du présent titre*». Il rinvio conduce proprio all'art. 1304 che recitava: «*Dans tout les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans. [...]*». È evidente come mancasse un inquadramento sostanziale e terminologico degli istituti, dal momento che il *Code* nella sua prima versione parlava di «*nullité de plein droit*» in contrapposizione a una «*action en nullité ou en rescision*».

⁴¹⁴ Cfr. J. CHARBONNIER, *Droit civil, IV. Les Obligations*, edition refondue, Paris, 2000, 204-205; H. E. L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil, cit.*, I, t. 2, *Obligations. Théorie générale*, 1998, 307 ss.; F. TERRE, L. SIMLER e Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1999, 367; B. STARK, H. ROLAND e L. BOYER, *Droit civil. Les obligations, II. Contrat*, Paris, 1998, 367.

⁴¹⁵ In questo senso si veda la posizione critica di R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse de doctorat, Paris, 1909, *passim*.

⁴¹⁶ Oggi il *Code civil* riformato a seguito dell'*ordonnance* 10 febbraio 2016, n. 2016-131 e della legge 20 aprile 2018, n. 2018-287 porta una disciplina organica delle invalidità nei nuovi artt. 1178 ss., nella quale si recepisce l'influsso degli studi successivi e si distingue testualmente la *nullité absolue* dalla *nullité relative* (art. 1179). Inoltre, l'art. 1178, pur mantenendo la possibilità di adire l'autorità giudiziaria, consente alle parti di constatare la nullità di comune accordo.

di essere evidenziato è che nel contesto del *BGB*, frutto degli studi della pandettistica, l'invalidità opera direttamente sul piano negoziale: il contratto nullo è infatti inefficace *ipso iure* e dunque non serve ricorrere al giudice per rendere inoperante la fattispecie, mentre il contratto annullabile può essere privato dei suoi effetti con una mera dichiarazione di volontà della parte legittimata, in quanto caduta in errore, vittima di violenza o dolo, o incapace⁴¹⁷. L'approccio sostanzialistico è radicato a tal punto che, nella pratica, il giudizio di validità finisce molto spesso per sovrapporsi a quello di idoneità della fattispecie a divenire operativa nel contesto negoziale, tanto che nella dottrina tedesca per indicare i negozi invalidi si trovano utilizzati più spesso i termini «*Unwirksamkeit*» e «*unwirksam*» (inefficacia, inefficace) anziché i più propri «*Ungültigkeit*» e «*ungültig*» (invalidità, invalido)⁴¹⁸.

Il codice civile italiano del 1942 recepisce sia gli spunti provenienti dal *Code Napoleon* sia quelli del *BGB*, aggiungendovi un approccio originale: è infatti il primo tra i codici moderni ad aver dedicato uno spazio specifico all'invalidità del contratto e alla sua disciplina (Libro IV, capi XI-XIII). Il sistema italiano dell'invalidità è imperniato sulla bipartizione tra una specie radicale di invalidità, la nullità (artt. 1418 ss. c.c.), la quale è operante *ipso iure*, azionabile da chiunque vi abbia interesse, imprescrittibile e insanabile e una specie meno grave di invalidità, l'annullabilità (artt. 1425 ss. c.c.), azionabile *ope partis* ad iniziativa del solo soggetto legittimato, prescrittibile e sanabile. Oltre a queste due forme fondamentali di invalidità ve n'è poi una terza, la rescindibilità (artt. 1447 ss. c.c.), legata a cause contingenti, che si realizza mediante un'azione la quale ha lo stesso

⁴¹⁷ Le regole sull'invalidità sono contenute nel Titolo 2 del Libro I, *Allgemeiner Teil*, dedicato alla *Willenserklärung*, § 116 ss. *BGB*.

⁴¹⁸ Cfr. W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg, 1979, 548 ss. Punto di partenza naturale di un'analisi del sistema tedesco delle invalidità negoziali è la definizione che la dottrina dà di negozio inefficace: «*Unwirksam ist es, wenn die intendierten Rechtsfolgen nicht eintreten, weil ihnen die Rechtsordnung die Geltung versagt* [(il negozio giuridico) è inefficace quando non sopraggiungono gli effetti giuridici voluti perché l'ordinamento non gli accorda la validità] ». Spiega la medesima dottrina che l'inefficacia si presenta in numerose varianti: può esistere fin dall'inizio, per sempre, fino a o a partire da un determinato momento, può operare *ipso iure* o in forza dell'iniziativa di un soggetto interessato, può essere opponibile alla generalità o solo ad alcuni dei soggetti, ed infine può investire l'intero negozio oppure soltanto una sua parte. Pertanto si può affermare che quello di *Unwirksamkeit* è un concetto generale (*Oberbegriff*), di cui nullità (*Nichtigkeit*), annullabilità (*Anfechtbarkeit*) e invalidità sospesa (*Schwebende Unwirksamkeit*) appaiono solo come manifestazioni; in questo senso cfr. K. LARENZ e M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997, 824 e M. WOLF e J. NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2012, 666 ss.

modus operandi dell'annullabilità, ma conserva un legame con la sola lesione economica, chiaro retaggio del passato.

Nel complesso, l'approccio alla materia è sostanziale, di derivazione tedesca, ma non manca una regolamentazione processuale dell'invalidità, frutto dell'influenza francese. Questo spiega perché nella normativa vigente trovino spazio, accanto a previsioni che sanciscono l'inidoneità del contratto nullo a produrre gli effetti voluti dalle parti (quali gli artt. 1423 e 1424 c.c.), disposizioni specificamente dirette a regolamentare l'azione di nullità (gli artt. 1421 e 1422 c.c.). La stessa logica aiuta a comprendere come il contratto annullabile abbia un'efficacia suscettibile di consolidarsi definitivamente per volontà della parte legittimata (art. 1444 c.c.), ma che sia necessario ricorrere al giudice per renderlo inoperante (art. 1441 ss. c.c.).

Questa matrice ambivalente permea, in realtà, tutta la materia delle invalidità negoziali, e con essa è pertanto imprescindibile confrontarsi, come si vedrà in seguito, anche quando si ragiona di figure nuove come le nullità di protezione⁴¹⁹.

2.1. (Segue) b) il paradigma classico della nullità: una proposta di revisione del dogma

L'idea tralatizia che si è formata sulla nullità, anche in ragione delle sue radici storiche, è quella di un rimedio che, nella propria configurazione dogmatica e nel proprio impianto codicistico, non si presta a declinazioni.

Concepita quale reazione dell'ordinamento ad una fattispecie incompleta o significativamente deviante rispetto allo schema legale e dotata di un unico e rigido fondamento, cioè la tutela del solo interesse pubblico (in contrapposizione all'interesse particolare protetto con l'annullabilità), la nullità presenterebbe una disciplina anelastica, appiattita sull'idea dell'irrelevanza dell'atto nullo e della sua inefficacia radicale⁴²⁰.

Si tratta, tuttavia, di una concezione eccessivamente semplicistica dell'istituto, che, in forza di un rigido schematismo, trascura alcune peculiarità che da sempre lo hanno

⁴¹⁹ M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 704.

⁴²⁰ Cfr. G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 262.

connotato e la cui esatta considerazione restituisce un'idea più genuina della nullità come categoria rimediale.

Per questo motivo appare necessario sottoporre a revisione la costruzione tradizionale, per ottenere una versione del modello codicistico senz'altro più complessa, ma anche più fedele alla matrice dell'istituto, capace peraltro di rendere ragione degli sviluppi che lo stesso ha conosciuto nel tempo.

Il primo punto su cui è necessario intendersi è lo stesso fondamento della nullità quale forma di invalidità del negozio giuridico: è questo, infatti, l'elemento cardine cui si conforma ogni altro corollario di disciplina.

Secondo la teoria classica dell'invalidità⁴²¹, viene qualificato nullo il regolamento di interessi che, in ragione del difetto o della grave anomalia di uno o più elementi costitutivi, si rivela inidoneo, di regola in maniera definitiva, a produrre i suoi effetti tipici⁴²².

La prospettiva tradizionale della fattispecie difettosa, e perciò improduttiva di effetti (o produttiva di effetti precari), è stata però decisamente superata dalla teoria che lega il concetto di invalidità non tanto al profilo della difformità tra atto concreto e schema legale, quanto, piuttosto, all'inidoneità dell'assetto di interessi programmato a costituire

⁴²¹ La categoria dell'invalidità, di conio dottrinale, ma non sconosciuta al legislatore (come dimostra l'art. 1338 c.c.), comprendeva, secondo la concezione c.d. organicistica del negozio (secondo cui il negozio giuridico è atto di volontà e, allo stesso tempo, fattispecie produttiva di effetti giuridici), le ipotesi in cui la fattispecie negoziale si rivelava carente sotto il profilo strutturale, in ragione della mancanza o della difettosità di uno dei suoi requisiti essenziali, segnatamente la volontà. In questa categoria veniva attratto anche il profilo attinente ai difetti funzionali, cioè il contrasto della regola dell'autonomia con le norme imperative. Nelle elaborazioni successive, la concezione tradizionale dell'invalidità come difetto strutturale della fattispecie negoziale si ripropone in versione più attenuata nelle tesi che riconducono al concetto di invalidità le ipotesi di più o meno grave difformità del concreto atto di autonomia rispetto allo schema legale, espresso dall'insieme dei requisiti di struttura o di contenuto/funzione che la legge richiede ai fini dell'astratta idoneità dell'atto stesso alla produzione dei suoi effetti tipici; si vedano, in proposito, R. TOMMASINI, *Invalidità*, b) *Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 589 ss. e R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato Sacco*, 3° ed., Torino, 2004, 498.

⁴²² L'opinione prevalente è riportata da R. TOMMASINI, *Nullità*, b) *Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, 868. Mette in luce la relatività della definizione di nullità per mezzo delle sue cause e delle sue conseguenze e segnala i limiti delle varie definizioni suggerite in dottrina A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Tratt. Contratti Rescigno*, II, *I contratti in generale*, a cura di E. GABRIELLI, Torino, 1999, 1283, ad avviso del quale «il contratto è [...] nullo allorché non possa mai fornire un titolo definitivamente incontestabile a tutti i diritti e i doveri che esso dispone».

fonte di diritti ed obblighi⁴²³, nonché a dispiegare forza di legge, poiché in contrasto con le norme che dispiegano l'esercizio dell'autonomia privata.

Perciò oggi è decisamente prevalente in dottrina l'opinione per cui l'invalidità consegue ad una valutazione negativa da parte dell'ordinamento del regolamento di interessi programmato dalle parti, in quanto difforme dalle norme, cui il legislatore condiziona l'esercizio dell'autonomia privata⁴²⁴.

Pertanto, come sottolinea la dottrina, «l'invalidità è il risultato di una valutazione negativa: è dunque qualificazione»⁴²⁵ di un atto di autonomia privata, del quale si deve

⁴²³ V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 211 riferisce l'oggetto del giudizio di validità al «momento regolamentare dell'interesse rilevante».

⁴²⁴ Sull'invalidità come qualificazione negativa, si vedano R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 579, il quale configura l'invalidità come «valutazione negativa degli interessi negoziali alla luce dei valori espressi dall'intero sistema»; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*, in *Comm. Utet*, 3° ed., Torino, 1980, 481; C.M. MAZZONI, *Invalidità, I Diritto privato*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989, *ad vocem*.

⁴²⁵ Così R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 580. Cfr. anche G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., e R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, 366, ad avviso del quale l'invalidità «costituisce una qualifica negativa del fenomeno negoziale». E così il binomio validità/invalidità esprime un concetto valutativo: lo strumento concettuale, cui è consegnato l'assetto di interessi programmato, è idoneo o inidoneo alla produzione degli effetti tipici previsti e di regola con quello congruenti; il binomio efficacia/inefficacia esprime invece un concetto descrittivo, che implica la verifica circa la produzione in atto degli effetti in un momento dato. Di qui la reciproca autonomia e non la sovrapposizione di piani tra le due coppie di concetti. Si veda sul punto, per tutti, V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche*, cit., 214 ss.

poter predicare l'esistenza⁴²⁶, poiché solo un atto giuridicamente esistente può costituire oggetto di valutazione⁴²⁷, ancorché negativa.

Di qui l'invalidità si connette con l'efficacia⁴²⁸, dal momento che al maggiore o minore disvalore associato ad un certo regolamento di interessi corrisponde una maggiore o minore idoneità dell'atto di autonomia privata a produrre in modo stabile gli effetti suoi propri. Ed invero, l'atto invalido appare inidoneo a dare vita ad un regolamento di

⁴²⁶ Introdotta dalla dottrina francese, la categoria dell'inesistenza è stata via via sovrapposta a quella della nullità, di modo che se l'atto non rispecchia lo schema legale o è riprovato dall'ordinamento, dire che il contratto è nullo equivale a dire che non vi è contratto, e dunque che il contratto è inesistente: così A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943, 32; D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 84 ss.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 36 ss.; B. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, 67 ss. Questa conclusione, ineccepibile sul piano logico-formale, risulta però smentita dalla stessa disciplina positiva della nullità in generale (con particolare riguardo a quanto previsto dagli artt. 1421, 1423 e 1424 c.c.), dalle ipotesi, positivamente disciplinate, di efficacia normale o eccezionale del contratto nullo (artt. 1338, 2126, 2332 e 2652, n. 6 c.c.) e, ancora, di fronte alla eccezionale sanatoria, prevista nell'art. 799 c.c., che dunque smentiscono l'universalità dell'assunto. Pertanto la nozione di inesistenza reclama autonomia dogmatica rispetto a quella di nullità, proprio in relazione agli effetti normalmente o eccezionalmente collegati al contratto nullo. Sul punto si vedano: R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 333, 345 ss.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983, 44 ss., 75 ss., 31 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, Torino, 1960, 474; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, 248; G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973, 79 ss.; R. SACCO, *Le invalidità*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 499, 510 ss.; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995, 36 ss., 63 ss.; R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 873 ss.; S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, 997; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2 ed., Milano, 2000, 613 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, in A. DI MAJO, G.B. FERRI e M. FRANZONI (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Trattato Bessone*, XIII, 7, Torino, 2002, 49 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2002, 277 ss.; F. DI MARZIO, *La nullità*, Padova, 1999, 29 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 77 ss. *Contra* F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, 963 e S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 263 ss.; 295 ss.

⁴²⁷ R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 339, il quale afferma che «Il senso giuridico ci dice che solo il negozio esistente [...] può essere nullo; che la nullità [...] costituisce un predicato, una qualità dell'essere giuridico»; cfr. anche R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 873: «l'inesistenza non implica alcun fenomeno di qualificazione, a differenza della fattispecie nulla, che è giuridicamente qualificata». Di simile avviso: S. TONDO, *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, cit., 997; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit., 479 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 613 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 51 ss.; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche*, cit., 205 ss.

⁴²⁸ Cfr. V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche*, cit., 201: «Sebbene concettualmente e logicamente distinte, invalidità e inefficacia sono categorie indissociabili tra loro. Nessi strettissimi corrono tra esse». L'affermazione riassume bene il rapporto intercorrente tra invalidità e inefficacia: quest'ultima dipende (o, se si preferisce, consegue) da quella, quale negazione degli effetti (o attribuzione di effetti precari e interinali) alla regola contrattuale. Si veda, per tutti R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 366; R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 576; G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, cit.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 735.

interessi dotato di forza di legge, in ragione della sua difformità rispetto alle norme che disciplinano l'esercizio dell'autonomia privata⁴²⁹.

Tale inidoneità assume, di regola, nel caso dell'atto nullo, i caratteri della definitività e dell'assolutezza, poiché funzione della nullità è quella di colpire un assetto di interessi realizzato «in violazione dei limiti imposti dalla legge all'autonomia privata»⁴³⁰.

Preso atto che «il legislatore attribuisce al contratto nullo una certa quantità di effetti», pur ridotti o comunque diversi da quelli tipici⁴³¹, e che «la dottrina del contratto nullo è essenzialmente la dottrina di questi effetti»⁴³², è giocoforza concludere nel senso che l'atto nullo è fattispecie giuridicamente rilevante.

Alla luce di queste precisazioni, la definizione di nullità che pare oggi preferibile accogliere è quella di qualificazione negativa dell'atto rilevante, ad intensità variabile, di modo che al maggiore o minor disvalore ricollegato dall'ordinamento ad un certo assetto di interessi, in funzione della *ratio* della disposizione violata, divengono concepibili e sistematicamente coerenti distinti e speciali trattamenti del negozio nullo⁴³³.

⁴²⁹ Così P. ZATTI, *Invalidità (atti di autonomia)*, in *Glossario*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1991, 224 ss., 226 ss.; cfr. anche R. TOMMASINI, *Invalidità*, cit., 582.

⁴³⁰ Così U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 329 ss., 352; si veda anche R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 876, secondo il quale lo strumento della nullità è utilizzato dall'ordinamento per «negare la propria garanzia a programmazioni di interessi difformi dai suoi valori fondamentali».

⁴³¹ È possibile, dunque, individuare un «corredo minimo» di elementi integrati i quali l'atto di autonomia privata è «giuridicamente visibile» e può quindi dirsi esistente ancorché, in ipotesi, nullo. Seguono questa impostazione R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., 339 ss., il quale individua questi requisiti minimi nella ricorrenza della «nozione giuridica di negozio, qual è ipotizzata dall'ordinamento»; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 507, il quale afferma che «la fattispecie nulla in senso stretto consisterà [...] di requisiti minimi, senza i quali non sapremmo distinguerla dalla mera inesistenza del contratto»; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 614, 615; F. DI MARZIO, *La nullità*, cit., 31 ss. Del resto, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 461, osserva che «la valutazione di un negozio siccome nullo presuppone per lo meno che il negozio esista come fattispecie, che dunque ci sia una figura esteriore de' suoi elementi, valutabile siccome valida o invalida ed eventualmente capace generare almeno qualche effetto secondario, negativo o aberrante, ancorché codesta figura sia poi rivelata inconsistente da una analisi più profonda»; così anche A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 54.

⁴³² Sono parole di R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, cit., 507.

⁴³³ Sul tema si vedano i fondamentali contributi di G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., 83 ss.; M. NUZZO, (voce) *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 71 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit.; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 7; A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 200 ss.; G. GRASSO, *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit.; V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, II, *Proprietà, obbligazioni, contratti*, Milano, 2007, 491 ss.; E. LA ROSA, *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea: i nuovi parametri del giudizio di meritevolezza*, in R. TOMMASINI (a cura di), *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007; P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e*

Tant'è vero che già nel codice del 1942 la nullità si articolava in statuti differenziati: di ciò costituivano evidente quanto ineludibile emersione positiva i diversi tratti ascrivibili alla nullità, rispettivamente, dei contratti illeciti e dei contratti illegali. Invero, contrarietà del negozio a norme imperative o mancato assolvimento di oneri posti da norme precettive determinavano, già nel codice, importanti variazioni di trattamento della nullità⁴³⁴. Inoltre, fin dall'entrata in vigore del codice l'ordinamento conosce sporadiche previsioni di nullità relativa che, non rientrando propriamente nello statuto della nullità o dell'annullabilità, sono state considerate come fisiologiche eccezioni al sistema⁴³⁵.

Tale declinazione, interna all'istituto della nullità, dimostrava che i redattori del codice, pur avendo improntato la sistematica delle patologie negoziali ad una fondamentale bipartizione, già sperimentata nel *BGB*⁴³⁶, tra una forma più grave di invalidità, cui si ricollega la totale e originaria inefficacia dell'atto, e una forma meno grave, cui si ricollega un'efficacia solo provvisoria, avevano salvaguardato un principio fondamentale,

comunitario, Napoli, 2002; M. GIROLAMI, *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; ID. (voce) *Nullità di protezione*, cit., 707 ss.; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012.

⁴³⁴ Cfr. G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 69 ss., 77 ss.; ID., *Il contratto illecito*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, vol. II, a cura di G. Vettori, 435 ss.; ID., *Analisi di un falso principio*, cit., 262 ss.; si veda anche M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 69-73.

⁴³⁵ Così M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 705. Tra le nullità ascrivibili a questo gruppo si possono indicare la nullità dell'alienazione della dote di cui all'art. 190 c.c. e la nullità della donazione al figlio naturale non riconoscibile di cui all'art. 780 c.c. (articoli ora abrogati); la nullità del contratto di edizione a termine ove non fosse indicato il numero di esemplari da realizzare per ogni edizione, in violazione dell'art. 122, comma 2°, della legge sul diritto d'autore (L. 22 aprile 1941, n. 633); si parlava di nullità relativa anche in relazione al subaffitto agrario (da ultimo per l'art. 21, L. 3 maggio 1982, n. 203), alle locazioni (art. 79, L. 27 luglio 1978, n. 392, ora abrogato limitatamente alle locazioni abitative dall'art. 14, comma 4°, L. 9 dicembre 1998, n. 431); ma nello stesso insieme si facevano rientrare anche la nullità del negozio concluso senza la forma prevista convenzionalmente dalle parti ex art. 1352 c.c., in quanto considerata invocabile solo dalle parti stesse, o la nullità delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2°, c.c., ritenuta azionabile esclusivamente dalla controparte del predisponente.

⁴³⁶ Riconosce in modo evidente l'influsso del modello tedesco sull'edificazione della disciplina delle patologie negoziali nel codice civile del '42, G.B. FERRI, *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2002, 8. L'Autore riferisce che la tradizionale partizione, all'interno del *genus* invalidità, delle due *species* nullità e annullabilità, è frutto della sistemazione pandettistica, dell'atto giuridico e delle sue imperfezioni, ove si distingueva tra *Nichtigkeit* e *Anfechtbarkeit*. Confluita nel *BGB* e poi accolta anche dal legislatore del '42, essa si giustifica comunemente in termini quantitativi, cioè in ragione della più o meno grave difformità dell'atto di autonomia negoziale rispetto al modello normativo, espresso dall'insieme dei suoi elementi costitutivi. *Contra* P. TRIMARCHI, *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temì*, 1955, 191 ss., secondo il quale il criterio distintivo tra nullità e annullabilità è solo qualitativo, mai quantitativo.

di antichissima tradizione⁴³⁷: quello secondo cui possono darsi gradi distinti di disciplina della nullità in funzione della diversa sua *ratio* normativa. Sulla base di quest'ultima si spiega la particolare declinazione della disciplina del rimedio, in tutti i suoi aspetti.

Ciò non significa negare l'esistenza di un dato unificante della nullità e più in generale dell'invalidità, ma, al contrario, riconoscerlo: esso consiste nella comune, seppur graduata, negazione dell'efficacia intesa come vincolatività, a prescindere dal diverso profilo dell'eventuale e non omogenea produzione di effetti finali. Il nucleo fondamentale della nullità negoziale consiste, in altri termini, nella denegazione degli effetti quali voluti dalle parti⁴³⁸.

Quanto detto trova conferma nella successiva legislazione speciale, specie di matrice europea, la quale ha dato prova di una tal graduabilità di fondamento e della conseguente elasticità di disciplina della figura⁴³⁹.

Si è detto, quindi, che in base all'impostazione seguita, le differenze di disciplina che caratterizzano le diverse forme in cui l'invalidità in generale – e la nullità in particolare –

⁴³⁷ Riferisce A. ESMEIN, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, in *Rev. hist.*, 1888, 248 ss., 328 ss., che l'intuizione di una pluralità di fondamenti della nullità è piuttosto antica: già Bartolo da Sassoferrato distingueva, traendone corollari proprio con riguardo alla disciplina applicabile, dieci diverse categorie di nullità a seconda della diversa causa su cui riposavano.

⁴³⁸ È l'idea espressa nella relazione svolta da A.A. DOLMETTA, *Nullità e conformazione nell'odierno diritto dell'impresa*, in occasione del Convegno intitolato "Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa", tenutosi presso l'Università degli Studi di Trento il 10 novembre 2022.

⁴³⁹ Rinviando a quanto si dirà più approfonditamente nei successivi parr. 4 e seguenti, si può sin d'ora rinviare ad alcuni fondamentali contributi in materia, quali: G. FILANTI, (voce) *Nullità, III Nullità speciali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2004, 1 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali, cit.*, 27 ss.; P.M. PUTTI, *La nullità parziale, cit.*; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo, cit.*; F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837 ss.; E. LA ROSA, *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea, cit.*; M. NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco Donato Busnelli*, II, Milano, 2008, 233 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali di protezione del diritto comunitario dei contratti*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 182 ss.; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida*, in *Pers e merc.*, 2009, I, 28 ss.; ID., *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale*, in *Pers. e merc.*, 2012, 2, 106 ss.; ID., *Un giro d'orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Pers. e merc.*, 2021, 1, 31 ss.; A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 79 ss.; ID., *Nullità, annullabilità, inefficacia, cit.*; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia, cit.*, 504 ss.; ID., *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 1 ss.; M. ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto provato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali, cit.*; ID., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 55 ss.; ID., *Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, 172 ss.; ID., (voce) *Nullità di protezione, cit.*, 707 ss.

sono declinate dipendono dalla *ratio* normativa che ispira e sorregge il rimedio, vale a dire dalla natura degli interessi che il rimedio presidia e per la cui tutela è posto.

Secondo l'impostazione tradizionale della materia, anche sotto questo profilo si avrebbe una dicotomia tra nullità e annullabilità: l'una è posta tutela interessi generali e l'altra a tutela di interessi particolari⁴⁴⁰. Questa diversa *ratio* giustifica il differente trattamento giuridico dell'una e dell'altra, a partire dal fondamento generale, per arrivare a coinvolgere i profili della legittimazione ad agire, della rilevabilità d'ufficio, dell'eventuale recupero del contratto e della prescrizione dell'azione: caratteri che riassumono, in una parola, il tratto della indisponibilità o della disponibilità degli interessi in gioco.

Simile discorso, oggi, si replica con riguardo alla contrapposizione tra nullità tradizionale e nullità speciali, in ragione del fatto che la disciplina di queste ultime pare conformarsi ad una *ratio* di tutela riferibile non già alla generalità dei consociati, ma a singole, determinate categorie di soggetti, i quali si trovano in posizione di asimmetria contrattuale rispetto alla propria controparte.

Seguire quest'impostazione significherebbe, da un lato, mettere in crisi la stessa *ratio* della nullità, da sempre agganciata alla tutela di interessi generali, e, dall'altro, appannare uno dei criteri tradizionalmente chiamati a fare da spartiacque tra nullità e annullabilità, e cioè quello che fa leva sulla contrapposizione tra lesione di interessi generali, cui sarebbe preordinato il rimedio della nullità, e interessi particolari, cui sarebbe preordinato il meccanismo dell'annullabilità.

Ebbene, anche questo punto merita una precisazione.

Prima ancora dell'avvento delle nullità di matrice europea, la nullità tradizionale e generale conosceva già una funzione protettiva dell'interesse privato. Basti pensare che, nella sua concezione originaria, la nullità funziona, al contempo, come garanzia di scelte negoziali libere ed utili e come presidio per il corretto funzionamento del mercato di riferimento. Esemplificando, quando la scelta economica sottesa ad un patto è irrazionale la legge consente di invalidarla, perché tale scelta è nociva non solo per l'interessato, ma

⁴⁴⁰ Si veda, per tutti, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 759 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1270; P. ZATTI, *Invalidità (atti di autonomia)*, cit., 227 ss.; 229 ss.

anche nell'ottica di un giusto ed efficiente sistema di governo degli scambi; questo è vero sia per le nullità del codice sia per le nullità di protezione di derivazione comunitaria.

Si può allora affermare che è intrinseca alla nullità come categoria la duplice funzione di protezione di interessi privati e, ad un tempo, di repressione di atti contrari all'ordine pubblico: non vi è, dunque, alternativa secca tra la tutela dell'interesse privato e quella dell'interesse pubblico. In quest'ottica va riconosciuto che in molte ipotesi di nullità (tra cui quelle precipuamente dette di protezione), è proprio l'ordine pubblico a richiedere la protezione dell'interesse privato (e per questo si ha nullità e non una diversa forma di invalidità).

Se la tutela di interessi privati non è prerogativa esclusiva delle nuove nullità, in quanto la categoria rimediale è in sé tesa alla tutela di interessi ad un tempo generali e particolari, occorre ripensare il discrimine fra nullità codicistica e nullità di derivazione o ispirazione comunitaria sotto il profilo degli interessi protetti.

Alla luce delle precisazioni sinora svolte, il tratto differenziale tra le due forme di nullità non può essere individuato nella natura degli interessi presidiati rispettivamente dall'una e dall'altra, bensì in una diversa graduazione dei medesimi: benché entrambi meritevoli di tutela, interesse pubblico e interesse privato non sono posti su uno stesso piano, ma vengono presi in considerazione dal legislatore secondo una diversa gerarchia a seconda della diversa forma di nullità di cui si tratti.

Nel caso della nullità tradizionale l'attenzione del legislatore è rivolta in via privilegiata all'interesse generale; pertanto l'interesse privato viene protetto in via indiretta, per il tramite, cioè, della tutela dell'interesse generale.

Viceversa, nel caso della nullità precipuamente detta di protezione, accade esattamente l'opposto: il *focus* del legislatore è posto immediatamente sull'interesse privato di categoria, a cui viene accordata tutela speciale in tanto in quanto ciò permetta di salvaguardare anche l'interesse generale; perciò nella nullità di protezione la tutela dell'interesse generale non solo è realizzata per mezzo di quella dell'interesse particolare, ma costituisce altresì la specifica condizione alla quale, in via diretta, viene accordata tutela speciale ad un interesse di categoria.

Le precisazioni svolte consentono, inoltre, di rivedere anche il tradizionale inquadramento dogmatico di nullità e annullabilità. La distinzione tra nullità e

annullabilità risiede nel modo in cui si presenta nel contratto il *vulnus* all'interesse individuale e generale. Quando, cioè, il pregiudizio all'interesse privato è possibile, ma dubbio, e in ogni caso non determina alcun pregiudizio all'efficienza del sistema degli scambi, allora la comminatoria è di annullabilità. In questo caso il privato è arbitro della sorte del contratto, perché egli solo può dire se il suo interesse sussista (ovviamente, nei limiti del legittimo affidamento, dal momento che sono coinvolti anche gli interessi privati della controparte). Quando invece il pregiudizio all'interesse privato è certo e ridonda in pregiudizio all'efficienza e giustizia del sistema di governo degli scambi, allora la comminatoria è di nullità. In tal caso il privato è sicuramente tutelato, ma non sempre è arbitro della sorte del patto⁴⁴¹.

3. *I caratteri della nullità nel sistema del Codice Civile*

La qualificazione negativa dell'assetto di interessi che si pone in contrasto con le regole di esercizio dell'autonomia privata⁴⁴² e/o con i valori fondamentali dell'ordinamento⁴⁴³, e che si traduce, nell'opinione tradizionale, in una radicale e definitiva inefficacia dell'atto, si riflette, sul piano del trattamento giuridico, in una coerente disciplina della nullità, i cui tratti qualificanti sono tradizionalmente indicati nel noto insieme di corollari: legittimazione assoluta, rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, imprescrittibilità e insanabilità.

3.1. (Segue) – *a) fondamento e cause*

⁴⁴¹ Sul significato di questa espressione e sui limiti che necessariamente devono corredarla si rinvia a quanto espresso nei successivi parr. 8 ss.

⁴⁴² Così U. MAJELLO, *La patologia discreta del contratto annullabile*, cit., 338 ss., che ricollega la nullità non alla carenza strutturale dell'atto, ma alla «violazione di limiti imposti dalla legge all'autonomia privata».

⁴⁴³ R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 876.

La disposizione di cui all'art. 1418, comma 1°, c.c., ai sensi della quale «il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente⁴⁴⁴» sembra esprimere, ad un tempo, il fondamento generale della nullità, che risiede nella semplice contrarietà del regolamento contrattuale a norme imperative, nonché il carattere di norma di chiusura del sistema⁴⁴⁵.

La norma di cui all'art. 1418, comma 1°, c.c., ricollegando alla violazione di norme imperative, pur in assenza di apposita espressa comminatoria, la nullità dell'atto di autonomia privata che con quelle confligga, codifica il concetto di «nullità virtuale»: una nullità «inespressa, ma implicita nella natura imperativa della norma»⁴⁴⁶. La formula di

⁴⁴⁴ L'inciso finale del comma primo, che rappresenta l'eccezione alla regola generale, viene interpretato dalla dottrina in modi diversi, ovvero nel senso di espressa esclusione della nullità, di espressa previsione di una conseguenza diversa dalla nullità (come, ad esempio, nei casi previsti ai nn. 3 e 4 dell'art. 1471 c.c., per i quali il legislatore ha espressamente disposto l'annullabilità. Cfr. A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 96 ss.; contra G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 439; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, 78 ss.; A. DI MAJO, *La nullità, cit.*, per il quale tale interpretazione è «pleonastica e inutile») o di esclusione della nullità, ricavabile dalla *ratio* della norma imperativa violata (Così L. CARRARO, *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, 149, nt 9; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970, 163; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative, cit.*, 440 ss.; G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali, cit.*, 43. Questa è, peraltro, la soluzione accolta nel sistema tedesco con riguardo all'interpretazione del § 134 *BGB*, ove la decisione circa la nullità è affidata all'interprete il quale deve ricercare il «*Sinn und Zweck*», ossia il senso e lo scopo, della norma violata. Sul punto si veda per tutti HEINRICH, in PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 63., neubearb., Aufl., C.H. Beck, 2004, *sub* § 134, 120). La giurisprudenza propende per quest'ultima soluzione, formulando la massima per cui, di fronte alla violazione di una norma imperativa che non preveda espressamente la nullità «occorre controllare la “natura della disposizione violata” [...], e tale controllo si risolve nell'indagine sullo “scopo della legge” e in particolare sulla “natura della tutela apprestata”, se cioè di interesse pubblico o privato» (Così per prima Cass., Sez. Un., 21 agosto 1972, n. 2697, *cit.*, 1917, sulla scia del pensiero di F. FERRARA sen., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914, 23. L'indirizzo ha poi conosciuto diverse riedizioni affidate ad altrettante variazioni linguistiche, giungendo così a consolidazione. Cfr. Cass., 27 novembre 1975, n. 3974, in *Foro it.*, 1976, I, 309; Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1172; Cass., 17 giugno 1985, n. 3642, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 284; Cass., 11 dicembre 1985, n. 6271, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 469 ss., *ivi*).

⁴⁴⁵ Questo è il senso che si coglie dalla *Relazione al Codice civile, Libro delle obbligazioni*, n. 116 (n. 649 nella versione definitiva), Roma, 1941, 100, ove si legge che «la violazione delle norme imperative [...], è ricordata quale ragione autonoma di nullità per comprendere anche le ipotesi che potrebbero rientrare nel concetto di causa illecita»; ed ancora, «la precisazione risolve altresì la dibattuta questione circa gli effetti della violazione di una norma imperativa in cui non sia espressamente comminata la sanzione di nullità del vincolo: è normale l'effetto dirimente, ma sempre quando la volontà della legge non possa indirizzare a conseguenze diverse». L'inciso «salvo che la legge disponga diversamente» è stato inserito successivamente, a seguito del coordinamento tra i vari libri, come si apprende da G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative, cit.*, 436 ss., ripreso da G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative, cit.*, 22; per ulteriori riferimenti dottrinali sul sistema dell'art. 1418 c.c. si veda anche M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000, 115 ss.

⁴⁴⁶ G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità negoziale (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, 393; ora in ID., *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, vol. VIII, Torino, 2002, 27. Il principio trova il suo antecedente nel § 134

cui al comma primo dell'art. 1418 c.c. appare, dunque, espressione di «un principio generale, rivolto a regolare i casi in cui alla violazione di precetti imperativi non consegue una sanzione espressa di nullità del relativo negozio»⁴⁴⁷.

Va subito posta una precisazione sulla nozione di norma imperativa. Gli indici di imperatività di una norma sono stati individuati ora nel carattere inderogabile della stessa⁴⁴⁸, che vale a distinguerla dalle norme suppletive e dispositive, ora nella «tutela di principi, valori e interessi riconducibili alle direttive dell'ordine pubblico»⁴⁴⁹. Tuttavia, alla luce del fatto che, da un lato, vi sono norme «sicuramente inderogabili, che tuttavia non possono definirsi imperative»⁴⁵⁰, e, dall'altro, che le nuove nullità protettive sono

BGB, ove si trova espressa analoga regola: «*Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt*» («Un negozio giuridico che contrasta con un divieto legale è nullo, se dalla legge non risulta diversamente»). A principi di segno opposto era invece ispirato il sistema previgente, dominato dal principio di stretta tassatività delle cause di nullità, riassunto nell'adagio «*pas de nullité sans texte*» risalente all'esperienza del *droit coutumier*.

⁴⁴⁷ Il principio è stato enunciato per la prima volta da Cass., 17 giugno 1960, n. 1591, in *Sett. Cass.*, 1960, 1138, ma oggi può ritenersi massima consolidata: così, *ex multis.*, Cass., 13 maggio 1997, n. 1901, in *Mass. Foro it.*, 1977; Cass., 11 ottobre 1979, n. 5311, in *Riv. not.*, 1980, II, 134; Cass., 20 settembre 1979, n. 4824, in *Foro it.*, 1980, I, 2860; Cass., 13 settembre 2000, n. 12067, in *Giur. it.*, 2002, 69, con nota di FONTANA, *Brevi note su potestà legislativa regionale e disciplina dei rapporti di diritto privato a margine di una sentenza della Cassazione*; Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, 2109 e Cass., 6 aprile 2001, n. 5114, in *Corr. giur.*, 2001, 1062, con nota di V. MARICONDA, *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap*. In dottrina ammettono la categoria della nullità virtuale G. OPPO, *Ordinamento valutario e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 603 ss., nt. 19; G.B. FERRI, *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, cit., 17 ss.; U. BRECCIA, *Il contratto illecito*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, XIII, III, Torino, 1999, 125; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 617 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 436, 439 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, 4° ed., Padova, 2004, 346; esprime perplessità R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 878, ad avviso del quale, se nel sistema dell'art. 1418 c.c. «risulta troppo rigido il criterio della tassatività, non meno viziato di formalismo è il criterio che collega la nullità [...] ai divieti previsti da norme imperative».

⁴⁴⁸ Così: V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 747; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1332; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Padova, 1999, 241 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 347 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 441; R. MOSCHELLA, *Il negozio contratto a norme imperative*, in *Legislazione economica (1978-1979)*, Studi, Milano, 1981, 309 ss., 316 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 88. In giurisprudenza si vedano, *ex multis*, Cass., 27 novembre 1975, n. 3974, in *Foro it.*, 1976, I, 309; Cass., 13 maggio 1977, n. 1901, in *Mass. Giur. it.*, 1977; Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, cit.; Cass., 17 giugno 1985, n. 3642, cit.; Cass., 26 gennaio 2000, n. 863, in *Giur. it.*, 2000, 1585; Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Mass. Foro it.*, 2001; Cass., 15 marzo 2001, n. 3753, in *Giur. it.*, 2001, 2083 e Cass., 6 aprile 2001, n. 3272, in *Foro it.*, 2001, I, 2185; Cass., 18 luglio 2001, n. 11256, in *Contr.*, 2004, 237 ss.

⁴⁴⁹ Così E. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, 171. Il riferimento all'ordine pubblico non deve indurre a confondere la violazione di norme imperative, cui consegue la nullità ex art. 1418, comma 1° c.c., con la violazione dell'ordine pubblico, cui consegue la nullità ai sensi del comma 2° dell'art. 1418 c.c.

⁴⁵⁰ Così A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 83. Si vedano anche: G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 442; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, cit., 87 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 127 ss.; G.B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, cit., 139 ss.; M. NUZZO, (voce) *Negozio illecito*, cit., 6; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale*, cit., 85 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 243 ss.

poste a tutela di interessi particolari, o – com'è stato detto – «seriali»⁴⁵¹, cioè riferibili a classi di contraenti c.d. deboli, l'indice sicuro dell'imperatività di una norma è l'indisponibilità dell'interesse da quella protetto. In quest'ottica, anche una norma posta a protezione di un interesse particolare, la cui tutela è nondimeno sottratta alla disponibilità dei privati, ben può assumere tale carattere⁴⁵²; tanto basta a rendere nullo il regolamento di interessi ai sensi dell'art. 1418, comma 1°, sempre che la legge non disponga diversamente⁴⁵³.

Tuttavia, nello scenario legislativo attuale, fuori dalle ipotesi – ormai peraltro numerose – di nullità «testuale», non è sempre limpido il nesso tra violazione della norma imperativa e nullità del contratto; e proprio l'esigenza di tutela dei contraenti dotati di minor potere negoziale spesso spinge l'interprete, nel silenzio della norma violata, a preferire soluzioni alternative alla radicale nullità del regolamento contrattuale, la quale potrebbe risolversi proprio in danno della parte nel cui interesse è stata disposta la norma imperativa.

In definitiva, nel silenzio della norma imperativa violata, la nullità non consegue oggi all'applicazione del solo criterio dell'interesse generale o pubblico, ma è esito cui

⁴⁵¹ A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia*, cit., 201 ss.

⁴⁵² Così A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, cit., 6 ss., 52 ss., 57; cfr. anche G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 49 ss.

⁴⁵³ In questo contesto si inseriscono le vicende giudiziarie relative al settore dei contratti del mercato finanziario, seguite in tempi recenti ai *crack* Cirio e Parmalat. Si è assistito ad una moltiplicazione pressoché esponenziale dei giudizi promossi contro le banche o altri intermediari finanziari da parte di investitori delusi da investimenti rivelatisi disastrosi, allo scopo di recuperare il capitale investito. I risparmiatori hanno agito in giudizio per lo più lamentando la violazione di doveri di informazione imposti agli intermediari finanziari dalle discipline di settore, prima fra tutte il t.u.f. Tra i rimedi accordati dai giudici spicca il frequente ricorso alla nullità in funzione di protezione del risparmiatore. La sequenza dei passaggi argomentativi è lineare: la regola che impone il rispetto dei doveri informativi è norma imperativa, in quanto posta a presidio dell'interesse generale al corretto funzionamento del mercato finanziario; perciò la sua violazione determina la nullità del contratto *ex art. 1418, comma 1°, c.c.*, anche in mancanza di testuale previsione. Di fronte a simili esiti, la sensazione è che i giudici più che la rigorosa verifica «delle obiettive condizioni d'uso» del rimedio accordato abbiano avuto di mira il «risultato sostanziale desiderato», e cioè offrire adeguata tutela al risparmiatore deluso. Invero, sanzionare con la nullità la violazione di prescrizioni che, seppur previste da norme imperative, costituiscono nondimeno doveri precontrattuali di informazione, significava disattendere un principio cardine della teoria generale del contratto, e cioè la tendenziale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità. All'esito di un acceso dibattito sia dottrinale sia giurisprudenziale, il principio è stato ripristinato, ad opera delle Sezioni Unite, con le sentenze gemelle del 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, sia pur al prezzo di una compressione dell'area della nullità virtuale di cui al comma primo dell'art. 1418 (cfr. Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *Corr. giur.*, 2015, 70 ss.); quest'ultima viene dunque circoscritta alle sole ipotesi in cui la «contrarietà a norme imperative attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, comma 2°, c.c.)»; o ai casi in cui sia espressamente prevista dalla legge, *ex art. 1418, comma 3°, c.c.*

conduce una combinazione di diversi criteri, alla luce dei quali valutare di volta in volta la compatibilità della nuova regola contrattuale posta in essere dai privati e gli interessi e i valori che l'ordinamento intende garantire per mezzo della norma imperativa⁴⁵⁴. Di fronte ad una norma imperativa che nulla dice sulla conseguenza della sua violazione, si l'interprete deve dunque indagarne il fondamento, ai fini di individuare la natura, indisponibile o meno, dell'interesse protetto, e per questa via valutare se, con riguardo alla concreta operazione economica, la conseguenza della nullità appaia congruente o sia invece esorbitante rispetto alla *ratio* della disposizione disattesa⁴⁵⁵.

L'idea della nullità virtuale non viene indebolita dai successivi commi dell'art. 1418 c.c., i quali, individuando specifiche cause di nullità, farebbero emergere il carattere residuale del principio di cui al comma primo⁴⁵⁶: il rilevato carattere residuale del comma 1° non vale a comprimere la forza dell'enunciato, che immediatamente segnala il limite all'agire dei privati⁴⁵⁷.

Il secondo comma dell'art. 1418 c.c. contempla, quale causa di nullità, i c.d. “difetti di struttura” dell'atto di autonomia, vale a dire la mancanza di uno (o più) «di quegli elementi che l'ordinamento considera fondamentali perché una regola privata abbia quella necessaria evidenza strutturale che le consenta di produrre effetti sul piano del sistema dell'ordinamento statale»⁴⁵⁸. Le nullità c.d. strutturali intercettano dunque la previsione di cui all'art. 1325 c.c., derivando da mancanza di accordo, di causa, di oggetto o di forma, quando quest'ultima risulta prescritta dalla legge a pena di nullità.

⁴⁵⁴ La nullità è conseguenza inevitabile solo nei casi in cui il contrasto si ponga direttamente tra norma imperativa e regola negoziale (cfr. G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità negoziale*, cit., 372 ss.) o, detto altrimenti, allorché la norma violata proibisca l'atto di autonomia nella sua «idoneità a produrre obbligazioni» (G. OPPO, *Formazione e nullità dell'assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 153 ss., il quale riprende le riflessioni maturate dalla dottrina tedesca con riguardo al § 134 BGB).

⁴⁵⁵ G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 442 ss.; U. BRECCIA, *Il contratto illecito*, cit., 122; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 84; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 43, per il quale «il criterio per apprezzare se la contrarietà del negozio ad una norma imperativa ne induca la nullità virtuale consiste [...] nella congruenza tra l'invalidità dell'atto e la realizzazione degli interessi regolati dalla norma».

⁴⁵⁶ Così G. OPPO, *Ordinamento valutario e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 604, nt. 14. Concorde G.B. FERRI, *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, cit., 18. Sul carattere residuale del principio si vedano V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2001, 746 ss.; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 74; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1333; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., 437; R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 885.

⁴⁵⁷ Indicazioni di senso contrario paiono espresse da Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con nota di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: due punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*.

⁴⁵⁸ Le parole tra caporali sono di G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto*, cit., 374.

Il secondo comma dell'art. 1418 c.c. contempla inoltre altre ipotesi di nullità, dette nullità funzionali, o da «disvalore»⁴⁵⁹, a sottolineare la maggior carica di riprovazione da parte dell'ordinamento nei confronti di un assetto di interessi pur completo nella sua struttura di regola dell'autonomia, ma contrastante (nel disegno complessivo o in taluno dei suoi elementi essenziali) con interessi e valori fondamentali del sistema⁴⁶⁰.

Il riferimento va chiaramente alla disposizione secondo cui «producono nullità del contratto [...] l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346». L'art. 1343 c.c. precisa che la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, che dunque assurgono a parametri dell'illiceità. Ed ancora, l'art. 1354 consente di ricavare una definizione di illiceità anche con riguardo alla condizione, da cui deriva un'altra ipotesi di nullità funzionale.

Infine, ai sensi del terzo comma dell'art. 1418 c.c., si ricava che il contratto è nullo laddove la nullità è espressamente prevista da una disposizione normativa. In questo modo il legislatore, attraverso lo strumento della nullità tipica e testuale, nega ingresso a sistemazioni di interessi che giudica contrastanti con i valori fondamentali dell'ordinamento. Si può allora affermare che quello della previsione testuale è in sostanza uno strumento che consente di colpire con la nullità «contenuti contrattuali molto specifici circostanziati», i quali riflettono «scelte (o microscelte) “politiche” del legislatore tanto puntuali quanto discrezionali»⁴⁶¹. Tra le numerose fattispecie di nullità testuale disciplinate dal codice si possono ricordare, ad esempio, quelle previste dagli artt. 1229, comma 1°, 1350, 1471 nn. 1 e 2, 1472, comma 2°, 1815, comma 2°, 1895, 1972 e 2744 c.c. Numerose sono anche le ipotesi di nullità testuale previste da leggi speciali. L'elenco è in continuo arricchimento sulla spinta delle nuove ipotesi di nullità testuale di

⁴⁵⁹ Così A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 73, il quale giudica «un po' forte» l'espressione utilizzata da V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 742 e 746, che parla di «nullità politiche», ponendo in luce il contrasto con «norme o principi che incorporano scelte politiche dell'ordinamento stesso».

⁴⁶⁰ Cfr. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 885 ss.; NUZZO, (voce) *Negozio giuridico, IV) Negozio illecito*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX, Istituto della Enciclopedia italiana, 1990, ad vocem, 1 ss.; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 360.

⁴⁶¹ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit. 741.

derivazione comunitaria, alcune delle quali sono state inserite nel codice civile, altre invece sono state consegnate a leggi speciali⁴⁶².

3.2. (Segue) – b) legittimazione ad agire

A partire dalla premessa che lega il rimedio della nullità alla lesione di interessi generali⁴⁶³, si ritiene comunemente che l'azione di nullità abbia carattere assoluto, nel senso che «chiunque vi ha interesse» (art. 1421 c.c.), e in ogni tempo, può agire per ottenere una sentenza che accerti la mancata produzione degli effetti dell'atto e il conseguente venir meno della forza di legge dell'assetto di interessi programmato⁴⁶⁴.

Legittimati a promuovere il giudizio di nullità sono perciò non soltanto le parti, ma anche gli aventi causa da costoro, purché dimostrino di avervi interesse: per tale intendendosi chiaramente non un generico interesse a contestare la nullità, né, come ha sottolineato la giurisprudenza, una mera aspettativa, bensì l'interesse ad agire *ex art.* 100 c.p.c.⁴⁶⁵.

In particolare, chi agisce per la nullità ha l'onere di dimostrare che l'intervento del giudice si rende necessario per evitare la lesione attuale di un proprio diritto, e quindi non può

⁴⁶² Per ricordare le principali, con riguardo al codice, si possono richiamare le previsioni di nullità di cui agli artt. 1519-*octies* (garanzie nella vendita di beni di consumo, ora trasfuso nell'art. 134 c. cons.); gli artt., 1476, comma 1°, 1748, comma 6°, 1749, comma 4° in materia di contratto di agenzia. Non in termini di nullità, bensì di inefficacia testuale, ha preferito esprimersi il legislatore comunitario ed inizialmente anche quello italiano con riguardo alla disciplina delle clausole abusive nei contratti del consumatore di cui all'art. 1469-*quinquies* c.c. prima; ora però l'art. 36 c. cons. accoglie la tesi della «nullità di protezione».

Con riguardo alle nullità di ispirazione comunitaria contenute in leggi speciali a tutela dei consumatori e utenti di servizi, si ricordano: le nullità previste dall'art. 10, comma 2, D.Lgs. 50/1992 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali; quelle disposte dagli artt., 15, comma 3°, e 16, comma 2°, D.Lgs. 111/1995 in materia di viaggi, vacanze e circuiti «tutto compreso» – ora artt. 94 e 95, comma 2°, c. cons.; gli artt. 3, comma 1°, e 9 del D.Lgs. 427/1998 in tema di multiproprietà – ora artt. 71 e 78 c. cons.; l'art. 13, d.lgs. n. 431/1998 sulle locazioni di immobili ad uso abitativo; gli artt. 117, commi 3°, 6° e 7°, 124, commi 1°, 3° e 4°, e 126, comma 1°, del D.Lgs. 385/1993 (t.u.b.); le nullità di cui agli artt. 21, comma 2°, 23, commi 1°, 2° e 3°, e 30, comma 7°, del D.Lgs. 58/1998 (t.u.f.); quella prevista dall'art. 2, comma 3°, L. 287/1990 in materia di tutela della concorrenza e del mercato; ed ancora, quelle disposte dagli artt. 2, 6 e 9, comma 3°, L. 192/1998 sulla subfornitura nelle attività produttive, dall'art. 11 del D.Lgs. 185/1999 in tema di contratti a distanza, dall'art. 7, D.Lgs. 231/2002 sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, dall'art. 2, D.Lgs. 122/2005 in materia di tutela degli acquirenti di immobili da costruire, dall'art. 17, D.Lgs. 19/2005, sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, nonché, infine, dall'art. 167, D.Lgs. 209/2005, in materia di assicurazioni.

⁴⁶³ Il criterio è consolidato in giurisprudenza: si vedano, *ex multis*, Cass., 13 giugno 1992, n. 7244, in *Riv. dir. agr.*, 1994, II, 290 ss.; Cass., 14 maggio 1999, n. 4774, in *Società*, 1999, 1326 ss.

⁴⁶⁴ M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 78.

⁴⁶⁵ *Ex multis*: Cass., 12 luglio 1991, n. 7717, in *Mass. Giur. it.*, 1991; Cass., 11 gennaio 2001, n. 338, *ivi*, 2001; Cass., 9 marzo 2003, n. 5575, *ivi*, 2003.

limitarsi a invocare la rimozione della situazione di incertezza determinata dalla presenza di un contratto nullo, se non offre la prova che quella situazione è fonte di un pregiudizio giuridicamente rilevante alla propria sfera giuridica⁴⁶⁶.

Sulla base di questo rilievo, parte della dottrina invita addirittura a non confondere il requisito dell'interesse sostanziale alla stregua del quale l'art. 1421 c.c. seleziona i legittimati all'azione di nullità con il mero interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*⁴⁶⁷, ritenendo che nel caso dell'azione di nullità il concetto di interesse assuma un diverso e più specifico contenuto: si tratterebbe di un interesse «qualificato», connesso alle «situazioni sostanziali legittimanti l'esperimento dell'azione di nullità»⁴⁶⁸; più precisamente, l'interesse a non subire pregiudizi ad opera del contratto nullo⁴⁶⁹.

Pertanto, legittimati attivi sono, oltre alle parti⁴⁷⁰, anche i terzi, rimasti estranei al contratto ma titolari di un rapporto giuridicamente dipendente da quello dedotto in giudizio, i quali si sentano minacciati dall'apparenza creata dal contratto, che si assume nullo, e dai conseguenti pregiudizi derivanti alla propria sfera giuridica⁴⁷¹. L'interesse di

⁴⁶⁶ Cfr. Cass., 1 luglio 1993, n. 7197, in *Mass. Foro it.*, 1993; Cass., 7 gennaio 2002, n. 88, *ivi*, 2002; Cass., 15 aprile, 2002, n. 5420, *ibidem*. In dottrina si vedano A. DI MAJO, *La nullità, cit.*, 156; F. PECCENINI, in *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto, Artt. 1414-1446*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998, 166.

⁴⁶⁷ S. MONTICELLI, *L'azione di nullità del contratto*, in *Comm. Cendon*, IV, Torino, 2000, 196 ss.; A. BONFIGLIO e V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in *Giur. sist. Bigiavi, I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, IV, 1, Torino, 1991, 467; F. PECCENINI, *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto, cit.*, 165.

⁴⁶⁸ G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati, cit.*, 97 ss., *ivi*, 123 ss.; in questo senso si era espresso già A. ATTARDI, *Legittimazione ad agire*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 724. Cfr. anche A. DI MAJO, *La nullità, cit.*, 156; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico, cit.*, 144 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti, cit.*, 129 ss.

⁴⁶⁹ Così, in particolare, A. DI MAJO, *La nullità, cit.*

⁴⁷⁰ Mentre rispetto alla nullità tradizionale si poteva parlare di un interesse ad agire *in re ipsa* per le parti del contratto, in virtù del quale le parti, semplicemente per la loro qualità di titolari del rapporto derivante dal contratto nullo, sono legittimate sempre e comunque all'esercizio dell'azione di nullità, anche qualora vi avessero dato causa, lo stesso principio pare difficilmente invocabile con riguardo alle nullità di protezione, testuali e virtuali. Invero, la circostanza che, a prescindere dall'espressa previsione di una legittimazione riservata, la maggior parte delle nuove nullità operi comunque a vantaggio del solo contraente cui si dirige la protezione, dovrebbe costituire efficace deterrente verso iniziative della parte che abbia dato causa alla nullità: la sua domanda non troverebbe ascolto, per difetto di un concreto interesse ad agire meritevole di tutela: così A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia, cit.*, 204. Sull'interesse ad agire *in re ipsa* si vedano Cass., 27 luglio 1994, n. 7017, in *Mass. Foro it.*, 1994 e Cass., 9 gennaio 1991, n. 100, in *Mass. Foro it.*, 1991, e in dottrina G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati, cit.*, 116; esprimono perplessità al riguardo V. ROPPO, *Il contratto, cit.*, 841, A. DI MAJO, *La nullità, cit.*, 157, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti, cit.*, 124 ss.

⁴⁷¹ Così M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo, cit.*, 79; R. SACCO, *Nullità e annullabilità*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 307; ID., in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, *cit.*, 565; G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati, cit.*, 120 ss.

questi terzi deriva dal fatto che la sentenza emanata in relazione al rapporto dedotto in giudizio spiega efficacia riflessa anche nei loro confronti⁴⁷².

Legittimati passivi sono coloro nei cui confronti spiega rilievo l'interesse dell'attore a far valere la nullità⁴⁷³.

Di fronte alla regola generale che ammette all'esercizio dell'azione di nullità «chiunque vi abbia interesse», le ipotesi testuali di nullità relative conosciute dalla tradizione, pur ammesse nel sistema in forza dell'art. 1421 c.c., nella parte in cui fa «salvo che la legge disponga diversamente», erano state inizialmente relegate al rango di eccezione⁴⁷⁴.

Attualmente, invece, si assiste ad un fenomeno inverso, nel senso che è proprio il principio generale della legittimazione assoluta ad essere messo a dura prova dalle recenti discipline di derivazione o di ispirazione comunitaria. Come si vedrà meglio infra, la regola della legittimazione estesa a chiunque vi abbia interesse cede il passo all'opposta regola, che ammette a far valere la nullità il solo contraente protetto dalla relativa previsione⁴⁷⁵.

3.3. (Segue) – c) rilevabilità d'ufficio

Alla pari della legittimazione assoluta ad agire, anche il principio della rilevabilità d'ufficio ad opera del giudice appare logico corollario della concezione che vede nella nullità lo strumento posto a presidio di interessi generali e a salvaguardia di valori fondamentali del sistema, i quali verrebbero lesi da assetti contrattuali disapprovati dall'ordinamento⁴⁷⁶.

⁴⁷² M. MANTOVANI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷³ C.M. BIANCA, *Diritto civile, cit.*, 629. In giurisprudenza è consolidata la massima, piuttosto risalente, secondo cui «legittimato passivo all'azione di nullità è esclusivamente colui che [...] ha creato incertezza o ha mostrato di voler trarre vantaggio dalla situazione di incertezza obiettivamente sorta per effetto del contratto nullo»: cfr. Cass., 14 maggio 1973, n. 1351, in *Foro it.*, 1974, I, 503.

⁴⁷⁴ La prevalente dottrina riteneva contraddittoria ed eccezionale la nullità a legittimazione relativa. Si veda, per tutti, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile, cit.*, 247; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, 314 ss.; A. FEDELE, *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato, cit.*, 224.

⁴⁷⁵ M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo, cit.*, 82.

⁴⁷⁶ Cfr., per tutti, V. ROPPO, *Il contratto, cit.*, 843.

Tuttavia, fino a non molti anni fa si riteneva che l'applicazione giurisprudenziale del principio fosse in netto contrasto con la sua *ratio*, dal momento che, anziché consentire il più ampio rilievo delle ragioni di nullità, circoscriveva, all'opposto, il potere officioso del giudice entro limiti precisi, segnati dall'operare delle regole processuali⁴⁷⁷.

Tale affermazione si riferiva non tanto al fatto che il potere officioso del giudice incontra il limite del divieto di nuovi accertamenti di fatto, per cui la nullità è rilevabile solo ove siano già acquisiti agli atti tutti gli elementi probatori dai quali risulta, e non siano perciò necessarie indagini di fatto non compiute nelle precedenti fasi di merito⁴⁷⁸, ma soprattutto ad altri limiti di ordine processuale, quali il rispetto del principio della domanda (art. 99 c.p.c.), la regola della corrispondenza tra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c.), nella parte in cui venivano invocati dalla giurisprudenza per limitare il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità ai soli casi in cui sia domandata in giudizio la condanna del convenuto all'adempimento, con esclusione dei giudizi promossi al fine di ottenere una pronuncia di annullamento, risoluzione o rescissione⁴⁷⁹.

Il più recente indirizzo giurisprudenziale⁴⁸⁰, finalmente sensibile ai rilievi critici provenienti dal fronte dottrinale, ha ritenuto che il giudice possa rilevare d'ufficio la nullità di un contratto, *ex art. 1421 c.c.*, anche ove sia stata proposta domanda di annullamento, risoluzione o rescissione, senza per questo incorrere nel vizio di ultrapetizione, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente postulata l'assenza di ragioni che determinino la nullità del contratto medesimo. L'efficacia della pronuncia, tuttavia, non può eccedere i limiti della causa, la cui efficacia si deve conformare al

⁴⁷⁷ Si vedano sul punto G. IUDICA, *Impugnative contrattuali e pluralità di interessati*, *cit.*, 104 ss. e V. ROPPO, *I poteri del giudice ex art. 1421 cod. civ. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, I, 1103 ss.; S. MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 683 ss.

⁴⁷⁸ M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, *cit.*, 88.

⁴⁷⁹ Cfr., *ex multis*, Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, in *Contr.*, 2000, 547, con nota di CARNEVALI; Cass., 10 settembre 2004, n. 18210, in *Mass. Foro it.*, 2004; Cass. 19 gennaio 2005, n. 1097, *ivi*, 2005; Cass., 14 ottobre 2005, n. 19903, *ivi*, 2005. In tal senso si vedano in dottrina G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, *cit.*, 128 ss.; ID. *Nullità*, *cit.*, 10. Per una disamina delle ragioni poste a fondamento di tale orientamento si veda M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, *cit.*, 89 ss., ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

⁴⁸⁰ Il nuovo indirizzo è stato inaugurato da Cass., 22 maggio 2005, n. 6170, in *Corr. giur.*, 2005, 957 ss., con nota di V. MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 e si corregge: è vera svolta?*, e si rinviene anche nelle più recenti Cass., 17 gennaio 2019, n. 1036, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019 e Cass., 30 agosto 2018, n.21418, in *Giust. Civ. Mass.*, 2018.

perimetro della domanda proposta, potendo tuttavia estendersi all'intero rapporto contrattuale se questa lo investa interamente.

Poiché il rilievo d'ufficio di una causa di nullità senza impulso di parte solleva il problema del rispetto del contraddittorio⁴⁸¹, andrà chiaramente valorizzata l'applicazione dell'art. 183, comma 4°, c.p.c., nella parte in cui prevede che il giudice alla prima udienza «indica alle parti le questioni rilevabili d'ufficio di cui ritiene opportuna la trattazione». In virtù di questo potere-dovere il giudice solleva il contraddittorio tra le parti sulla questione di nullità, rilevabile d'ufficio e idonea a definire il giudizio, «cosicché non possano trovarsi di fronte ad una decisione a sorpresa, adottata sulla base di una terza via rispetto a quelle alternativamente da esse sostenute»⁴⁸². In tal modo la pronuncia del giudice si mantiene entro il perimetro del *thema decidendum*, «così congiuntamente determinato dalle parti e dal giudice» stesso⁴⁸³, e su di essa potrà quindi formarsi il giudicato.

Fino alla fine del 2014, la giurisprudenza di legittimità riteneva, inoltre, che la domanda di nullità avesse natura autodeterminata. In ragione di ciò, al giudice era precluso – a fronte di una domanda di accertamento della nullità del contratto fondata su di un determinato titolo (quale, ad esempio, la carenza di forma), rilevare d'ufficio un motivo di nullità diverso da quello fatto valere dalla parte (per ipotesi, la contrarietà a norme imperative), pur se questo emergeva dal materiale di causa. Secondo la Corte si sarebbe trattato di una domanda nuova e diversa da quella *ab origine* proposta dalla parte, poiché fondata su un motivo diverso da quello originariamente dedotto⁴⁸⁴. È evidente come questa posizione riflettesse la qualificazione della domanda di accertamento della nullità in termini di domanda etero-determinata⁴⁸⁵.

In punto di natura auto o etero-determinata della domanda di nullità sono intervenute le Sezioni Unite del dicembre 2014, con le note sentenze gemelle nn. 26242 e 26243⁴⁸⁶, che hanno superato il precedente orientamento giurisprudenziale e hanno riconosciuto

⁴⁸¹ V. MARICONDA, *La Cassazione rilegge l'art. 1421, cit.*, 966.

⁴⁸² V. MARICONDA, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁸³ S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica, cit.*, 281.

⁴⁸⁴ Così, *ex multis*, Cass., 19 giugno 2008, n. 16621 e Cass., 8 gennaio 2007, n. 89.

⁴⁸⁵ Secondo C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, vol. I, Torino, 2015, 141, ulteriore corollario di questa qualificazione avrebbe dovuto essere, a rigore, quello secondo cui l'eventuale giudicato di non nullità non avrebbe precluso in futuro la proposizione di altre domande di accertamento della nullità, se fondate su motivi diversi.

⁴⁸⁶ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 24243, *cit.*

espressamente la natura autodeterminata della domanda in esame, con ogni conseguenza: possibilità per l'attore di allegare in corso di causa nuovi e diversi titoli di nullità; efficacia a 360° (cioè non superabile nemmeno allegando in nuovi giudizi altra e diversa causa di nullità) del giudicato di rigetto della domanda di accertamento della nullità (o non nullità) del contratto; possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio altre ragioni di nullità sulla base delle quali fondare la declaratoria di nullità del contratto che siano desumibili dai fatti dedotti in giudizio e abbiano carattere assorbente, ovviamente purché prima queste ulteriori ragioni di nullità vengano sottoposte al contraddittorio delle parti, *ex art. 101 c.p.c.*⁴⁸⁷.

3.4. (Segue) – d) imprescrittibilità dell'azione, usucapione e prescrizione azioni ripetizione

Nell'impostazione tradizionale, la stretta connessione tra il fondamento della nullità e l'imprescrittibilità dell'azione è chiara: la circostanza che questa sia stabilita a salvaguardia di interessi generali implica che l'accertamento della situazione di improduttività degli effetti tipici del contratto sia possibile in ogni tempo, così da evitare il consolidamento della situazione di fatto stabilita dal contratto⁴⁸⁸.

Tuttavia, neppure quella che comunemente viene considerata una conseguenza indefettibile della nullità sembra potersi affermare in modo perentorio: a ciò fa ostacolo, da un lato, la prescittibilità delle azioni restitutorie e, dall'altro, proprio il «consolidarsi della situazione di fatto creata dal contratto»⁴⁸⁹.

Il generale principio di imprescrittibilità dell'azione trova invero limite in alcuni effetti che la norma fa salvi, i quali, a ben vedere, non originano dal contratto nullo, bensì dal concorso di fattispecie diverse, che presuppongono tutte l'avvenuta esecuzione del contratto, ancorché nullo (art. 1422 c.c.).

⁴⁸⁷ Cfr. C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., 141-142.

⁴⁸⁸ M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 95.

⁴⁸⁹ A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 46, 118.

I primi effetti che vengono fatti salvi sono quelli dell'usucapione, da intendere in senso restrittivo, con riguardo, cioè, alla sola usucapione ordinaria⁴⁹⁰. La norma si riferisce dunque alle sole ipotesi in cui, pur in mancanza di un valido titolo d'acquisto, sussistono i requisiti del possesso *ad usucapionem*, in relazione alla natura del bene, allo stato soggettivo di buona o di mala fede del possessore (artt. 1158, 1159-bis, comma 1°, 1160, comma 1°, 1161, 1162, commi 2° e 3°) e al decorso del tempo: con riguardo a tali situazioni, l'avvenuta usucapione paralizza l'azione di rivendica da parte dell'originario alienante, anch'essa imprescrittibile al pari dell'azione di nullità.

Com'è evidente, il difetto di un titolo astrattamente idoneo a trasferire il diritto di proprietà (o costituire altro diritto reale di godimento) – qui il contratto nullo – impedisce invece l'usucapione abbreviata ai sensi degli artt. 1159, 1160, comma 2°, e 1162, comma 1°: con la conseguenza che il possessore si troverà esposto all'azione di rivendica da parte del dante causa fino a che si sia perfezionata la fattispecie acquisitiva del diritto⁴⁹¹.

Il secondo inciso dell'art. 1422 c.c. racchiude un'altra salvezza: a fronte dell'imprescrittibilità dell'azione di nullità, rimane ferma la prescrittibilità delle azioni di ripetizione della prestazione resa in esecuzione di un contratto nullo, che trovano la propria disciplina negli artt. 2033 ss. c.c., come richiamati dallo stesso art. 1422 c.c. Così, le parti e i terzi (che vi abbiano interesse), possono agire in ogni tempo per far dichiarare la nullità, ma, ove sia già decorso l'ordinario termine decennale di prescrizione entro cui la legge circoscrive l'esercizio dell'azione di ripetizione, la sentenza non sarà utile al recupero delle prestazioni eseguite sulla base del contratto nullo.

Da tale regola si ricava che l'azione di ripetizione è autonoma rispetto all'azione volta ad accertare la nullità, nel senso che la restituzione della prestazione effettuata in base al contratto nullo non è mero riflesso della pronuncia di nullità, ma trova autonomo fondamento nella circostanza che una prestazione non dovuta sia stata (materialmente) eseguita⁴⁹².

⁴⁹⁰ Così A. BONFILIO e V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, cit., 509 ss; F. PECCENINI, in *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, cit., 179.

⁴⁹¹ F. MESSINEO, *Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1 ss., 4; L. MENGONI, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 117 ss.

⁴⁹² Così U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in *Trattato Rescigno*, 9, 2° ed., Torino, 2002, 934 ss., ed anche F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 968.

3.5. (Segue) – e) nullità e azioni restitutorie

Al di là del generale richiamo alle azioni di ripetizione, quando una prestazione sia stata eseguita sulla base di un contratto nullo indubbiamente ci si trova di fronte ad un indebito oggettivo *ex art. 2033 c.c.*, in ragione del difetto di una giusta causa dell'attribuzione patrimoniale⁴⁹³.

In base alla disciplina dell'indebito, le prestazioni eseguite sul fondamento di un contratto nullo, a prescindere dalla consapevolezza o meno della nullità, devono essere restituite. L'obbligo restitutorio si estingue, come osservato sopra, con il compimento della prescrizione delle azioni di ripetizione, o a seguito dell'intervenuta usucapione.

La nullità del contratto non offre fondamento alla ripetibilità delle prestazioni eseguite per uno scopo che, anche da parte del *solvens*, costituisca offesa al buon costume (art. 2035 c.c.)⁴⁹⁴.

La circostanza che, di regola, la pretesa restitutoria sia connessa alla domanda diretta a far dichiarare la nullità, ha indotto la dottrina a soffermarsi sulla definizione dei rapporti tra l'azione di nullità e l'azione di ripetizione fondata sulla nullità.

Una prima corrente di pensiero, pur riconoscendo l'indubbio collegamento tra le due azioni, afferma la sicura autonomia dell'azione di ripetizione rispetto all'azione diretta ad accertare la nullità del contratto. Per un verso, infatti, si sottolinea l'unitarietà del fenomeno dell'indebito e la tendenza ad individuare nel medesimo il rimedio di carattere generale per le diverse ipotesi di difetto originario o sopravvenuto di *causa solvendi*, per

⁴⁹³ Così già P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino, 1968, 1223 ss., 1238 e, più recentemente, U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, *cit.*, 935; A. BONFIGLIO e V. MARICONDA, *L'azione di nullità*, *cit.*, 510; F. PECCENINI, in *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, *cit.*, 180. Nello stesso senso è orientata la prevalente giurisprudenza: Cass., 11 aprile 1975, n. 1365, in *Foro it.*, 1976, I, 175; Cass., 6 ottobre 1976, n. 3303, *ivi*, 1977, I, 442; Cass. 17 gennaio 1977, n. 228, in *Mass. Foro it.*, 1977; Cass., 9 luglio 1980, n. 4374, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2426; Cass., 17 gennaio 1981, n. 394, *ivi*, 1981; Cass., 27 dicembre 1994, n. 11177, in *Mass. Foro it.*, 1994; Cass., 13 aprile 1995, n. 4268, *ivi*, 1995; Cass., 18 novembre 1995, n. 11973, *ibidem*; Cass., 4 febbraio 2000, 1252, *ivi*, 2000; Cass., 12 settembre 2000, *cit.*; Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Mass. Foro it.*, 2001; Cass., 13 aprile 2005, *cit.*; Cass., 28 ottobre 2005, n. 21096, in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass., 25 ottobre 2005, n. 20651, in *Dir. e giust.*, 2005, 37.

⁴⁹⁴ Per tutti, ampiamente, P. RESCIGNO, *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 1 ss.; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, *Artt. 2033-2040*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1981, 373 ss.

poi concludere nel senso che l'azione di restituzione fondata sulla nullità del contratto è una vera e propria azione di ripetizione dell'indebito, poiché la nullità rende «non dovuta» la *solutio* ai sensi dell'art. 2033 c.c.⁴⁹⁵. Sempre sulla base dell'affermata autonomia delle due azioni, si sottolinea, per altro verso, la permanenza di un interesse all'accertamento della nullità da parte del *solvens* anche dopo la prescrizione dell'azione di ripetizione, in particolare in vista dell'esperibilità di un'eventuale azione di rivendica⁴⁹⁶, come tale imprescrittibile esattamente come l'azione di nullità⁴⁹⁷.

A partire dalla diversa premessa per cui ogni spostamento patrimoniale deve trovare titolo in una fattispecie causale, la cui mancanza o invalidità determina la nullità del trasferimento, altra parte della dottrina ritiene, per contro, che l'assenza di giustificazione dell'attribuzione patrimoniale renda nulla la prestazione, con la conseguenza che l'azione di ripetizione troverebbe collocazione nel sistema delle azioni di invalidità del contratto⁴⁹⁸. Secondo questa linea di pensiero, l'azione di ripetizione sarebbe formalmente indipendente dall'azione di nullità, ma ad essa intimamente connessa quale strumento di recupero del possesso perduto dal *solvens*⁴⁹⁹.

Quest'ultima ricostruzione è contestata da chi ritiene che le azioni restitutorie conseguenti all'invalidità del contratto siano autonome e distinte, rispetto alla specifica disciplina della ripetizione di indebito⁵⁰⁰.

3.6. (Segue) – f) natura ed effetti della sentenza; cenni alla pubblicità sanante

⁴⁹⁵ U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 231 ss.; ID. *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Istituto della Enciclopedia italiana, 1989, ad vocem; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 137, 149 ss.

⁴⁹⁶ Di particolare interesse, anche sotto il profilo teorico dei rapporti tra contratto e atto traslativo, è poi la questione del concorso tra pretese restitutorie, in particolare tra azioni di ripetizione e azione di rivendica. L'ammissibilità del concorso suggerisce di ritenere che il *solvens*, a seguito della nullità del contratto, non abbia perduto la qualità di proprietario. La soluzione del concorso alternativo o sussidiario tra le pretese restitutorie è la soluzione dominante tra gli autori: cfr. U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in *Tratt. Rescigno*, 9, 2°ed., Torino, 2002, 968; E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 152 ss.

⁴⁹⁷ E. MOSCATI, *Del pagamento dell'indebito*, cit., 151; U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, cit. 934.

⁴⁹⁸ L. CAMPAGNA, *I "negozi di attuazione" e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958, 204 ss.

⁴⁹⁹ E. MOSCATI, *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 93.

⁵⁰⁰ P. BARCELONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 28 ss.

Ulteriore corollario del fondamento della nullità, e del conseguente modo di operare *ipso jure* della stessa, è quello che conduce a qualificare la pronuncia che definisce il relativo giudizio come pronuncia dichiarativa o di mero accertamento, in quanto volta ad accertare una situazione giuridica preesistente, che consiste nell'inidoneità del contratto alla produzione dei suoi effetti tipici⁵⁰¹.

A differenza della pronuncia di annullamento, «la nullità è la conseguenza giuridica del fatto previsto, non della sentenza»⁵⁰², la quale si limita a dichiarare la nullità.

Poiché la nullità opera di diritto, la pronuncia ha efficacia retroattiva: gli effetti del contratto sono travolti *ex tunc*, in quanto fin dall'origine manca il titolo che giustifichi il trasferimento di diritti e obblighi previsti dalle parti. Nei confronti di queste, la retroattività travolge *ex tunc* i trasferimenti operati e, ove siano state eseguite prestazioni, esse sono prive di fondamento e perciò ripetibili secondo le norme sull'indebito oggettivo. La sentenza che dichiara la nullità è opponibile ai terzi, con la conseguenza che vengono meno gli acquisti fondati sul contratto da loro concluso con l'avente causa dal contratto nullo. Non è attribuito nessun rilievo alla buona fede del terzo, né all'eventuale trascrizione del suo acquisto anteriormente alla trascrizione della domanda diretta ad accertare la nullità del contratto originario. Sono, tuttavia, fatte salve, al ricorrere di determinati presupposti, le limitazioni all'efficacia retroattiva della nullità, stabilite a favore dei terzi subacquirenti dagli artt. 2652, n. 6 e 2690, n. 3, c.c., rispettivamente per i beni mobili e per i beni mobili registrati.

3.7. (Segue) – g) la nullità parziale nel codice civile

Il riscontro di una causa di nullità del contratto non determina, quale conseguenza immediata e inevitabile, l'inefficacia radicale e definitiva dell'intero contratto, ma attiva «regole seconde, che vanno a comporre il trattamento del contratto nullo»⁵⁰³.

⁵⁰¹ Sulla natura dichiarativa della sentenza di nullità l'orientamento dottrinale è pressoché pacifico. Si vedano, per tutti, R. TOMMASINI, *Nullità*, cit., 890; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 627; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 871.

⁵⁰² Così P. ZATTI, *Lineamenti di diritto privato*, 10° ed., Padova, 2005, 487.

⁵⁰³ A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 103.

Il giudice, accertata la presenza di una causa di nullità, concluderà per la nullità degli effetti «solo dopo aver risolto due problemi: se la causa della nullità diffonde i suoi effetti sull'intero contratto, o su un'area più ristretta, o su un'area più ampia; se la causa della nullità conduce ad un'assenza di risultati del negozio o se invece conduce semplicemente a risultati diversi da quelli voluti dalle parti»⁵⁰⁴.

La regola dell'art. 1419 c.c.⁵⁰⁵, insieme agli analoghi principi rinvenibili negli artt. 1420 e 1424 c.c., esprime, nell'opinione dottrinale più diffusa e nella giurisprudenza prevalente, il generale favore dell'ordinamento per la conservazione, per quanto possibile, degli atti di autonomia privata, ancorché difformi dallo schema legale⁵⁰⁶.

Da ciò deriva il carattere eccezionale dell'estensione della nullità che colpisce l'intero contratto, con la conseguenza che è a carico di chi ha interesse a far cadere in toto l'assetto di interessi programmato fornire la prova dell'interdipendenza tra la clausola nulla e il resto del contratto⁵⁰⁷.

Resta preclusa al giudice la possibilità di rilevare d'ufficio l'effetto estensivo della nullità parziale all'intero contratto⁵⁰⁸.

3.8. (Segue) – h) il recupero del contratto nullo (cenni)

⁵⁰⁴ Così R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 544.

⁵⁰⁵ Il meccanismo della nullità parziale riguarda solo le clausole secondarie o accessorie; ove invece la nullità colpisca una clausola principale o essenziale, ai fini della definizione legale del tipo, la conseguenza è invariabilmente la nullità dell'intero contratto, come affermano A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1355 ss. e R. TOMMASINI, (voce) *Nullità*, cit., 905 ss.

⁵⁰⁶ Si veda, per tutti, G. CRISCUOLI, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 103; R. TOMMASINI, (voce) *Nullità*, cit., 903; G. FILANTI, (voce) *Nullità*, I) *Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, *ad vocem*, 6; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 639; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, cit., 351; ID., *Diritto civile e commerciale*, cit., 418 ss. Critico nei confronti della diffusa propensione a ricondurre il fondamento della regola dell'art. 1419 al principio di conservazione V. ROPPO, *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, 715 ss.

⁵⁰⁷ La giurisprudenza è compatta sul punto: cfr., *ex multis*, Cass., 19 luglio 2002, n. 10536, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2858; Cass., 5 maggio 2003, n. 6756, in *Mass. Foro it.*, 2003; Cass., 20 maggio 2005, n. 10690, *ivi*, 2005; Cass., 16 dicembre 2005, n. 27732, in *Rep. Foro it.*, 2005.

⁵⁰⁸ Cfr. A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 104; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 867, ove pare aver sciolto i dubbi espressi in ID., *I poteri del giudice ex art. 1421 cod. civ. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, 1102; in giurisprudenza cfr. Cass., 10 gennaio 1975, n. 91, in *Mass. Foro it.*, 1975; Cass., 22 gennaio 1980, n. 500, *ivi*, 1980; Cass., 11 agosto 1980, n. 4921, *ivi*, 1980; Cass., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *Giur. it.*, 1996, I, 252; Cass., 27 gennaio 2003, n. 1189, in *Mass. Foro it.*, 2003.

Il fondamento sostanziale della nullità è, infine, la ragione comunemente posta al base del principio che, di regola, esclude la convalida del contratto nullo (art. 1423 c.c.).

Il principio appare coerente con la circostanza che il rimedio sia posto a presidio di interessi generali e sia quindi sottratto alla disponibilità delle parti; si accorda, altresì, con la regola della legittimazione estesa a far valere la nullità, la quale non potrebbe certo consentire una legittimazione alla convalida parimenti estesa, con il risultato di mettere a rischio l'intero sistema dei traffici e la sicurezza delle contrattazioni⁵⁰⁹.

In questa prospettiva si spiega come nemmeno l'esecuzione spontanea del contratto importi convalida⁵¹⁰ e, allo stesso modo, sia esclusa l'ammissibilità di una rinuncia all'azione di nullità, che, ove ammessa, finirebbe in pratica per eludere il divieto previsto dall'art. 1423⁵¹¹.

Il dogma dell'insanabilità, quale connotato indefettibile del contratto nullo, viene però incrinato dall'istituto della conversione (art. 1424 c.c.), in forza del quale si opera la trasformazione del contratto nullo in un contratto diverso da quello originariamente concluso, normalmente ad efficacia ridotta, ma pur sempre idoneo a realizzare lo scopo pratico voluto dai contraenti⁵¹². L'istituto costituisce così una delle più significative applicazioni del principio di conservazione, essendo diretto a recuperare, per quanto possibile, gli effetti dell'atto di autonomia negoziale⁵¹³.

La conversione del negozio nullo contribuisce a rafforzare l'idea che il contratto, pur inefficace sotto il profilo della vincolatività dell'assetto di interessi programmato (la "forza di legge"), è capace di effetti, ancorché diversi e minori rispetto a quelli tipici; e, d'altro canto, dà sostegno alle opinioni che tendono a distinguere la categoria della nullità, come qualificazione negativa dell'atto rilevante, dall'inesistenza, intesa come

⁵⁰⁹ V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 855.

⁵¹⁰ Pertanto, anche in caso di esecuzione spontanea di un contratto nullo, spetterà al giudice rilevare d'ufficio la nullità anche contro la volontà delle parti: cfr. Cass., 24 dicembre 1994, n. 11156, in *Mass. Foro it.*, 1994; Cass., 5 giugno 2003, n. 8993, *ivi*, 2003.

⁵¹¹ Così V. ROPPO, *Il contratto*, cit. *Contra*, Cass., 9 agosto 1973, n. 2280, in *Mass. Foro it.*, 1973, 799 e Cass., 8 settembre 1977, n. 3925, in *Giust. civ.*, 1978, I, 110.

⁵¹² Si parla in proposito di «continenza» del contratto nullo rispetto a quello convertito. Cfr. L. BIGLIAZZI GERI, (voce) *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 530; M. FRANZONI, in *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, cit., 214 ss.

⁵¹³ Così A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1364; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 633; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 415; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 859 preferisce invece ricondurre il fondamento della conversione al principio di buona fede; così anche G. DE NOVA, (voce) *Conversione, I*, *Conversione del negozio nullo*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988, *ad vocem*, 2.

«irriconeoscibilità dell'atto concreto nella fattispecie prevista come strumento di autonomia»⁵¹⁴.

4. *La nullità di protezione: per una visione d'insieme*

Il fenomeno delle nullità di protezione è legato al recente fiorire di nuove previsioni di invalidità nella legislazione speciale, soprattutto di matrice europea, che presentano tratti devianti eppure ricorrenti rispetto alle figure classiche disciplinate dal codice civile.

La fonte generatrice di questo fenomeno è la fisiologica evoluzione del sistema giuridico, conseguenza, sul piano normativo, della correlata evoluzione sociale.

Negli ottant'anni che ci separano dall'emanazione del codice civile si è assistito al passaggio dalla dimensione statale a quella comunitaria-europea ed internazionale, sino alla globalizzazione del contesto sociale, e dunque da una dimensione chiusa e autoreferenziale ad un universo aperto e dinamico. Tale fenomeno di internazionalizzazione del diritto privato si percepisce dalla trasformazione subita dal sistema delle fonti, ove si è assistito al passaggio dal codice, *corpus* unitario e coerente, al proliferare di leggi extracodicistiche, fino ad arrivare all'avvento del diritto europeo e internazionale. L'interazione tra queste fonti concorre a formare un sistema complesso, in cui i molteplici e variegati interessi e valori richiedono, e quindi implicano, una diversificazione e trasformazione degli strumenti giuridici.

Ciò che soprattutto ha contribuito a mutare profondamente il tradizionale volto del contratto è la progressiva realizzazione di una «economia di mercato, aperta e in libera concorrenza»⁵¹⁵, che, solennemente proclamata dal novellato Trattato istitutivo della Comunità Europea quale principio cardine e superiore criterio ordinativo dell'azione

⁵¹⁴ Così P. ZATTI, *Invalidità (atti di autonomia)*, cit., 225; M. FRANZONI, in *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, cit.

⁵¹⁵ Si veda, per tutti, l'art. 119, comma 1°, TFUE, ove è stato trasposto il principio direttivo contenuto nell'art. 4 del Trattato UE, come modificato dal Titolo II (art. G) del Trattato di Maastricht: «Ai fini enunciati all'articolo 3 del trattato sull'Unione europea, l'azione degli Stati membri e dell'Unione comprende, alle condizioni previste dai trattati, l'adozione di una politica economica che è fondata sullo stretto coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, sul mercato interno e sulla definizione di obiettivi comuni, condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza».

comunitaria⁵¹⁶, ha finito per catturare alla propria logica e al proprio disegno anzitutto l'istituto del contratto, e poi, di riflesso, anche il regime delle invalidità.

Il mercato di una «economia aperta e in libera concorrenza» è infatti sede di una molteplicità di diversificati interessi, a volte in concorso e più spesso in conflitto tra loro; in quanto tale, esso esprime rigetto per un trattamento normativo rigido e unitario di una categoria, come quella del contratto, chiamata a dare veste e rappresentanza a operazioni economiche della più varia natura per soggetti coinvolti, beni dedotti e interessi perseguiti. Perciò il diritto europeo dei contratti rompe l'unitarietà della categoria contrattuale e della relativa disciplina, riproponendo una dicotomia di modelli e una corrispondente notevole diversità di regimi giuridici (tra contratti d'impresa e contratti del consumatore), che il diritto interno aveva da tempo cancellato⁵¹⁷.

I segni dello scenario profilato sono diversi. Si assiste, anzitutto, all'emersione di più statuti normativi differenziati relativi a specifici mercati di determinate categorie di beni⁵¹⁸, le cui regole intervengono a prevenire o correggere alterazioni o distorsioni nel libero gioco della concorrenza tra le imprese, che inevitabilmente ricadono (in termini di

⁵¹⁶ P.M. PUTTI, *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Dig., disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2000, 685.

⁵¹⁷ Così V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 491. Sulla distinzione tra le due categorie cfr. V. BUONOCORE, *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 1 ss. Per l'inquadramento teorico-costruttivo della categoria dei contratti del consumatore vedi G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 17 ss., ora in G. VETTORI (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999, 799 ss.

⁵¹⁸ È proprio il mercato il *leitmotiv* che, dagli anni Novanta in poi, accompagna il dibattito dei giuristi attorno ai temi del diritto contrattuale, come dimostrano i titoli di alcuni degli interventi dottrinali di quegli anni. Si vedano, G.B. FERRI, *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, 707 ss.; N. IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289 ss.; ID., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, *ivi*, 1999, I, 1 ss.; P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84 ss.; ID., *Il nuovo diritto dei contratti tra persona e mercato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova 1999, 827 ss.; G. BENEDETTI, *Persona e mercato*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2° ed., Napoli, 1997, 137 ss., 149 ss.; N. LIPARI, *Il mercato: attività privata e regole giuridiche*, in N. IRTI, A. GAMBINO, N. LIPARI, V. ROPPO (a cura di), *Il diritto della transizione*, Milano, 1998, 41 ss.; G. ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 725 ss. In particolare, ritengono che le nuove discipline contrattuali, settoriali e/o di attuazione di direttive comunitarie, perseguano obiettivi di regolazione del mercato V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 10, 14, 20; ID., *Il contratto*, cit., 85 ss., 928 ss.; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 408 ss.; ID., *Nullità, annullabilità, inefficacia*, cit., 201; G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore*, cit., 22; C. CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 703 ss.; R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, *ivi*, 2000, 995; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.

ridotta libertà e consapevolezza della scelta) su coloro che si rivolgono al mercato per ottenere prestazioni di beni e servizi: i clienti-consumatori⁵¹⁹.

Di conseguenza, la maggior parte dei più recenti interventi normativi che hanno investito il diritto dei contratti, per lo più in attuazione di direttive comunitarie, si caratterizza per una spiccata tendenza protettiva nei confronti di determinate classi o categorie di contraenti, i quali si trovano in una condizione di minorato *bargaining power* nei confronti della controparte⁵²⁰. Si inseriscono in questa prospettiva l'introduzione di un periodo di ripensamento o di un diritto di pentimento a favore della parte dotata di minor forza contrattuale; l'imposizione di un contenuto minimo obbligatorio del regolamento del regolamento contrattuale (sulla scia del *Mindestangaben* tedesco), nonché di obblighi di trasparenza e di informazione, i quali non si esauriscono nella fase precontrattuale, ma entrano nel contenuto del regolamento per il tramite della (necessaria) forma scritta, la quale diviene così veicolo di informazioni⁵²¹, ed infine la presenza di controlli (anche

⁵¹⁹ Cfr. L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 1 ss., 3; e A. DI MAJO, *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 5 ss., 10 ss.

⁵²⁰ Si vedano G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 20 ss., 173 ss.; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 2004, 540, il quale parla di un «contraente che soffre (non già di un fatto che opera nella sua sfera individuale, ma) di una sua collocazione socioeconomica che fa di lui il soggetto contrattuale debole o non abile»; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 753, individua nelle nullità speciali un prevalente scopo politico, consistente nella «protezione di una classe di contraenti rispetto ad un'altra, in relazione alle rispettive qualificazioni socio-economiche»; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 129; F. DI MARZIO, *Verso il nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 724, ora in ID. (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive*, Milano, 2004, 5, rileva che «l'orizzonte del diritto contrattuale della contemporaneità sia tutto segnato dalla disuguaglianza delle parti come presupposto indefettibile di disciplina».

⁵²¹ Consapevole del fatto che la reale fonte del potere non sta più nella proprietà, bensì nel possesso della conoscenza e nel controllo dell'informazione, il diritto europeo dei contratti registra che aree molto vaste dell'odierna società dell'informazione sono connotate da gravi e distorsive condizioni di asimmetria informativa concernente beni, servizi e risorse di mercato. Per porre rimedio a queste problematiche la normativa europea dei contratti agisce su due fronti. Da un lato, assegna all'informazione un ruolo eminente, assumendola non solo a oggetto di precisi e specifici obblighi di comportamento e quindi a fonte di responsabilità, ma anche a contenuto necessario di tutti o quasi tutti i contratti dalla stessa disciplinati, elevandola così a fondamento dello stesso regolare e valido venire ad esistenza dell'operazione contrattuale. Dall'altro, oltre a indurre meccanismi integrativi e/o sostitutivi, nonché più favorevoli condizioni e modalità attuative del recesso, traduce in vere e proprie cause di nullità le ipotesi di informazione mancata, errata o non veritiera, come nel caso, per l'appunto, dell'art. 23, comma 1°, t.u.f. Sul punto si vedano L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, cit., 18; G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, cit., 636; ID., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, 705 ss.; E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, cit., 26 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 929; ID., *Il contratto del duemila*, cit., 29 ss.; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, 133 ss. e 243 ss. Più in generale sul neoformalismo negoziale si vedano A. GENTILI, *I principi di diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 28 ss.; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 495 ss.; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in *Tratt. Contratti Rescigno*, I, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 1999, 776; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente*

giudiziali) dell'equilibrio normativo ed economico del contratto e l'imposizione di vincoli alla libertà contrattuale, nel senso sopra accennato⁵²².

Il nuovo «paradigma contrattuale»⁵²³ ricade inevitabilmente sul terreno dei rimedi, ed in particolar modo sulla disciplina della nullità. Ciò si spiega in quanto la nullità, più di ogni altra forma di invalidità negoziale, è chiamata ad assolvere a molteplici funzioni, e, di conseguenza, ad atteggiarsi in modi diversi ed a subire profondi mutamenti strutturali⁵²⁴. E così l'impostazione (pressoché) dualistica delle invalidità propria delle codificazioni, «nella disciplina europea ha ceduto il passo a una configurazione solitaria e monistica incentrata sulla nullità»⁵²⁵.

L'attuale panorama normativo risulta invero caratterizzato da quella che è stata definita una «vera e propria inflazione di figure di nullità disseminate a piene mani dal legislatore»⁵²⁶, le quali, tuttavia, presentano caratteri di disciplina devianti rispetto al paradigma normativo e dogmatico classico che la loro qualificazione dovrebbe evocare. Non a caso la dottrina parla di nullità “nuove”, “protettive” o “speciali”, dal momento che queste figure, da un lato, non si lasciano facilmente ricondurre al novero delle cause tradizionali di nullità e, dall'altro, presentano un trattamento giuridico sensibilmente diverso rispetto a quello previsto dagli artt. 1418 ss. c.c., sotto molteplici aspetti:

debole, in *Contr. e impr.*, 1999, 1361 ss.; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 729 ss.; N. IRTI, *Strutture forti e strutture deboli*, in ID., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 138; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1986, 40 ss.

⁵²² Tutto ciò contribuisce ad incrinare sensibilmente un altro dogma del diritto dei contratti, ossia quello della c.d. *sanctity of contract*, ovvero del principio di insindacabilità dell'equilibrio contrattuale, in quanto frutto dell'autonomia dei contraenti, e che suppone, quindi, uguali posizioni di partenza nel gioco della contrattazione; al contrario, negli scambi di un mercato ormai globalizzato si moltiplicano le situazioni di squilibrio, legate ad una strutturale disparità di potere economico e contrattuale tra i protagonisti dello scambio. Cfr. sul punto M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 9, nonché G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 21 ss., 185, 201, 238. Si spiega così il richiamo da parte della dottrina più sensibile al principio di proporzionalità: cfr., per tutti, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 ss., che raccoglie le riflessioni svolte al Convegno “*Equilibrio delle posizioni contrattuali ed autonomia privata*” a cura di Ferroni (San Marino, 17-18 novembre 2000), Napoli, 2002.

⁵²³ L'espressione si deve a V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., IX, 51 ss.

⁵²⁴ Così A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, cit., 3-4; dello stesso avviso è V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 492.

⁵²⁵ Così V. SCALISI, *op. loc. ult. cit.* Di «decisione di sistema» parla N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, 23 ss.

⁵²⁶ A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 127.

legittimazione ad agire, rilevabilità d'ufficio, necessaria parzialità, carattere unidirezionale della tutela apprestata⁵²⁷.

Le caratteristiche eterogenee delle nuove fattispecie comportano notevoli difficoltà di inquadramento dogmatico, al punto da sollevare, com'è stato detto, un vero e proprio «problema sistematico»⁵²⁸. La complessità del quadro è tale al punto che più volte è stato sollevato il dubbio circa l'effettiva possibilità di concepire una visione unitaria⁵²⁹. Tuttavia, non si è rinunciato a compiere quantomeno un tentativo in questo senso, tenendo conto, peraltro, che l'ordinamento giuridico è un sistema aperto, un sistema cioè «in cui la maggior parte delle regole sono e vengono considerate allo stato fluido e in continua trasformazione», e che, come tale, presenta il carattere intrinseco della complessità⁵³⁰. È allora compito del giurista condurre ad organicità le regole esistenti, per renderne possibile l'applicazione in modo coerente, proponendo soluzioni quanto più possibile unificanti.

Questa operazione si rende più che mai necessaria ai fini della soluzione dello specifico problema sistematico sollevato dalla figura della nullità selettiva, dal momento che solo a fronte di un quadro quanto più possibile unitario della nullità di protezione – in sé e in rapporto alla nullità codicistica – è possibile verificare se i tratti in cui si declina l'esercizio della nullità di protezione in via selettiva sono coerenti con il quadro delineato oppure costituiscono una forzatura.

Per ricondurre a sistema le nuove fattispecie occorre un duplice sforzo: da una parte, occorre ricercare, all'interno dell'ambito fenomenico indagato, costanti di disciplina idonee a identificare e accomunare le diverse figure; dall'altra, è necessario considerare

⁵²⁷ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 3 ss; S. POLIDORI, *Discipline della nullità*, cit., 72 ss. Il trattamento delle nullità c.d. protettive, soprattutto nel segmento di disciplina relativo alle regole sull'impugnazione – ove emerge la commistione tra interesse particolare del singolo e interesse generale (o meglio diffuso) facente capo alla categoria di appartenenza – costituisce espressione del c.d. ordine pubblico di protezione, su cui cfr. A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1339 ss. e G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 61, nt 76.

⁵²⁸ Così G. AMADIO, *Nullità speciali: problema o sistema?*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014.

⁵²⁹ In dottrina non sono mancate voci fortemente scettiche circa la possibilità di ricondurre a sistema coerente le nuove fattispecie, se non altro perché, alla loro base, si porrebbero patologie di natura troppo eterogenea; così: V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 491; A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 128 ss.; di diverso avviso è invece M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 170 ss.

⁵³⁰ A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità*, cit., 6-8, spec. nt. 6. Cfr. anche A. FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio (Ricerca giuridica ed etica dei valori)*, in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004, 3, il quale rileva come le inedite modalità con cui oggi si attegga la complessità sociale coinvolgono direttamente l'orizzonte del giurista.

dall'esterno le diverse figure per valutare la possibilità e i limiti di una loro riconduzione al sistema delle invalidità in generale, e delle nullità in particolare.

Sotto questo profilo si possono trarre alcune indicazioni già dalla qualificazione stessa delle nuove fattispecie in termini di nullità: l'utilizzo di un determinato *nomen iuris* da parte del legislatore dovrebbe, infatti, essere indicativo della scelta, quantomeno tendenziale, di rendere applicabile il corrispondente statuto normativo alle figure cui il *nomen* si riferisce⁵³¹. Se però la disciplina riservata a tali forme di invalidità dovesse in qualche modo divergere, o addirittura confliggere con quello statuto, è d'uopo domandarsi quale giustificazione e portata debba assumere la regola deviante e se, dalla disposizione che la codifica, possano trarsi indicazioni circa la sua integrabilità nel sistema.

Emerge allora come, sul piano metodologico, la materia si giochi tutta sulla congruenza tra qualificazione e disciplina, mettendo capo a due diverse impostazioni: la prima, volta a conservare il paradigma classico, e dunque a ricondurre le nuove fattispecie a speciali applicazioni di quella categoria, e la seconda, volta a ravvisare nelle anomalie della disciplina di settore l'indice dell'abbandono di quel paradigma⁵³². In gioco vi è l'applicabilità, nel primo caso, o l'inapplicabilità, nel secondo, della disciplina generale della nullità per tutti quei profili che non risultano espressamente derogati dalle norme di settore.

Nell'approcciarsi alle nuove nullità è tipica l'indagine che si focalizza sugli interessi protetti, arrivando a sostenere che il fondamento sostanziale della figura deve essere riposto non più e non solo nella tutela di un interesse pubblico o sociale astratto e

⁵³¹ Secondo G. AMADIO, *Nullità speciali: problema o sistema?*, cit., se è pur sempre vero che il *nomen iuris* assegnato ad un determinato strumento di tutela non ne preclude la riqualificazione ove essa risulti più coerente con le regole che ne governano l'operare, è altrettanto vero che quando, come nel caso delle nuove nullità, la qualificazione sia parte integrante di quella disciplina, prende corpo una sorta di presunzione normativa di coerenza, la quale dovrebbe fornire all'interprete una prima chiave di lettura del fenomeno. Del resto, il fatto che il paradigma della nullità codicistica sia espressamente previsto come derogabile quanto alle cause di nullità e ai tratti caratterizzanti la disciplina della sanzione è ulteriore conferma della suddetta presunzione interpretativa.

⁵³² Così G. AMADIO, *Nullità speciali: problema o sistema?*, cit., nonché M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 14, ove viene rimarcata l'utilità di procedere alla ricognizione di una serie di figure emblematiche di nullità nuove o speciali, per verificare se i loro peculiari segmenti di disciplina consentano la riconduzione ad un unico denominatore comune tale da individuare un coerente modello alternativo e concorrente con quello descritto dagli artt. 1418-1424 c.c. o se invece, come pare più probabile, tali figure di nullità, nel loro diverso atteggiarsi sotto il profilo del trattamento giuridico, siano pur sempre riconducibili nell'alveo del tradizionale modello codicistico.

contrapposto a quello delle parti contraenti⁵³³, ma direttamente e immediatamente in questo, ossia nella protezione di determinate categorie di soggetti.

Sotto questo profilo si è già avuto modo di precisare che la funzione protettiva dell'interesse privato non nasce con le nullità nuove, ma era già propria della nullità tradizionale e generale, come consolidatasi negli ordinamenti dei Paesi dell'Europa continentale, al punto che può considerarsi intrinseca alla nullità come categoria la funzione di protezione di interessi ad un tempo privati e di ordine pubblico⁵³⁴.

Se la *ratio* protettiva non costituisce una novità assoluta all'interno della categoria della nullità, va però riconosciuto che, nelle nullità di derivazione europea tipicamente dette "di protezione", la tutela dell'interesse privato si specifica e arriva ad assumere un grado di intensità mai conosciuto prima. In quest'ottica la nullità di protezione può essere considerata come la manifestazione più moderna della funzione di protezione, già nota ai codici quale tratto tipico di una delle forme tradizionali di nullità, in cui interagiscono tra loro l'interesse del privato e l'interesse generale⁵³⁵.

Si assiste, infatti, alla normalizzazione del ricorso alla nullità per colpire manifestazioni di autonomia contrarie agli interessi di una sola parte del contratto. Tale parte viene tendenzialmente individuata nel c.d. contraente debole, per tale intendendosi non solo il soggetto che risulti escluso dal processo determinativo del regolamento negoziale, contrassegnato dalla predisposizione unilaterale del contenuto del contratto e delle conseguenti asimmetrie informative (è il tipico caso del consumatore), ma anche quello che, pur concorrendo alla formazione delle regole, resta comunque esposto, in ragione della propria debolezza economica, al pericolo che queste risultino squilibrate a suo danno

⁵³³ Cfr. P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, cit., 1919 ss. e 201 ss. *Contra*: E. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 487; G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, cit., 97 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 6 ss. e 54 e ss.

⁵³⁴ Cfr. A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. Dir. priv.*, 2011., 104 ss., spec. 111. L'Autore arriva addirittura a ritenere che, per le ragioni esposte, la specificità della nullità di protezione rispetto alla nullità codicistica non possa essere individuata nella *ratio* protettiva, proprio perché la «nullità come protezione di interessi individuali per l'efficienza e la giustizia degli scambi» non può essere considerata speciale «visto che era nella tradizione e nei codici ben prima che Bruxelles iniziasse la sua opera». La specialità delle nullità c.d. di protezione andrebbe quindi ricercata altrove, in elementi diversi dalla finalità ultima del rimedio, quali gli effetti che ne conseguono, ma anche e soprattutto nelle cause di nullità, che qui attengono a circostanze o elementi che sono, tutti, 'esterni' al contratto.

⁵³⁵ Cfr. A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., 104.

(come avviene nel caso dell'abuso di dipendenza economica, tipizzato dalla legge sulla subfornitura)⁵³⁶.

A questo proposito, si è osservato che il rimedio sembra assumere una nuova vocazione: da sanzione la nullità diviene strumento di protezione⁵³⁷ in via diretta di interessi particolari facenti capo a singoli o a gruppi, o meglio di interessi seriali⁵³⁸ di particolari categorie di soggetti che si affacciano sul mercato nella veste di contraenti deboli (consumatori, utenti di servizi finanziari, clienti di banche), quante volte dall'ordinamento elevati a valori costitutivi di sistema.

Avendo deciso di misurarsi con l'assetto di interessi sotteso al contratto, la nullità di protezione non può consentire soluzioni rigide e anelastiche, ma deve invece poter far leva su un quadro di regole e di principi pratici che garantiscano la necessaria flessibilità richiesta dalla complessità e specificità dell'operazione economica sottesa al regolamento contrattuale considerato⁵³⁹. Per assolvere a questa vocazione, le nullità di protezione non possono certo configurarsi come tipiche nullità strutturali⁵⁴⁰, ossia come indici di

⁵³⁶ G. AMADIO, *Nullità speciali, problema o sistema?*, cit.

⁵³⁷ Così V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 499. P.M. PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in N. LIPARI (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. II, Padova, 1997, 727, 730; ID., *Le nullità nella legislazione di derivazione comunitaria*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi e diretta da G. Alpa e M. Bessone, *I contratti in generale*, Agg. 1991-1998, III, Torino, 1999, 2164 ss.; G. CHINÉ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Trattato Bessone, Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, XXIV, 1, Torino, 2000, 663; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1346 ss.; G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 602 ss.

⁵³⁸ Così A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1347 e 1350; e ID., *Nullità, annullabilità, inefficacia*, cit., 201.

⁵³⁹ Secondo V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 500 ss., è in virtù della sua natura funzionale che la nullità di protezione presenta caratteri diversi dalla nullità codicistica. Primo fra tutti la necessaria parzialità – cioè una parzialità del tutto prescindente da ogni criterio oggettivo o soggettivo di essenzialità della clausola ed esclusivamente basata sul principio di separabilità, con o senza (a seconda delle previsioni) l'operatività di meccanismi sostitutivi – che da eccezione (ex art. 1419, comma 1°, c.c.) diviene regola, come si evince dagli artt. 117, comma 6°, e 124, comma 4°, t.u.b. e 23, comma 2°, t.u.f. Anche l'operatività *ipso iure* e l'assoluta rilevabilità d'ufficio lasciano lo spazio ad una nullità a legittimazione soltanto relativa, azionabile ed eccepibile esclusivamente dal contraente tutelato (art. 127, comma 2°, t.u.b. e art. 23, comma 3°, 24, comma 2°, e 30, comma 7°, t.u.f.). Tale «principio dispositivo *ex uno latere*» si rende necessario in una prospettiva di esaltazione dell'operazione contrattuale, dove il criterio decisivo non è tanto quello dell'adeguatezza o della conformità o meno a uno schema tipico, bensì quello della sua finalizzazione ad un risultato e a uno scopo pratico, la cui conservazione o meno non può che essere rimessa alla decisione finale del beneficiario della tutela, anche ove dovesse mancare una esplicita previsione in tal senso. L'autore ritiene incompatibili in questo quadro anche l'insanabilità e l'imprescrittibilità.

⁵⁴⁰ Secondo V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 500-501, «Per il codice la nullità è vicenda di fattispecie, di una fattispecie irregolarmente venuta ad esistenza, in quanto difettosa e incompleta e, come tale, non conforme allo schema legale. Ma la fattispecie [...] in sé considerata [...] lascia poco spazio a valutazioni graduate e diversificate, dal momento che alternative rispetto all'adeguatezza o inadeguatezza allo schema legale non risultano neppure concepibili. La nullità codicistica [...] non conosce compromessi o patteggiamenti e si costruisce secondo schemi e moduli non solo uniformi ma anche insuscettibili di

anomalie nella fattispecie (intesa come insieme di elementi che concorrono a comporre una struttura⁵⁴¹), ma devono porsi come strumento e tecnica di governo del regolamento contrattuale⁵⁴². Ne consegue che la protezione contraente debole avviene principalmente attraverso il mantenimento del contratto anziché la sua demolizione, purché il nuovo assetto risponda all'interesse del contraente tutelato⁵⁴³; ecco perché si dice che queste nullità sono «più leggere, più contenute, meno distruttive delle invalidità di diritto comune»⁵⁴⁴.

Tutto ciò implica una configurazione di tali nullità come rimedi di regolamento, e cioè come strumenti di controllo del contenuto del contratto, o ancora come congegni conformativi, finalizzati a un risultato di equità o di giustizia sostanziale.

La nullità di protezione si atteggia dunque come «nullità-funzione», cioè come nullità che è e sta in diretto e immediato rapporto di congruenza e corrispondenza con un determinato assetto di interessi, in ragione della natura degli stessi, della posizione delle parti e dei beni e servizi negoziati. Come «nullità-funzione», la nullità di protezione modella il regolamento contrattuale, ma subisce a sua volta i condizionamenti del concreto assetto di interessi diviso dai contraenti. Di qui la pluralità di corrispondenti statuti normativi, finalizzati alla realizzazione di trattamenti normativi diversificati nelle varie ipotesi.

In questa prospettiva, si può già individuare una prima costante di disciplina delle figure ascrivibili alla categoria e cioè quella della funzione cui appare preordinata la nullità: una finalità *lato sensu* protettiva, che spesso rivela l'intreccio e la commistione tra interessi

variazioni e/o adattamenti. Sicché se l'atto non è conforme allo schema, l'inefficacia non può che inderogabilmente seguire ed atteggiarsi come radicale; insanabilità e imprescrittibilità dell'azione, assolutezza e rilevabilità d'ufficio non sono possibili se non come caratteri costanti e immancabili; la stessa parzialità non è configurabile se non come eventuale e residuale soltanto».

⁵⁴¹ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 499, spec. nt. 31, ove altri riferimenti in dottrina.

⁵⁴² Ciò si deve al fatto che il diritto europeo dei contratti ha compreso che il cuore del contratto sta nella sua negozialità, cioè in un interesse a rilevanza programmatica, e nel suo momento regolativo, cioè nella costruzione e nel controllo del regolamento degli interessi di cui si tratta. Il diritto europeo dei contratti capisce che la vera partita di una disciplina commisurata alla particolare natura e allo specifico tipo di operazione contrattuale posta in essere si gioca tutta sul piano della costruzione e del controllo del regolamento degli interessi di cui si tratta: sul punto si veda V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 498, e ID., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998, 50 ss.

⁵⁴³ In questa chiave si spiegano i tratti tipici della legittimazione relativa e della parzialità necessaria, su cui si rinvia a quanto detto infra, ai parr. 4.2 e 4.3. L'esempio paradigmatico è offerto dall'art. 36 c. cons., ove espressamente si dispone la nullità della sola clausola abusiva, nella salvezza della restante parte del contratto.

⁵⁴⁴ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 28, 32.

particolari (o, se si preferisce, seriali) e interessi generali⁵⁴⁵, a cui si conforma il trattamento giuridico delle nuove fattispecie. Tale rilievo offre un indizio fondamentale circa l'identità di fondo della nullità di protezione, e cioè l'idea che alla finalità protettiva unilaterale si accompagni necessariamente il carattere disponibile della tutela stessa, da parte del destinatario.

A conferma della bontà della prospettiva d'indagine proposta, si osserverà, ora, come ciascuno dei profili costitutivi dello statuto della nullità di protezione sia, in ultima istanza, una particolare declinazione del generale e fondamentale carattere disponibile di questa nuova dimensione dell'invalidità; ciò permetterà di comprendere quale sia, in definitiva, il modo di atteggiarsi della tutela in questione, cogliendone il *proprium* e, se del caso, il limite.

Tale ricognizione potrà offrire un osservatorio privilegiato per apprezzare, nel costante dialogo con le opinioni dottrinali e i gli orientamenti giurisprudenziali, misura e consistenza delle mutazioni intervenute in seno alla figura della nullità, e allo stesso tempo, la base per tentare un bilancio, sia pur provvisorio, sulla tenuta complessiva dell'impianto tradizionale, in termini di coerenza sistematica⁵⁴⁶.

5. *I tratti ricorrenti della disciplina delle nullità di protezione come indici di disponibilità della tutela: a) legittimazione relativa ad agire*

La regola della legittimazione relativa all'azione di nullità si è normalizzata quale tratto identificante la nullità di protezione proprio a seguito dell'avvento della legislazione protettiva del contraente debole⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1347, secondo cui, anzi, «l'interesse generale assorbe l'interesse privato seriale»; ed ancora «interessi che è inappropriato definire particolari, sia perché intrecciati con l'interesse generale di una società di massa che richiede per il proprio equilibrio tutele dei contraenti deboli e regole dell'agire economico»; sulla stessa lunghezza d'onda si collocano V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 841 ss. e G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 291 ss.

⁵⁴⁶ M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 14.

⁵⁴⁷ Si osserva infatti che la regola della legittimazione esclusiva a far valere la nullità è divenuta soluzione privilegiata nelle più recenti discipline con finalità protettive nei confronti dei contraenti-consumatori. È ciò che accade nella disciplina della vendita di beni di consumo (art. 134 c. cons., su cui si vedano, per un commento, A. ZACCARIA e G. DE CRISTOFARO, *Commento all'art. 134 del Codice del consumo*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Commentario alla vendita dei beni di consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 547

La costruzione di una nullità a legittimazione riservata⁵⁴⁸ sottende l'idea di una nullità di funzione, cioè diretta a proteggere interessi di parte, la quale, a sua volta, costituisce il primo argomento a sostegno del carattere unilateralmente disponibile della tutela. La *ratio* della scelta legislativa è chiara: se la nullità è disposta a protezione del contraente debole, sia pur nella veste di esponente di una categoria protetta, va da sé che quest'ultimo sia il solo depositario e insieme arbitro del potere di azionare il rimedio, secondo un principio analogo a quello che governa la legittimazione esclusiva nell'ipotesi del contratto annullabile. La decisione di attivare o non attivare la tutela è quindi rimessa esclusivamente alla parte protetta ed inciderà sulla sorte definitiva del rapporto. Può allora dirsi giunto a compimento il processo di «soggettivizzazione [...] del rimedio della nullità», all'interno del quale «sempre più spesso incidono la posizione e gli interessi soggettivi della parte o delle parti coinvolte nel negozio stesso»⁵⁴⁹.

Questo approdo apre ad una serie di interrogativi: anzitutto se la disponibilità della tutela vada collocata esclusivamente sul piano processuale o se – e in che modo – investa anche

ss., spec. 556 ss.), in quella relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori (così l'art. 17, D.Lgs. 190/2005, che dispone la nullità di ogni pattuizione che abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata dalle disposizioni del presente decreto», e che prevede che «la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice»), fino alle normative disposte a tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire (art. 2, D.Lgs. 122/2005), da un lato, e degli assicurati nei contratti di assicurazione conclusi con imprese non autorizzate (così l'art. 167, D.Lgs. 209/2005 – Codice delle assicurazioni, il quale dispone la nullità del contratto «stipulato con un'impresa non autorizzata o con un'impresa alla quale sia fatto divieto di assumere nuovi affari»; nullità che può essere fatta valere solo dal contraente o dall'assicurato, come espressamente previsto al comma 2°), dall'altro.

⁵⁴⁸ Parte consistente della dottrina, pur consapevole del fatto che ciò implica una severa incrinatura della norma espressa dall'art. 1421 c.c., ammette la possibilità di estendere in via analogica la regola della legittimazione riservata anche ad ipotesi di nullità – testuali e virtuali – chiaramente ammantate da una finalità protettiva, rispetto alle quali tuttavia il legislatore sia rimasto silente sul profilo della legittimazione processuale attiva. Si vedano G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 185 ss.; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 843; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 106; ID., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 933 ss.; G. CHINÉ, *Il diritto comunitario dei contratti*, cit., 663. A. GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia*, cit., 205, nt. 24, dubita che la regola della legittimazione relativa, laddove non espressamente prevista, sia sempre adeguata alla migliore tutela degli interessi coinvolti nell'operazione contrattuale; da un lato, perché in molte ipotesi di nullità speciale «la protezione del contraente debole non esaurisce la *ratio* della comminatoria», per essere la stessa disposta a tutela di interessi plurimi (in cui l'interesse generale assorbe quello privato); dall'altro perché anche nelle nullità in cui appare più spiccato l'intento protettivo, si ritiene che il fulcro della protezione risieda non tanto nella legittimazione riservata, quanto piuttosto nel modo di operare unidirezionale della nullità, ossia nel fatto che essa «operi solo a vantaggio del consumatore», a prescindere da chiunque la rilevi. La tesi appare però superata dalle più recenti discipline con finalità protettive nei confronti dei contraenti-consumatori, ove anche a tralasciare la disciplina delle clausole abusive, la regola della legittimazione esclusiva a far valere la nullità è divenuta soluzione privilegiata.

⁵⁴⁹ Così V. ROPPO, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 489.

il rapporto sostanziale sottostante; come questa regola possa convivere con quella della rilevabilità d'ufficio, poiché ispirate a principi opposti in ordine alla disponibilità del rimedio; se, fino a che la nullità non venga fatta valere, il sottostante rapporto possa considerarsi efficace, sia pur provvisoriamente, oppure colpito da inefficacia pendente; ed ancora, se la decisione di non far valere la nullità equivalga a una sanatoria. Tali questioni verranno dipanate a una a una nel prosieguo della disamina dei tratti tipici della nullità di protezione.

5.1. (Segue) – b) operatività a vantaggio del contraente protetto

Il tema che si pone rispetto a questo carattere delle nullità di protezione consiste nella sua esatta individuazione e distinzione dalla legittimazione processuale relativa. Poiché l'espressione «opera soltanto a vantaggio», utilizzata dal legislatore nell'art. 36 c. cons., e poi ripresa nell'art. 127 t.u.b. riformato, non compare in altre disposizioni aventi la medesima *ratio* – tra cui l'art. 23 t.u.f. – ove invece è prevista testualmente la sola legittimazione ad agire riservata al contraente debole, resta tutt'ora da capire se l'«operatività a vantaggio» abbia una propria consistenza concettuale, autonoma e distinta da quella della legittimazione relativa ad agire, o se si tratti sostanzialmente di sinonimi. Dubbio ingenerato, oltretutto, dal fatto che alla prima espressione non corrisponde un preciso significato operativo, mentre la seconda è chiara e univoca nel suo contenuto.

Una parte della dottrina ritiene che l'operatività a vantaggio sottenda una propria portata concettuale, e ne offre una lettura in termini di «selezione dell'interesse ad agire», sulla scorta di quanto avviene nel sistema francese per ogni ipotesi di nullità relativa. Ciò significa che, a fronte di una domanda diretta a far valere la nullità di protezione, il giudice deve vagliare l'interesse ad agire di chi la propone, ed ammettere l'azione solo se il suo accoglimento risultasse favorevole al contraente debole. In questa prospettiva, la nullità di protezione non costituirebbe un *aliquid novi* nel panorama delle invalidità negoziali, ma semplicemente la manifestazione più moderna della funzione protettiva che già si

conosceva come carattere proprio di una delle figure tradizionali di invalidità⁵⁵⁰. Questa lettura consentirebbe, peraltro, anche a soggetti diversi dal contraente debole (ove questi non si attivasse) di far valere il vizio della fattispecie, realizzando l'istanza di tutela che informa le nuove nullità⁵⁵¹.

La dottrina maggioritaria ha però avvalorato l'opposta teoria che assimila operatività a vantaggio e legittimazione relativa in un unico requisito, a rappresentare l'essenza della nullità di protezione⁵⁵².

La prima considerazione svolta a sostegno di questa tesi evidenzia come la selezione dell'interesse ad agire oneri il giudice di una valutazione difficile a priori e dall'esito comunque incerto.

È apparso, poi, contraddittorio legittimare soggetti diversi dal contraente debole ad azionare un'invalidità che è conformatata all'interesse esclusivo dello stesso, al quale deve essere consentito di rimanere inerte, e di attivarsi solo in risposta ad un'eventuale pretesa esecutiva della controparte forte⁵⁵³.

Tuttavia, il rilievo decisivo è quello secondo cui diverse norme del codice del consumo, con finalità analoga a quella dell'art. 36 c. cons., prevedono semplicemente che la nullità possa essere fatta valere solo dal consumatore, senza fare alcun riferimento all'operatività a vantaggio: così gli artt. 134, comma 1, in tema di vendita di beni di consumo e gli artt. 67-septies decies e 67-octies decies, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Inoltre anche l'art. 127 t.u.b., nel suo testo originario, prevedeva che la nullità potesse essere fatta valere solo dal cliente; l'attuale formulazione, ove compare anche il riferimento all'operatività a vantaggio, è dovuta semplicemente alla

⁵⁵⁰ A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., 77. S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione e interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, 427.

⁵⁵¹ È il caso, ad esempio, del fideiussore che, in qualità di debitore solidale, potrebbe agire contro la banca per far dichiarare nulla la pattuizione viziata, facendo ricadere i vantaggi di tale esito sul cliente, anche qualora quest'ultimo non partecipasse al giudizio. Così A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 302 ss.

⁵⁵² *Ex multis*, R. SACCO, in R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, 1504; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 86 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, 21; M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 715-717.

⁵⁵³ Riprendendo l'esempio del fideiussore, M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 TUB*, cit., 206 ss. evidenzia che l'ordinamento fornisce comunque al garante altri e sufficienti mezzi di tutela, nel rispetto della posizione del debitore principale. In questo senso, v. anche G. BOZZI, *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, V, t. 13, Torino, 2007, 239; G. STELLA, *Le garanzie del credito*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2010, 252. In giurisprudenza, cfr. Cass., 20 agosto 2003, n. 12225.

volontà di adeguare la disposizione al testo dell'art. 36 c. cons., nel frattempo divenuto norma di riferimento della categoria, senza però mutarne il *modus operandi*.

Alla luce di queste osservazioni si può concludere che le norme che recano la menzione dell'operatività a vantaggio rappresentano l'esito di una scelta terminologica del legislatore, allorché ha voluto tradurre nel linguaggio giuridico nazionale – prima nell'art. 1469-*quinquies* c.c. e poi nell'art. 36 c. cons. – la non vincolatività delle clausole di cui parla la direttiva 93/13/CE, da considerarsi forma primaria di tutela del contraente debole. Questa, però, non va riempita di significati ulteriori rispetto a quelli che già risultano dall'articolato normativo, come sopra ricostruito. Ed anzi, se il richiamo all'operatività a vantaggio deve essere letto come una riconferma della vocazione protettiva della nullità *de qua*, ciò porta a ricondurre all'espressione «operatività a vantaggio» proprio e solo il concetto di legittimazione relativa, dal momento che la scelta se azionare o meno la nullità appare la via che meglio realizza l'operatività a vantaggio – *id est* la tutela della parte debole – di cui parla il legislatore.

Quest'impostazione trova il conforto anche delle Sezioni Unite del 2014, le quali, nell'*obiter* dedicato alla nullità di protezione, consacrano in questi termini la figura⁵⁵⁴.

Ne consegue che il *revirement* dalle medesime inaugurato con la pronuncia del 4 novembre 2019⁵⁵⁵ non appare allineato con il razionale assetto delle regole operative della nullità di protezione, nella parte in cui si afferma che l'operatività della nullità di protezione ad esclusivo vantaggio del contraente protetto non si esaurisce in una dimensione unicamente processuale, ma trova riscontro anche sul piano sostanziale degli effetti, caducatori e restitutori, che conseguono all'accertamento giudiziale della nullità.

5.2. (Segue) – c) necessaria parzialità

⁵⁵⁴ Cfr. Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, *cit.*, in particolare punti 3.10, 3.12.1 e 3.13.3 della motivazione di entrambe le sentenze. La Corte parla in proposito di «legittimazione ad agire ristretta ai soli soggetti indicati dalla norma», di «legittimazione riservata» ed infine di «nullità relativa».

⁵⁵⁵ Sulla declinazione dell'operatività a vantaggio operata da Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, si rinvia a quanto ampiamente illustrato *supra*, al Capitolo 1, parr. 5 e 8.

Alla *ratio* protettiva obbedisce anche il carattere della necessaria parzialità, che, rispetto alle nullità di protezione, vale come regola generale e non eccezionale.

La disapplicazione generalizzata dell'art. 1419 c.c., che assume la volontà ipotetica delle parti quale unico parametro oggettivo alla stregua del quale decidere le sorti del negozio, si spiega in quanto la regola ivi consacrata si attaglia bene alla logica che informa le contrattazioni *inter pares*, caratterizzate dall'uguale forza negoziale delle parti, rispetto alle quali è ragionevole supporre la convergenza dei contraenti rispetto alla decisione sul mantenimento del contratto epurato dalle clausole nulle.

Viceversa le nullità di protezione operano in ambiti di mercato caratterizzati dalla diversa forza negoziale dei contraenti, e agiscono come rimedi *ex post* per ristabilire un equilibrio sostanziale che al momento della conclusione del singolo accordo mancava⁵⁵⁶. In un simile contesto è difficile pensare che esista una valutazione nei termini anzidetti condivisa dalle parti. Professionista e contraente debole sono infatti per definizione portatori di interessi contrapposti, e ciò fa sì che le clausole che vengono colpite da nullità siano tendenzialmente favorevoli al primo, comportando un sacrificio dei diritti del secondo; pertanto è ragionevole presumere che se il contraente debole invocasse la nullità della clausola viziata, il professionista potrebbe verosimilmente appellarsi al fatto che «non avrebbe concluso il contratto senza la parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità», decretando, *ex art.* 1419, comma 1°, c.c. la caducazione totale del negozio, e divenendo dunque arbitra delle sorti del negozio, in contrapposizione alla *ratio* della nullità in discorso⁵⁵⁷.

Perciò il legislatore ha dettato una norma *ad hoc* sul punto, fondata su un criterio che prescinde dalla volontà delle parti, sostituendovi quella del legislatore: nella valutazione di quest'ultimo l'interesse precipuo del contraente debole – cliente o consumatore – sembra essere quello di conservare, per quanto possibile, il vincolo negoziale senza la

⁵⁵⁶ Cfr. la Comunicazione della Commissione 2019/C 323/04, Orientamenti sull'interpretazione e sull'applicazione della direttiva 93/13/CE, punto 4.1: «Il carattere non vincolante delle clausole abusive nei contratti di cui all'articolo 6, paragrafo 1, è una disposizione imperativa attraverso la quale la direttiva mira ad affrontare questa disuguaglianza e a creare un equilibrio reale.

⁵⁵⁷ Sugli inconvenienti che potrebbero derivare dall'applicazione della regola generale di cui all'art. 1419 c.c. nella legislazione in esame si vedano G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 204 ss.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 121 ss.

parte viziata⁵⁵⁸. La necessaria parzialità della nullità di protezione risponde, dunque, a questa finalità⁵⁵⁹.

Perciò la scelta di limitare l'incidenza della nullità alle singole clausole colpite, tenendo fermo il regolamento residuo, concorre, assieme agli altri caratteri costitutivi del rimedio *de quo*, alla tutela del contraente debole, consentendogli di ottenere i vantaggi che il contratto gli può procurare, al netto degli aspetti pregiudizievoli.

Non solo; la parzialità della nullità costituisce anche estensione logica del suo carattere relativo e disponibile, nel senso che, venendo meno il giudizio previsto dall'art. 1419 c.c., solo la parte tutelata è arbitra delle sorti della fattispecie: solo il contraente protetto può infatti decidere in merito all'attuazione o alla caducazione della regola negoziale viziata. D'altro canto, la regola si giustifica anche in un'ottica pragmatica. È infatti verosimile pensare che, al momento della conclusione dell'accordo, il contraente debole sia disposto ad accettare l'inserimento delle clausole viziate come male minore rispetto alla prospettiva di rinunciare al bene o al servizio ricercato. Se cadesse l'intero negozio senz'altro non verrebbero conservate le clausole nulle, ma nemmeno gli effetti positivi per il consumatore o il cliente⁵⁶⁰. Anche per questa ragione è quindi necessario che il contratto sopravviva alla soppressione della clausola abusiva o *contra legem*, senza alcuna possibilità di revisione del contenuto della clausola da parte del giudice⁵⁶¹.

Ove, però, il negozio non possa sopravvivere senza le clausole nulle e la sua caducazione si riveli pregiudizievole per il contraente debole, la giurisprudenza della Corte di Giustizia

⁵⁵⁸ Il meccanismo è efficacemente descritto da V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 28.

⁵⁵⁹ Fin dall'introduzione dell'art. 36 c. cons. alcuni Autori hanno suggerito un'interpretazione meno rigorosa della prescrizione, diretta cioè ad ammettere, di fronte alla nullità di singole clausole, la caducazione dell'intero negozio, ove questa risulti tutelare meglio gli interessi del contraente debole nel caso concreto: cfr. M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, cit., 130. D'altra parte, sembrerebbe orientare in questo senso anche l'art. 6 della direttiva 93/13/CE, da cui l'art. 36 c. cons. trae origine, che dispone che la nullità della clausola abusiva non deve estendersi al resto del contratto, «sempre che quest'ultimo possa sussistere senza le clausole abusive». La scelta del nostro legislatore è quindi stata più netta rispetto a quella del legislatore europeo. A mente dell'obbligo di interpretare la normativa interna alla luce dello spirito della direttiva da cui promana, si comprende come un simile risultato potrebbe ammettersi solo se effettivamente corrispondente all'interesse del consumatore. Diversamente, si produrrebbe una regola analoga a quella dell'art. 1419 c.c., che è proprio quanto il legislatore ha voluto evitare.

⁵⁶⁰ R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., 1512.

⁵⁶¹ Così C. Giust. UE, 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*; cfr. anche C. Giust. UE, 13 marzo 2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, *Unicaja Banco y Caixabank*.

autorizza i giudici nazionali a sostituire la clausola nulla con una disposizione di legge⁵⁶², molto spesso indicata dalla stessa normativa di protezione. L'eventuale integrazione del contratto con parametri di legge concorre all'obiettivo, sopra evidenziato, di assicurare per quanto possibile la permanenza del vincolo negoziale, al netto dei profili sfavorevoli al contraente debole.

5.3. (segue) – d) rilevabilità d'ufficio

La rilevabilità ufficiosa è un tratto che viene tipicamente associato alla nullità codicistica, come indice del fatto che questa è collegata alla violazione di interessi generali della collettività; può quindi sembrare singolare che se ne parli con riferimento ad una nullità posta precipuamente a tutela di interessi individuali, e segnatamente facenti capo al contraente dotato di minore forza negoziale.

Gli Autori che si sono cimentati nel superare questa antinomia hanno evidenziato come la nullità di protezione sia posta a salvaguardia non solo dell'interesse del privato, ma anche del superiore interesse al corretto funzionamento del mercato, e ciò giustificerebbe la regola della rilevabilità d'ufficio.

In questo senso si sono espresse anche le Sezioni Unite del 2014, ove hanno descritto le nullità di protezione come forme di invalidità dalla «natura ancipite»⁵⁶³, a voler indicare che il ripristino dell'equilibrio reale, quale esito della declaratoria di invalidità, soddisferebbe allo stesso tempo sia il contraente debole, portatore dello specifico interesse immediato, sia il corretto andamento del traffico giuridico. Questa duplice matrice giustificerebbe, quindi, la compresenza dell'iniziativa privata e del controllo pubblico nel *modus operandi* della nullità di protezione.

L'indiscusso rilievo di cui sopra non elimina però la difficoltà di conciliare, sul piano sistematico, la funzione di garanzia del mercato svolta dal giudice con il proprio rilievo e

⁵⁶² C. Giust. UE, 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, cit., e C. Giust. UE, 13 marzo 2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, *Unicaja Banco y Caixabank*, cit.

⁵⁶³ Secondo Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243 cit., la natura ancipite delle nullità di protezione le pone in funzione non solo degli interessi generali del mercato (come accade per la nullità tradizionale), ma anche, e allo stesso modo, delle istanze individuali del soggetto debole della contrattazione.

la centralità che la posizione del contraente debole, unico arbitro delle sorti della fattispecie, assume nella dinamica delle nuove invalidità⁵⁶⁴. Anche sotto questo profilo, è stato determinante l'apporto della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha chiarito non soltanto l'importanza in sé del rilievo d'ufficio nella tutela del consumatore, ma anche secondo quali concrete modalità tale potere deve esplicarsi, delineando le linee a cui ogni sistema nazionale deve attenersi sul punto.

Per quanto concerne il primo aspetto, in più occasioni ha affermato che la valutazione d'ufficio del vizio della fattispecie è necessaria per assicurare l'effettività della tutela del contraente debole, al punto che, anche nei casi in cui la legge non la preveda espressamente, la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione va ritenuta implicita⁵⁶⁵. Per quanto concerne invece il secondo aspetto, si è detto che il giudice deve procedere al rilievo d'ufficio «a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine» e può farlo «a meno che il consumatore non si opponga»⁵⁶⁶. Da qui è stato ricavato il principio per cui l'esito dell'attività ufficiosa è inderogabilmente condizionato dal comportamento processuale del contraente debole; ed ancora si è specificato che, una volta avvedutosi del profilo di criticità, il giudice «deve, di norma, informarne le parti della controversia e invitarle a discuterne in contraddittorio secondo le forme previste al riguardo dalle norme processuali nazionali»⁵⁶⁷.

⁵⁶⁴ Il problema è stato avvertito dapprima con riguardo alla disciplina delle clausole vessatorie di cui all'art. 1341, comma 2°, c.c.⁵⁶⁴ ed in seguito in relazione alla soluzione accolta nella prima disciplina delle clausole abusive nei contratti del consumatore, di cui all'art. 1469-*quinquies* c.c., ove si prevedeva che «l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore». Ora che la scelta della nullità in luogo dell'inefficacia è divenuta esplicita nella disciplina delle clausole abusive trasposta nel codice del consumo, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio si prospettano compatibili, come dimostrato dalle soluzioni accolte nella disciplina della vendita di beni di consumo e in quella relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, ove legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio della nullità sono entrambe espressamente previste. Sul punto, per più ampi rilievi, si veda M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione, cit.*, 717 ss.

⁵⁶⁵ Cfr., *ex multis.*, C. Giust. UE, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, punto 26: «L'obiettivo perseguito dall'art. 6 della direttiva, che obbliga gli Stati membri a prevedere che le clausole abusive non vincolino i consumatori, non potrebbe essere conseguito se questi ultimi fossero tenuti a eccepire essi stessi l'illiceità di tali clausole [...]. Ne discende che una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d'ufficio tale clausola».

⁵⁶⁶ Così C. Giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-243/08 *Pannon*, considerata centrale per la definizione del *modus operandi* della nullità di protezione.

⁵⁶⁷ Così C. Giust. UE, causa C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt* e C. Giust. UE, causa C-488/11, *Asbeek Brusse*, punto 53.

Traducendo queste indicazioni nel linguaggio del nostro ordinamento, ne discende che il giudice che si avveda del profilo di nullità dovrà innanzitutto provocare il contraddittorio tra le parti, ai sensi degli artt. 182, comma 4°, e 101, comma 2°, c.p.c., e valutare poi il comportamento processuale del contraente debole, prima di sancire definitivamente la declaratoria di invalidità: perciò se il contraente debole mostrasse di voler raggiungere un esito incompatibile con la caducazione della clausola o del contratto viziato, accettando o addirittura invocando gli effetti negoziali (perché magari valutati in termini di maggiore convenienza, nonostante l'invalidità), al giudice sarà precluso l'accertamento della nullità.

Declinata in questo modo, la rilevabilità d'ufficio, lungi dall'essere espressione di un potere autoritativo in grado di sacrificare l'autonomia privata, si profila piuttosto come uno strumento tecnico posto ad ulteriore tutela del consumatore, poiché consente al giudice di intervenire nell'interesse di quest'ultimo, qualora non si fosse avveduto del profilo di nullità.

Anche la dottrina (dopo iniziali tentennamenti) e la giurisprudenza nazionale si sono orientate in questo senso, in particolar modo dopo che, nel 2014, le Sezioni Unite hanno chiarito che il rilievo officioso «sembra costituire il *proprium* anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate “di protezione virtuale”», confermando che «il potere del giudice di rilevarle *tout court* appare essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti – quali il corretto funzionamento del mercato, *ex art. 41 Cost.*, e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica – con l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela»⁵⁶⁸.

La Cassazione compie addirittura un passo ulteriore, andando a delineare nello specifico la dinamica operativa e funzionale del rilievo officioso, allineandosi anche in questo alle

⁵⁶⁸ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, *cit.*, punto 3.13.3 della motivazione di entrambe le sentenze.

indicazioni della giurisprudenza europea, affermando che se, a fronte del rilievo da parte del giudice della nullità di una singola clausola, la parte interessata decida di non avvalersene, chiedendo che la causa sia decisa nel merito, «il giudice, dopo averla (obbligatoriamente) rilevata, non potrà dichiarare, nemmeno in via incidentale, la relativa nullità»⁵⁶⁹.

Nella composizione dello statuto delle nullità di protezione, il rilievo officioso viene in definitiva ad assumere un ruolo portante, quale strumento di realizzazione della *ratio legis* protettiva. Perciò anche il profilo della rilevabilità d'ufficio si conforma alla funzione protettiva, imponendo all'intervento del giudice un limite generale, individuato nella necessaria corrispondenza del *decisum* all'interesse protetto, da verificare in concreto attraverso la valutazione del comportamento processuale tenuto dal contraente debole⁵⁷⁰. In questo modo la declaratoria di nullità risulta strumentale all'interesse di cui il contraente debole è portatore nel caso concreto.

5.4. (segue) – e) inefficacia originaria della fattispecie nulla

La ricostruzione della nullità di protezione quale forma di tutela disponibile solleva, in ordine al rapporto sostanziale sottostante, il problema di ricostruire gli effetti prodotti dal contratto relativamente nullo in pendenza della scelta, da parte del contraente legittimato, di avvalersi del rimedio posto a sua tutela.

⁵⁶⁹ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, *cit.*, punto 3.15, lett. a) della motivazione di entrambe le sentenze.

⁵⁷⁰ Meritano quindi accoglimento le tesi che, in presenza di nullità protettive, non ravvisano incompatibilità logica tra legittimazione riservata e rilevabilità d'ufficio della nullità, allorché si abbia cura di precisare che l'esercizio del potere giudiziale è condizionato alla valutazione dell'interesse concreto del contraente protetto⁵⁷⁰: e ciò non tanto nel senso che il giudice dovrebbe rilevare la nullità solo qualora essa si risolva a vantaggio di quello, quanto, piuttosto, nel senso che il potere officioso del giudice dovrebbe arrestarsi solo di fronte ad una domanda del consumatore-utente «sostanzialmente incompatibile col risultato derivante dalla rilevata nullità»⁵⁷⁰. In virtù del richiamo all'ordine pubblico di protezione, cui appare riconducibile la gran parte delle nullità di protezione, vi è anzi chi ritiene che il giudice, in presenza di una legittimazione riservata, sia sempre tenuto a rilevare d'ufficio la nullità, anche in difetto di una esplicita previsione normativa in tal senso, svolgendo così un ruolo di “supplenza” rispetto al contraente rimasto inerte in sede processuale, per carenze difensive⁵⁷⁰.

Le opzioni profilate sono due: efficacia immediata, ma precaria e inopponibile alla parte protetta, oppure inefficacia immediata, ma recuperabile, sul modello della *Schwebende Unwirksamkeit* di diritto tedesco⁵⁷¹.

La seconda è preferibile, sulla base di ragioni logiche e di diritto positivo.

Anzitutto il fatto che la nullità possa essere rilevata d'ufficio dal giudice implica che la relativa fattispecie si presenti *ab origine* come inefficace; diversamente si avrebbe una inammissibile ingerenza del giudice nella sfera dell'autonomia negoziale delle parti⁵⁷².

La medesima conclusione si ricava anche dall'inequivocabile indice testuale presente nel più volte citato art. 6 della direttiva 93/13/CE, ove si parla di «non vincolatività» delle clausole abusive: la regola sottende la fisiologica inettitudine delle stesse, in ragione del vizio che le affligge, ad essere operative per realizzare effetti conformi al loro contenuto. Si è già detto come l'art. 1469-*quinquies* c.c., risultato della prima trasposizione della direttiva, si esprimesse in termini di inefficacia delle clausole viziate; da quella inefficacia discende ora la nullità di protezione.

Anche l'inefficacia *ab origine* del negozio o di alcune sue parti concorre, come tutti i profili che vanno a costituire lo statuto delle nullità di protezione, a rafforzare la tutela del contraente debole.

Come evidenziato dalla giurisprudenza europea⁵⁷³, poi seguita dalla Cassazione a Sezioni Unite⁵⁷⁴, nella dimensione di una normativa di protezione non è pensabile onerare il contraente debole dell'agire in giudizio come unica via per far valere i propri diritti. Come già si è detto a proposito della legittimazione relativa, al contraente debole dev'essere consentito di rimanere inerte in attesa di un'iniziativa di controparte, a cui potrà rispondere in via di eccezione. Questo può accadere solo ove si postuli che il vizio della fattispecie la renda inoperante *ipso iure*. Ove, al contrario, il negozio viziato fosse efficace, sia pur provvisoriamente, il contraente protetto dalla legge dovrebbe iniziare un processo (sostenendone i costi) per far valere il vizio; e poiché spesso le controversie che

⁵⁷¹ È la tesi proposta da M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 432 ss.; sul punto si rinvia a quanto detto *infra*, al par. 6. Si veda anche M. MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, cit., 29 ss.

⁵⁷² Di simile avviso G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, cit., 20.

⁵⁷³ Così C. Giust. UE, 4 giugno 2009, causa C-243/08 *Pannon*.

⁵⁷⁴ Di nuovo, Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, cit.

riguardano i consumatori sono di scarso valore, un'iniziativa in questo senso sarebbe il più delle volte scoraggiata da una valutazione costi-benefici.

5.5. (segue) – f) sanabilità

Il secondo problema sollevato dalla ricostruzione della nullità di protezione quale forma di tutela disponibile è quello, opposto al precedente, della determinazione delle conseguenze della scelta del contraente legittimato di non azionare la tutela; in particolare, se a tale scelta possa attribuirsi una valenza *lato sensu* sanante della nullità stessa.

Quanto alle modalità, è pacifico che tale scelta debba tradursi nella volontà univoca di avvalersi della regola contrattuale. Quanto agli effetti, tale scelta non solo fa venir meno l'interesse ad agire in nullità, bensì più radicalmente consuma ed estingue sia il potere di azione della parte, sia il potere del giudice di rilevarla d'ufficio, cancellando l'inefficacia pendente (o, consolidando, sul piano sostanziale, l'efficacia precaria interinale, a seconda della ricostruzione della fase di pendenza cui si ritenga di aderire). La disponibilità della tutela assume, quindi, a seconda dei casi, o la forma dell'azione di nullità o quella della richiesta di esecuzione del contratto⁵⁷⁵.

Quest'ultima, secondo l'opinione oggi prevalente⁵⁷⁶, si traduce in un effettivo potere di stabilizzare la fattispecie nulla, consolidandone gli effetti; il che equivale a dire che la nullità di protezione è sanabile. Tale carattere si profila, oltretutto, come naturale *pendant* della legittimazione relativa coadiuvata dal rilievo ufficioso nei termini anzidetti, e, dunque, del carattere disponibile della tutela in esame.

Si è visto, infatti, che il contraente debole è eletto ad arbitro unico delle sorti della fattispecie: solo il contraente debole può infatti decidere se far valere la nullità di

⁵⁷⁵ G. AMADIO, *Nullità speciali: problema o sistema?*, cit., suggerisce come rispetto alla fattispecie dei contratti in tutto o in parte affetti da nullità di protezione si riproponga l'alternativa tra mantenimento della regola e sua caducazione, secondo una logica rimediabile simile a quella che sottende la scelta tra adempimento del contratto o sua risoluzione, cui è chiamato il contraente fedele dalle norme in tema di risoluzione per inadempimento.

⁵⁷⁶ Per la sanabilità della nullità di protezione, *ex multis*, G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione*, cit., 22; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011; S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 931 ss.; si vedano anche i profili problematici sollevati in proposito da G. AMADIO, *op. loc. ult. cit.*

protezione o assecondare il rilievo fatto d'ufficio dal giudice, o, in alternativa, opporvisi. Dunque, come sancito anche della Corte di Giustizia nella nota sentenza «Pannon»⁵⁷⁷, nella decisione di non dare seguito al profilo di nullità può essere ritenuta implicita la volontà del consumatore o del cliente di avvalersi degli effetti del negozio o della clausola viziati, consolidando così la fattispecie.

A una simile conclusione conducono anche ragioni meramente logiche: se la legge concede al contraente debole il potere di far dichiarare nullo il negozio, specularmente dovrebbe concedergli anche quello di stabilizzarne gli effetti, ove questo esito dovesse corrispondere al suo interesse: diversamente non si prospetterebbe una vera alternativa e non si potrebbe propriamente parlare di vera e propria “scelta” del contraente debole⁵⁷⁸. Non può considerarsi ostativo in questo senso il disposto dell'art. 1423 c.c., poiché alla stregua dei rilievi finora mossi la nullità di protezione può definitivamente ritenersi altro dalla nullità del codice civile. Perciò si può concludere che la nullità di protezione è sanabile.

La manifestazione della volontà sanante avrebbe non solo un effetto processuale, in termini di rinuncia all'azione, ma anche un significato sostanziale, e cioè quello di eliminare radicalmente, con effetto retroattivo, l'invalidità⁵⁷⁹. Questo per evitare che il

⁵⁷⁷ Cfr. C. Giust. UE, causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c. E.S. Györfi*, in particolare il punto 2 del dispositivo. Ma similmente si esprimono anche C. Giust. UE, causa C-488/11, *D.F. Asbeek Brusse e K. de Man Garabito c. Jahani BV.*, punto 49; C. Giust. UE, causa C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. J.C. Camino*, punto 63; C. Giust. UE, causa C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt*, punto 27, tutte in *eur-lex.europa.eu*.

⁵⁷⁸ M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 721, spec. nt. 85 ove altri riferimenti, chiarisce che, affinché il potere di sanare la fattispecie nulla non si ritorca contro il contraente dotato di minore forza negoziale, una valida dichiarazione sanante può essere fatta solo dopo che sia divenuto attuale l'esercizio del diritto disciplinato dalla clausola o dal negozio nulli, perché solo a partire da quel momento e non prima sarà dotato della consapevolezza necessaria all'uopo. A titolo di esempio: il consumatore potrebbe decidere di approfittare del recesso del professionista solo dopo che tale recesso sia stato in concreto esercitato, perché solo a quel punto il consumatore è davvero in grado di ponderare la sua scelta. Similmente, con riguardo alla clausola che stabilisce il foro competente, nessuna sanatoria sarebbe prospettabile prima che il consumatore sia stato effettivamente convenuto in giudizio, perché solo in quel momento egli può valutare la convenienza del foro indicato nel contratto. Depone in questo senso anche l'art. 134 c. cons., ove stabilisce che il consumatore può validamente rinunciare ai rimedi offertigli dalla legge solo dopo la comunicazione al venditore dell'esistenza di un difetto di conformità nel bene sopra indicato. Sono invece nulli i patti rinunciativi *ex ante*, cioè quelli conclusi quando l'esercizio dei diritti accordati dalla legge al consumatore acquirente non è ancora divenuto attuale.

⁵⁷⁹ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit., al punto 4.3. di entrambe le pronunce, lasciano comunque un certo margine per ragionare in questo senso, anzi un simile esito sembra addirittura auspicato quando le Sezioni Unite indicano tra i valori funzionali del processo il principio di corrispettività sostanziale.

contraente dotato di minor forza negoziale sia legittimato a tenere comportamenti contraddittori consapevoli, travalicando i limiti di una tutela ragionevole⁵⁸⁰.

Vi è però chi dubita che il potere del contraente debole di incidere sulla sorte della fattispecie in senso confermativo si traduca in un vero e proprio potere di convalida, svolgendo in proposito osservazioni non trascurabili.

Se fosse vero che, una volta dichiarata la volontà di far valere la regola contrattuale (o l'intero regolamento), venisse meno definitivamente e per chiunque la possibilità di far valere la nullità, indipendentemente dall'esecuzione del rapporto; e così, qualora il contratto "sanato" dovesse essere ceduto a terzi, il cessionario, che a sua volta sarebbe titolare della legittimazione relativa attiva, non potrebbe più azionare il rimedio.

Tale conclusione, che, a rigore, dovrebbe discendere dai tratti distintivi di una sanabilità nella forma di una convalida – e che non sembra creare problemi rispetto all'ipotesi del contratto annullabile, pone qualche criticità rispetto al contratto nullo.

La differenza si spiega alla luce di un dato che, nell'ottica della chiave di lettura adottata in questa sede, è opportuno puntualizzare, e cioè che la *Interessenlage* che il legislatore assume alla base delle prescrizioni di annullabilità non è la stessa cui sembrano ispirate le nuove figure di nullità.

La prima è infatti certamente ascrivibile al singolo, inteso come individuo, per cui la piena disponibilità della sanzione si spiega con la natura individuale dell'interesse che essa mira a proteggere; viceversa quelli presidiati dalle nullità di protezione non sono interessi individuali, bensì, più propriamente, «interessi seriali» o «di categoria», come più volte precisato. Nei confronti di questi ultimi il singolo contraente debole è senz'altro libero di valutare se sia preferibile far venir meno la regola contrattuale lesiva oppure ottenere l'esecuzione del rapporto che da essa discende: qualsiasi comportamento costituente inequivoca espressione di tale volontà esecutiva sarà idoneo a far venir meno il potere della parte di agire in nullità così come anche quello del giudice di rilevarla d'ufficio. Tuttavia, in quanto decisione di parte i cui effetti devono necessariamente essere limitati alla parte stessa, non potrà anche sottrarre all'eventuale successore nel rapporto contrattuale (ancora ineseguito) la possibilità di avvalersi del rimedio; se così fosse, la

⁵⁸⁰ In questo senso S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 163 ss., 214 ss.

scelta del contraente protetto finirebbe di fatto per tradursi in una decisione *erga omnes* in ordine alla stessa tutelabilità di quegli interessi.

6. *La nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali come “nullità pendente o sospesa” (Schwebende Unwirksamkeit)*

Nella proposta ricostruzione delle più ricorrenti regole operative della nullità di protezione si è cercato di evidenziare come ciascuna di queste risponda al fondamento del rimedio *de quo*, individuato nella *ratio* immediatamente protettiva di interessi di serie, da cui dipende il carattere disponibile della tutela in esame.

A chiusura del cerchio, si vuole ora suggerire, tra le diverse teorie che sono state elaborate per spiegare il *modus operandi* della nullità di protezione, quella che, a parere di chi scrive, meglio si accorda con la chiave di lettura adottata, poiché, oltre a rendere ragione di ciascuno dei sopra descritti caratteri in una prospettiva unificante, evidenzia il legame sussistente tra le nullità di derivazione europea e il sistema del codice, facendo così da cerniera tra il “vecchio” e il “nuovo”.

Una volta individuati nella legittimazione relativa ad agire e nella rilevabilità d’ufficio i tratti ricorrenti della nullità di protezione, cui conseguono come corollari l’inefficacia *ab origine* della fattispecie e la sua sanabilità, nei limiti poc’anzi precisati, al fine di ricostruire il *modus operandi* della nuova figura, ne è stata proposta la qualificazione come “nullità pendente o sospesa”, sul modello della *Schwebende Unwirksamkeit* tedesca⁵⁸¹: si tratta di una forma di invalidità che rende il negozio *ab origine* inefficace –

⁵⁸¹ Così M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 722, ove l’Autrice riprende la tesi ampiamente sviluppata in ID., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 441 ss. Questa particolare declinazione del fenomeno dell’invalidità si rinviene nell’elaborazione della Pandettistica, in particolare nell’opera di Windscheid, ove, accanto alla fondamentale contrapposizione tra nullità (*Nichtigkeit*) e annullabilità (*Anfechtbarkeit*), si trova la distinzione tra *entschiedene* e *unentschiedene Ungültigkeit* (invalidità decisa e indecisa), già nota, peraltro, nell’opera di Savigny. Al riguardo viene detto che «*das Recht lässt es einstweilen dahingestellt, ob das Rechtsgeschäft seine Anerkennung verdient oder nicht, und macht seine Entscheidung von dem Eintreten oder Nichteintreten eines künftigen ungewissen Umstandes abhängig* [il diritto lascia intanto in sospeso se il negozio giuridico meriti o no di venire da esso riconosciuto, e fa dipendere la sua decisione dal verificarsi o non verificarsi di una circostanza futura incerta]»: cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, 8. Aufl. bearbeitet von Th. KIPP, Frankfurt am Main, 1900, 364, e ID., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, trad. it., con le note di C. FADDA e P.A. BENSA, I, Torino, 1925, 268. La figura, con la denominazione tutt’ora in uso di *Schwebende*

per cui il rilievo della nullità si tradurrebbe nei modi di una sentenza di mero accertamento – la quale è tuttavia suscettibile di divenire efficace *ex tunc* con il sopravvenire di un elemento ulteriore, volto a sanare retroattivamente il vizio⁵⁸². Nel caso in esame, tale elemento sarebbe rappresentato dalla manifestazione di volontà in questo senso, proveniente dalla parte legittimata a far valere l'invalidità, la quale può essere considerata come una dichiarazione sanante solo se emessa nel momento in cui sia divenuto attuale l'esercizio del diritto disciplinato dalla clausola o dal contratto nullo. Per il resto, non c'è alcun limite temporale, né per far valere la nullità, né per sanarla.

A questa impostazione aderisce anche la dottrina italiana, la quale, già nell'immediatezza dell'entrata in vigore del codice civile del 1942, forte l'influsso della Pandettistica, si era cimentata nell'analisi delle caratteristiche strutturali e funzionali della nullità pendente, individuandone il connotato portante nella definizione successiva della fattispecie e indicando proprio la nullità relativa come uno dei casi tipici di sua manifestazione⁵⁸³.

Per questa ragione la nuova nullità appare assolutamente congruente con il sistema classico recepito dal codice del 1942.

Unirksamkeit, ha avuto fortuna nella dottrina tedesca classica, che in proposito ha rimarcato come sia l'ordinamento stesso a subordinare l'operatività del negozio al sopraggiungere di un elemento ulteriore (*Wirksamkeiterfordernis*), il quale diverrà, in tal modo, elemento costitutivo della fattispecie. Questa forma di invalidità è delineata come il naturale *pendant* dell'annullabilità (*Anfechtbarkeit*), la quale sottende un negozio inizialmente efficace che può essere in seguito posto nel nulla. Cfr. K. LARENZ e M. WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., 835 ss. Come riferito anche da M. GIROLAMI, (voce) *Nullità di protezione*, cit., 723, nt. 95, si parlava di *Schwebende Unirksamkeit*, in particolare, con riferimento all'esercizio del diritto di recesso, prima che sul punto fosse introdotto il § 361a, poi divenuto § 355 *BGB* a seguito della *Schuldrechtsmodernisierung* del 26 novembre 2001, *BGBI*, I, n. 61/2001, per la cui disciplina si rinvia a quanto detto *infra*, par. 9. A stretto rigore, al recesso andrebbe più propriamente associata l'inefficacia della fattispecie, non la sua invalidità. L'imprecisione è tuttavia frutto della frequente sovrapposizione della *Ungültigkeit* (invalidità) con la *Unirksamkeit* (inefficacia) da parte della dottrina tedesca, dovuta all'assolutizzazione che in quel contesto viene fatta del profilo sostanziale della fattispecie nell'analisi della materia. Per un più recente contributo sulla *Schwebende Unirksamkeit* nella dottrina tedesca del negozio giuridico si veda D. GIESEN, *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Berlin-New York, 2013, 229 ss.

⁵⁸² Quale sviluppo della tesi proposta, M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., 441 ss., e ID., (voce) *Nullità di protezione*, cit., 723, si riferisce alla nullità di protezione quale forma di invalidità negoziale rispondente al *modus operandi* della *Schwebende Unirksamkeit* in termini di «un vero e proprio *tertium genus* di invalidità, capace di convivere accanto a nullità di diritto comune e annullabilità».

⁵⁸³ Si vedano: E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., 478 ss., in particolare per l'assimilazione alla nullità relativa; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., 348 ss.; A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., 44 ss., il quale legge in termini di nullità sospesa gli artt. 599 e 790 c.c.; V. SCALISI, *Inefficacia (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 339.

Perciò la nullità di protezione, lungi dal rappresentare un elemento perturbatore in grado di scardinare l'assetto tradizionale della materia, mostra di poter convivere tranquillamente accanto a nullità e annullabilità, arricchendo il novero degli strumenti posti a presidio del corretto funzionamento del traffico giuridico⁵⁸⁴.

7. La ricerca di un coerente paradigma

La disamina sin qui condotta dimostra come la nullità, quale categoria rimediale, sia attualmente soggetta ad un processo di erosione, o, com'è stato detto con una formula efficace, di «destrutturazione»⁵⁸⁵.

Già la dottrina aveva cominciato a mettere in discussione il principio dell'assoluta e radicale inefficacia del contratto nullo, condensato nel brocardo *quod nullum est nullum producit effectum*⁵⁸⁶.

A seguito dell'ingresso massiccio delle nullità protettive nello scenario contrattuale, l'idea di nullità quale categoria rimediale unitaria, sia sotto il profilo del fondamento sostanziale (la necessaria tutela di un interesse generale) sia sotto il profilo del conseguente trattamento giuridico, ha ceduto il passo ad un'idea diversa dell'istituto: quella di una «disciplina di effetti del contratto rilevante, in tutto o in parte non congruenti col regolamento [...] posto dai privati, tramite congegni tecnici differenziati, in ragione della diversa composizione di interessi gradatamente realizzata dalla norma»⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ Anche Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, *cit.*, affermano che la nullità di protezione non scardina il sistema codicistico dell'invalidità.

⁵⁸⁵ Il riferimento è al *leitmotiv* dell'opera di A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, *cit.*

⁵⁸⁶ Sulla rilevanza del contratto nullo, pur a partire da differenti prospettive ricostruttive, si vedano: N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973, 107 ss.; G. IUDICA, *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, *cit.*, 79 ss.; R. TOMMASINI, *Nullità*, *cit.*, 873 ss.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, *cit.*, 43 ss.; S. MONTICELLI, *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, *cit.*, 11 ss., 65 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, *cit.*, 77 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, *cit.*, 48.

⁵⁸⁷ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, *cit.*, 11 ss., 49 ss. Il rilievo circa il sistema "plurale" della nullità non è nuovo: così G. IUDICA, *Impugnazioni contrattuali e pluralità di interessati*, *cit.*, 91: «in luogo della nullità come categoria logico sistematica, oppure come fattispecie unitaria di diritto positivo, esistono "le nullità" e cioè più statuti della invalidità»; nonché A. BELVEDERE, *Nullità nel codice civile e nella legislazione speciale*, in *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Milano, 1994, 9, il quale osserva che «non si può escludere a proprio che il nostro diritto positivo conosca una sola ed unitaria figura di nullità negoziale, ma diversi tipi di nullità»; ed ancora, G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, *cit.*, 1358,

Da strumento ubbidiente soltanto a un prestabilito e rigido schema contrattuale (art. 1418 c.c.), la nullità è divenuta, in prospettiva europea, un rimedio sempre più dipendente e relato, e cioè conformato non solo nella struttura e nella funzione, ma anche nel suo fondamento sostanziale, dal tipo di operazione contrattuale posta in essere, valutata sia dal punto di vista dello specifico assetto di interessi in gioco che sotto il profilo della particolare posizione delle parti coinvolte e della natura dei beni e servizi dedotti⁵⁸⁸.

La nuova vocazione della nullità europea, che da nullità-sanzione⁵⁸⁹ diviene nullità-funzione (di protezione)⁵⁹⁰, mette in discussione i principi tradizionali in tema di impugnazione. Ciò vale anzitutto per la legittimazione ad agire, ma con evidenti ricadute sulle altre regole operative: rilevabilità d'ufficio, sanatoria, natura della pronuncia giudiziale, al punto da incrinare la distinzione tra nullità e annullabilità.

Il sistema delle nullità di protezione, pur nella varietà e diversità delle sue forme, non può però prescindere dalla individuazione di un punto di collegamento unitario, che ne rappresenti il minimo comune denominatore.

Un primo sicuro dato unificante è rappresentato dalla finalità protettiva cui sono informate le nullità. E' infatti opinione unanime in dottrina che tutte le ipotesi di nullità nuove siano accomunate da un identico *fil rouge*, rappresentato dalla funzione cui le nullità appaiono preordinate⁵⁹¹: si tratta di nullità comminate per l'ipotesi di violazione di norme imperative di protezione, poste dal legislatore a tutela non tanto (o non solo) di interessi generali, ma anche (e soprattutto) di interessi particolari, o meglio «seriali», riferibili cioè a categorie o classi di contraenti, che condividono il ruolo di soggetti in situazione di strutturale debolezza negli scambi del mercato⁵⁹².

sottolinea «il passaggio da una concezione monolitica della nullità a una costruzione variegata e diversificata di nullità, ciascuna innervata su un diverso rapporto contrattuale, dal quale è condizionata, sia per la funzione e, a volte, anche per la disciplina»; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 490, prende atto della «frammentazione della categoria in una pluralità e molteplicità di modelli e corrispondenti statuti normativi».

⁵⁸⁸ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 490.

⁵⁸⁹ Cfr. N. IRTI, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 541 ss. e ID., *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, cit., 100 ss., 104.

⁵⁹⁰ Sulla nullità in funzione di protezione si vedano V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 499; ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, cit., 208

⁵⁹¹ Di «nullità-funzione» parla V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 499 ss; configura la normativa comunitaria come normativa di protezione P.M. PUTTI, *La nullità nella normativa di derivazione comunitaria*, cit., 2164; ID., *La nullità parziale*, cit., 370 ss., spec. 378.

⁵⁹² Cfr. C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., 624, ad avviso del quale l'interesse tutelato in via diretta è sempre un interesse generale, anche quando la nullità è prevista a vantaggio di singoli contraenti; così anche A.

Sotto questo profilo, le nullità di derivazione europea si pongono perfettamente in linea di continuità con quelle di diritto comune: già le nullità comminate dai codici proteggevano contro gli atti che, in quanto non realmente voluti o privi di concreta funzione economica, non arrecano utilità, con pregiudizio degli scambi. La politica economica comunitaria non ha fatto altro che sviluppare il presupposto della validità delle negoziazioni private sostenute da libertà e razionalità, facendo però propria, in aggiunta, l'idea che la razionalità di soggetti come consumatori, utenti o imprenditori minori nell'assetto effettivo del mercato fosse necessariamente limitata, a causa di asimmetrie informative, di propensioni psicologiche come l'avversione al rischio, della distanza, di pratiche commerciali sleali, aggressive o ingannevoli e dei fallimenti del mercato. La nullità di matrice europea persegue, quindi, l'obiettivo dell'efficienza e della correttezza del contratto, non solo a livello individuale, ma anche a livello del mercato⁵⁹³. È quindi un obiettivo di interesse generale, ma anche condizione della realizzazione degli interessi privati degli operatori economici.

Allo stesso tempo si è, però, osservato che l'intento protettivo, uguale in tutte le fattispecie ora considerate, viene espresso attraverso modulazioni e continui adattamenti della disciplina comune della nullità, che restituisce un modello non sempre costante e uniforme, in quanto tende a conformarsi allo specifico interesse la cui protezione il legislatore intende assicurare di volta in volta⁵⁹⁴.

Questo rilievo conduce ad un altro dato innegabile, e cioè che lo speciale trattamento giuridico riservato dal legislatore alle nullità nuove si caratterizza per deviazioni più o meno marcate rispetto alle regole ordinarie in tema di nullità.

Al riguardo, emerge un quadro certamente frammentato, in cui il tratto più ricorrente è rappresentato dalla legittimazione relativa all'esercizio dell'azione di nullità, spesso

GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia*, cit., 201, laddove ritiene «l'interesse seriale di una categoria [...] connesso strettamente all'interesse generale», considerazione, del resto, ampiamente sviluppata in ID., *La «nullità di protezione»*, cit., 77 ss.

⁵⁹³ Così A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., 113, ove si precisa che una scelta individuale razionale dà al singolo l'utilità perseguita e ne realizza la libertà, ma favorisce anche chi offre beni e servizi migliori ai costi più bassi. Elevare lo standard di qualità dei servizi forniti dalle imprese riduce le inefficienze, accresce il prodotto lordo e quindi il benessere generale.

⁵⁹⁴ Cfr. A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 131; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., 112 ss.; G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto*, cit., 291 ss.

accompagnato dalla rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, nonché dalla necessaria parzialità della nullità.

Limitandoci al profilo della legittimazione, all'interno della comune *ratio* protettiva si collocano nullità testualmente relative, in cui prevale decisamente la protezione dell'interesse del singolo quale esponente di una categoria protetta, quali le nullità previste dal t.u.b. o dal t.u.f., o ancora dal codice del consumo in materia di vendita di beni di consumo; ma anche nullità conseguenti alla violazione di norme riconducibili all'ordine pubblico di direzione, rispetto alle quali la legittimazione deve ritenersi assoluta, in ragione della preminente tutela di un interesse generale, quale quello alla efficiente regolazione del mercato⁵⁹⁵.

Questa è la ragione per cui, nonostante la comune *ratio* protettiva, a molti Autori è parso arduo ricondurre ad una categoria unitaria, sotto il profilo del trattamento giuridico, frammenti di discipline che sono, ad un tempo, eterogenee tra loro e incomplete⁵⁹⁶. In definitiva, il riscontro di alcune significative affinità di disciplina a fronte di numerose dissonanze, non è sembrato sufficiente a delineare una categoria unitaria di nullità speciale o protettiva, con un proprio statuto organico e completo, tale da costituire un coerente paradigma alternativo e concorrente rispetto allo schema disegnato dagli artt. 1418 ss.⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., 425, nt. 62, il quale, riprendendo la riflessione di G. IUDICA, *Impugnativa contrattuale e pluralità di interessati*, cit., 99 ss., *ivi*, 103, osserva come «ritrovi fondamento la tradizionale comminatoria di nullità laddove, accanto all'interesse privato (più o meno generalizzato) ricorra uno specifico interesse pubblico sorretto da una autonoma e immediata tutela (di cui la rilevabilità d'ufficio) a prescindere dall'iniziativa del privato».

⁵⁹⁶ M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 172.

⁵⁹⁷ Così: S. POLIDORI, *Discipline della nullità*, cit., 108, 113 ss., 123; dello stesso avviso sono anche R. QUADRI, *Le c.d. "nullità protettive"*, in F. BOCCHINI (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino, 2003, 413 ss., spec. 444 ss.; A. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 861 ss., spec. 874 e 876. Per contro, vi sono Autori orientati a ravvisare le linee di un sistema, ancorché parallelo a quello disegnato dagli artt. 1418 ss. c.c. Così, innanzitutto F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione, e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837 ss., spec. 862 ss., il quale rinviene nell'art. 36 c. cons., rubricato «Nullità di protezione», un modello di disciplina unitaria, applicabile a tutti i contratti tra professionista e consumatore; non solo a quelli previsti dal codice del consumo, ma anche a quelli contemplati in leggi speciali, laddove sussista violazione di norme imperative protettive, e salvo esclusione esplicita del regime protettivo o di una sua articolazione. Di simile avviso sono anche M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, cit., 55 ss.; ID., (voce) *Nullità di protezione*, cit., 723, la quale propone la tesi della nullità di protezione come *tertium genus* di invalidità accanto a nullità e annullabilità, e A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio"*. Per una critica ricostruttiva di Cass. SS. UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, 1, 98.

D'altra parte, e in un'ottica più allargata, vi è poi chi, al di là delle incongruenze interne alla materia della nullità di protezione, ravvisa in ogni caso uno scarto irriducibile tra queste e la nullità tradizionale. Lo dimostra il fatto che da più parti è stato negato il rapporto di genere a specie tra la disciplina codicistica e quelle di settore della figura, tanto da arrivare a propugnare l'idea ora di «sistemi tra loro paralleli (dei cosistemi cioè)»⁵⁹⁸, ora di «un modello di nullità antitetico rispetto a quello codicistico»⁵⁹⁹.

Di fronte alla «frammentazione della categoria in una pluralità [...] di modelli e corrispondenti statuti normativi, assai spesso eterogenei e distanti tra loro»⁶⁰⁰, altri interpreti hanno invece avvertito l'esigenza di ricercare una coerenza sistematica. Preso atto che, al pari delle più importanti categorie di diritto privato, «la nullità europea si coniuga ormai necessariamente al plurale»⁶⁰¹, si pone l'esigenza «della ricerca di un'identità che, salvaguardando la pluralità e le diversità, ne eviti la dispersione e la dissoluzione»⁶⁰². Del resto, il contesto ordinamentale consente attualmente di riferirsi agli statuti speciali della nullità in termini di discipline differenziate di un istituto unitario, in funzione delle sottostanti *rationes* normative.

E dunque in questa prospettiva si è detto, anzitutto, che le nullità speciali sono nullità: non sono generiche figure di inefficacia, né, tantomeno, ipotesi di annullabilità del contratto⁶⁰³.

⁵⁹⁸ A.A. DOLMETTA, *op. loc. ult. cit.* Cfr. anche A. DI MAJO, *La nullità, cit.*, 31 ss.

⁵⁹⁹ Così V. SCALISI, *Nullità e inefficacia, cit.*, il quale tuttavia afferma che «nonostante l'innegabile diversità che le contraddistingue l'una dall'altra, nullità codicistica e nullità europea non stanno in un rapporto regola-eccezione, trattandosi di sistemi che hanno uguale dignità e pari legittimità di coesistenza. Perciò la nullità europea non può quindi propriamente definirsi nullità speciale».

⁶⁰⁰ Così V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti, cit.*, 491.

⁶⁰¹ V. SCALISI, *op. loc. ult. cit.* Sul processo di pluralizzazione della nullità cfr. G. IUDICA, *Impugnativa contrattuale e pluralità di interessati, cit.*, 91 ss.; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico, cit.*, 83 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali, cit.*, 27 ss. e P.M. PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore, cit.*, 693 ss, 727; ID., *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria), cit.*, 703 ss.

⁶⁰² V. SCALISI, *Nullità e inefficacia, cit.*, 490 ss.; ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità, cit.*, 210 ss.; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 459 ss., 463; analoga esigenza di recupero del «senso dell'unità dell'istituto» viene avvertita da G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali, cit.*, 154 ss.

⁶⁰³ Nullità e annullabilità non sono più concepite come categorie antitetiche; oggi si è imposta l'idea che esse si collochino lungo una scala graduata di tecniche di tutela: così R. JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques*, Parigi, 1909, 178 ss., 271 ss.; A. FEDELE, *L'invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1942; G. CONSO, *Il contratto e le specie di invalidità*, Milano, 1955, 35-36; P. TRIMARCHI, *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico, cit.*, 191 ss.; R. SACCO, (voce) *Nullità e annullabilità*, in *Noviss. dig. disc. priv.*, 1965, vol. XI, Torino, 465 ss.; W. PAWLOWSKI, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, Göttingen, 1966, 9 ss., 36 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1967, H. BEER, *Die Relative Unwirksamkeit*, Berlin, 1975, W. FLUME,

In quanto nullità, in esse non può mancare un processo di sintesi tra l'interesse pubblico⁶⁰⁴ e gli interessi particolari di volta in volta protetti, i quali rilevano non solo in sé, ma in funzione di un'appartenenza categoriale. Vi è quindi un interesse generale al fondamento di un simile ordine pubblico di protezione che, da un lato, reclama effettività degli interessi in gioco, ma dall'altro non consente la tutela incondizionata di uno solo di essi. E dunque si protegge sì il consumatore, il cliente – della banca, dell'assicurazione, dell'impresa turistica, dell'intermediario finanziario – l'impresa in condizioni di dipendenza economica, il promittente acquirente di immobili da costruire, e così via, concretizzando la tutela in termini individuali, ma sull'immane presupposto dell'ascrivibilità di un tale soggetto ad una categoria altrimenti sottoprotetta, quindi in vista della funzionalità del relativo mercato.

Perciò, sotto il profilo degli interessi protetti, la nullità si presenta come genere comune, che accoglie diverse specie e quindi diverse discipline. Il tratto unitario del genere è, come si è visto, la funzione della nullità di proteggere insieme l'interesse privato e l'interesse generale; tale funzione viene però declinata secondo modalità differenti a seconda di quale, tra i due interessi, risulti preminente. Nel caso della nullità tradizionale sarà più sollecitata la tutela dell'interesse pubblico; viceversa nel caso della nullità di protezione prevarrà la tutela dell'interesse privato.

A fronte di un simile presupposto, la materia delle nullità di protezione risulta unificata da un profilo funzionale costante – quello della tutela del contraente debole – cui si conformano alcuni indici tipizzanti di disciplina: legittimazione relativa, parzialità necessaria, rilevanza d'ufficio (nella sua particolare declinazione a vantaggio del contraente debole), inefficacia originaria della fattispecie e sanabilità. Ciò fa sì che la nullità di protezione sia una forma di tutela civile complessivamente contraddistinta dal carattere disponibile, nel senso che è rimesso alla scelta discrezionale del contraente protetto la decisione di attivare la tutela, e cioè di far valere la nullità, o viceversa di far

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, *Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg, 1979, 548 ss.; R.M. BECKMANN, *Nichtigkeit und Personenschutz*, Tübingen, 1998; A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1454 ss. Questa idea, certamente condivisibile, ha però condotto al tentativo di appiattare taluni aspetti della disciplina delle nullità di protezione su quella dell'annullabilità.

⁶⁰⁴ L'interesse pubblico, nel concreto atteggiarsi delle tecniche di tutela può ben divenire «*ratione publicae utilitatis secundario*», come evidenziato da A. ESMEIN, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, cit., 248 ss.

valere il regolamento nullo. Questa funzione complessiva costituisce il criterio ermeneutico attraverso cui risolvere ogni problema connesso alla figura.

Al netto di questo profilo, va poi opportunamente riconosciuto che anche le nullità di protezione del diritto europeo sono diverse tra loro. Si tratta forse dell'aspetto che più vale la pena evidenziare, dal momento che spesso la dottrina, nel costruire la categoria e nel cercarne l'unitaria disciplina, trascura il fatto che le nullità di protezione non sono tutte uguali. Tutte sono di contemporanea protezione dell'interesse privato e difesa dell'ordine pubblico (economico), ma non tutte lo fanno allo stesso modo. In alcuni casi è in discussione una clausola, in altri l'intero contratto. Talora l'irrazionalità è certa, altre volte è solo presumibile. In alcuni casi il pregiudizio sofferto dalla parte protetta è tale da giustificare senz'altro che sia liberata dal patto, in altri essa può avere più interesse a mantenerlo piuttosto che reimmettersi nel mercato. Di qui una disciplina delle nullità di protezione necessariamente variegata. In ciascuna specie di nullità di protezione, attese le caratteristiche del caso, la disciplina sarà diversa in quanto dipende dalla possibilità, nelle particolari circostanze, di realizzare l'interesse generale senza detrimento dell'interesse privato protetto. La logica è la seguente: ammettere in linea di principio la più ampia possibilità di eliminare i patti irrazionali, ad eccezione delle ipotesi in cui far valere la nullità realizzerebbe l'interesse generale, ma danneggerebbe l'interesse privato protetto.

Alla luce delle differenziazioni interne che la categoria rimediale ha conosciuto e continua a conoscere, si può parlare a ragion veduta di una nullità «graduata nel proprio fondamento e differenziata quanto alla disciplina volta a volta applicabile»⁶⁰⁵, in relazione alla necessità di tutelare gli interessi ritenuti meritevoli dal legislatore nelle situazioni di strutturale debolezza contrattuale di una delle parti, e alla luce del contesto complessivo in cui si realizza l'operazione economica di riferimento⁶⁰⁶. Tale descrizione si accorda,

⁶⁰⁵ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 9.

⁶⁰⁶ Cioè quell'insieme di fattori esterni al contratto, dai quali dipende la qualificazione del medesimo come nullo, e che contribuiscono a rendere «il giudizio di nullità più discrezionale, più oscillante, meno sicuro»: così anche V. ROPPO, *Il contratto*, cit., 752, il quale richiama «il contesto di circostanze che fa da cornice alla conclusione del contratto», oppure i fattori che riguardano «l'impatto che il contratto potrà avere su una certa realtà esterna»; simili considerazioni sono svolte altresì da A. DI MAJO, *La nullità*, cit., 128 e da A. GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 264.

del resto, con l'accolta nozione di nullità come qualificazione negativa dell'atto rilevante, ad intensità variabile, cui corrispondono distinti e speciali trattamenti del negozio nullo. Appare così più chiaro il rapporto tra nullità di protezione e nullità codicistica: non si tratta di modelli tra loro in antitesi, bensì di diverse forme – o declinazioni, se si preferisce – di un istituto unitario nel suo fondamento, le quali si differenziano nel trattamento giuridico in ragione del maggiore o minor disvalore connesso alla fattispecie rilevante, nonché dell'assetto di interessi in gioco.

Può convenirsi allora con l'opinione di chi richiama il termine «polimorfismo» – già utilizzato per «esprimere la vocazione del contratto a dimensionarsi in figure antiche e nuove»⁶⁰⁷ – per descrivere e comprendere anche le «figure antiche e nuove» della nullità⁶⁰⁸, alludendo chiaramente non ad una «frantumazione, che implica l'idea di rottura», ma ad una «pluralità di “forme” o modi di apparire riferibili tutti ad un'unità»⁶⁰⁹. Questa identità di fondo viene ritrovata nel dato «unitario e costante» rappresentato dal concetto di rilevanza, tratto comune a tutte le ipotesi di contratto nullo, «mentre il profilo variabile e come tale necessariamente diversificato e multiplo, è rappresentato dall'efficacia»⁶¹⁰.

Logico corollario di questa tesi è che, in rapporto alla categoria generale dell'invalidità, la disciplina, o meglio, le discipline della nullità di protezione possono essere assunte come statuto normativo speciale, ma non eccezionale. Ne consegue in primo luogo che il riferimento al *nomen* nullità andrà inteso come espressione di sintesi, che rende applicabili tutte le regole del paradigma generale, se e in quanto non derogate dalla disciplina speciale, e interpretate comunque in conformità alla funzione protettiva. In secondo luogo, il nuovo statuto normativo potrà ritenersi applicabile in tutti i suoi aspetti

⁶⁰⁷ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore*, cit., 31.

⁶⁰⁸ È l'idea prospettata da M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 174.

⁶⁰⁹ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore*, cit., 27 ss., il quale sottolinea, con riferimento al contesto più ampio della disciplina contrattuale, come «la realtà contemporanea, con la complessità scaturente dal fenomeno della c.d. globalizzazione, richiede al giurista di maturare una vera e propria vocazione al polimorfismo».

⁶¹⁰ Così V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 507, il quale ha osservato come, anche sotto questo profilo, la nullità europea abbia fornito importanti indicazioni, «mostrando che la nullità non è irrilevanza, anzi presuppone la rilevanza, e come tale può anche comportare la produzione di effetti, anche se eliminabili. La nullità europea si presenta come qualificazione negativa (non inqualificazione) di un negozio rilevante, da cui possono discendere effetti di varia intensità ed estensione, in base al tipo di operazione posta in essere»; sul punto si veda anche G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 167 ss.

ogni qual volta ricorra una previsione normativa di nullità caratterizzata dalla medesima funzione protettiva unilaterale.

Tutto ciò si riflette non solo sul fondamento della specialità della tutela, ma anche sui limiti di questa, in ragione della necessaria sintesi tra gli interessi in conflitto. In questo quadro deve declinarsi anche la tutela restitutoria.

8. *Disponibilità della tutela ed esercizio selettivo della nullità: una falsa corrispondenza*

A fronte del delineato quadro della nullità di protezione, il primo interrogativo che la pronuncia a Sezioni Unite pone all'interprete è se, in una logica di massima estensione della tutela del contraente debole, la disciplina della nullità possa essere derogata sotto il profilo delle conseguenze sostanziali e processuali che derivano dalla sua declaratoria⁶¹¹; in particolare, se la disponibilità della tutela in esame possa essere estesa al punto tale da riconoscere al cliente-consumatore addirittura un potere di selezione discrezionale degli effetti della nullità⁶¹².

Come più volte si è avuto modo di ricordare, la problematicità della vicenda risiede nella difficoltà di conciliare due diverse istanze: da un lato, la necessità di giustificare la sopravvivenza di alcuni atti esecutivi (gli ordini di investimento andati a buon fine), che non sarebbero colpiti dall'azione di nullità utilizzata in modo selettivo, dipendenti da un titolo (il contratto quadro) ormai inefficace, e dall'altro la necessità di giustificare la preclusione per l'intermediario di agire con l'azione di ripetizione di indebito, questione connessa alla possibile interpretazione del dato che la nullità di protezione debba operare esclusivamente a vantaggio dell'investitore⁶¹³.

⁶¹¹ Cfr. M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 154.

⁶¹² Tale estensione, si ribadisce, avverrebbe, secondo la Corte, a mezzo del carattere dell'operatività della nullità di protezione a vantaggio del contraente legittimato a farla valere, interpretato dal Collegio non quale sinonimo della legittimazione relativa all'azione di nullità nel senso sopra riferito, bensì come autonomo profilo sostanziale della tutela del contraente debole, consistente, per l'appunto, nel potere di circoscrivere secondo la propria scelta gli effetti caducatori e restitutori conseguenti alla pronuncia di nullità.

⁶¹³ A. BARBA, *Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 902, rileva come l'impostazione della questione ermeneutica e dogmatica racchiusa nella formula,

Secondo le Sezioni Unite, l'esistenza di uno statuto giuridico della nullità di protezione⁶¹⁴, vale a dire di un insieme di tratti ricorrenti nella disciplina delle diverse fattispecie riconducibili a questa forma di nullità, consentirebbe di attribuire in via analogica tutte le regole operative ad esso ascrivibili ad ogni ipotesi concreta di nullità di protezione, anche qualora la relativa disciplina positiva non menzioni espressamente taluna di quelle regole. Esemplificando con riferimento al caso di specie, all'art. 23 t.u.f., che si limita a prevedere che «la nullità può essere fatta valere solo dal cliente» andrebbe applicato anche quanto previsto da altre norme dettate in tema di nullità di protezione, quali ad esempio gli artt. 117 e 127 t.u.b.⁶¹⁵ e ovviamente l'art. 36, comma 3°, c. cons., nei quali, come noto, oltre alla legittimazione esclusiva è previsto anche che «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice»⁶¹⁶. Proprio su quest'ultima disposizione viene radicato il fondamento dell'estensione del regime di protezione del

suggestiva quanto insidiosa, della 'nullità selettiva' consista nel riconoscere la rilevanza del 'vantaggio' a favore del consumatore, utilizzato come medio argomentativo tra disciplina dell'invalidità e disciplina delle restituzioni contrattuali, per la ricostruzione di un dispositivo rimediabile adeguato alla funzione di protezione non solo con riguardo alla nullità, ma anche con riguardo alla ripetizione dell'indebito.

⁶¹⁴ L'idea di uno "statuto" della nullità di protezione è stata inaugurata dalle sentenze gemelle Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, *cit.* Sul punto si vedano, in dottrina: C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020, 146; V. CARBONE, "Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto, in *Corr. Giur.*, 2015, 88; M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 TUB (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, *cit.*, p. 1616; I. PAGNI, *Nullità del contratto – Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2015, 225 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, 197; C. CONSOLO e F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. Giur.*, 2015, 6; F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite*, in *Dir. Civ. Cont.*, 2015, 6. Per un'ampia ricognizione in ordine al più generale orientamento giurisprudenziale di rilettura del sistema delle impugnative negoziali, nell'ottica di valorizzare l'effettività della tutela fornita dal rimedio della nullità, soprattutto di protezione, si veda C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. it.*, 2019, 765.

⁶¹⁵ Con la modifica introdotta dall'art. 4, comma 3°, D.Lgs. n. 141 del 2010, 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"; perciò si applica anche in relazione alla previsione della nullità del contratto per difetto di forma ex art. 117, commi 1° e 3° (rimasti invece immutati).

⁶¹⁶ In ordine alla interpretazione da attribuire all'effetto vantaggioso della nullità di protezione si veda A. BARBA, *Nullità di protezione*, *cit.*, 908. Sul punto cfr. anche A. DI MAJO, *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 531 ss.; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, 128 ss. Circa la necessità di una soluzione rispettosa del principio di proporzionalità del rimedio allo scopo si veda anche C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, 741 ss.

contraente debole, anche ove la nullità abbia riguardo non ad una sola clausola ma all'intero contratto, come nel caso in esame⁶¹⁷.

Perciò la questione teorica sollevata dal caso coinvolge, ancora una volta, l'interpretazione dell'effettiva portata della regola dell'operatività a vantaggio, da cui è strettamente dipendente l'estensione dello statuto della nullità di protezione, al di là di quanto dispone il legislatore. La domanda è se l'operatività della nullità ad esclusivo vantaggio dell'investitore possa spingersi fino a bloccare la "bidirezionalità" dei normali effetti processuali e sostanziali dell'azione di nullità, con la conseguenza che solo all'intermediario sarebbe precluso avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, per lui vantaggiose. E di conseguenza se il contraente privo della legittimazione a far valere la nullità di protezione possa soltanto subire gli effetti della dichiarazione di nullità selettivamente definiti nell'azione proposta dalla parte esclusiva legittimata.

Dopo aver affermato che si possa configurare una disciplina generale comune a tutte le nullità di protezione, salvo differenze di dettaglio ove previste da una normativa specifica di settore, le Sezioni Unite 2019 hanno conseguentemente ritenuto che la disciplina dell'art. 23 t.u.f. andasse integrata anche con la previsione che la nullità deve operare solo a vantaggio del consumatore. Hanno poi formulato una interpretazione estremamente estensiva del contenuto di questa disposizione, in forza della quale il regime giuridico delle nullità di protezione opererebbe sul piano della legittimazione processuale e degli effetti sostanziali esclusivamente a favore dell'investitore, in deroga agli artt. 1421 c.c. (legittimazione all'azione di nullità) e 1422 c.c. (in ordine alle azioni di prescrizione e di ripetizione)⁶¹⁸. Specificando, altresì, come l'azione rivolta a far valere la nullità di alcuni ordini di acquisto richieda l'accertamento – suscettibile di acquisire efficacia di giudicato – dell'invalidità del contratto quadro, dei cui effetti però l'intermediario non può avvalersi: in particolare gli sarebbe preclusa la legittimazione ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c.

⁶¹⁷ Cfr. C. SARTORIS, *Nullità selettiva*, cit., 770; D. RUSSO, *Dimensione del vizio, nullità «selettiva» e conformazione dei negozi*, Napoli, 2020, 120.

⁶¹⁸ In ordine alla operatività "piena" degli effetti della nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. si vedano A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia*, cit., 205; ID., *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., 403 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale - nullità di protezione*, cit., 16.

Com'è evidente, l'approdo della giurisprudenza di legittimità ha posto l'attenzione su un tema di grande attualità e rilievo, in ordine alla configurabilità di uno statuto normativo comune alle nullità di protezione, in grado di differenziarsi da quello proprio delle nullità in generale e soprattutto in ordine alla effettiva ampiezza della tutela del consumatore, arrivando a ritenere che una volta dichiarata la nullità di protezione questa non sarebbe assoggettata alla disciplina delle conseguenze restitutorie proprie del regime generale della nullità⁶¹⁹.

L'automatismo con il quale si fa discendere, dal fatto che la nullità sia posta a vantaggio esclusivo del consumatore, la preclusione per l'intermediario di avvalersi degli effetti diretti di tale nullità, tra i quali la legittimazione ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c., suscita delle perplessità quantomeno sotto il profilo della disinvoltura argomentativa, che tralascia la riflessione su alcuni snodi che è difficile non considerare, se non compiendo un salto logico e una notevole forzatura del sistema. Dalla previsione che la nullità deve essere a vantaggio del consumatore alla riscrittura delle conseguenze effettuali della nullità il passaggio appare, infatti, tutt'altro che consequenziale⁶²⁰. Affermare che l'intermediario non possa agire in via riconvenzionale

⁶¹⁹ Così A. ALAMANNI, *Nullità selettiva e ordini di investimento: espediente linguistico o ampliamento dello statuto delle nullità di protezione?*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n° 16-bis, 2022, 1806. Non sono mancate le voci critiche nei confronti della prospettata interpretazione della disciplina della nullità di protezione, e dunque della figura della nullità selettiva. Si inseriscono in questo filone S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 169 ss.; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, *ivi*, 163 ss.; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione*, *cit.*, 157; A. 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, 32 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, *ivi*, 176 ss., il quale rileva come appaia un percorso argomentativo arduo quello che estenda la regola di legittimazione esclusiva del cliente a far valere la nullità, sancita dall'art. 23, comma 3°, t.u.f., al piano della disciplina delle azioni di ripetizione conseguenti alla nullità; cfr. sul punto anche U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca, Borsa, tit. cred.*, 2017, 828 ss. G. PERLINGIERI, *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1105 ss., suggerisce di ricondurre alla problematica della sanabilità dell'atto nullo, l'ipotesi, come quella in esame, in cui un contratto, in linea teorica nullo per mancanza di forma scritta, risulti comunque vantaggioso per il contraente tutelato. In questo caso, infatti, il contraente debole potrebbe avere interesse a convalidare o sanare il negozio, senza alcun detrimento per gli interessi tutelati dalla normativa statuyente la nullità, dal momento che il mancato rispetto del vincolo formale non ha determinato, in concreto, quello squilibrio contrattuale che gli obblighi di forma nei contratti asimmetrici mirano ad evitare. In quest'ottica, «sarà il giudice a dover valutare l'opportunità di configurare o meno una convalida o altra forma di sanatoria, anche al fine di evitare un uso abusivo della domanda di nullità da parte del contraente protetto».

⁶²⁰ Cfr. in tal senso M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione*, *cit.*, 157, la quale rileva come la *ratio* protettiva della nullità ex art. 23 t.u.f. non possa spingersi fino ad un utilizzo arbitrario dello strumento invalidante accordato all'investitore, interferendo con le regole generali che disciplinano le

chiedendo la ripetizione delle cedole riscosse in forza delle operazioni eseguite sulla base del contratto quadro nullo, poiché la nullità può valere solo a vantaggio dell'investitore, equivale a dire che, nonostante la dichiarazione di nullità del contratto-quadro, non si determinerebbe quale conseguenza naturale e imprescindibile la rimozione *ab origine* del titolo, che continuerebbe ad essere parzialmente vincolante⁶²¹. Il che comporta un'evidente alterazione della modalità di produzione degli effetti della nullità. A ciò si aggiunga che, se è vero che gli effetti di un contratto in date circostanze possono risultare esclusi nei confronti di determinati soggetti terzi, nei rapporti interni ciò è quantomeno discutibile: apparendo l'effetto contrattuale non scindibile, non si vede come non possa prodursi nei confronti di entrambe le parti⁶²².

Le contraddizioni insite in questa ricostruzione sono evidenti. Da un lato, nonostante le obbligazioni scaturenti dall'ordine di investimento siano prive di giustificazione causale, giusta la nullità del contratto quadro, le parti rimarrebbero di fatto vincolate ad alcune di esse; dall'altro, guardando la vicenda da una diversa prospettiva, l'efficacia di alcuni atti esecutivi sopravviverebbe alla dichiarazione di nullità del contratto da cui traevano la loro giustificazione causale⁶²³.

L'esclusivo vantaggio inteso quale oggettiva limitazione "unidirezionale" della propagazione degli effetti negoziali tra le parti, si trasformerebbe dunque in una sorta di inefficacia relativa *inter partes*, sostanziandosi in una forma di inopponibilità nei confronti

conseguenze della nullità contrattuale, dovendosi piuttosto esaurire con la scelta della parte legittimata di agire o di rinunciare all'azione.

⁶²¹ È stato rilevato anche che il riferimento alla esclusiva operatività a vantaggio del consumatore segue di norma alla previsione della rilevanza d'ufficio, per cui potrebbe ragionevolmente interpretarsi nel senso che ove venga rilevata dal giudice, l'inefficacia del contratto o della clausola non potrebbe in ogni caso operare, ove ciò non soddisfi l'interesse del consumatore. In questo senso cfr. M. NUZZO, *Accertamento della vessatorietà, sub art. 1469-ter comma 1° e 2°*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1997, 1144 ss.; A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori, Tratt. dei contratti Gabrielli*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, Torino, 2005, 401 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione, cit.*, 24; M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus*, cit., 66.

⁶²² Così: V. SCALISI, *Inefficacia (diritto privato), cit.*, 353 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, (voce) *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, 11, il quale evidenzia come appaia incongruente che un atto possa produrre i suoi effetti per alcuni soggetti e non per altri.

⁶²³ Secondo S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 679 ss., «se la nullità è dell'accordo quadro, non si riesce a comprendere come l'inefficacia originaria di questo non dovrebbe trascinare con sé quella di tutti gli ordini esecutivi successivi. L'argomento secondo cui è proprio della nullità di protezione funzionare da tecnica selettiva per ottimizzare la finalità di deterrenza che le è consustanziale, vistosamente zoppica».

dell'investitore⁶²⁴. Si tratta di una conclusione molto forte e dalle conseguenze dirompenti, che, in assenza di un evidente appiglio legislativo, pare difficile affermare in via soltanto interpretativa.

Sebbene sia vero che è propria della logica del rimedio una graduabilità dell'efficacia della fattispecie colpita da nullità, a seconda della configurazione degli interessi in questa coinvolti e delle conseguenti istanze di tutela, è altrettanto vero che spetta al legislatore, e non alle parti, determinare come tale graduazione debba concretizzarsi; è infatti il legislatore il soggetto deputato a dare risposta alle specifiche esigenze di tutela che vengono in rilievo nel traffico giuridico, effettuando la necessaria sintesi tra interessi generali e particolari (eventualmente tra loro confliggenti) e traducendola in effetti giuridici. Per cui gli effetti discendenti da una fattispecie nulla, indipendentemente dal fatto che sia governata da norme di diritto comune o di diritto speciale, sono sempre (pre)determinati dal legislatore, mai rimessi all'arbitrio delle parti.

Ne consegue che anche nel caso della nullità di protezione, ove la disponibilità della tutela è massima, alla parte protetta, unica legittimata ad esperire l'azione di nullità, spetta solo la decisione in ordine all'attivazione della tutela, se ciò risponde al proprio interesse, ma non anche il potere di determinare le modalità concrete in cui la tutela attivata si esplica. Si ritiene, in definitiva, che in ciò consista il limite, necessario e invalicabile, al carattere disponibile delle nullità nuove o speciali, connotate da una *ratio* protettiva.

In ogni caso, la unidirezionalità della legittimazione ad agire, sia in via diretta che in via eccezione, pare potersi riferire alla sola azione di nullità, e non già anche alle azioni derivanti dalle conseguenze determinate dalla dichiarazione di nullità, quale è l'indebito, avente una sua autonomia logica e funzionale rispetto all'azione di nullità. Su questo punto si avrà modo di svolgere più approfondite riflessioni in seguito.

L'interrogativo da porsi sin d'ora è sulla base di quale criterio sia possibile concepire quella distinguibilità, nel trattamento giuridico, fra gli effetti di un medesimo contratto che sembrerebbe essere sottesa al *dictum* della Cassazione.

⁶²⁴ Così A. ALAMANNI, *Nullità selettiva e ordini di investimento*, cit., 1808, spec. nt. 47, ove l'Autrice afferma che «si determinerebbe una sorta di inopponibilità degli effetti della dichiarazione di nullità nei confronti di una delle parti del contratto ove ciò non sia a vantaggio del consumatore. Sul punto vi è discussione». *Contra*: P. CHIRICO, "Art. 1469-*quinquies*", in E. CESARO (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 2001, 486.

Recuperando il riferimento specifico all'operazione di investimento, si potrebbe argomentare, a sostegno della praticabilità della nullità selettiva, che questa, facendosi valere con riguardo solo ad alcuni ordini di investimento, non determinerebbe un inammissibile frazionamento o smembramento del rimedio, giusta l'autonomia funzionale degli ordini in discussione rispetto al contratto quadro in forza del quale operano: suggerendo così un ridimensionamento del raccordo con il contratto quadro – la cui nullità viene in considerazione – nel suo significato di collegamento funzionale.

Tuttavia, a tale prospettazione è facile obiettare che, se la nullità incidesse su operazioni ritenute distinte, con difficoltà si potrebbe parlare di nullità “selettiva”, invece che di nullità *tout-court* autonoma⁶²⁵. Al riguardo, non può tralasciarsi che la nullità del contratto quadro, ove inteso in senso tecnico, non può che proiettarsi sugli atti che ne costituiscono l'attuazione; se così non fosse, si profilerebbe il diverso scenario di singole operazioni aventi una propria referenzialità, anche formale, tale da giustificare una loro qualificazione autonoma ed allora il problema della nullità selettiva non si porrebbe nemmeno.

La conclusione che si può trarre è che la tutela del consumatore, pur marcatamente caratterizzata dalla disponibilità e flessibilità, non può prescindere da una lettura rigorosa e coerente delle regole. Si pensi che, per questa via, tale estesa concezione di protezione del consumatore si risolverebbe nell'attribuire al consumatore un indeterminato potere dispositivo discrezionale sugli effetti della nullità. Questa lettura interpretativa introdurrebbe una diversa disciplina dell'azione di nullità rispetto all'assetto normativo del codice civile, finendo con l'attribuire al consumatore, attraverso un potere di disposizione degli effetti dell'azione di nullità del contratto, un ruolo di arbitro delle modalità di attuazione del rimedio senza una chiara prefigurazione di limiti e confini.

La questione dell'uso selettivo della nullità di protezione pone, dunque, questioni dalle importanti ricadute, e la prospettazione di uno statuto delle nullità di protezione dal contenuto così esteso ripropone anche la questione in ordine al ruolo creativo della giurisprudenza, essendosi spinta ad una sorta di rielaborazione della disciplina degli effetti dell'azione di nullità che, per quanto non espressamente regolata dalla legislazione

⁶²⁵ Sull'incompatibilità tra nullità selettiva e struttura dell'operazione di investimento, nelle sue diverse letture, si rinvia a quanto detto nel precedente Capitolo 2, par. 8.

di settore nella prospettiva della protezione del consumatore, o del cliente, dovrebbe invero restare affidata all'impianto generale del codice civile⁶²⁶, in ragione della sostanziale contiguità tra le diverse forme di nullità come sopra dimostrate.

9. *Sull'unitarietà del regime restitutorio conseguente alla nullità (anche di protezione)*

Il secondo tema focale della pronuncia a Sezioni Unite è quello delle restituzioni, in correlazione con uno dei tratti salienti della disciplina delle nullità di protezione, e cioè la relatività della legittimazione all'azione di nullità⁶²⁷.

L'idea ora propugnata dalle Sezioni Unite, ma già qua e là prospettata in alcune sentenze di merito⁶²⁸, è quella di un automatico riflesso della relatività della legittimazione

⁶²⁶ Si richiamano le considerazioni di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 179, il quale rileva come siano «condivisibili le perplessità che, da questo punto di vista, la sentenza suscita e che rischiano in effetti di introdurre un assetto difficilmente compatibile con la disciplina degli effetti dell'azione di nullità: tanto che la successiva mossa argomentativa della sentenza, ispirata ad una valorizzazione della clausola generale di buona fede al fine di temperare le conseguenze dell'uso selettivo dell'azione di nullità, finisce per apparire un tentativo davvero troppo sbilanciato sul pragmatismo». In senso adesivo si veda anche S. MONTICELLI, *La nullità selettiva*, cit., 164, ove l'Autore sottolinea «l'incondivisibilità della conclusione cui oggi pervengono le Sezioni Unite, che pur affermando che il giudicato investe la *quaestio nullitatis* sul contratto quadro, ne circoscrivono, poi, le conseguenze, ma a parere di chi scrive senza un solido fondamento normativo, anzi in distonia con i principi generali del diritto processuale e sostanziale, assumendo che di tale giudicato può avvalersi soltanto l'investitore sia sul piano sostanziale (*rectius*: processuale) della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso».

⁶²⁷ Sul profilo della relatività delle nullità speciali, e sulla sua dibattuta compatibilità con la qualificazione del rimedio in termini di nullità si vedano: L. CARIOTA FERRARA, *Annullabilità assoluta e nullità relativa (Un contributo alla teoria dell'invalidità dei negozi giuridici)*, in *Studi Scorza*, Roma, 1940, 80 ss.; L. PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit.; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 482 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 685 ss.; A. ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevabilità d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 691 ss.

⁶²⁸ Ancor prima che sul punto intervenissero le Sezioni Unite, il carattere relativo delle nullità testuali previste all'art. 23 t.u.f. aveva indotto già alcune Corti di merito a ritenere che altrettanto relativo dovesse essere il conseguente rimedio restitutorio, nel senso che soltanto il cliente, ma non anche l'intermediario finanziario, sarebbe legittimato ad attivarlo. Secondo il richiamato ordine di idee, la domanda del prestatore di servizi d'investimento volta a ottenere la restituzione degli strumenti finanziari, o del loro valore, nonché il relativo reddito medio tempore prodotto, sarebbe dunque non accoglibile, o più propriamente, inammissibile per carenza di una condizione dell'azione. Così Trib. Torino, 12 febbraio 2007, in *www.ilcaso.it*; Trib. Firenze, 9 maggio 2011, *ivi*, e Trib. Brescia, 29 aprile 2010, *ivi*. La soluzione non è apparsa condivisibile a buona parte della dottrina, che ha osservato come il carattere relativo della nullità in discorso attenga al solo profilo della legittimazione a farla valere, ma non anche agli effetti che ne

processuale sulla disciplina dell'indebito. Quest'ultima non troverebbe applicazione per il contraente non legittimato all'azione di nullità, il quale non potrebbe «avvalersi degli effetti diretti di tale nullità» e non sarebbe «legittimato ad agire, in via riconvenzionale od in via autonoma, per la ripetizione dell'indebito, evocata dall'art. 1422 e disciplinata dall'art. 2033 cod. civ.»⁶²⁹.

Tale argomento muove da un postulato di base: la ragione della pretesa restitutoria, e cioè la nullità relativa del contratto, con la sua *ratio* protettiva, si rifletterebbe sulla sua disciplina, con una corrispondenza univoca tra legittimazione relativa (e, se si vuole, operatività “a vantaggio”) e disattivazione della tutela restitutoria per l'altro contraente. Come in dottrina è già stato isolatamente osservato, non sembra che tale affermazione sia stata sottoposta ad adeguato vaglio sistematico; e ciò si afferma non perché sia in sé scorretto ipotizzare che l'interprete possa trarre dalla *ratio* della nullità corollari disciplinari nei più diversi ambiti, bensì «per ragioni di insopprimibile coerenza del sistema [...] che è misura della plausibilità costruttiva»⁶³⁰.

Per riflettere compiutamente sul punto occorre muovere da una constatazione di carattere generale, e cioè che il codice civile italiano non reca, tra le disposizioni dedicate al contratto in generale, una regolamentazione generale ed organica dettata specificamente per gli obblighi restitutori conseguenti al venir meno del vincolo negoziale, per qualsiasi causa.

Si registrano sporadiche disposizioni che si limitano a prevedere, per un verso, gli effetti dell'annullamento (art. 1445 c.c.), della risoluzione per inadempimento (art. 1458 c.c.) e della rescissione nei confronti dei terzi subacquirenti (art. 1452 c.c.); per altro verso, la retroattività dell'operare della condizione e della risoluzione per inadempimento nei contratti ad esecuzione istantanea o differita, nonché la regola contraria in quelli ad esecuzione continuata o periodica (rispettivamente art. 1360 e art. 1458, comma 1°, c.c.).

scaturiscono: pertanto se la possibilità di dedurre in giudizio la nullità è unilaterale, bilaterali e reciproche sono invece le conseguenze che discendono dalla declaratoria di nullità: così F. DURANTE, *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009, 318 e M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2012, 510.

⁶²⁹ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, par. 17.1.2 della motivazione della sentenza.

⁶³⁰ G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, *cit.*, 267.

Anche dalla disciplina dei singoli contratti si ricavano pochi e isolati indici normativi, tutti relativi alla fase postcontrattuale⁶³¹. Si tratta, anzitutto, delle disposizioni in materia di compravendita che regolano gli obblighi restitutori conseguenti alla risoluzione della vendita di cosa altrui (art. 1479 c.c.) e la distribuzione del rischio fra le parti in caso di perimento del bene affetto da vizi coperti dalla garanzia (art. 1492 c.c.). Fra i tipi contrattuali da cui derivano prestazioni di fare si segnalano, in via esemplare, sia la norma che, in materia di lavoro subordinato, salva il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione dagli effetti della nullità e dell'annullamento (art. 2126 c.c.), sia quella — di segno opposto — che nega l'azione per il pagamento della retribuzione a chi ha eseguito una prestazione professionale condizionata all'iscrizione ad un albo o ad un elenco senza esservi iscritto (art. 2231 c.c.).

A queste si affiancano ora, nel codice del consumo, le norme che disciplinano gli effetti dell'esercizio del recesso da parte del consumatore (artt. 48, 55, 64 ss. c. cons.).

Alla scarsità ed alla disorganicità dei punti di riferimento nella disciplina del contratto e dei singoli tipi fa da contrappunto l'analitica regolamentazione degli obblighi restitutori nelle disposizioni sulla ripetizione dell'indebito (artt. 2033 ss. c.c.): disciplina costruita attorno all'ipotesi dell'esecuzione di una isolata prestazione non dovuta, ma che, per tradizionale e tuttora diffusa convinzione, si ritiene governi anche gli obblighi restitutori che trovano sede nella fase postcontrattuale, a seguito del venir meno del vincolo negoziale.

⁶³¹ Per esempio, in caso di annullamento del contratto di assicurazione per le dichiarazioni inesatte e le reticenze dell'assicurato che abbia agito con dolo o colpa grave, l'art. 1892, comma 3°, c.c. dà diritto all'assicuratore di trattenere i premi relativi al periodo di assicurazione in corso al momento in cui ha domandato l'annullamento.

Tale è l'approdo cui sono giunte dottrina⁶³² e giurisprudenza⁶³³ a seguito, in particolare, dello studio dell'ipotesi della ripetibilità delle prestazioni effettuate in esecuzione di un contratto sinallagmatico poi risolto⁶³⁴.

Dal momento che l'unico presupposto dell'indebito oggettivo è la non doverosità giuridica dell'obbligo che è stato adempiuto, ne è apparsa logica l'applicabilità a tutti i casi in cui il contratto è inefficace fin dall'inizio (come nel caso della nullità e della condizione sospensiva non avveratasi) o lo diviene in un successivo momento, retroattivamente (come accade nell'annullamento, nella rescissione, nella risoluzione, nel recesso, nell'avverarsi di una condizione risolutiva)⁶³⁵.

Tale convinzione trova conferma non tanto nella lettera delle norme sull'indebito, la cui formulazione generale ed astratta non dà indicazioni sul contesto in cui la prestazione non dovuta è stata eseguita, quanto, piuttosto, in due disposizioni previste nella disciplina generale del contratto: l'art. 1422 c.c. (in tema di nullità) e l'art. 1463 c.c. (in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta), le quali fanno esplicitamente rinvio alle regole sulla ripetizione dell'indebito⁶³⁶.

Alla luce di questa premessa si dovrebbe concludere che, nella materia delle prestazioni effettuate indebitamente, il sistema italiano segua un'impostazione unitaria⁶³⁷, sotto un

⁶³² In riferimento tanto alle invalidità quanto alle ipotesi di scioglimento del contratto, cfr. P. RESCIGNO, (voce) *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, 1238; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 243 ss.; ID., *Il pagamento dell'indebito*, in *La gestione di affari. Il pagamento dell'indebito. L'arricchimento senza causa*, in *Tratt. Rescigno*, 9, Torino, 1984, 774 ss.; ID., *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, 1989, 4; con particolare riferimento alla nullità cfr. A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., 1369; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub artt. 2028-2042*, Bologna-Roma 1981, 137 ss.

⁶³³ Al riguardo E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*» e ripetizione dell'indebito. *Sull'impossibilità della restituito in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 117, nota come la massima consolidata della giurisprudenza di legittimità, secondo cui «gli effetti restitutori di qualsiasi invalidità o impugnativa contrattuale sono pacificamente riconducibili alla disciplina della ripetizione dell'indebito è contraddetta dalle regole effettivamente applicate nella prassi giudiziaria. L'analisi degli orientamenti della giurisprudenza mostra infatti l'esistenza e la convivenza di una pluralità di regole restitutorie», le quali «vengono variamente articolate in ragione della natura della prestazione, delle modalità di esecuzione del contratto, del tipo di invalidità o di impugnativa contrattuale».

⁶³⁴ Sul punto si veda, per tutti, E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», cit., 87 ss., ove ampi riferimenti in dottrina e in giurisprudenza.

⁶³⁵ La dottrina avverte la problematicità dell'applicazione delle regole dettate in tema di ripetizione dell'indebito alle figure legali in cui il difetto di fondamento della *solutio* opera in via retroattiva: non vi sono, infatti, unanimi posizioni in proposito. Per un'analitica riflessione sul punto si veda, per tutti, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., 240 ss.

⁶³⁶ E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», cit., 89.

⁶³⁷ Sotto il profilo dei rapporti con l'arricchimento ingiustificato, il sistema italiano, è invece solitamente inquadrato fra quelli caratterizzati da un doppio binario costituito da ripetizione dell'indebito, da una parte,

duplice punto di vista. Se infatti si muove dall'idea che la disciplina delle restituzioni trovi un'unica sede negli artt. 2033 ss. c.c., essa si applicherà qualunque sia l'origine dell'indebito; ed opererà poi, all'interno delle patologie contrattuali, qualunque sia la causa — originaria o successiva — che ha portato alla dissoluzione del contratto⁶³⁸.

Individuato, dunque, negli artt. 2033 ss. c.c. il riferimento normativo per la tutela restitutoria conseguente al venir meno del contratto, si è poi posto il problema di ricostruire la «fase postcontrattuale» – successiva, cioè, alla cessazione del vincolo, e caratterizzata dal necessario ripristino dello *status quo ante* – individuandone principi e meccanismi di funzionamento; e ciò ai fini del necessario adattamento al contesto contrattuale di una disciplina costruita attorno all'ipotesi dell'esecuzione di una singola prestazione non dovuta.

Tra le diverse opzioni prospettate dagli interpreti, è prevalsa l'impostazione secondo cui il problema restitutorio va affrontato nell'ottica di un'esigenza di giustizia commutativa, e cioè dal punto di vista del necessario riequilibrio fra le sfere patrimoniali delle parti, per

e arricchimento ingiustificato, dall'altra, laddove invece il codice tedesco e quello svizzero sono ispirati ad un modello unitario, avendo accolto una fattispecie unica di ingiustificato arricchimento: sul punto cfr., per esempio, B. KUPISCH, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 857 ss.; sull'inquadramento del sistema italiano delle restituzioni nel contesto dei diversi modelli europei, cfr. A. ALBANESE, *Il rapporto tra restituzioni e arricchimento ingiustificato dall'esperienza italiana a quella europea*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2006, 922 ss.

⁶³⁸ E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», *cit.*, 103 ss., dà atto che una parte degli Autori che aderiscono a questo orientamento, propendono tuttavia per modulare l'applicazione degli artt. 2033 ss. in ragione della loro compatibilità con le singole fattispecie da cui deriva l'inefficacia (originaria o sopravvenuta) del contratto; così: U. BRECCIA, (voce) *Indebito (ripetizione dell')*, *cit.*, 4; A. D'ADDA, *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 529 ss.; C. CASTRONOVO, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 809 ss., il quale, con riferimento alla risoluzione per inadempimento, sostiene l'applicabilità della disciplina dell'indebito per la parte che prescinde dalla distinzione buona fede - mala fede dell'*accipiens*. Altra parte della dottrina, nega, per converso, la generale operatività della disciplina dell'indebito e sostiene l'opportunità di scorporarvi l'intera materia delle restituzioni derivanti dall'inefficacia del contratto (così G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, 71; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 11 ss.; A. DIMAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano 2003, 351) o dalla sua risoluzione (così F. BENATTI, *Il pagamento di cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 467 ss.; A. LUMINOSO, *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, *Libro IV - Delle Obbligazioni, sub artt. 1453-1454*, Bologna-Roma, 1990, 167 ss., 204 ss., 234 ss. e 405 ss.) o, ancora, di sottrarre un tipo di contratto (la vendita di cosa determinata) (così C. ARGIROFFI, *Ripetizione di cosa determinata e acquisto «a domino» della proprietà*, Milano 1980, 147 ss.). È infine diffusa la convinzione che la disciplina dell'indebito, ispirata ad una concezione «*sach-orientiert*», sia circoscritta alle sole obbligazioni di dare e non si estenda a quelle di fare, alle quali si applicherebbe la disciplina dell'ingiustificato arricchimento *ex art. 2046 c.c.*; sul punto cfr. P. RESCIGNO, (voce) *Ripetizione dell'indebito*, *cit.*, 1226; F. DELFINI, *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano 1998, 56 ss.

salvaguardare l'equivalenza dei sacrifici e dei vantaggi anche successivamente alla cessazione del vincolo negoziale. Tale risultato viene raggiunto a mezzo della restituzione delle prestazioni ricevute, in natura, ovvero pagandone l'equivalente monetario⁶³⁹, qualora la *restitutio in integrum* non risulti possibile. Di conseguenza, le prestazioni restitutorie incombenti sulle parti nella fase postcontrattuale non dovrebbero essere considerate indipendenti l'una dall'altra, cosicché la sorte dell'una non potrebbe incidere su quella dell'altra⁶⁴⁰, bensì avvinte dallo stesso legame intercorrente tra le prestazioni dedotte nell'originario contratto. Di qui l'espressione icastica del «sinallagma rovesciato» («*contrat synallagmatique renversé*» o «*contrat à l'enverse*»⁶⁴¹).

In definitiva, l'esigenza di rispettare «l'equivalenza dei sacrifici per le sfere patrimoniali implicate nello spostamento dei beni»⁶⁴² si realizza tramite una compensazione delle sfere patrimoniali medesime attraverso l'imposizione di un'obbligazione extracontrattuale, dedotta dalla disciplina dell'indebito oggettivo⁶⁴³.

Resta da capire se la stessa impostazione possa essere predicata anche in relazione alla diversa ipotesi in cui le parti (e le rispettive sfere patrimoniali) non siano poste su un piano di perfetta parità. Detto in altre parole, se anche nel caso della caducazione totale di un contratto stipulato tra professionista e cliente-consumatore, le parti siano gravate da reciproci obblighi restitutori uguali e contrari rispetto a quelli sussistenti in costanza di contratto: di modo che ciascun contraente sia obbligato a ripetere la prestazione

⁶³⁹ Raggiungiamo, a seconda delle teorie, al valore oggettivo del bene o della prestazione oppure ad un valore convenzionale: cfr. E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», *cit.*, 98 ss.

⁶⁴⁰ La sistemazione teorica del modello appena esposto trova espressione nella *Zwei-konditionen-theorie* tedesca, il cui presupposto dogmatico consiste nell'autonomia delle restituzioni conseguenti all'esecuzione di un contratto sinallagmatico nullo. Per l'esposizione dei tratti fondamentali di questa ricostruzione teorica e degli aspetti più criticati dalle dottrine successive si vedano, a titolo di esempio, R. HORNUNG, *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht*, Baden-Baden 1998, 133; P. HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Tübingen, 2004, 92 ss.

⁶⁴¹ M. MALAURIE, *Les restitutions en droit civil*, Paris, 1991, 64, come richiamato da E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», *cit.*, 101.

⁶⁴² Secondo P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, *cit.*, 1224, tale era il principio sotteso, alla formula del quasi-contratto accolta dal codice italiano del 1865.

⁶⁴³ E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», *cit.*, 118. Poiché il riferimento agli artt. 2033 ss. c.c. tende a mancare nei settori contrattuali il cui oggetto sia costituito da prestazioni di fare o di lasciar godere, a carattere istantaneo o durevole, vi è chi ha ipotizzato che in quei casi le obbligazioni restitutorie non debbano essere regolate sulla base della disciplina della ripetizione d'indebito, bensì sulla base della disciplina dell'arricchimento senza giusta causa di cui all'art. 2046 c.c.

ricevuta, senza possibilità di *soluti retentio*, ed abbia, parallelamente, il diritto di ricevere in restituzione la prestazione eseguita in forza del contratto venuto meno.

Il tema si è posto, in tutta la sua urgenza, con riguardo al caso specifico qui in esame delle conseguenze dell'esercizio in via selettiva della nullità del contratto quadro di investimento *ex art. 23*, comma 1°, t.u.f.

Nel silenzio della disciplina di settore su questo specifico punto, dottrina e giurisprudenza hanno proposto, per un verso, l'applicabilità *de plano*, in via suppletiva, del regime restitutorio di diritto comune risultante dal combinato disposto degli artt. 1422 c.c. e 2033 ss. c.c.⁶⁴⁴; per altro verso, una deviazione rispetto a questa disciplina, giustificata dalla *ratio* protettiva che informa la nullità in discorso, la quale inciderebbe sul regime della ripetizione dell'indebito relativamente alla contrattazione asimmetrica – soluzione, peraltro, da ultimo accolta nel principio di diritto delineato dalle Sezioni Unite nella sentenza del 4 novembre del 2019⁶⁴⁵.

Come si può intuire, aderire all'una o all'altra opzione comporta differenze radicali nella strutturazione del regime restitutorio dei contratti asimmetrici: nel primo caso il regime restitutorio proprio dei contratti «*b to c*» sarebbe del tutto identico a quello dei contratti «*b to b*», fondandosi su obblighi restitutori bilaterali e reciproci in capo a professionista, da un lato, e cliente-consumatore, dall'altro; nel secondo caso, invece, alla nullità di protezione farebbe da *pendant* una «*condictio indebiti* di protezione»⁶⁴⁶, ovvero una

⁶⁴⁴ Cfr., *ex multis*, Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *Contr.*, 2018, con nota di E. CICALTELLI, *Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria*. In dottrina, per la piena applicabilità della disciplina della ripetizione d'indebito ai contratti di investimento colpiti da nullità cfr. M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 507-510; E. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond e Tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 629. L'indirizzo è stato da ultimo confermato da S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione*, cit., 169 ss.; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, cit., 163 ss.; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione*, cit., 157; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f.*, cit., 32 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 176 ss.; A. ALAMANNI, *Nullità selettiva e ordini di investimento*, cit., 1794 ss.

⁶⁴⁵ Reputano le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che l'«indebito, così come previsto nell'art. 1422 cod. civ., può operare solo ove la legge non limiti con norma inderogabile la facoltà di far valere la nullità e i suoi effetti in capo a uno dei contraenti, essendo direttamente inciso dallo 'statuto' speciale della nullità cui si riferisce»: Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., par. 17.1.2 della motivazione della sentenza.

⁶⁴⁶ L'espressione è tratta dalla relazione svolta da A. DALMARTELLO, *Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla condictio indebiti di protezione*, in occasione del Convegno intitolato «*Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa*», tenutosi presso l'Università degli Studi di Trento il 10 novembre 2022.

ripetizione di indebito unilaterale: il regime restitutorio dei contratti caratterizzati da asimmetria di potere negoziale tra le parti diverrebbe a sua volta asimmetrico, ad esclusivo vantaggio del contraente protetto. Se così fosse, risulterebbe incrinato in modo significativo un caposaldo a lungo considerato indiscusso, ovvero sia l'unitarietà dell'impostazione della tutela restitutoria conseguente al venir meno del contratto quale titolo giustificativo di reciproche attribuzioni patrimoniali tra le parti.

È di tutta evidenza come un quesito sorto in relazione ad una particolare problematica delineatasi in seno ad uno specifico settore del mercato e della contrattazione, quello bancario-finanziario per l'appunto, sia di estremo interesse sistematico, poiché cela un interrogativo ben più ampio e di portata generale: e cioè se nullità codicistica e nullità di protezione divergano, oltre che nei tratti già sopra illustrati, anche nel connesso regime restitutorio; oppure se la disciplina degli effetti restitutori conseguenti alla declaratoria di nullità costituisca un ulteriore *trait d'union* tra le diverse forme in cui il rimedio si declina. In assenza di un principio proclamato *apertis verbis*, lo scioglimento del dilemma non può che avvenire seguendo un procedimento logico di tipo induttivo: inferendo, cioè, dalle singole fattispecie concrete il comune denominatore a cui tutte paiono obbedire e confermare, eventualmente ricorrendo alla comparazione con le soluzioni adottate in sistemi giuridici "vicini", la bontà della conclusione raggiunta. È quello che si farà nelle pagine che seguono, prendendo come parametro di confronto la disciplina tedesca delle restituzioni relative ai contratti con i consumatori.

Il punto di partenza del discorso non può che essere lo stato dell'arte sulle conseguenze patrimoniali dell'attivazione di un rimedio di tipo demolitorio in relazione ai contratti di investimento, tra cui rientra anche il caso della nullità del contratto quadro di investimento per vizio di forma, *ex art. 23, comma 1, t.u.f.*

Gli Autori che si sono cimentati sul tema hanno riscontrato unitariamente che la conseguenza dell'esercizio di un rimedio di tipo demolitorio – senza bisogno di distinguere in quest'ambito tra risoluzione, annullamento, o nullità – sarà, in ogni caso, l'attivazione di una tutela restitutoria, governata in linea di principio dalla regola sull'indebito oggettivo, di cui all'art. 2033 c.c.⁶⁴⁷.

⁶⁴⁷ Cfr., per tutti, M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., 507-510 ed E. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione*, cit., 629.

Pertanto, sembrerebbe che anche in relazione ad una fattispecie connotata da una *ratio* protettiva, com'è quella del contratto quadro nullo per vizio di forma *ex art. 23*, comma 1°, t.u.f., «il rimedio demolitorio determina il sorgere di reciproci obblighi restitutori, ciascuno dei quali va fatto valere tramite un'apposita domanda giudiziale»⁶⁴⁸, esattamente come accade nella fattispecie ordinaria di nullità⁶⁴⁹.

Si riscontra, poi, che l'enunciazione delle Sezioni Unite si pone in contrasto con gli orientamenti consolidati della stessa Corte in materia di indebito oggettivo.

È massima costante della giurisprudenza di legittimità quella secondo cui «qualora venga acclarata la mancanza di una '*causa acquirendi*' – tanto nel caso di nullità, annullamento, risoluzione, o rescissione di un contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venir meno il vincolo originariamente esistente – l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo; ne consegue che, ove sia proposta una domanda di risoluzione del contratto e il giudice rilevi, d'ufficio, la nullità del medesimo, l'accoglimento della richiesta restitutoria conseguente alla declaratoria di nullità, non mutando la *causa petendi*, non viola il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato»⁶⁵⁰.

Perciò «anche se le patologie genetiche e funzionali che hanno vulnerato il sinallagma, rendendone necessaria l'attivazione, possono essere diverse»⁶⁵¹, la tutela accordata è sempre la stessa.

⁶⁴⁸ M. MAGGIOLO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁴⁹ Sotto il profilo operativo, in relazione al possibile risultato processuale consistente in una sentenza che condanni sia il cliente a restituire i titoli, sia il prestatore di servizi di investimento a restituire il capitale investito, è opportuno precisare che in sede di ripetizione non opera il principio, dettato per i contratti sinallagmatici dall'art. 1460, comma 1°, c.c., secondo il quale il credito di una parte deve essere realizzato nello stesso momento in cui la parte adempie alla propria controprestazione: cfr. E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, *cit.*, 569, nt. 14. Secondo M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, *cit.*, 511, può inoltre essere conveniente che «la restituzione dei titoli venga offerta nel contesto del giudizio con cui siano chieste l'attivazione di un rimedio demolitorio e la restituzione reciproca dell'investimento e degli strumenti finanziari che ne sono oggetto, ad evitare che al momento dell'esecuzione delle restituzioni si inneschi un gioco di pur infondate reciproche eccezioni di inadempimento».

⁶⁵⁰ Cfr. Cass., 1 ottobre 2001, n. 10498, in *Riv. not.*, 2002, II, 184 ss.; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27334, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 2; Cass., 9 marzo 2009, n. 5624, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 409 ss.; Cass. 15 aprile 2010, n. 9052, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 7, p. 552 ss.; Cass., 7 luglio 2011, n. 2956, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 188 ss.; Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, *cit.*; Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2014, 26242-26243, *cit.*

⁶⁵¹ Così Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Giust. civ.*, 2011, 6, p. 1475 ss.; in *Contr.*, 2011, p. 677 ss., con nota di M. PIROVANO, *Rilevabilità d'ufficio e giudizio di risoluzione*.

Ciò si spiega in quanto la ragione su cui si fonda di volta in volta la richiesta di restituzione non concorre ad individuare la *causa petendi* dell'azione, ma costituisce un *prius* irrilevante ai fini della sua identificazione; l'azione si fonda solo sull'insussistenza della *causa acquirendi*, in qualunque modo si sia generata. Perciò la natura delle diverse impugnative negoziali presupposte alla ripetizione degrada a circostanza inidonea a qualificare l'azione restitutoria e a qualificarne la disciplina: conta solo che esse conducano all'elisione, a qualunque titolo, della *causa acquirendi* dello spostamento patrimoniale. Si tratta, in definitiva, di una tutela rigorosamente oggettiva, di reazione dell'ordinamento ad uno spostamento patrimoniale ingiustificato⁶⁵², quale ne sia la ragione.

Ed allora, se, ai fini dell'individuazione dell'azione, la giurisprudenza considera totalmente irrilevante l'impugnativa esperita, purché il suo accoglimento conduca all'indebito, *a fortiori* dovrebbero essere considerate irrilevanti anche le differenze di disciplina intercorrenti tra un'impugnativa e l'altra, nonché eventuali varianti interne alla disciplina di una singola impugnativa, come, per l'appunto, quelle concernenti la legittimazione – assoluta o relativa – all'impugnativa medesima.

Quanto detto è dimostrato dal fatto che la Corte accomuna ipotesi di impugnativa contrattuale eterogenee sotto il profilo della legittimazione processuale: basti pensare che nullità e annullabilità sono a legittimazione sia assoluta che relativa, mentre rescissione e risoluzione sono a legittimazione solo relativa.

⁶⁵² Sulla ripetizione d'indebito si vedano, *ex multis*: G.B. CASTIONI, *Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 340 ss.; G. ANDREOLI, *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940; A. TRABUCCHI, (voce) *Arricchimento*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 74 ss.; P. SCHLESINGER, (voce) *Arricchimento (azione di)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 1008 ss.; P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962; L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964; M. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, I, 11 ss.; P. RESCIGNO, (voce) *Ripetizione dell'indebito*, *cit.*, 1228 ss.; E. MOSCATI, (voce) *Indebito (pagamento del)*, *cit.*, 83 ss., ove anche una ricostruzione, in chiave storica, dell'istituto, anche per i suoi rapporti con l'azione di arricchimento; U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, 236 ss.; G. LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989; A. SPADAFORA, *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano, 1996; B. KUPISCH, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 857 ss.; A. ALBANESE, *La ripetizione dell'indebito nei modelli di civil law*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2007, 844 ss.; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (I rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2008, 150 ss.; E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», *cit.*, 87 ss.; G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Persona e mercato*, 2014, 100 ss.

Si aggiunga poi che alcune di queste impugnative negoziali, al pari delle nuove nullità, sono evidentemente funzionali alla protezione del contraente legittimato a proporle e, ciò nondimeno, fondano una ripetizione bilaterale. A titolo di esempio, si può osservare che l'azione di rescissione certamente «opera “a vantaggio” del contraente in stato di bisogno o in stato di pericolo»; tuttavia nessuno ha mai dubitato che «dall'accoglimento della domanda rescissoria consegua, nei ricordati termini oggettivi, la irripetibilità della prestazione da parte del contraente non legittimato all'impugnazione del contratto»⁶⁵³; lo confermano proprio le citate pronunce del giudice di legittimità da cui si ricava che la *causa petendi* dell'azione di restituzione è del tutto indifferente alla natura dell'impugnativa esercitata. Lo stesso dicasi nei casi di annullamento del contratto per violenza, dolo o errore.

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

Anzitutto è difficile sostenere che le istanze di protezione della persona consentano di considerare *potiore*, nel quadro assiologico costituzionale, la protezione del consumatore o dell'investitore rispetto alla libertà di determinarsi del contraente bisognoso o in stato di pericolo o il cui consenso è stato estorto con violenza o carpito con dolo⁶⁵⁴.

Inoltre, a mente del fatto che la nullità presiede sempre (anche) alla tutela di interessi generali, se è pur vero che nelle nullità speciali vi è un contraente portatore di un interesse categoriale che reclama effettività, è altrettanto vero che a tale interesse particolare non può essere data una tutela incondizionata, occorrendo un suo contemperamento con la razionale regolazione del mercato⁶⁵⁵.

Ed allora, se davvero dovesse operare la disattivazione della disciplina dell'indebito in presenza di una legittimazione relativa e di una operatività “a vantaggio” della nullità, la ripetizione unilaterale dovrebbe *a fortiori* trovare applicazione nella rescissione e nell'annullamento, ove è massima la disponibilità dell'interesse protetto.

⁶⁵³ G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 268.

⁶⁵⁴ Cfr. G. PASSAGNOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁵⁵ Non a caso, per la nullità, la legittimazione relativa e la parzialità necessaria si coniugano con la rilevabilità d'ufficio e l'imprescrittibilità nonché, per coloro che lo ritengono, con l'insanabilità. Cfr. G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e mercato*, 2012, 1, 24 ss.

Se dunque nel discorso giurisprudenziale nullità e risoluzione si equivalgono, nel loro comune condurre all'elisione della *causa adquirendi*, non si comprende per quale ragione l'asserita disattivazione della ripetizione bilaterale non figuri affatto nei rimedi risolutivi, generali e speciali; anzi, proprio la disciplina positiva delle restituzioni conseguenti alla risoluzione di contratti connotati dalla medesima *ratio* di protezione, depone evidentemente nel senso contrario.

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

Di certo, non vale a giustificare la ripetibilità unilaterale, nel solo caso di nullità relativa, la disciplina dell'indebito ricevuto dall'incapace (artt. 1433, 2039 c.c.)⁶⁵⁶. In essa, infatti, il legislatore presuppone la ripetizione bilaterale, a riprova del fondamento oggettivo della *condictio indebiti*, ma piega alla logica dei fatti l'azione restitutoria nel suo concreto esercizio, laddove il legislatore recepisce nella fattispecie, tramite una presunzione relativa, una massima d'esperienza: quella che l'incapace, di norma, possa disperdere l'utilità della prestazione.

La bilateralità delle ripetizioni sussiste anche e proprio in paradigmatiche ipotesi testuali di limitazione della ripetizione, nella legislazione di settore: dall'art. 125-*bis* t.u.b., per la nullità dei contratti di credito al consumo⁶⁵⁷; all'art. 67-*septiesdecies* c. cons., relativo alle

⁶⁵⁶ S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integrità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *Pers. e merc.*, 2019, 4, 123 ss., il quale osserva che «il diritto comune già pratica un'irripetibilità unilaterale che torna ad essere una ripetizione bilaterale, rieccoci al punto!, se la controparte dell'incapace riesce a dare la prova del vantaggio percepito: vantaggio che funge da unità di misura del credito restitutorio del *solvens*». È dato leggere altresì che «quella tratteggiata dagli artt. 1443 e 2039 c.c. è il prototipo di una tutela restitutoria di protezione, *species* di un *genus* che, se già contempla dei limiti quantitativi alla restituzione, non può disconoscere l'inserzione di un limite alla cancellazione degli effetti rampollante automaticamente dalla nullità di un contratto asimmetrico». Cfr. anche D. IMBRUGLIA, *La nullità selettiva tra vantaggio del cliente e paralisi delle restituzioni*, in *Persona e mercato*, 2020, 1, 3 ss.

⁶⁵⁷ Poiché è disposto che in caso di nullità il «consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate», è certo che egli debba restituire – almeno – quelle utilizzate.

sanzioni in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori⁶⁵⁸. La deroga a tale bilateralità, prevista per i soli contratti di assicurazione ex art. 167, comma 2°, c. ass., in considerazione della singolarità funzionale di questi⁶⁵⁹, conferma, al di fuori di tali casi, la generalità dell'obbligo restitutorio reciproco.

Una netta indicazione nel senso della necessaria bilateralità e reciprocità delle restituzioni scaturenti dalla pronuncia di nullità, anche ove questa abbia carattere relativo, proviene dal sistema tedesco: a seguito della riforma del diritto generale delle obbligazioni (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*), prima, e dei molteplici interventi in materia di tutela del consumatore, poi⁶⁶⁰, il *BGB* sancisce oggi in modo inequivocabile il principio della bilateralità e reciprocità delle restituzioni anche nel caso dei contratti del consumatore.

⁶⁵⁸ Tale nullità «può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti [quindi non il solo professionista] alla restituzione di quanto ricevuto».

⁶⁵⁹ All'assicurato è riconosciuto, infatti, il diritto di pretendere le indennità che gli spettano per i sinistri verificatisi prima dell'accertamento della nullità, mentre l'assicuratore è tenuto a restituire tutti i premi percepiti dopo la conclusione del contratto, senza poter ottenere dalla controparte la restituzione delle indennità. Per un'analisi delle peculiarità dell'art. 167, comma 2°, cod. ass. e dell'art. 67-*septiesdecies*, cod. cons., si vedano: A. LA TORRE, *La disciplina giuridica dell'attività assicurativa*, I, Milano, 1987; R. CAVALLO BORGIA, *I contratti di assicurazione (artt. 165-175)*, in S. AMOROSINO e L. DESIDERIO (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, Milano, 2006, 333 ss.; S. PIZZOTTI, *Le conseguenze dell'abusivismo assicurativo sul contratto di assicurazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2, 481 ss., secondo il quale tale disposizione costituisce «una palese deroga al principio *quod nullum est, nullum producit effectum*: in effetti, in virtù di tale disposizione, il contraente, l'assicurato e il beneficiario della prestazione assicurativa si sottraggono a qualsiasi obbligo di restituzione e conservano a pieno titolo le somme già ricevute»; P. CORRIAS, *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta, responsabilità*, in *Ass.*, 2011, 391 ss.; A. MANIACI, *Restituzioni e sanzioni civile indirette*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 5, 338 ss., il quale afferma che la nullità del contratto di assicurazione «non assolve la funzione di rimedio (o di protezione), [...], ma viene ad assumere i connotati di una vera e propria nullità-sanzione (o nullità di punizione), in quanto uno dei contraenti si trova in questi casi ad avere compiuto un'attribuzione patrimoniale per uno scopo liberale senza averlo voluto [...], attesa la asimmetria del debito restitutorio conseguente alla dichiarazione di nullità del contratto».

⁶⁶⁰ Prima dell'anno 2000, il *Widerrufsrecht* era disciplinato da leggi speciali sulla protezione dei consumatori (§3 FernAbsG aF; §§ 1,2 HTWG aF; § 7 VerbrKrG aF). In seguito sono stati introdotti nel BGB i §§ 361a e 361b aF per una strutturazione uniforme del diritto di recesso in tutte le normative sulla protezione dei consumatori. Queste disposizioni sono state riformulate ad opera della *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*, integrate da ulteriori disposizioni e incorporate nel BGB come §§ 355-359. I §§ 355 e segg. sono stati modificati con effetto dall'11.6.2010 e dal 30.7.2010 dalla legge sull'attuazione della direttiva sul credito al consumo (*Verbraucher kreditrichtlinie*), dalla direttiva sui ritardi di pagamento (*Zahlungsverzugrichtlinie*) così come dalla riforma delle disposizioni sul diritto di recesso e sul diritto di restituzione del 29.7.2009 e dalla legge sull'introduzione di informazioni sul modello di recesso (*Gesetz zur Einführung einer Musterwiderrufs information*) del 24.7.2010. Al fine di attuare la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, le disposizioni precedentemente applicabili alle vendite a domicilio e a distanza di cui ai §§ 312 comma 1 s. 1 e 312d comma 1 s. 1 sono state riunite nell'attuale § 312g. Cfr. H. BROX e W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 45 Aufl., München, 2019, 198.

Va detto innanzitutto che il sistema tedesco di protezione del consumatore (*Verbraucherschutz bei Verbraucherverträgen*) si articola attorno a due fondamentali strumenti di tutela: gli obblighi di informazione (*Informationspflichten*), da una parte, e il recesso (*Widerruf*) del consumatore⁶⁶¹, dall'altra. Quest'ultimo è descritto come il più importante strumento di tutela del consumatore (per i contratti conclusi al di fuori dei locali commerciali e per i contratti a distanza)⁶⁶².

Ed è proprio nella disciplina del *Widerruf* (§§ 355 ss. *BGB*) che si rinvengono gli addentellati di diritto positivo da cui si ricavano i concetti chiave ai fini di un'analisi comparatistica. Benché la sistematica generale del *BGB* in materia di restituzioni non sia del tutto coincidente con quella del codice civile italiano⁶⁶³, l'accostamento tra *Widerruf*

⁶⁶¹ A differenza di quanto accade nel nostro sistema, ove il diritto di recesso del consumatore postula un contratto concluso, il *Widerruf* tedesco prescinde dalla conclusione del contratto, potendo esplicitarsi anche in relazione alla semplice dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*) del consumatore diretta a concludere il contratto con il professionista. Cfr., sul punto, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 100 ss. e 198 ss.; H. BROX e W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 186 ss., spec. 197 ss.; H. P. WESTERMANN, P. BYDLINSKI, S. ARNOLD, *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln, 2020, 287 ss.; C. FÖRSTER, *Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in §§ 312 ff. BGB*, in *JA*, 2014, 721 ss.; J. HAGER, *Grundlagen des Deutschen Verbraucherschutzes*, in *R.L.R.*, 2011, 233; M. STÜRNER, *Der Widerruf bei Verbraucherverträgen*, in *Jura*, 2016, 26 ss.; ID., *Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherverträgen*, in *Jura*, 2016, 374 ss. Non a caso il termine «*Widerruf*» è traducibile sia con la parola recesso, congruente rispetto ad un contratto, sia con la parola revoca, che meglio si attaglia alla semplice dichiarazione di volontà.

⁶⁶² «*Das wichtigste Instrument des Verbraucherschutzes bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ist das Widerrufsrecht des Verbrauchers*»: così H. BROX, W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 197. Cfr. anche M. STÜRNER, *Der Widerruf bei Verbraucherverträgen*, cit., 24: «*Das Widerrufsrecht gehört zu den wichtigsten Instrumentarien des privatrechtlichen Verbraucherschutzes*».

⁶⁶³ Riferisce in proposito E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», cit., 89-90, spec. nt. 12, che, mentre l'impostazione unitaria appena descritta mantiene il codice italiano vicino al modello francese (cfr. artt. 1376 ss. cod. fr. (*répétition de l'indu*), inseriti nel capitolo intitolato ai quasi contratti (cfr. anche artt. 1145 ss. codice civile italiano del 1865), parrebbe invece netta la differenza rispetto a quello tedesco, almeno a giudicare dalla sistematica del *BGB*. Questo articola infatti in due diverse sedi la disciplina degli obblighi restitutori: quella, generale, dell'ingiustificato arricchimento (*Bereicherungsrecht*) e quella, più circoscritta, della risoluzione (*Rücktritt*) e del recesso dai contratti con i consumatori (*Widerruf*).

La giustificazione dogmatica di questo doppio regime risiede nel fatto che, mentre il *Rücktritt* e il *Widerruf* trasformano il contratto in un «*Rückgewährschuldverhältnis*», e dunque non ne eliminano *ex tunc* gli effetti, gli altri rimedi, attenendo ad un vizio dell'atto, conducono alla stessa situazione che si sarebbe avuta se il contratto non fosse mai venuto ad esistenza, comportando, perciò, l'inesistenza del fondamento giuridico dell'attribuzione patrimoniale effettuata: da qui l'applicazione, nel primo caso, di statuti restitutori *sui generis* e, nel secondo, della disciplina dell'ingiustificato arricchimento. Si veda, per tutti, R. ZIMMERMANN, *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, in A. BURROWS e LORD RODGER OF EARLSFERRY (a cura di), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, 2006, 326 ss.; R. ZIMMERMANN e J. DU PLESSIS, *Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment*, in *Restitution Law Review*, 2, 1994, 14 ss. Cfr. anche D. KAISER, *sub § 346*, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 328-359*, Berlin, 2004, 464.

e nullità di protezione è possibile in quanto entrambi gli istituti conducono alla demolizione del regolamento contrattuale quale titolo giustificativo – e quindi giusta causa – di un'attribuzione patrimoniale, con conseguente necessità di restituire le prestazioni eventualmente già eseguite.

Ai sensi dei §§ 355 ss. *BGB*, il diritto di recesso accordato al consumatore gli conferisce la possibilità di recedere *ad nutum* dal contratto stipulato con il professionista⁶⁶⁴, a determinate condizioni. Anzitutto, il consumatore può esercitare il recesso, con gli effetti di cui ai §§ 355 ss., solo se tale diritto gli è stato concesso per legge: come si evince dalla sua formulazione⁶⁶⁵, il § 355 *BGB* non conferisce esso stesso il diritto di recesso al consumatore, ma lo presuppone⁶⁶⁶. La norma che invero accorda il diritto di recesso è il § 312g, comma 1, *BGB*, in forza del quale il diritto di recesso può essere considerato sussistente solo nel caso di contratti per un servizio fornito dal professionista al consumatore dietro pagamento e purché non ricorra una delle ipotesi di esclusione del recesso in via eccezionale, di cui al § 312g, comma 2, *BGB*⁶⁶⁷. Il recesso deve essere esercitato espressamente, in forma scritta o anche verbale, purché dalla dichiarazione di recesso risulti chiaramente che il consumatore non intende più mantenere in vita il contratto (*«aus der Widerrufserklärung muss sich eindeutig ergeben, dass der Verbraucher den Vertrag nicht mehr gelten lassen will»*: § 355 Abs. 1 S.3). Il recesso deve inoltre essere esercitato tempestivamente, in un termine di 14 giorni con decorrenza

⁶⁶⁴ H. BROX, W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 197: *«Es gibt dem Verbraucher unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, sich ohne Grund von einem Vertrag mit der Unternehmer zu lösen»*

⁶⁶⁵ Recita infatti il § 355 Abs. 1 *BGB* *«Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen. (1) Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt [Se al consumatore è concesso per legge un diritto di recesso ai sensi della presente disposizione], so sind der Verbraucher und der Unternehmer an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen nicht mehr gebunden, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung fristgerecht widerrufen hat. 2Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer. 3Aus der Erklärung muss der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrags eindeutig hervorgehen. 4Der Widerruf muss keine Begründung enthalten. 5Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs»*.

⁶⁶⁶ H. BROX, W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 198: *«Das Widerrufsrecht nach § 355 bei Verbraucherverträgen besteht nur, wenn einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach § 355 eingeräumt wird»*.

⁶⁶⁷ C. FÖRSTER, *Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in §§ 312 ff. BGB*, cit., 721 ss.: *«Wie schon im Wortlaut zu erkennen, gibt die Vorschrift unverändert kein Recht zum Widerruf, sondern setzt dieses voraus (“Wird dem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt [...]”). Die Berechtigung stammt vielmehr regelmäßig3 aus § 312 g I BGB, dh es liegt ein Außergeschäftsraum- oder Fernabsatzvertrag vor und das Widerrufsrecht ist nicht ausnahmsweise ausgeschlossen (§ 312 g II BGB)»*.

dalla conclusione del contratto, come stabilito in linea di principio dal § 355, comma 2, o con il diverso *dies a quo* previsto dal § 356, commi 2-5, per particolari tipi di contratti del consumatore.

Le conseguenze giuridiche del *Widerruf* sono disciplinate dai §§ 355, commi 1 e 3, e 357 e seguenti e possono essere modificate convenzionalmente solo in senso favorevole al consumatore⁶⁶⁸.

In primo luogo il § 355, comma 1, prevede che, in seguito all'efficace esercizio del recesso da parte del consumatore, quest'ultimo e il professionista non sono più vincolati dalle loro dichiarazioni contrattuali⁶⁶⁹.

Inoltre in seguito all'esercizio del *Widerruf* il contratto, inizialmente (sospensivamente) efficace, ma ora divenuto inefficace, si trasforma *ex-nunc* nel cosiddetto *Rückgewährschuldverhältnis*⁶⁷⁰ o *Rückabwicklungsverhältnis*⁶⁷¹: espressioni entrambe traducibili in termini di "rapporto giuridico per l'obbligo di restituzione".

⁶⁶⁸ H. BROX, W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 205: «Die Rechtsfolgen des Widerrufs [...] ergeben sich aus §§ 355 abs. 3, 357 ff. Diese Folgen können durch Vertrag nur zugunsten des Verbrauchers geändert werden».

⁶⁶⁹ H. BROX, W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 198: «Nach § 355 abs. 1 s. 1 sind der Verbraucher und der Unternehmer nach einem Widerruf durch den Verbraucher an ihre Vertragserklärungen nicht mehr gebunden»; ed ancora, 255: «Aufgrund des Widerrufs durch den Verbraucher sind dieser und der Unternehmer an ihre auf den Abschluss des Verbrauchervertrags gerichteten Willenserklärungen nicht mehr gebunden». La dichiarazione d'intenti revocabile del consumatore e il contratto concluso sono quindi inizialmente solo sospensivamente efficaci. Possono diventare definitivamente inefficaci attraverso il recesso. Le parti hanno nondimeno il diritto di pretendere l'esecuzione della prestazione già dal momento della conclusione del contratto. Tuttavia, le dichiarazioni d'intenti e quindi anche il contratto diventano definitivamente efficaci solo quando scade inutilmente il termine per esercitare il diritto di recesso; cfr. H. BROX, W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 198: «Die widerrufliche Willenserklärung des Verbrauchers und der abgeschlossene Vertrag sind also zunächst nur schwebend wirksam. Sie können durch Widerruf endgültig unwirksam werden. Den Parteien stehen zwar schon mit Vertragsabschluss beiderseitige Erfüllungsansprüche zu. Endgültige Wirksamkeit erlangen die Willenserklärungen und damit auch der Vertrag jedoch erst mit dem Erlöschen des Widerrufsrecht».

⁶⁷⁰ H. BROX, W.D. WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., 205: «Der zunächst schwebend wirksame, nun aber unwirksam gewordene Verbrauchervertrag wandelt sich ex-nunc in ein Abwicklungsverhältnis (sog. Rückgewährschuldverhältnis) um. [Il contratto, provvisoriamente efficace ma ora divenuto inefficace, si trasforma *ex-nunc* nel cosiddetto *Rückgewährschuldverhältnis*]. Si veda anche M. STÜRNER, *Rechtsfolgen des Widerrufs*, cit., 374 ss.

⁶⁷¹ Così C. FÖRSTER, *Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie*, cit.: «Übt der Verbraucher sein Widerrufsrecht aus und hat er dem Unternehmer wirksam den Widerruf erklärt, verwandelt sich das bisherige Geschäft in ein Rückabwicklungsverhältnis und es müssen beide Parteien die von der Gegenseite erhaltenen Leistungen wieder retournieren (§ 355 III 1 BGB) [Se il consumatore comunica efficacemente il proprio recesso al commerciante, il precedente contratto si trasforma in un *Rückabwicklungsverhältnis* ed entrambe le parti devono restituire la prestazione ricevuta (articolo 355 III 1 BGB)]. Di «Rückabwicklung nach § 355 abs. 3 als allgemeine Rechtsfolge eines Widerrufs» parlano anche H. BROX, W.D. WALKER, *op. loc. ult. cit.*

L'evidente vicinanza alla figura del sinallagma rovesciato è confermata dalla spiegazione del meccanismo. Venuto meno il vincolo pattizio, non vi è più alcuna giustificazione per trattenere eventuali prestazioni già ricevute. Di conseguenza, deve entrare in vigore un meccanismo legale che consenta la *Rückabwicklung*, ossia, letteralmente, "l'inversione della transazione"⁶⁷²: l'espressione allude chiaramente al ripristino dello *status quo ante* che caratterizza la fase post-contrattuale, e dunque alla figura del sinallagma rovesciato⁶⁷³.

Ed invero, ai sensi del § 355 comma 3, s. 1, *BGB*, entrambe le parti devono restituire senza indugio le prestazioni già ricevute⁶⁷⁴. Tale disposizione – eventualmente in combinazione con i §§ 357-357c *BGB* – costituisce la base giuridica per le azioni di restituzione, cui sono legittimati parimenti consumatori e professionisti⁶⁷⁵.

Peraltro, ai sensi del § 358 *BGB*, nel caso di collegamento negoziale, l'esercizio del *Widerruf* relativamente al contratto presupposto comporta il travolgimento anche del contratto ad esso connesso, con ogni conseguenza sul piano delle restituzioni.

Vi sono quindi plurime ragioni per concludere che la *ratio* protettiva delle nullità di protezione non giustifichi alcuna parziale disattivazione della disciplina dell'indebito oggettivo; tale soluzione non è accoglibile né sulla base dei principi ricavabili dal sistema delle invalidità del codice civile, né sulla base di indici provenienti da altri sistemi giuridici.

Non vi è quindi alcun nesso ineludibile tra la relatività della legittimazione all'azione di nullità e la irripetibilità delle prestazioni da parte del contraente non protetto.

⁶⁷² Così M. STÜRNER, *Rechtsfolgen des Widerrufs*, cit., 374: «Damit besteht kein Rechtsgrund (mehr),2 eventuell bereits erlangte Leistungen behalten zu dürfen. Folgerichtig muss ein gesetzlicher Mechanismus greifen, der die Rückabwicklung steuert». Il previgente § 357, comma 1°, frase 1, *BGB* disponeva semplicemente l'applicazione delle disposizioni sul *Rücktritt*. A seguito dell'entrata in vigore della Legge sull'Attuazione della Direttiva sui Diritti del Consumatore, è stata inserita una disciplina specifica per le conseguenze del *Widerruf*: i §§ 357-357 *BGB*.

⁶⁷³ M. SCHWAB, *Der Verbraucherschützende Widerruf und seine Folgen für die Rückabwicklung des Vertrags*, in JZ, 13/2015, 645 parla proprio di «*Rückgewährsynallagma*», e cioè di sinallagma di restituzione.

⁶⁷⁴ H. BROX, W.D. WALKER, *op. loc. ult. cit.*: «*Die bereits ausgetauschten Leistungen sind unverzüglich zurückzugewähren (§ 355 Abs 3, s. 1)*».

⁶⁷⁵ M. STÜRNER, *op. loc. ult. cit.*: «*Den Grundsatz stellt § 355 Abs. 3 S. 1 BGB auf: Im Falle des Widerrufs sind die empfangenen Leistungen unverzüglich zurückzugewähren. Die Norm ist – ggf. in Verbindung mit den §§ 357–357 c BGB – Anspruchsgrundlage für Rückabwicklungsbegehren von Verbraucher und Unternehmer gleichermaßen*».

Esiste un unico regime restitutorio per nullità assolute e relative, caratterizzato dalla bilateralità degli obblighi restitutori, e lo si rinviene all'interno della disciplina dell'indebito oggettivo.

CONCLUSIONI

1. *Sull'inconfigurabilità della nullità selettiva nel sistema delle invalidità negoziali*

A chiusura del percorso di ricerca e di critica svolto nel presente lavoro, si impongono alcune riflessioni di carattere trasversale.

Il tema dell'esercizio selettivo della nullità di protezione coinvolge snodi assolutamente nevralgici del diritto dei contratti e dimostra, ancora una volta, come un caso giurisprudenziale particolare e solo apparentemente confinato in un ambito settoriale dell'ordinamento costituisca l'occasione per svolgere riflessioni di ampio respiro sistematico, nonché per ripensare un istituto classico, qual è quello della nullità negoziale, in chiave evolutiva.

Individuare una linea di sviluppo razionale di un istituto dalle antichissime radici non implica necessariamente una rottura con il passato, ma, al contrario, un'attenta operazione di recupero e di valorizzazione degli elementi di disciplina che ne costituiscono il nucleo fondamentale, da cui dipende la sua stessa identità.

Alla luce della ricostruita matrice della nullità come categoria tipica di tutela civile comprensiva di più modi d'essere o, se si preferisce, di più forme di manifestazione, a seconda della concreta conformazione degli interessi sottesi a diverse strutture di contrattazione (paritarie, da un lato, asimmetriche, dall'altro), è possibile ora ripercorrere le linee del sistema, e, per questa via, fornire una risposta argomentata alle questioni poste in sede di impostazione del problema.

La sintesi conclusiva che qui si tenta di condurre non può che prendere le mosse dai quesiti da cui l'intero discorso ha preso avvio, e cioè se l'esercizio in via selettiva della nullità *ex art. 23 t.u.f.* sia conforme alla *ratio* della disposizione *de qua*, e, più in generale, della nullità di protezione; e, quale logico corollario del primo interrogativo, se la dinamica prospettata dalle Sezioni Unite sia suscettibile di entrare a pieno titolo nella disciplina *in fieri* della nullità di protezione, accordandosi in modo congruente non solo

alla struttura e alla dinamica dei contratti di investimento, ma anche, più in generale, al sistema delle invalidità negoziali.

A parere di chi scrive, la pronuncia del 4 novembre 2019 va senz'altro apprezzata per aver scorto nel precipuo problema della configurabilità della nullità selettiva l'occasione per ripensare lo statuto normativo delle nullità di protezione. Sotto questo profilo la sentenza testimonia un dato incontrovertibile, e cioè che è in atto un'evoluzione della nullità di protezione, contrassegnata dall'adattamento dell'istituto alle peculiari istanze di tutela sottese alle fattispecie di volta in volta regolate, a conferma dell'opinione dottrinale secondo cui la nullità di protezione «è una figura *in progress*»⁶⁷⁶. Ciò costituisce dimostrazione della particolare – e naturale – attitudine della nullità a modularsi in funzione della conformazione della fattispecie su cui incide; ragione per cui non esiste altra forma di invalidità negoziale che, al pari della nullità, abbia conosciuto, in un lasso di tempo relativamente breve, un così intenso rinnovamento.

La soluzione compendiata dalla Corte si pone evidentemente nel solco di un approccio funzionalista ai temi evocati. Le Sezioni Unite hanno infatti esplicitamente inteso procedere seguendo l'impostazione già adottata nel precedente sul monofirma, ossia valorizzando la *ratio* protettiva della disposizione in esame. Se, da un punto di vista metodologico, la preferenza verso il funzionalismo, in antitesi al mero dogmatismo, appare senz'altro condivisibile, tuttavia i risultati cui essa conduce non appaiono esattamente in linea con il logico e razionale sviluppo delle premesse adottate.

In base all'indirizzo cui si è ritenuto di aderire, nullità codicistica e nullità di protezione non integrano paradigmi antitetici, ma sono due diverse forme di un istituto unitario nei suoi fondamenti, differenziandosi l'una dall'altra nel trattamento giuridico in ragione del maggiore o minor disvalore connesso alla fattispecie rilevante, nonché dell'assetto di interessi in gioco.

Non si dimentichi, infatti, che la nullità, come tipo rimediale, è qualificazione negativa dell'atto rilevante, ad intensità variabile, cosicché possono darsi gradi distinti di disciplina

⁶⁷⁶ A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio"*. Per una critica costruttiva di Cass. SS. UU., n. 28314/2019, cit., 90 e ID. *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2020.

della nullità in funzione della diversa sua *ratio* normativa⁶⁷⁷. Da quest'ultima dipendono, quindi, le differenze di disciplina che caratterizzano le diverse forme in cui la nullità è declinata, in tutti i loro aspetti, primo fra tutti l'efficacia. Esiste, quindi, un dato unificante della nullità e più in generale dell'invalidità, consistente nella comune, seppur graduata, negazione dell'efficacia intesa come vincolatività, a prescindere dal diverso profilo dell'eventuale e non omogenea produzione di effetti finali⁶⁷⁸.

Esattamente come il contratto, anche la nullità è allora capace di «polimorfismo», esprimendo una particolare vocazione «a dimensionarsi in figure antiche e nuove»⁶⁷⁹, cioè in una «pluralità di “forme” o modi di apparire riferibili tutti ad un'unità»⁶⁸⁰.

Questa identità di fondo viene ritrovata nel dato «unitario e costante» rappresentato dalla rilevanza della fattispecie colpita da nullità, «mentre il profilo variabile e, come tale, necessariamente diversificato e multiplo, è rappresentato dall'efficacia»⁶⁸¹.

Si è precisato, inoltre, che la rigida contrapposizione tra nullità tradizionale e nullità speciali sotto il profilo degli interessi protetti va rivista alla luce del fatto che la tutela di interessi privati non è prerogativa esclusiva delle nuove nullità. Fin dall'entrata in vigore del codice, la nullità tradizionale e generale conosce infatti una funzione protettiva dell'interesse privato, ponendosi, ad un tempo, come garanzia di scelte negoziali libere ed utili e come presidio per il corretto funzionamento del mercato di riferimento⁶⁸².

Dal momento che la duplice funzione di protezione di interessi di ordine pubblico e privato può dirsi intrinseca alla nullità come categoria, il discrimine tra nullità codicistica e nullità di protezione va conseguentemente spostato dal piano della natura degli interessi tutelati a quello della loro diversa considerazione da parte del legislatore, in un caso e nell'altro. Nel caso della nullità tradizionale l'interesse generale è tutelato in via privilegiata, mentre l'interesse privato in via solo indiretta; all'opposto, nel caso della

⁶⁷⁷ Si rinvia sul punto all'ampia letteratura citata nel precedente Capitolo 3, par. 2.1. nt. ...

⁶⁷⁸ Il nucleo fondamentale della nullità negoziale consiste, in altri termini, nella denegazione degli effetti quali voluti dalle parti: è l'idea espressa da A.A. DOLMETTA, *Nullità e conformazione nell'odierno diritto dell'impresa*, relazione tenuta in occasione del Convegno intitolato “Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa”, tenutosi presso l'Università degli Studi di Trento il 10 novembre 2022.

⁶⁷⁹ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore*, cit., 31.

⁶⁸⁰ G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore*, cit., 27 ss.

⁶⁸¹ Così V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., 507.

⁶⁸² Per tutti, A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., 77 ss.

nullità di protezione l'attenzione è posta immediatamente sull'interesse privato, o meglio seriale, e per questa via viene salvaguardato anche l'interesse generale; quest'ultimo non è quindi tutelato in via meramente indiretta, ma costituisce la specifica condizione di attribuzione di tutela speciale ad un interesse di categoria.

Tant'è vero che nel noto *obiter dictum* delle sentenze gemelle del dicembre 2014⁶⁸³, la nullità di protezione viene significativamente descritta quale invalidità dalla «natura ancipite», vale a dire rispondente al contempo agli interessi generali e alle istanze individuali della parte debole del contratto. Tale aspetto si riscontra massimamente nella disciplina europea dei contratti di investimento (e, per conseguenza, anche in quella interna), a mente del fatto che, nell'ambito della politica comunitaria in materia di mercati finanziari, i contratti di investimento sono concepiti come semplici strumenti attraverso i quali realizzare la maggior espansione possibile dell'industria dei mercati⁶⁸⁴. In quest'ordine di idee, la tutela dell'investitore non costituisce un obiettivo prioritario, poiché ciò che più preme è la protezione del mercato.

Se è pur vero che l'attitudine alla tutela di un interesse privato non è nuova alla categoria della nullità, è altrettanto vero che nella nullità di derivazione europea tipicamente detta «di protezione» tale funzione giunge ad un punto di normalizzazione tale da incidere sulla stessa vocazione del rimedio, che da meccanismo prevalentemente sanzionatorio diviene strumento di protezione di interessi di determinate classi o categorie di contraenti, i quali si affacciano al mercato nella veste di contraenti c.d. deboli in ragione della propria condizione di minorato potere negoziale nei confronti della controparte.

Avendo deciso di misurarsi con l'assetto di interessi sotteso al contratto, la nullità è divenuta, in prospettiva europea, un rimedio sempre più dipendente e relato, e cioè conformato, nella struttura e nella funzione, dal tipo di operazione contrattuale posta in essere. La nullità di protezione si atteggia dunque come «nullità-funzione»⁶⁸⁵, che è e sta in diretto e immediato rapporto di congruenza e corrispondenza con un determinato assetto di interessi, in ragione della natura degli stessi, della posizione delle parti e dei

⁶⁸³ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, *cit.*

⁶⁸⁴ D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, *cit.*, 49 ss.

⁶⁸⁵ V. SCALISI, *Nullità e inefficacia*, *cit.*, 506 ss..

beni e servizi negoziati. Tutto ciò implica una configurazione della nullità di protezione come rimedio di regolamento, e cioè come strumento di controllo del contenuto del contratto, o ancora come congegno conformativo, teso al mantenimento del contratto anziché alla sua demolizione, finalizzato a un risultato di equità o di giustizia sostanziale.

In quest'ottica, il *focus* posto dalla Corte sulla funzione della nullità di protezione conferma una visione già presente in dottrina circa l'identità di fondo del rimedio, e cioè l'idea che alla finalità protettiva unilaterale si accompagni necessariamente il carattere disponibile della tutela stessa, da parte del destinatario⁶⁸⁶. Si è rilevato, infatti, come ciascuno dei profili costitutivi dello statuto della nullità di protezione sia, in ultima istanza, una particolare declinazione del generale e fondamentale carattere disponibile di questa nuova dimensione dell'invalidità.

La costruzione di una nullità di funzione, dal carattere disponibile, pone al riguardo un fondamentale interrogativo: se la disponibilità della tutela vada collocata esclusivamente sul piano processuale o se – e in che modo – investa anche il rapporto sostanziale sottostante.

La risposta da ultimo data dalle Sezioni Unite si pone in evidente controtendenza non solo rispetto a quanto può ragionevolmente predicarsi con riguardo alla nullità di protezione, ma anche rispetto allo stesso fondamento della nullità come categoria rimediale, poiché concepisce in modo dirompente la stessa fisionomia della nullità di protezione, nonché il grado di intensità della tutela che ne deriva a beneficio della parte protetta.

Secondo quanto affermato in modo costante da dottrina e giurisprudenza – ivi incluse le Sezioni Unite medesime, almeno fino al dicembre 2014 – la disponibilità della tutela accordata al contraente debole era sempre stata intesa nei termini di una scelta, rimessa alla valutazione discrezionale della parte protetta, tra demolizione o mantenimento del regolamento contrattuale. Il carattere disponibile della nullità di protezione si esauriva, pertanto, in una dimensione esclusivamente processuale, e segnatamente nel profilo della legittimazione relativa all'azione di nullità: ovverosia nella scelta riservata al contraente

⁶⁸⁶ G. AMADIO, *Nullità speciali: problema o sistema?*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014.

debole, unico legittimato all'esercizio dell'azione, di far dichiarare la nullità oppure di rinunciare all'azione, mantenendo il contratto (o la singola clausola) pur affetto da nullità. Applicando queste regole alla fattispecie concreta dell'operazione di investimento, il cliente, esclusivo legittimato attivo a far valere la nullità del contratto quadro per vizio di forma, ex art. 23, commi 1° e 3°, t.u.f., può quindi decidere di non travolgere il contratto quadro, se nel complesso il servizio di investimento lo soddisfa, come d'altra parte può decidere di farne dichiarare la nullità, se ciò risponde meglio al suo interesse.

Una volta effettuata tale scelta, però, non vi sono ragioni per protrarre ulteriormente la tutela del contraente protetto, giustificando ulteriori deviazioni dalle comuni regole contrattuali. La legge non sembra infatti prevedere che la protezione dell'investitore possa spingersi fino ad un esercizio del rimedio a lui accordato tale da interferire con le regole generali che disciplinano le conseguenze della nullità contrattuale⁶⁸⁷.

Alla luce di questa precisazione, il problema della configurabilità di una condotta processuale dell'investitore che si sostanzia in una pretesa di esercizio selettivo della nullità del contratto quadro potrebbe (e dovrebbe) essere risolto esclusivamente a mezzo dell'applicazione dei generali principi in materia di contratti; del resto, ancor prima di investire il funzionamento della nullità di protezione, il quesito involge la disciplina generale del contratto. Ciò implica la necessaria verifica della conformità della figura rispetto alla fattispecie del contratto di investimento.

Sotto questo profilo si è osservato che la nullità selettiva non si attaglia ad alcuna tra le proposte qualificazioni dell'operazione di investimento complessivamente intesa, poiché nessuna di queste pare idonea a giustificare, da un punto di vista logico, la salvezza di singoli ordini di investimento in presenza di un contratto quadro invalido a monte. Se si accede all'opzione ricostruttiva secondo cui il contratto quadro si lega ai singoli ordini secondo la logica del collegamento negoziale⁶⁸⁸, sembrerebbe giocoforza ammettere che una volta accertata la nullità del contratto quadro, debbano cadere, indistintamente e senza alcuna possibilità di selezione, tutti gli ordini che da quello traggono legittimazione. Alla

⁶⁸⁷ M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione: un falso problema?*, cit., 157.

⁶⁸⁸ Per tutti, V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, 896 ss.; ID., *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 498 ss., in partic. nt. 16.

medesima conclusione si giunge anche ove si preferisca qualificare il contratto quadro come contratto innominato misto di mandato e conto corrente di corrispondenza, rispetto al quale gli ordini di investimento figurano quali meri atti esecutivi⁶⁸⁹: in questo caso la nullità dell'unico contratto (il contratto quadro) travolgerà necessariamente le operazioni, prive di autonomia negoziale e di causa propria, poste in essere in suo adempimento.

Le Sezioni Unite 2019, forti dell'impostazione funzionalista adottata, hanno invece sottoposto a *revirement* l'indirizzo seguito fino a pochi anni prima, rimodulando lo statuto della nullità di protezione in modo tale da estendere la tutela accordata al contraente debole, assicurandogli il potere di determinare le sorti della fattispecie.

Ed invero, il Collegio ha da ultimo affermato che il carattere disponibile della nullità di protezione non si esaurisce nel mero piano processuale della legittimazione relativa e della rilevazione officiosa del vizio, ma arriva a coinvolgere anche quello, sostanziale, degli effetti caducatori e restitutori della nullità.

Tale risultato è stato raggiunto allargando l'ambito di incidenza della regola dell'operatività a vantaggio della nullità di protezione, intesa per l'appunto quale versante sostanziale della tutela attribuita in via privilegiata alla parte protetta. Nel contesto dell'operazione di investimento, tale regola viene tradotta nell'esclusivo potere del cliente di indicare le operazioni di investimento alle quali attribuire il disvalore, da cui derivano gli effetti caducatori e, quindi, restitutori conseguenti all'accertata nullità del contratto. L'operatività della nullità di protezione a vantaggio del contraente debole si risolverebbe, quindi, nel suo esercizio selettivo.

A detta delle Sezioni Unite, l'esercizio della nullità in via selettiva renderebbe inoltre effettiva anche la regola della necessaria parzialità rispetto ad una fattispecie contrattuale del tutto peculiare, cui risulta difficilmente estensibile la logica evocata.

La regola dell'operatività a vantaggio è stata, inoltre, utilizzata per giustificare il rifiuto dell'ipotesi ricostruttiva che vorrebbe assoggettare la nullità di protezione alla disciplina delle conseguenze restitutorie proprie del regime generale della nullità. Secondo la Corte,

⁶⁸⁹ Per tutti, F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, cit., 889 ss.; ID., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, cit., 1 ss.; ed ancora, F. GALGANO, N. ZORZI, *Tipologia dei contratti tra intermediario e risparmiatore*, cit., 66 ss.

la *ratio* protettiva della nullità in esame si rifletterebbe sulla disciplina degli effetti restitutori conseguenti all'accertata nullità, con una corrispondenza univoca tra legittimazione relativa e disattivazione della tutela restitutoria per il contraente non protetto. Mentre l'investitore, al netto del correttivo della buona fede, può, in linea di principio, «avvalersi degli effetti diretti» dell'accertata nullità del contratto quadro, secondo la sua scelta, l'intermediario non è del pari legittimato in questo senso, non potendo «agire, in via riconvenzionale od in via autonoma, per la ripetizione dell'indebito, evocata dall'art. 1422 e disciplinata dall'art. 2033 cod. civ.»⁶⁹⁰.

Nel disegno delle Sezioni Unite la dinamica selettiva costituisce, in ultima analisi, un profilo inedito della nullità di protezione, che, quale sviluppo della funzione protettiva e del correlato carattere disponibile della nullità in discorso, trova ingresso a pieno titolo nel relativo statuto ed è, quindi, suscettibile di porsi quale tratto tipico della nullità di protezione, proprio di ogni fattispecie riconducibile alla categoria.

Ad avviso del Collegio, tale opzione ricostruttiva sarebbe giustificata in quanto «una diversa interpretazione del sistema delle nullità di protezione condurrebbe all'effetto [...] della sostanziale abrogazione dello speciale regime di intangibilità ed impermeabilità proprio delle nullità di protezione»⁶⁹¹.

In realtà, plurimi indici sembrano deporre nel senso che la ragione sottesa alla soluzione adottata dalle Sezioni Unite sia più che altro di tipo economico.

L'esperienza giurisprudenziale conseguente ai *default* finanziari di inizio secolo ha infatti reso noto che la nullità per vizio di forma disposta dall'art. 23 t.u.f. ben si presta ad un utilizzo opportunistico quale «via breve» per dare tutela all'investitore deluso. Ciò si deve al fatto che la nullità – in genere e in particolare se prevista quale conseguenza per la violazione di un requisito formale – rappresenta il rimedio più congeniale alle esigenze dell'investitore, poiché gli consente di recuperare l'investimento effettuato grazie al solo riscontro della violazione, senza dover affrontare particolari difficoltà probatorie⁶⁹².

⁶⁹⁰ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 17.1.2 della motivazione della sentenza.

⁶⁹¹ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, *cit.*, punto 17.1.2 della motivazione della sentenza.

⁶⁹² Per tutti, A. PERRONE (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, *cit.*, 45 ss.

Non stupisce, allora, che l'esercizio selettivo dell'azione di nullità sia stato ravvisato proprio come una delle ipotesi di utilizzo della nullità come via breve per la tutela del cliente contro investimenti svantaggiosi⁶⁹³. È infatti intuitivo che il cliente, in presenza di più investimenti ad esiti alterni non coperti da valido contratto quadro, abbia interesse a far valere la nullità per travolgere soltanto le operazioni che hanno avuto risultati insoddisfacenti ed ottenere così la restituzione delle somme versate, lasciando invece impregiudicati i trasferimenti patrimoniali relativi ai restanti ordini.

Meno ovvio è che le Sezioni Unite abbiano avallato una simile prassi, peraltro elevandola a regola di sistema, quando appare evidente che entrambi i profili in cui la nullità selettiva si specifica costituiscono tratti devianti non solo rispetto al paradigma della nullità tradizionale di cui agli artt. 1418 ss. c.c., ma anche rispetto allo statuto ricavabile dalle molte figure di nullità di protezione ad oggi esistenti.

La costruzione della nullità selettiva sembra criticabile anzitutto nella parte in cui si traduce nell'esclusivo potere del cliente di determinare il *petitum* della domanda giudiziale, circoscrivendo, tramite la selezione, i limiti della declaratoria di nullità.

Ragioni ostative ad una simile declinazione dell'azione di nullità risiedono, in primo luogo, nel dato letterale della norma di cui all'art. 23 t.u.f., che si limita ad assegnare all'investitore il solo diritto di agire in giudizio per far dichiarare la nullità del contratto quadro, non anche il potere di selezionare gli effetti che tale nullità può avere sugli ordini di investimento dipendenti dal contratto quadro nullo.

Il che equivale a dire, per tornare all'interrogativo poc'anzi sollevato, che il carattere disponibile della tutela in esame si sostanzia esclusivamente nel versante processuale della legittimazione riservata all'azione di nullità e della rilevabilità officiosa del vizio (sempre che ciò corrisponda all'interesse della parte protetta).

Logica conseguenza di questa premessa è che il cliente, una volta formulata la domanda di nullità del contratto quadro, non possa governarne le conseguenze, le quali derivano dai principi generali dell'ordinamento, anche qualora non siano rispondenti ai suoi interessi⁶⁹⁴.

⁶⁹³ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, cit., 19-20.

⁶⁹⁴ S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, cit., 165.

Una simile affermazione è perfettamente conforme al modo in cui opera la nullità. Sebbene sia propria della logica del rimedio una graduabilità dell'efficacia della fattispecie nulla, in ragione della *ratio* sottesa al vizio invalidante, solo al legislatore – e non alle parti – spetta determinare come tale graduazione debba concretizzarsi. Ciò si deve al fatto che, nell'ordinamento giuridico, è prerogativa esclusiva del legislatore dare risposta alle specifiche esigenze di tutela che vengono in rilievo nel traffico giuridico, effettuando la necessaria sintesi tra interessi generali e particolari (eventualmente tra loro confliggenti) e traducendola in effetti giuridici. Gli effetti discendenti dall'azione di nullità sono dunque stabiliti dal legislatore e sottratti alla disponibilità delle parti. Quanto detto vale sia per la nullità codicistica, sia per la nullità di protezione, ove la disponibilità della tutela è massima. Si ritiene, in definitiva, che in ciò consista il limite, necessario e invalicabile, al carattere disponibile delle nullità nuove o speciali, connotate da una *ratio* protettiva. Dunque alla parte protetta spetta solo la decisione in ordine all'attivazione della tutela, se ciò risponde al proprio interesse, non anche il potere di incidere sugli effetti conseguenti all'esercizio dell'azione.

Una diversa conclusione equivarrebbe a disconoscere il *modus operandi* della nullità, quale forma di invalidità negoziale che conduce all'inefficacia originaria della fattispecie colpita dal vizio invalidante.

Ciò che, invece, pare emergere dalla sentenza delle Sezioni Unite è esattamente il contrario, e cioè che gli effetti dell'azione di nullità non siano affatto svincolati dalla disponibilità del soggetto destinatario della disciplina di protezione, ma debbano conformarsi alla *ratio* protettiva del contraente debole, in deroga a quanto previsto dall'art. 1422 c.c. L'esclusivo vantaggio, inteso quale limitazione “unidirezionale” della propagazione degli effetti negoziali tra le parti, si trasformerebbe dunque in una sorta di inefficacia relativa *inter partes*, sostanziandosi in una forma di inopponibilità nei confronti dell'investitore.

Si tratta di una conclusione molto forte e dalle conseguenze dirompenti, che, in assenza di un evidente appiglio legislativo, pare difficile affermare in via soltanto interpretativa. Le contraddizioni insite in questa ricostruzione sono, peraltro, evidenti. Affermare che l'intermediario non possa esercitare l'azione di ripetizione di indebito, né in via autonoma né in via riconvenzionale, equivale infatti a dire che dalla dichiarazione di nullità del

contratto-quadro non deriva, quale conseguenza naturale e imprescindibile, la rimozione *ab origine* del titolo, che continuerebbe ad essere parzialmente vincolante. Si tratta di una palese alterazione della modalità di produzione degli effetti della nullità, la cui incongruenza è resa ancor più manifesta dal fatto che gli effetti del contratto non sono scindibili e, come tali, devono necessariamente prodursi nei confronti di entrambe le parti⁶⁹⁵.

Alla luce di queste considerazioni, si ritiene di affermare che il carattere disponibile della nullità di protezione si limiti al piano processuale e non investa il rapporto sostanziale sottostante; ne consegue che la regola dell'operatività a vantaggio sia riferibile alla sola costante della legittimazione relativa a far valere l'azione di nullità, non potendo tradursi anche nel potere di frazionare gli effetti della nullità, che è congegno di tipo qualitativo e non quantitativo⁶⁹⁶; e tanto più ciò deve essere affermato con forza se a ridisegnare la fisionomia di base di un istituto cardine del nostro ordinamento non è il legislatore, ma il giudice, sia pur di legittimità. Il ruolo che la giurisprudenza può eventualmente esercitare nella costruzione di uno statuto delle nullità di protezione esteso a tutti gli aspetti della disciplina di queste non può spingersi fino ad una riscrittura della disciplina degli effetti dell'azione di nullità che, per quanto non espressamente regolato dalla legislazione di settore, dovrebbe rimanere affidata all'impianto generale del codice civile⁶⁹⁷.

La nullità selettiva, come configurata dalle Sezioni Unite, costituisce, inoltre, un'indebita applicazione della regola della necessaria parziarietà della nullità di protezione. Una delle argomentazioni che la Corte adduce a supporto della propria costruzione è che l'esercizio della nullità di protezione in via selettiva – con ciò riferendosi sempre al potere del cliente di circoscrivere gli effetti caducatori della pronuncia di nullità – si rende necessario per rendere operativa la regola della parzialità della nullità di protezione anche nell'ipotesi in cui la nullità di protezione interessa integralmente un unico contratto-base, da cui dipendono plurime operazioni.

⁶⁹⁵ V. SCALISI, *Inefficacia (diritto privato)*, cit., 353 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, (voce) *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., 11

⁶⁹⁶ F. FERRO-LUZZI, *In tema di invalidità del contratto per la prestazione di servizi di investimento*, cit., 2011, 477.

⁶⁹⁷ C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive*, cit., 179.

Questo ragionamento muove dall'erroneo presupposto che le nullità di protezione si atteggiino tutte allo stesso modo e che quindi l'ipotesi del contratto-quadro nullo per vizio di forma *ex art. 23 t.u.f.* sia equiparabile a quella di un contratto contenente clausole vessatorie o abusive, di modo che come in quest'ultimo caso il contraente protetto può far valere la nullità delle clausole viziate, postulando che tutte le altre rimangano in vita, altrettanto egli dovrebbe poter fare nel caso degli ordini di investimento retti dal contratto quadro nullo.

Tuttavia, secondo l'opinione preferibile⁶⁹⁸, le singole operazioni di investimento non sono affatto qualificabili come effetti del contratto quadro, ma come contratti che trovano nel contratto-quadro il loro presupposto logico-causale; si tratta, dunque, di fattispecie del tutto eterogenee. Perciò se, come nel caso disciplinato dall'art. 23 t.u.f., la nullità colpisce in modo totale il contratto-quadro, è impensabile una sua permanenza in vita (come avviene invece quando si colpiscono singole clausole di un contratto, che, per il resto, rimane valido ed efficace); così come è impensabile una permanenza in vita di alcuno degli ordini che dipendono dal contratto-quadro. Pertanto la nullità non può colpire solo alcuni ordini di investimento, ma tutti necessariamente.

Pare infondata anche l'idea secondo cui l'uso selettivo della nullità si porrebbe come l'unica via per ovviare all'inedito "prendere o lasciare" dinanzi al quale si troverebbe il cliente per il fatto che la nullità del contratto quadro non si limita ad una clausola del contratto, ma arriva potenzialmente a travolgere l'intero servizio di investimento. Quello del prendere o lasciare è, infatti, un falso problema se si pensa che la logica del tutto o niente non è affatto estranea alla nullità di protezione, e dunque da correggere a tutti i costi, ma la accompagna fin dalle origini e si ritrova nella sua disciplina di riferimento⁶⁹⁹.

Altro importante profilo critico della sentenza delle Sezioni Unite è di aver mutato l'assetto delle regole che disciplinano le restituzioni conseguenti all'accertamento della nullità di protezione in modo tale da compromettere la stessa identità della nullità quale forma di invalidità.

⁶⁹⁸ G. D'AMICO, *Sul carattere c.d. selettivo della nullità di protezione*, cit., 20-21.

⁶⁹⁹ M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione: un falso problema?*, cit., 157.

Se si muove dal presupposto che la nullità, anche quando sia relativa, conserva nondimeno le sue caratteristiche di vizio radicale, in presenza del quale il contratto risulta inidoneo a produrre effetti giuridici riconoscibili dall'ordinamento, ne discende che il giudice, con la sua pronuncia, non fa che accertare l'inefficacia, radicale e *ab origine*, del contratto affetto da nullità. Posta questa premessa, è difficile sottrarsi alla conseguenza che l'accertamento, con efficacia *ex tunc*, del venir meno del titolo apra a tutte le parti del contratto dichiarato nullo – e non solo a quella legittimata all'azione di nullità – la possibilità di ripetere la prestazione eventualmente resa in esecuzione di quel medesimo contratto, sempreché, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1422 c.c., non sia intervenuta l'usucapione o la prescrizione delle azioni di ripetizione⁷⁰⁰.

Si può allora affermare che la legittimazione esclusiva ad agire per far dichiarare la nullità non implica affatto, sul piano logico, che altrettanto esclusiva sia la legittimazione ad agire per la ripetizione di prestazioni che l'accertata nullità del contratto ha dimostrato essere prive di una giusta causa di attribuzione. Questa conclusione ha il pregio di riconoscere alla nullità di protezione la stessa matrice giuridica della nullità tradizionale, e cioè quella di forma radicale di reazione dell'ordinamento al manifestarsi di patologie negoziali così gravi da rendere il contratto totalmente incapace di produrre effetti giuridici, per l'una come per l'altra parte, salva la limitazione soggettiva a farla valere⁷⁰¹. Tale impostazione consente, inoltre, di chiarire univocamente in che modo gli obblighi restitutori rientrino nella strategia regolatoria articolata dal legislatore con le nullità totali di protezione: essi costituirebbero un rimedio secondario rispetto all'invalidità, da ricostruire in modo coerente con la funzione di quest'ultima, come affermato da quella dottrina che ritiene impossibile ravvisare una netta separazione tra il rimedio demolitorio e gli effetti restitutori⁷⁰².

Se invece si accede all'impostazione inaugurata dalle Sezioni Unite, secondo cui il carattere disponibile della nullità opera sia sul piano della legittimazione ad agire in giudizio per farla accertare, sia sul piano sostanziale, anche la possibilità di pretendere la restituzione delle prestazioni eseguite in base al contratto nullo sarà data unicamente alla

⁷⁰⁰ R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 7 gennaio 2020, *cit.*

⁷⁰¹ Cfr. R. RORDORF, *op. loc. ult. cit.*

⁷⁰² E. BARGELLI, «*Sinallgma rovesciato*», *cit.*, 87 ss.

parte che abbia agito per far valere la nullità. Vi sarebbe, cioè, una corrispondenza univoca tra operatività della nullità a vantaggio del contraente protetto e disattivazione della tutela restitutoria per il contraente non protetto, il quale, oltre a non essere legittimato all'azione di nullità, non potrebbe nemmeno avvalersi degli effetti diretti della sua declaratoria, agendo «in via riconvenzionale od in via autonoma, per la ripetizione dell'indebito, evocata dall'art. 1422 e disciplinata dall'art. 2033 cod. civ.».

La linea argomentativa inaugurata dalle Sezioni Unite non fornisce elementi sufficienti per stabilire se l'impossibilità per l'intermediario di domandare la restituzione delle cedole rimosse valga solo limitatamente agli ordini non compresi nel *petitum* della domanda giudiziale, come taluna dottrina ha suggerito, oppure anche per gli ordini impugnati, come, in realtà, sembrerebbe emergere dal senso letterale delle espressioni utilizzate dal Collegio.

Ad ogni modo, la peculiare fattispecie di nullità speciale sarebbe connotata da un particolare regime restitutorio, caratterizzato da una «*condictio indebiti* di protezione»⁷⁰³, cioè da una ripetizione di indebito unilaterale, non sancita da alcuna disposizione di legge, ma ciononostante predicabile perché consustanziale alla natura della nullità medesima, in quanto discendente *ipso facto* dalla *ratio* protettiva che la connota.

Intesa in questa seconda accezione, la nullità di protezione verrebbe a discostarsi di molto dalla nullità di impronta codicistica, assumendo «la veste di una nullità parziale, sotto il profilo soggettivo, o forse meglio di una nullità unilaterale»⁷⁰⁴.

Si creerebbe, dunque, un dualismo interno alla stessa macrocategoria della nullità, concernente, da un lato, il *modus operandi* dell'invalidità, e dall'altro, quale sua diretta conseguenza, il regime restitutorio che ne deriva. Vi sarebbe, quindi, un doppio regime delle restituzioni: bilaterale nel caso della nullità ordinaria, e unilaterale nel caso della nullità di protezione.

La predicata differenziazione del regime restitutorio si scontra, tuttavia, con gli indici ricavabili dal nostro sistema in punto di disciplina degli obblighi restitutori conseguenti

⁷⁰³ L'espressione è tratta dalla relazione svolta da A. DALMARTELLO, *Conseguenze del giudizio di vessatorietà: dalla post-vessatorietà alla condictio indebiti di protezione*, in occasione del Convegno intitolato “*Profili attuali delle nullità nel diritto dell'impresa*”, tenutosi presso l'Università degli Studi di Trento il 10 novembre 2022.

⁷⁰⁴ R. RORDORF, *op. loc. ult. cit.*

al venir meno del vincolo negoziale quale titolo giustificativo di reciproche attribuzioni patrimoniali tra le parti.

Si è osservato, infatti, che, in materia di restituzioni, il sistema italiano segue un'impostazione unitaria, la quale trova unica sede nella disciplina della ripetizione dell'indebito oggettivo di cui agli artt. 2033 ss. c.c.; tali norme si applicano qualunque sia l'origine dell'indebito ed operano, poi, all'interno delle patologie contrattuali, qualunque sia la causa — originaria o successiva — che conduce alla dissoluzione del contratto⁷⁰⁵.

In secondo luogo, si è visto che in seguito alla cessazione del vincolo negoziale si rende necessario il riequilibrio, per quanto possibile, delle sfere patrimoniali delle parti coinvolte nel rapporto contrattuale in un'ottica di giustizia commutativa. Tale risultato viene raggiunto a mezzo della compensazione delle sfere patrimoniali, che si realizza tramite l'imposizione, in capo alle parti, di reciproci obblighi restitutori, dedotti per l'appunto dalla disciplina dell'indebito oggettivo, e avvinti da un nesso di stretta interdipendenza l'uno dall'altro⁷⁰⁶.

La medesima impostazione può essere predicata anche in relazione agli obblighi restitutori conseguenti al venir meno di un contratto stipulato tra un professionista, da una parte, e un cliente (o un consumatore), dall'altra.

È infatti massima costante della giurisprudenza di legittimità⁷⁰⁷ quella secondo cui l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione di un contratto è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo, qualunque sia la causa che abbia fatto venir meno il vincolo negoziale originariamente esistente (nullità, annullamento, risoluzione, o rescissione). Ne consegue che, come la natura dell'impugnativa esperita è del tutto irrilevante ai fini dell'individuazione dell'azione di ripetizione, così dovrebbero essere considerate irrilevanti eventuali varianti interne alla disciplina di una singola impugnativa, come, per l'appunto, quelle concernenti la legittimazione – assoluta o relativa – all'impugnativa medesima.

⁷⁰⁵ E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», *cit.*, 103 ss.

⁷⁰⁶ E. BARGELLI, «*Sinallagma rovesciato*», *cit.*, 118

⁷⁰⁷ Cfr. Cass., 1 ottobre 2001, n. 10498, in *Riv. not.*, 2002, II, 184 ss.; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27334, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 2; Cass., 9 marzo 2009, n. 5624, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 409 ss.; Cass. 15 aprile 2010, n. 9052, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 7, p. 552 ss.; Cass., 7 luglio 2011, n. 2956, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 188 ss.; Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, *cit.*; Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2014, 26242-26243, *cit.*

A mente del fatto che alcune impugnative negoziali (*id est* annullabilità e rescissione), al pari delle nuove nullità, sono funzionali alla protezione del contraente legittimato a proporle e, ciò nondimeno, fondano una ripetizione bilaterale, la stessa cosa deve poter valere anche per le nullità relative: non vi sono infatti ragioni di alcun tipo che giustificano, per le sole nullità di protezione, una soluzione diversa.

Lo conferma la disciplina positiva delle restituzioni conseguenti alla risoluzione dei contratti del consumatore, che conduce invero ad una ripetizione bilaterale⁷⁰⁸.

Una netta indicazione nel senso della necessaria bilateralità e reciprocità delle restituzioni scaturenti dalla pronuncia di nullità relativa proviene, infine, dal sistema tedesco: all'interno della disciplina del *Rücktritt* di cui ai §§ 355 ss. *BGB* è sancito in modo inequivocabile il principio della bilateralità e reciprocità delle restituzioni anche nel caso in cui a venir meno sia un contratto stipulato tra professionista e consumatore⁷⁰⁹. L'analisi comparatistica si pone, quindi, a suggello ultimo della razionalità della tesi proposta.

La conclusione è quindi che il regime restitutorio dei contratti «*b to c*» è del tutto identico a quello dei contratti «*b to b*», fondandosi su obblighi restitutori bilaterali e reciproci in capo a professionista, da un lato, e cliente-consumatore, dall'altro: la disciplina degli effetti restitutori conseguenti alla declaratoria di nullità costituisce, dunque, un ulteriore *trait d'union* tra le diverse forme in cui il rimedio si declina.

Ad ulteriore riprova della bontà della conclusione raggiunta si è riscontrato che la pretesa differenziazione del regime restitutorio tra investitore e intermediario produce conseguenze incoerenti con il nostro sistema di diritto processuale, scontrandosi con l'affermato valore di giudicato della declaratoria di nullità del contratto quadro. Tradizionalmente si afferma che la sentenza di accertamento della nullità di un contratto ha efficacia dichiarativa, poiché si limita ad attestare l'inefficacia originaria del contratto, contribuendo così, ai fini di una maggior certezza nella circolazione giuridica, a cancellare l'apparenza del diritto causata dal titolo nullo. Quanto detto vale allo stesso modo sia per la nullità codicistica a legittimazione assoluta, sia per la nullità di protezione

⁷⁰⁸ Per tutti S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integrità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, cit., 123 ss.

⁷⁰⁹ Si rinvia sul punto all'ampia letteratura citata nel precedente Capitolo 3, par. 9, nt. ...

a legittimazione relativa. Perciò il giudicato sulla *quaestio nullitatis* ha, quale naturale e imprescindibile conseguenza, quella di sancire definitivamente e ad ogni effetto il venir meno, *ab origine*, del titolo. Le parti dovrebbero, quindi, essere entrambe legittimate alle azioni restitutorie relative a quei diritti di cui le stesse avevano disposto con il contratto nullo, stante la nozione di cosa giudicata sostanziale

Tuttavia, nel canone delle Sezioni Unite, la *ratio* protettiva posta a cardine della costruzione proposta e il carattere relativo della nullità in discorso giustificerebbero un'ulteriore eccezionalità, e cioè che solo l'investitore, e non anche l'intermediario, può avvalersi degli effetti diretti dell'accertata nullità del contratto quadro, su cui, nel caso di specie, si era formato il giudicato: ciò costituisce una palese deviazione dalla regola sancita dall'art. 2909 c.c., secondo cui «l'accertamento, contenuto in una sentenza passata in giudicato, fa stato ad ogni effetto tra le parti [...]».

Muovendo dalla considerazione della fattispecie contrattuale con riferimento alla quale è sorto il problema, non si è mancato di notare che vi è un «*unicum* contrattuale»⁷¹⁰: un unitario presupposto invalidante del contratto quadro ed un unico presupposto fondante le restituzioni in forza della disciplina della ripetizione d'indebito di cui agli artt. 2033 ss. c.c. Pertanto, non sembra concepibile una scissione di effetti in contraddizione con l'unitarietà di tale presupposto.

Assumere, poi, che soltanto l'investitore possa avvalersi del giudicato sulla *quaestio nullitatis*, beneficiando degli effetti diretti che ne derivano in termini di legittimazione alla domanda di ripetizione d'indebito, significa, di fatto, affermare una «pretesa minusvalenza»⁷¹¹ del giudicato nei confronti dell'intermediario: si tratta di una conclusione incontestabile, poiché in piena distonia con i principi generali del diritto processuale.

Anche i principi finora ribaditi in tema di disponibilità della tutela in esame non lasciano spazio ad una c.d. valenza selettiva del giudicato sulla nullità del contratto quadro, giacché il soggetto legittimato a far valere la nullità esaurisce il suo potere dispositivo nella decisione, libera e nella sua sola disponibilità, di proporre o meno l'azione di nullità. Una volta esercitata tale facoltà, si esaurisce ogni disponibilità degli effetti che derivano

⁷¹⁰ C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento*, cit., 402 ss.

⁷¹¹ S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite*, cit., 164.

dall'azione proposta e dal conseguente giudicato sulla *quaestio nullitatis*, poiché questi sono predeterminati dall'ordinamento.

Perciò vi sarebbe addirittura un limite esterno, fondato sui principi generali del sistema giuridico, alla operatività selettiva della nullità di protezione.

Ulteriori ragioni di disfavore verso l'azione di nullità selettiva risiedono nel fatto che, paradossalmente, questa è incongruente rispetto alla stessa finalità protettiva sottesa al rimedio di cui all'art. 23 t.u.f., su cui si è fondata l'intera costruzione, se si pensa che il più delle volte i pregiudizi risentiti dai clienti sono dovuti non tanto a un *deficit* a livello informativo, quanto piuttosto alle scelte di investimento effettuate, come dimostra la tempistica delle impugnazioni. Inoltre, se la *ratio* dell'art. 23 t.u.f. è la trasparenza in funzione di protezione, non si vede perché il vizio di forma del documento contrattuale possa pregiudicare il cliente solo in relazione ad alcuni ordini e non a tutti indistintamente⁷¹².

In una prospettiva allargata all'intero mercato, l'avallo di una simile pratica potrebbe, inoltre, avere un impatto controproducente sul piano degli effetti complessivi. Da un punto di vista economico, infatti, l'accoglimento dell'azione di nullità selettiva equivale a fornire al cliente una sorta di copertura assicurativa, a carico dell'intermediario, contro gli investimenti ad esito infausto; va da sé che tale situazione può innescare dinamiche di azzardo morale da parte dei clienti, con tutti i connessi inconvenienti⁷¹³.

Così facendo, verrebbe peraltro disatteso il principio cardine secondo cui le nullità di protezione, ed in particolar modo quelle del settore bancario-finanziario, non sono poste ad esclusiva tutela degli interessi privati facenti capo ai fruitori dei servizi bancari o di investimento, ma anche – se non soprattutto – all'interesse, di ordine pubblico, alla stabilità e al buon funzionamento del mercato. Tollerare l'immissione nel mercato finanziario di prodotti affetti da violazioni di legge tende, per sua natura, a falsare il gioco della concorrenza, penalizzando la posizione delle imprese virtuose; inoltre trasferire sull'intermediario gli esiti negativi del rischio degli investimenti dei clienti – elemento

⁷¹² D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, cit., 23.

⁷¹³ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli*, cit., 26 ss.

non accidentale, ma connaturato all'attività di intermediazione mobiliare – subordina la tutela azionata al mero interesse di recupero di questi ultimi, incidendo in modo inaccettabile sulla stabilità del sistema finanziario.

Tutte queste considerazioni hanno portato a concludere che il concetto di nullità selettiva, quale individuato dalle Sezioni Unite nella sentenza del 4 novembre 2019, non appare idoneo a individuare né una *species* significativa a sé stante, nell'ambito della pluralità di figure in cui si articola la nullità di protezione, né un tratto costante che possa ritenersi proprio di questa figura. La «strutturale vocazione ad un uso selettivo» che, ad avviso della Corte, caratterizza la nullità di protezione, risulterebbe quindi disattesa.

In ultima analisi, la formula della nullità selettiva, certamente suggestiva sul piano lessicale, è di dubbia consistenza nel suo fondamento sistematico, incerta nella sua attitudine applicativa, e, a parere di chi scrive, inconfigurabile nel più articolato sistema delle invalidità negoziali.

Quanto finora osservato suggerisce una qualche cautela nell'accedere alla configurazione esposta dalle Sezioni Unite, in assenza di segnali sufficientemente univoci da parte del legislatore.

Tale conclusione non vuole esprimere un netto rifiuto nei confronti della possibilità di sviluppare dalla *ratio* della nullità corollari disciplinari nei più diversi ambiti, ma richiamare l'interprete ad un'insopprimibile esigenza di «coerenza del sistema [...] che è misura della plausibilità costruttiva»⁷¹⁴, tanto più se si aderisce all'idea che le diverse forme in cui l'invalidità negoziale si specifica sono statuti mobili di strutture rimediali demolitorie componibili a seconda delle esigenze e del valore che viene violato.

2. *Due proposte ricostruttive*

La critica svolta nei confronti della figura della nullità selettiva non vuole destituire di importanza il tema della tutela del cliente nei casi riconducibili a quello esaminato. Sotto questo profilo, per completezza espositiva, pare opportuno dare atto di due spunti

⁷¹⁴ G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 267.

costruttivi elaborati dalla dottrina, entrambi mossi dall'intento di apprestare tutela all'investitore in buona fede, a fronte della nullità del contratto quadro di investimento, senza accedere alla figura della nullità selettiva.

La prima soluzione suggerita⁷¹⁵ si pone l'obiettivo di contemperare l'esigenza di tutelare il contraente debole tramite un'adeguata informazione con quella di sanzionare uno scorretto *modus operandi* di mercato, e lo fa assumendo una particolare prospettiva di osservazione del problema.

Tale proposta ricostruttiva muove dall'osservazione di un dato, e cioè che dal caso arrivato alle Sezioni Unite, come da molti altri analoghi, emerge che i problemi degli investimenti azionati siano stati generati non tanto da una carenza di documentazione, quanto da un difetto di informazione a causa del quale l'investitore si era trovato ad assecondare i consigli dell'intermediario, spesso senza comprenderne la reale portata.

Perciò il difetto di informazione risentito dall'investitore, il più delle volte, non era quindi imputabile alla violazione, da parte dell'intermediario, delle prescrizioni formali imposte dall'art. 23 t.u.f., quanto piuttosto dal mancato assolvimento di altri obblighi informativi, i quali operano su un piano distinto e ulteriore rispetto a quello formale.

In quest'ottica, appare evidente che la scelta del cliente di invocare il vizio di forma del contratto quadro secondo la descritta dinamica selettiva costituisce, di fatto, l'esito della ricerca a posteriori della via più breve per arrivare alla caducazione dell'ordine di investimento ad esito infausto. A ben vedere, allora, più che la patologia dell'atto, sembra qui in gioco la patologia del rapporto, rispetto alla quale vengono in soccorso i diversi rimedi della risoluzione del contratto e del risarcimento del danno.

Alla luce di queste osservazioni è stato proposto, *pro futuro*, di ripensare il comportamento dell'intermediario in termini di inadempimento all'obbligo informativo, e dunque di ragionare in termini di risoluzione del contratto e di risarcimento del danno, riportando *in auge* quanto detto dalle Sezioni Unite in un proprio precedente⁷¹⁶ e

⁷¹⁵ Si tratta della proposta ricostruttiva formulata da M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione*, cit., 158-159, di cui qui si ripropongono i passaggi più salienti.

⁷¹⁶ Si tratta di Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725, in *Foro it.* 2008, 3, I, 784.

valorizzando, all'uopo, lo spunto in ordine alla vicinanza della prova già enunciato in dottrina⁷¹⁷.

In pratica, il giudice dovrà valutare se il cliente conosceva la consistenza del rischio connesso ad ogni operazione e se risulterà che la banca lo aveva adeguatamente informato non darà seguito ad eventuali istanze caducatorie e risarcitorie. Diversamente, sarà giusto ripristinare lo *status quo ante*.

Una simile soluzione avrebbe il pregio di non travolgere in alcun modo i classici schemi della tutela contrattuale: non si arriverebbe a coinvolgere pretestuosamente il contratto quadro in vicende che riguardano i singoli ordini di investimento.

Si eviterebbe, peraltro, di incorrere nell'ostacolo che si cela dietro la soluzione imperniata sull'eccezione di buona fede, ove il confronto matematico tra *petitum* e non azionato appare lineare da un punto di vista metodologico, ma molto meno sul piano concreto, visto che non è specificato sulla base di quali parametri andrà determinata la consistenza complessiva di investimenti spesso ancora in essere e soggetti a fisiologiche variazioni, anche rilevanti, oltre che imprevedibili.

Si tratta, in definitiva, di una prospettiva opposta a quella dell'uso selettivo della nullità del contratto quadro, ma più semplice e dogmaticamente corretta.

La seconda soluzione suggerita è però forse quella più coerente all'impostazione adottata nel presente lavoro, poiché si pone a completamento della predicata bilateralità delle restituzioni che conseguono all'accertamento della nullità del contratto quadro, e viene rinvenuta, non a caso, all'interno della disciplina dell'indebito oggettivo⁷¹⁸.

Si tratta di una rilettura sistematica dell'art. 2037 c.c., ai sensi del quale l'*accipiens* di buona fede non risponde del deterioramento dell'oggetto della prestazione «se non nei limiti del suo arricchimento»: ciò significa che ove l'oggetto della prestazione indebita si sia deteriorato, l'obbligo restitutorio è commisurato all'arricchimento. Tale norma pare estensibile, in via analogica, al caso esaminato della nullità del contratto quadro di investimento per vizio di forma: da una parte, il riferimento testuale alla «cosa

⁷¹⁷ A.A. DOLMETTA e U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova e contratti di impresa*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 553 ss.

⁷¹⁸ Si tratta della proposta ricostruttiva di G. PASSAGNOLI, *Analisi di un falso principio*, cit., 270 ss., di cui qui si propone una sintesi.

determinata» è compatibile con la fattispecie degli strumenti finanziari⁷¹⁹, dall'altra, la perdita di valore dello strumento finanziario appare omogenea al deterioramento della cosa: in entrambi i casi si tratta di determinare le conseguenze del rischio di deprezzamento sull'oggetto della prestazione indebita.

Pertanto, muovendo sempre dal presupposto che la nullità del contratto quadro travolga necessariamente tutti gli ordini di investimento, si ipotizza, da un lato, che l'investitore sia legittimato a ripetere l'intera prestazione effettuata in favore dell'intermediario e, dall'altro, che anche l'intermediario possa ripetere le prestazioni eseguite, giusta la bilateralità degli obblighi restitutori conseguenti al venir meno del contratto quadro. Tuttavia, e qui entra in gioco la disposizione ora evocata, la ripetizione in favore dell'intermediario avverrà nei limiti dell'arricchimento che egli provi essersi prodotto a vantaggio dell'investitore (*accipiens*) in buona fede. Pertanto l'intermediario potrà ottenere non il valore originario dell'investimento, ma solo quello che la prestazione conservi al tempo della ripetizione, compensando il deprezzamento di determinati strumenti finanziari con l'eventuale apprezzamento di altri. Qualora l'investitore sia invece in mala fede, questi, allorché promuova l'azione di nullità, subirà, nel senso disciplinato dall'art. 2037, comma 2°, c.c., la ripetizione in misura corrispondente alla prestazione originaria, sopportando quindi i rischi di deprezzamento dello strumento finanziario.

La soluzione ora descritta conduce ad una composizione degli interessi delle parti coinvolte nell'operazione di investimento del tutto coerente con il fondamento delle nullità speciali, assicurando, ad un tempo, la protezione del contraente debole e la salvaguardia della razionalità del mercato, senza sottoporre a forzatura alcuno dei principi del sistema, ed evitando altresì tutti gli inconvenienti connessi all'utilizzo della clausola di buona fede come meccanismo di riequilibrio endocontrattuale.

⁷¹⁹ Così G. PASSAGNOLI, *Invaldità del contratto e restituzioni*, cit., 100 ss.

BIBLIOGRAFIA

- ACHILLE D., *Contratto d'intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi di informazione tra nullità del contratto e responsabilità dell'intermediario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, 1474
- ADDIS F., *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. e contr.*, 2009, n. 11, 869
- ALAMANNI A., *Nullità selettiva e ordini di investimento: espediente linguistico o ampliamento dello statuto delle nullità di protezione?*, in *Actualidad Juridica Iberoamericana*, 16 bis, junio 2022
- ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003
- ALBANESE A., *Il rapporto tra restituzioni e arricchimento ingiustificato dall'esperienza italiana a quella europea*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2006, 922
- ALBANESE A., *La ripetizione dell'indebito nei modelli di civil law*, in *Contr. e impr./Eur.*, 2007, 844
- ALBANESE A., *Violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari e regime dei rimedi esperibili dagli investitori*, in A. Perrone (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008
- ALESSI R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 995
- ALPA G., *Una nozione pericolosa: il c.d. "contratto di investimento"*, in AA. VV., *I valori mobiliari*, Padova, 1991, 393
- ALPA G., *Commento all'art. 23*, in G. Alpa e F. Capriglione (a cura di), *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998, I, 256
- ALPA G., *Qualche rilievo civilistico sulla disciplina dei mercati finanziari e sulla tutela del risparmiatore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 373
- ALPA, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 725
- AMADIO G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 291
- AMADIO G., *Inattuazione e risoluzione: la fattispecie*, in *Trattato Roppo*, V, *Rimedi*, 2, Milano, 2006
- AMADIO G., *Nullità speciali: problema o sistema?*, in *Lezioni di diritto civile*, Torino, 2014
- ANDREOLI G., *La ripetizione dell'indebito*, Padova, 1940
- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2020
- ARANGIO-RUIZ V., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1980

- ARDUINI A., *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevabilità d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 691
- ARGIROFFI A., *Ripetizione di cosa determinata e acquisto «a domino» della proprietà*, Milano 1980
- ASTONE M., *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto provato europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, 1
- ATTARDI A., *Legittimazione ad agire*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, Torino, 1963, 724
- AZZARRI F., *Nullità della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Oss. dir. civ. comm.*, 2017, 55
- BARBA A., *Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 902
- BARBIERA L., *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964
- BARCELLONA P., *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, 28
- BARGELLI E., *«Sinallagma rovesciato» e ripetizione dell'indebito. L'impossibilità della restitutio in integrum nella prassi giurisprudenziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 87
- BARGELLI E., *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010
- BARENGHI A., *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007, 59
- BARENGHI A., *Note sulla trasparenza bancaria. Venticinque anni dopo*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, I, 143
- BASEDOW J., *A Common Contract Law for The Common Market*, 33 *Common Market Law Review* 1169, 1996, 1181
- BECKMANN R.M., *Nichtigkeit und Personenschutz*, Tübingen, 1998
- BEER H., *Die Relative Unwirksamkeit*, Berlin, 1975
- BELFIORE C., *Si può fare a meno del contratto quadro nei servizi di investimento?*, in *Giur. merito*, 2007
- BELOTTI A., *Valutazione del rischio e risoluzione del contratto*, in *Contr.*, 2017, 145
- BELVEDERE A., *Nullità nel codice civile e nella legislazione speciale*, in *Abusivismo edilizio e invalidità negoziale*, Milano, 1994
- BENATTI F., *Il pagamento di cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, 467
- BENCINI R., *Il rimedio della nullità selettiva e l'intervento equilibratore delle Sezioni Unite*, in *ilsocietario.it*, 12 dicembre 2019

- BENEDETTI G., *Presentazione* (del libro di G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995), VI-VII
- BENEDETTI G., *Negoziio giuridico e iniziativa economica privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, 573.
- G. BENEDETTI, *Persona e mercato*, in *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, 2° ed., Napoli, 1997
- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 17 ss., ora in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999
- BERTI DE MARINIS G., *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, 610
- BERTI DE MARINIS G., *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2016, II, 282 ss.
- BERTOLINI A., *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, I, 2333 ss.
- BETTI E., *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova, 1935
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da Vassalli, XV, t. 2, Torino, 1950, 125 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000
- BIANCHI D'ESPINOSA L., *I contratti di borsa. Il riporto*, in *Trattato Cicu-Messineo*, XXXV.2, Milano, 1969
- BICHIRI F., *La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2019, 355 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., (voce) *Conversione dell'atto giuridico*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962
- BONACCORSI F., *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e resp.*, 2008, 595
- BONELL M.J., *Agency*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 244
- BONFIGLIO A., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 861
- BONFIGLIO A., MARICONDA V., *L'azione di nullità*, in *Giur. sist. Bigiavi, I contratti in generale*, diretto da G. Alpa e M. Bessone, IV, 1, Torino, 1991, 467
- BONFIGLIO A., MARICONDA V., *Il recupero del contratto nullo*, in *I contratti in generale*, dir. da Alpa e Bessone, 517
- BONTEMPI P., *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2021
- BOZZI G., *La fideiussione*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, V, t. 13, Torino, 2007
- BRECCIA U., *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974

- BRECCIA U., *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVI, Istituto della Enciclopedia italiana, 1989
- BRECCIA U., *Il pagamento dell'indebitato*, in *Tratt. Rescigno*, 9, *Obbligazioni e contratti*, I, 2 ed., Torino, 1999
- BRECCIA U., *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 161
- BRECCIA U., *La forma*, in *Tratt. del contratto*, diretto da V. Roppo, *Formazione*, I, a cura di C. Granelli, Milano, 2006
- BRISSAUD J., *Manuel d'histoire du droit privé*, Paris, 1908
- BROX H., WALKER W.D., *Allgemeines Schuldrecht*, 45 Aufl., München, 2019
- BRUTTI M., *Nullità dell'ordine di intermediazione per difetto di forma convenzionale*, in *Società*, 2009, 481
- BUONOCORE V., *Contratti del consumatore e contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, 1
- CAMARDI C., *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 831
- CAMARDI C., *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 703
- CAMPAGNA L., *I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.
- CANDIAN A., *Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2020, 5, 720
- CAPOBIANCO E., *Diritto comunitario e trasformazioni del contratto*, Napoli, 2003
- CAPRIGLIONE F., *La problematica relativa al recepimento della MiFID*, in M. De Poli (a cura di), *La nuova normativa MiFID*, Padova, 7
- CARBONE V., *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, 88
- CARBONETTI F., *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992
- CARINGELLA F., BUFFONI L., *Manuale di diritto privato*, 9 ed., 2018
- CARIOTA FERRARA L., *Annulabilità assoluta e nullità relativa (Un contributo alla teoria dell'invalidità dei negozi giuridici)*, in *Studi Scorza*, Roma, 1940
- CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949
- CASTIONI G.B., *Il divieto di ingiusto arricchimento come principio generale di diritto*, in *Riv. dir. comm.*, 1925, I, 340
- CARNEVALI U., *Risoluzione per inadempimento, Art. 1453 (§9-22)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1990, 39

- CARNEVALI U., *La risoluzione per inadempimento. Premesse generali*, in *Il contratto in generale, La risoluzione*, in *Trattato Bessone*, VIII.2, Torino, 2011
- CARRARO L., *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943
- CASANOVA M., (voce) *Agente di cambio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 850
- CASTRONOVO C., *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, 809
- CASTRONOVO G., *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, 300
- CAVALLO BORGIA R., *I contratti di assicurazione (artt. 165-175)*, in S. Amorosino e L. Desiderio (a cura di), *Il nuovo codice delle assicurazioni. Commento sistematico*, Milano, 2006
- CESIANO D., *Gli obblighi dell'intermediario finanziario nella prestazione dei servizi di investimento dagli orientamenti della giurisprudenza di merito alle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. soc.*, 2008, 617
- CHARBONNIER J., *Droit civil, IV. Les Obligations*, edition refondue, Paris, 2000
- CHIRICO P., "Art. 1469-quinquies", in E. Cesaro (a cura di), *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, Padova, 2001
- CHINÉ G., *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Trattato Bessone, Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, XXIV, 1, Torino, 2000
- CICATELLI E., *Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria*, in *Contr.*, 2018, 543 ss.
- COLTRO CAMPI C., *I contratti di borsa nella giurisprudenza*, Padova, 1963
- CONSO G., *Il contratto e le specie di invalidità*, Milano, 1955
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile, vol. I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, 2015
- CONSOLO C., GODIO F., *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. Giur.*, 2015, 6
- CORRIAS P., *L'assicurato-investitore: prodotti, offerta, responsabilità*, in *Ass.*, 2011, 391
- COSTI R., *Il mercato mobiliare*, Torino, 2014
- COSTIR., ENRIQUES L., *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale, vol. II*, diretto da G. Cottino, Padova, 2004
- CRISCUOLI G., *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959, 103
- D'ADDA A., *Gli obblighi conseguenti alla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento tra restituzioni e risarcimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, 529
- D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008

- D'AMICO G., *Nullità virtuale – nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in S. Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 1 ss.
- D'AMICO G., *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 2014, 769
- D'AMICO G., *Sul carattere c.d. “selettivo” della nullità di protezione*, in *Nuovo Diritto Civile*, 4/2020, 7 ss.
- 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, II, 32 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Le invalidità negoziali “di protezione” nel diritto comunitario dei contratti*, in S. Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 179
- DE GIOVANNI B., *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964
- DE NOVA G., *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1976, II, 480
- DE NOVA G., *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 439
- DE NOVA G., (voce) *Conversione, I), Conversione del negozio nullo*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1988
- DE NOVA G., *Il contratto di investimento in valori mobiliari dopo la legge sim e i regolamenti Consob “di esecuzione”*, in M. Bessone e F.D. Busnelli, *La vendita “porta a porta” di valori mobiliari*, Milano, 1992
- DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, 482
- DE NOVA G., *Dieci voci per una tavola rotonda*, in G. Vettori (a cura di), *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999
- DE NOVA G., *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 636
- DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002
- DELLA CASA M., *Collocamento di prodotti finanziari, e regole di informazione: la scelta dei rimedi applicabili*, in *Danno e resp.*, 2005, 1241
- DELLA CASA M., *Il sindacato sui termini dello scambio nei contratti di consumo: nuovi scenari*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 337
- DELLA VEDOVA I., *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 162
- DELFINI F., *I patti sulla risoluzione per inadempimento*, Milano 1998
- DI AMATO, *I servizi di investimento*, in *Manuale di diritto del mercato finanziario*, a cura di S. Amorosino, Milano, 2008
- DI GIOVANNI, *La forma*, in *Trattato dei contratti*, a cura di Rescigno e Gabrielli, 2, Torino, 2006

- DI MAJO A., *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, 292
- DI MAJO A., *Libertà contrattuale e dintorni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 5
- DI MAJO A., *Il regime delle restituzioni contrattuali nel diritto comparato ed europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 531
- DI MAJO A., *La nullità*, in A. Di Majo, G.B. Ferri e M. Franzoni (a cura di), *Il contratto in generale*, in *Trattato Bessone*, XIII, 7, Torino, 2002
- DI MAJO A., *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2013
- DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 1999
- DI MARZIO F., *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002
- DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 724, ora in Id. (a cura di), *Il nuovo diritto dei contratti: problemi e prospettive*, Milano, 2004
- DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 837
- DI PAOLA S., *Contributi ad una teoria dell'invalidità e dell'inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966
- DI ZITTI D., *Ordine di borsa e commissione*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 147
- DOLMETTA A.A., *Exceptio doli generalis*, in *Enc. Giur.*, Roma, XIII, 1997, ed in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, 148
- DOLMETTA A.A., *La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari*, in *Contr.*, 2008, 80
- DOLMETTA A.A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013
- DOLMETTA A.A., *Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1234 ss.
- DOLMETTA A.A., *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio". Per una critica costruttiva di Cass. SS. UU., n. 28314/2019*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020, I, 90 ss.
- DOLMETTA A.A., *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2020
- DOLMETTA A.A., MALVAGNA U., *«Vicinanza della prova» e contratti d'impresa*, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014
- DOLMETTA A.A., MINNECI U., (voce) *Borsa (contratti di)*, in *Enc. dir.*, aggiornamento-V, Milano, 2001, 161
- DOLMETTA A.A., MINNECI U., *Contratti di borsa (ovvero dei mercati mobiliari regolamentati)*, in *Il diritto-Enc. giur.*, vol. IV, Milano, 2007
- DUCCI D., *Negoziazione, gestione di portafogli e ordini telefonici*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 171

- DURANTE F., *Intermediari finanziari e tutela dei risparmiatori*, Milano, 2009
- ESMEIN A., *Le serment promissoire dans le droit canonique*, in *Rev. hist.*, 1888, 248
- FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941
- FALZEA A., *Il civilista e le sfide d'inizio millennio (Ricerca giuridica ed etica dei valori)*, in V. Scalisi (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Milano, 2004,
- FEDELE A., *La invalidità del negozio giuridico di diritto privato*, Torino, 1943
- FERRARA sen. F., *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Milano, 1914
- FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970
- FERRI G.B., *Il negozio giuridico e la disciplina del mercato*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, 707
- FERRI G.B., *Introduzione al sistema dell'invalidità del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di M. Bessone, Torino, 2002
- FERRO-LUZZI F., *In tema di invalidità del contratto per la prestazione di servizi di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, 477
- FERRO LUZZI P., *Le gestioni patrimoniali*, in *Giur. comm.*, 1992, I, 53
- FILANTI G., *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983
- FILANTI, (voce) *Nullità, I) Diritto civile*, in *Enc. Giur. Treccani*, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, 6
- FILANTI G., (voce) *Nullità, III) Nullità speciali*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2004, 1
- FLUME W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II, Das Rechtsgeschäft*, Berlin-Heidelberg, 1979
- FINZI E., *Studi sulle nullità del negozio giuridico*, Bologna, 1920
- FÖRSTER C., *Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in §§ 312 ff. BGB*, in *JA*, 2014, 721
- FRANZONI M., in *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998
- GABRIELLI E., *Contratti di borsa, contratti aleatori e alea convenzionale implicita*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, 578
- GABRIELLI E., LENER R., *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2006
- GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e Impr.*, 2000, 919
- GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2002
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, II, 1, 4° ed., Padova, 2004

- GALGANO F., *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, 889
- GALGANO F., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, 1
- GALGANO F., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e Impr.*, 2008, 3
- GALGANO F., ZORZI N., *Tipologia dei contratti tra intermediario e risparmiatore*, in *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di F. Galgano e G. Visintini, in *Trattato Galgano*, XLIII, Padova, 2006
- GALLO P., *Arricchimento senza causa e quasi contratti (I rimedi restitutori)*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2008, 150
- GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Napoli, 2007
- GENTILI A., *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, 408
- GENTILI A., *I principi di diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, 28
- GENTILI A., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contr.*, 2003, 200
- GENTILI A., *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 264
- GENTILI A., *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, a cura di Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006
- GENTILI A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, 396
- GENTILI A., *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, I, 77
- GHIONNI CRIVELLI VISCONTI P., *La nullità dei contratti bancari e dei servizi di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 165
- GIESEN D., *BGB Allgemeiner Teil: Rechtsgeschäftslehre*, Berlin-New York, 2013
- GIOIA G., *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, in *Corr. giur.*, 1999, 602
- GIOIA G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, 1361
- GIRINO, *Forma «ad substantiam» per i contratti SIM*, in *Contr.*, 1997, 401
- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008
- GIROLAMI M., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in S. Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 55
- GIROLAMI M., *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, 172

- GIROLAMI M., *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 535
- GIROLAMI M., *La fiera delle nullità*, in *Annuario del contratto* 2018, Torino, 2019, 63
- GIROLAMI M., *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, 157
- GIROLAMI M., *Ragioni economiche del settore bancario-finanziario e funzione nomofilattica della cassazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, III, 565
- GIROLAMI M., (voce) *Nullità di protezione*, in *Enc. dir., I Tematici*, vol. I, Milano, 2021, 707
- GITTI G., *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994
- GIUDICI P., *Contratti per servizi di investimento*, in *Tratt. contratti Roppo*, V, *Mercati regolati*, Milano, 2014, 1055
- GRASSO G., *La disciplina dell'invalidità nei principi di diritto europeo dei contratti*, Napoli, 2005
- GRECO F., *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005
- GRUNDMANN S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 259
- GRUNDMANN S., *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, in *39 Common Market Law Review* 269, 2002, 272
- GUGLIELMINETTI G., (voce) *Contratto normativo*, in *Enc. giur.*, VIII, Roma, 1998, 1
- GUIZZI G., *Le Sezioni Unite e le «nullità selettive» nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in www.dirittobancario.it, dicembre 2019
- HAGER J., *Grundlagen des Deutschen Verbraucherschutzes*, in *R.L.R.*, 2011, 233
- HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Tübingen, 2004
- HORNUNG R., *Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht*, Baden-Baden 1998
- IMBRUGLIA D., *Appunti su nullità e restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, 1528
- IMBRUGLIA D., *La nullità selettiva tra vantaggio del cliente e paralisi delle restituzioni*, in *Persona e mercato*, 2020, 1, 3 ss.
- INZITARI B., PICCININI V., *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008
- IRTI N., *Due saggi sul dovere giuridico (obbligo-onere)*, Napoli, 1973
- IRTI N., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, Milano, 1985
- IRTI N., *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e impr.*, 1987, 541

- IRTI N., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289
- IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998
- IRTI N., *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, 1
- IRTI N., *Studi sul neoformalismo negoziale*, Padova, 1997
- IRTI N., *Il diritto della transizione*, in *Riv. dir. priv.*, 1997, 11
- IUDICA G., *Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati*, Padova, 1973
- IULIANI A., *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, I, 275
- JANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari (a cura di), *Tratt. dir. priv. eur.*, III, 2° ed., Padova, 2003, 64 ss.
- JAPIOT R., *Des nullités en matière d'acte juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Paris, 1909
- KAISER D., *sub § 346*, in *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - §§ 328-359*, Berlin, 2004, 464
- KUPISCH, *Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Eur. dir. priv.*, 2003, 857
- LA ROCCA G., *La forma degli «ordini di borsa» (a proposito di App. Venezia 19 novembre 2007)*, in www.ilcaso.it
- LA ROCCA G., *Buona fede e tutela dell'investitore nel sistema della MiFID II*, in *Riv. dir. bancario*, 2020
- LA ROSA E., *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea: i nuovi parametri del giudizio di meritevolezza*, in R. Tommasini (a cura di), *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007
- LA SPINA A., *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012
- LA TORRE A., *La disciplina giuridica dell'attività assicurativa*, I, Milano, 1987
- LARENZ K., *Lehrbuch des Schuldrechts, I, Allgemeiner Teil*, München, 1967
- LARENZ K., WOLF M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 1997
- LENER R., *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul «neoformalismo» negoziale)*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1990, I, 777
- LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996
- LENER, *Strumenti finanziari e servizi di investimento. Profili generali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 1997, 347
- LEVI G., *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989

- LIPARI N., *Il mercato: attività privata e regole giuridiche*, in N. Irti, A. Gambino, N. Lipari, V. Roppo (a cura di), *Il diritto della transizione*, Milano, 1998
- LOBUONO M., *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Napoli, 1999
- LOBUONO M., *I contratti aventi ad oggetto servizi di investimento*, in R. Bocchini (a cura di), *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino, 2006
- LOYSEL A., *Instituts coutumières*, Paris, 1935
- LUMINOSO A., *Mandato, commissione, spedizione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, vol. XXXII, Milano, 1984
- LUMINOSO A., *Risoluzione per inadempimento*, in *Comm. Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Libro IV - *Delle Obbligazioni, sub artt. 1453-1454*, Bologna-Roma, 1990
- LUMINOSO A., *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 761
- MAFFEIS D., *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito ai consumatori*, in *Contr.*, 2005, 6
- MAFFEIS D., *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contr.*, 2008, 407
- MAFFEIS D., *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, Torino, 2011
- MAFFEIS D., *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contr.*, 2017, 402
- MAFFEIS D., *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in www.dirittobancario.it, dicembre 2019
- MAFFEIS D., *Nullità selettive: la «particolare importanza» di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa tra opportunisti*, in *Corr. giur.* 2019, 177 ss.
- MAFFEIS D., *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2020, II, 160 ss.
- MAGGIOLO M., *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XIII, Milano, 2012
- MAGGIOLO M., *Exceptio doli e diritto bancario: a proposito di Collegio di coordinamento ABF n. 17814/2019 (e delle Sezioni Unite in materia di nullità selettiva)*, in *Riv. dir. bancario*, 2020, II, 50
- MAJELLO U., *La patologia discreta del contratto annullabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 329
- MALAURIE M., *Les restitutions en droit civil*, Paris, 1991
- MALVAGNA U., *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, 828
- MANIACI A., *Restituzioni e sanzioni civile indirette*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, 5

- MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da V. Roppo, IV, *Rimedi*, Milano, 2006, 3 ss.
- MARADEI C., *Il neoformalismo negoziale nei contratti di intermediazione finanziaria*, in O.M. Calliano, M. Losana, C. Poncibò (a cura di), *Informazione e trasparenza nei contratti asimmetrici bancari, finanziari e assicurativi e diritti del consumatore europeo*, Torino, 2013
- MARICONDA V., *La Cassazione rilegge l'art. 1421 e si corregge: è vera svolta?*, in *Corr. giur.*, 2005, 957
- MAZEAUD H., MAZEAUD J., CHABAS F., *Leçons de droit civil*, I, t. 1, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1996
- MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, 44
- MAZZONI C.M., *Invalidità, I) Diritto privato*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVI, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989
- MENGONI L., *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, vol. III, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998
- MICKLITZ H., *The visible hand of european regulatory private law – the transformation of european private law from autonomy to functionalism in competition and regulation*, *28 Yearbook of European Law*, 2009, 3
- MIRABELLI, *Dei contratti in generale (Artt. 1321-1469)*, in *Comm. Utet*, 3° ed., Torino, 1980
- MIRONE A., *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2018, 275
- MENGONI L., *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 18
- MENGONI L., *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, 1
- MESSINEO F., *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, 470
- MESSINEO F., (voce) *Contratto normativo e contratto-tipo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, 117
- MESSINEO F., *Imprescrittibilità dell'azione di nullità ed effetti compatibili con essa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, 1
- MICKLITZ H., *The visible hand of European regulatory private law – the transformation of European private law from autonomy to functionalism in competition and regulation*, in *28 Yearbook of European Law*, 2009, 3 ss.
- MODICA L., *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo «informativo»*, in *Foro it.*, 2018, I, 1283
- MODICA L., *Forme asimmetriche e nullità selettive per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento*, in *Nuovo Diritto Civile*, 4/2020, 27

- MOLLE G., DESIDERIO L., *Manuale di diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2005
- MONTICELLI, *Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 683
- MONTICELLI S., *Contratto nullo e fattispecie giuridica*, Padova, 1995
- MONTICELLI S., *L'azione di nullità del contratto*, in *Comm. Cendon*, IV, Torino, 2000
- MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 685
- MONTICELLI S., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 174
- MONTICELLI S., *La rilevabilità d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, in *Contr.*, 2009, 1115
- MONTICELLI S., *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2018, 1029
- MONTICELLI S., *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 163
- MORANDI P., *Prestazione dei servizi di investimento: forma dei contratti e regole di condotta degli intermediari finanziari*, in *Obbl. e contr.*, 2009, 924
- MORELATO E., *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006
- MOSCATI E., *Indebito (pagamento dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 93
- MOSCATI E., *Del pagamento dell'indebito*, in *Comm. Scialoja-Branca, sub art. 2033*, Bologna-Roma, 1981
- MOSCHELLA R., *Il negozio contratto a norme imperative*, in *Legislazione economica (1978-1979)*, *Studi*, Milano, 1981, 309
- NATOLI R., *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012
- NERVI A., *Il contratto come strumento di conformazione dell'assetto di mercato*, in *Eur. dir. priv.*, 2018, 95
- NIGRO A., *La tutela del risparmio e l'efficienza del sistema: il ruolo delle banche*, in *Società*, 2005, 315
- NUZZO M., (voce) *Negozio illecito*, in *Enc. giur. Treccani*, XX, Roma, 1990, 71
- NUZZO M., *Accertamento della vessatorietà, sub art. 1469-ter comma 1° e 2°*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1997, 1144
- NUZZO M., *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Milano, 2008

- NUZZO, Abuso del diritto e “nuovo” riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 975
- OPPO G., *Formazione e nullità dell’assegno bancario*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, I, 153
- OPPO G., *Ordinamento valutario e autonomia privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 603
- ORESTANO A., *L’inefficacia delle clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, *Tratt. dei contratti Gabrielli*, a cura di E. Gabrielli ed E. Minervini, Torino, 2005
- ORESTANO A., *Schemi alternativi. La conclusione del contratto per inizio dell’esecuzione*, in *Trattato Roppo*, I, *Formazione*, a cura di C. Granelli, Milano, 2006
- PACE D.I., *Nullità degli ordini di negoziazione per difetto di forma e mercati finanziari*, in S. Pagliantini (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 159
- PAGLIANTINI S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007
- PAGLIANTINI S., *La nullità di protezione tra rilevabilità d’ufficio e convalida*, in *Persona e mercato*, 2009, I, 28
- PAGLIANTINI, *L’azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, I, 408
- PAGLIANTINI S., *Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell’asimmetria contrattuale*, in *Pers. e merc.*, 2012, 2, 106
- PAGLIANTINI S., *Il restatement della Corte di Giustizia sull’integrazione del contratto del consumatore nel prisma armonizzato delle fonti*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, I, 417 ss.
- PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari cc. dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, 691
- PAGLIANTINI S., *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2018, I, 980
- PAGLIANTINI S., *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, II, 561
- S. PAGLIANTINI, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all’integrità delle restituzioni: l’investitore è come il contraente incapace?*, in *Pers. e merc.*, 2019, 4, 123
- PAGLIANTINI S., *L’irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un’eccezione ex fide bona*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2020, II, 169 ss.
- PAGLIANTINI S., *Le stagioni della nullità selettiva (e “di protezione”)*, in *Contr.*, 2020, I, 18
- PAGLIANTINI S., *Un giro d’orizzonte sulle nullità del terzo millennio*, in *Pers. e merc.*, 2021, I, 31
- PAGNI I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998
- PAGNI I., *Nullità del contratto – Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Corr. Giur.*, 2015, 225

- PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 63., Neubearb., Aufl., München, 2004
- PALMIERI M., *Responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione e protezione dell'investitore non professionale*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 517
- PANZARINI E., *Un'ordinanza passatista (sulla forma dei contratti del comparto finanziario)*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 12, 2017
- PANZINI S., *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. e impr.*, 2007, 986
- PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995
- PASSAGNOLI G., *Invalidità del contratto e restituzioni*, in *Persona e mercato*, 2014, 100
- PASSAGNOLI G., *Analisi di un falso principio: nullità speciali e restituzione unilaterale*, in *Persona e mercato*, 2021/2, 260
- PASSAGNOLI G., *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e Mercato*, 24
- PATTI F.P., "In pari causa turpitudinis", *cinquant'anni dopo*, in *Liber Amicorum Pietro Rescigno*, II, 2018
- PAWLOWSKI W., *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen*, Göttingen, 1966
- PECCENINI F., in *Simulazione. Nullità del contratto. Annullabilità del contratto, Artt. 1414-1446*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1998
- PERLINGIERI G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013
- PERLINGIERI G., *Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo*, in *Rass. dir. civ.*, 2019, 1105
- PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987
- PERLINGIERI P., *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84
- PERLINGIERI P., *Il nuovo diritto dei contratti tra persona e mercato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999
- PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 560
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334
- PERRONE A., *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, 1017
- PERRONE A., *Conflitti di interesse e regole di organizzazione*, in M. Anolli, A. Banfi, G. Presti, M. Rescigno (a cura di), *Banche, servizi di investimento e conflitti di interesse*, Bologna, 2007

- PERRONE A., *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in ID. (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008
- PERRONE A., *Less is more. Regole di comportamento e tutele degli investitori*, in De Mari (a cura di), *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, Padova, 2009
- PERRONE A., *Regole di comportamento e tutele degli investitori. Less is more*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, I, 541
- PERRONE A., *Il diritto del mercato dei capitali*, Milano, 2017
- PETTI G., *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2019, 288 ss.
- PIZZOTTI S., *Le conseguenze dell'abusivismo assicurativo sul contratto di assicurazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2, 481 ss.
- POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001
- POLIDORI S., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 931
- PUCCINI L., *Studi sulla nullità relativa*, Milano, 1967
- PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in N. Lipari (a cura di), *Diritto privato europeo*, vol. II, Padova, 1997
- PUTTI P.M., *Le nullità nella legislazione di derivazione comunitaria*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi e diretta da G. Alpa e M. Bessone, *I contratti in generale*, Agg. 1991-1998, III, Torino, 1999
- PUTTI P.M., *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Dig., disc. priv., sez. civ., agg.*, Torino, 2000, 685.
- PUTTI P.M., *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002
- QUADRI R., *Le c.d. "nullità protettive"*, in F. Bocchini (a cura di), *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, Torino, 2003
- RABITTI M., *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000
- RAVAGNANI V., *Le Sezioni Unite avallano la c.d. nullità selettiva degli ordini di investimento. Quali ricadute sul livello di tutela degli investitori? Nota a Cassazione civile, Sezioni Unite, sentenza 4 novembre 2019 n. 28314*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 2/2020, 1 ss.
- RAZZANTE R., *Contratti di negoziazione e "negoziazione di ordini"*, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli e R. Lener, Torino, 2004
- RESCIGNO P., *In pari causa turpitudinis*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, 1
- RESCIGNO P., (voce) *Ripetizione dell'indebito*, in *Novissimo Dig.*, Torino, 1968, 1236
- RESCIGNO P., *«Trasparenza» bancaria e diritto «comune» dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, I, 306

- RICCIUTO V., *I contratti in generale*, I, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato Rescigno*, Torino, 1999
- RINALDO C., *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2018, II, 393
- RIZZO, Il rilievo d'ufficio della nullità preso sul serio, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 299
- RIZZUTI M., *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, 173 ss.
- ROBUSTELLA C., *Le precisazioni della Cassazione sull'eccezione di buona fede sollevata dall'intermediario in caso di esercizio selettivo della nullità*, in *Judicium*, 2020.
- ROPPO E., *Il contratto*, Bologna, 1977
- ROPPO E., *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 487
- ROPPO E., *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond e tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 624
- ROPPO V., *Nullità parziale del contratto e giudizio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 621
- ROPPO V., *I poteri del giudice ex art. 1421 cod. civ. e la nullità parziale del contratto*, in *Foro pad.*, 1971, I, 1103 ss.
- ROPPO V., *Investimento in valori mobiliari (contratto di)*, in *Contr. e impr.*, 1986, 261
- ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, 902 ss.
- ROPPO V., *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 497 ss.
- ROPPO V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, 525
- ROPPO V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente*, in *Riv. dir., priv.*, 2010, 25
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2011
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2011
- ROPPO V., AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006
- RORDORF R., *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 7 gennaio 2020
- RUBINO D., *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939
- RUSSO D., *Dimensione del vizio, nullità «selettiva» e conformazione dei negozi*, Napoli, 2020
- RUSSO F., *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008

- RUSSO F., *La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite*, in *Dir. Civ. Cont.*, 2015, 6
- SACCO R., (voce) *Nullità e annullabilità*, in *Noviss. dig. disc. priv.*, 1965, vol. XI, Torino, 465
- SACCO R., *Le invalidità*, in Sacco R. e De Nova G., *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993
- SACCO R., *La conclusione mediante l'inizio dell'esecuzione*, in *Obbligazioni e contratti*, in *Trattato Rescigno*, X, Torino, 2002
- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 1993
- SALANITRO N., *Società per azioni e mercati finanziari*, Milano, 2000, 186
- SALANITRO N., *Titoli di credito e strumenti finanziari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, 5
- SALVATORE M., *Servizi di investimento e responsabilità civile*, Milano, 2004
- SANGIOVANNI V., *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*, in *Contr.*, 2007, 779
- SANGIOVANNI V., *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in *Contr.*, 2008, 177
- SANGIOVANNI V., *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e «nullità sopravvenuta»*, in *Contr.*, 2008, 653
- SANGIOVANNI V., *Operazioni inadeguate e doveri informativi dell'intermediario finanziario*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 564
- SANGIOVANNI V., *L'art. 23 T.U.F. e la sottoscrizione del contratto quadro*, in *Giur. it.*, 2009, 1684
- SANGIOVANNI V., *Il contratto di intermediazione finanziaria*, in *Obbl. e contr.*, 2011, 770
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986
- SARTORI F., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Discipline e forme di tutela*, Milano, 2004, 230
- SARTORIS C., *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. it.*, 2019, 765
- SARTORIS C., *Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza Bankia S.A. della Corte di Giustizia*, in *Persona e mercato*, 2019, 3, 9
- SARTORIS C., *La sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede*, in *Persona e mercato*, 2019, 4, 70
- SCALISI V., *Inefficacia*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 332
- SCALISI V., *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, 179

- SCALISI V., *Il negozio giuridico tra scienza e diritto positivo*, Milano, 1998
- SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 489 ss.
- SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in S. Mazzamuto (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002
- SCALISI V., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 211
- SCALISI V., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005
- SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 459
- SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 846
- SCALISI V., *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, II, Milano, 2007
- SCALISI V., *Il contratto in trasformazione: invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011
- SCHLESINGER P., (voce) *Arricchimento (azione di)*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1958, 1008
- SCHLESINGER P., *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 725
- SCHWAB M., *Der verbraucherschützende Widerruf und seine Folgen für die Rückabwicklung des Vertrags*, in *JZ*, 13/2015, 645
- SCODITTI L., *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, in *Foro it.*, 2009, I, c. 190
- SCOGNAMIGLIO C., *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite ed il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2015, II, 197 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Contratti monofirma nel settore della prestazione di servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2018, 5, 741
- 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, II, 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, 5
- SCOGNAMIGLIO R., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969
- SCOGNAMIGLIO R., (voce) *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. Giur.*, XVI, Roma, 1989, 11
- SCOGNAMIGLIO V., *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.*, in *Società*, 2008, 449
- SEMEGHINI D., *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010

- SIRENA P., *I contratti su contratti: risolutori, modificativi, normativi*, in *Trattato Roppo*, III, Milano, 2006
- SIRENA P., *Towards a European Law of Unjustified Enrichment?*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, 2012, 113 ss.
- SIRENA P., *L'europizzazione degli ordinamenti giuridici e la nuova struttura del diritto privato*, in *Oss. Dir. Civ. Comm.*, 2014, 10 ss.
- SPADAFORA A., *Profili dell'atto solutorio non dovuto*, Milano, 1996
- STARK B., ROLAND H., BOYER L., *Droit civil. Les obligations*, II. *Contrat*, Paris, 1998
- STELLA G., *Le garanzie del credito*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 2010
- STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961
- STÜRNER M., *Der Widerruf bei Verbraucherverträgen*, in *Jura*, 2016, 26
- STÜRNER M., *Rechtsfolgen des Widerrufs bei Verbraucherverträgen*, in *Jura*, 2016, 374
- TERRE F., SIMLER L., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1999
- TOMMASINI R., *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 899
- TONDO S., *Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig.*, VIII, Torino, 1968, 1000
- TONINI F., *L'invalidità "selettiva" del contratto di investimento rimessa alle Sezioni Unite*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2019, I, 46 ss.
- TRABUCCHI A., (voce) *Arricchimento*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, 74
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, XLII ed., Padova, 2005
- TRIMARCHI P., *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, 201
- TRIMARCHI R., *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962
- TOMMASINI R., *Invalidità, b) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 589
- TOMMASINI R., *Nullità, b) Diritto privato*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1978, 868
- TUCCI A., *Il problema della forma nei contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, II, 52
- TUCCI A., *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, in *Corr. giur.*, 2016, 1110 ss.
- TUCCI A., *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, 535 ss.
- TUCCI A., *Nullità di protezione e buona fede*, in *Giur. Comm.*, 2020, 142 ss.
- VALENTINO D., *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999

- VALITUTTI A., *I contratti di intermediazione finanziaria privi di forma scritta. Profili processuali e sostanziali della c.d. nullità selettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 2021, 202
- VENOSTA F., *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e contr.*, 2008, n. 11, 872
- VILLA G., *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993
- VISENTINI G., *La diligenza come criterio di responsabilità dell'amministratore*, in V. Afferni e G. Visentini (a cura di), *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, Milano, 2005
- WINDSCHEID B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Erster Band, 8. Aufl. bearbeitet von Th. Kipp, Frankfurt am Main, 1900
- WESTERMANN H. P., BYDLINSKI P., ARNOLD S., *BGB-Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, Köln, 2020
- WOLF M., NEUNER J., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München, 2012
- ZACCARIA A., DE CRISTOFARO G., *Commento all'art. 134 del Codice del consumo*, IN C.M. Bianca (a cura di), *Commentario alla vendita dei beni di consumo*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 547
- ZANI G., *L'evoluzione storico-dogmatica dell'odierno sistema dei vizi del volere e delle relative azioni di annullamento*, in *Riv. it., sc. giur.*, 1927, 350
- ZATTI P., *Invalidità (atti di autonomia)*, in *Glossario*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano, 1991
- ZATTI, *Lineamenti di diritto privato*, 10° ed., Padova, 2005, 487.
- ZIMMERMANN R., *Restitution after Termination for Breach of Contract: German Law after the Reform 2002*, in A. Burrows e Lord Rodger of Earlsferry (a cura di), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, 2006, 326
- ZIMMERMANN R., DU PLESSIS J., *Basic Features of the German Law of Unjustified Enrichment*, in *Restitution Law Review*, 2, 1994, 14
- ZITIELLO L., *La consulenza in materia di investimenti*, in Id. (a cura di), *MIFID. La nuova disciplina dei mercati, servizi e strumenti finanziari*, 2007, 453

INDICE CRONOLOGICO DELLE DECISIONI

- App. Milano, 13 giugno 2003, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 297
- App. Genova, 30 giugno 2006, in *Giur. mer.*, 2007, 1910
- App. Brescia, 20 giugno 2007, in *www.ilcaso.it*
- App. Milano, 11 dicembre 2007, in *Giur. it.*, 2008, 923
- App. Torino, 27 novembre 2008, in *www.ilcaso.it*
- App. Bari, 23 febbraio 2009, in *DeJure*
- Trib. Milano, 12 luglio 1984, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1986, II, 95
- Trib. Firenze, 27 novembre 2002, in *Dir. banca merc. fin.*, 2004, 155
- Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Giur. comm.*, 2004, II, 690
- Trib. Firenze, 30 maggio 2004, in *Giur. merito*, 2005, I, 839
- Trib. Milano, 7 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, I, c. 897
- Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Contr.*, 2005, 5
- Trib. Torino, 30 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2007, 1857
- Trib. Palermo, 7 luglio 2005, in *Società*, 2006, 1126
- Trib. Roma, 29 luglio 2005, in *Dir. banca merc. fin.*, 2006, 465
- Trib. Firenze, 18 ottobre 2005, in *Giur. merito*, 2007, 47
- Trib. Catania, 21 ottobre 2005, in *www.ilcaso.it*
- Trib. Torino, 7 novembre 2005, in *Giur. it.*, 2006, 521
- Trib. Catania, 3 dicembre 2005, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 1239
- Trib. Firenze, 29 maggio 2006, in *www.ilcaso.it*
- Trib. Cagliari, 18 gennaio 2007, in *www.ilcaso.it*
- Trib. Catania, 23 gennaio 2007, in *www.ilcaso.it*
- Trib. Milano, 31 gennaio 2007, in *Contr.*, 2007, 778
- Trib. Torino, 12 febbraio 2007, in *www.ilcaso.it*
- Trib. Parma, 21 marzo 2007, in *www.ilcaso.it*

Trib. Lecce, 7 maggio 2007, in *Contr.*, 2007, 998
Trib. Venezia, 30 maggio 2007, n. 1114, in *Società*, 2007, 1393
Trib. Como, 3 dicembre 2007, in *DeJure*
Trib. Monza, 4 giugno 2008, *Riv. trim. dir. econ.*, II, 2009, 26
Trib. Monza, 19 febbraio 2008, in *www.ilcaso.it*
Trib. Ancona, 18 febbraio 2009, in *Giur. it.*, 2009, 1681
Trib. Torino, 26 agosto 2009, in *DeJure*
Trib. Torino, 5 febbraio 2010, in *www.ilcaso.it*
Trib. Padova, 23 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*
Trib. Brescia, 29 aprile 2010, in *DeJure*
Trib. Torino, 21 gennaio 2011, in *DeJure*
Trib. Firenze, 9 maggio 2011, in *DeJure*
Trib. Brescia, 13 giugno 2011, in *www.ilcaso.it*

Cass., 17 giugno 1960, n. 1591, in *Sett. Cass.*, 1960, 1138
Cass., 9 agosto 1973, n. 2280, in *Mass. Foro it.*, 1973, 799
Cass., 10 gennaio 1975, n. 91, in *Mass. Foro it.*, 1975
Cass., 11 aprile 1975, n. 1365, in *Foro it.*, 1976, I, 175
Cass., 27 novembre 1975, n. 3974, in *Foro it.*, 1976, I, 309
Cass., 6 ottobre 1976, n. 3303, in *Mass. Foro it.*, 1977, I, 442
Cass. 17 gennaio 1977, n. 228, in *Mass. Foro it.*, 1977
Cass., 13 maggio 1977, n. 1901, in *Mass. Giur. it.*, 1977
Cass., 8 settembre 1977, n. 3925, in *Giust. civ.*, 1978, I, 110
Cass., 20 settembre 1979, n. 4824, in *Foro it.*, 1980, I, 2860
Cass., 22 settembre 1979, n. 4889, in *Foro pad.*, 1979, I, 274
Cass., 11 ottobre 1979, n. 5311, in *Riv. not.*, 1980, II, 134
Cass., 22 gennaio 1980, n. 500, in *Mass. Foro it.*, 1980;

Cass., 9 luglio 1980, n. 4374, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2426
Cass., 11 agosto 1980, n. 4921, in *Mass. Foro it.*, 1980
Cass., 17 gennaio 1981, n. 394, in *Mass. Foro it.*, 1981
Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, in *Giust. civ.*, 1983, I, 1172
Cass., 17 giugno 1985, n. 3642, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 284
Cass., 11 dicembre 1985, n. 6271, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 469
Cass., 9 gennaio 1991, n. 100, in *Mass. Foro it.*, 1991
Cass., 12 luglio 1991, n. 7717, in *Mass. Giur. it.*, 1991
Cass., 13 giugno 1992, n. 7244, in *Riv. dir. agr.*, 1994, II, 290
Cass., 1 luglio 1993, n. 7197, in *Mass. Foro it.*, 1993
Cass., 27 dicembre 1994, n. 11177, in *Mass. Foro it.*, 1994
Cass., 27 luglio 1994, n. 7017, in *Mass. Foro it.*, 1994
Cass., 24 dicembre 1994, n. 11156, in *Mass. Foro it.*, 1994
Cass., 3 febbraio 1995, n. 1306, in *Giur. it.*, 1996, I, 252
Cass., 13 aprile 1995, n. 4268, in *Mass. Foro it.*, 1995
Cass., 18 novembre 1995, n. 11973, in *Mass. Foro it.*
Cass., 13 maggio 1997, n. 1901, in *Mass. Foro it.*, 1977
Cass., 14 maggio 1999, n. 4774, in *Società*, 1999, 1326
Cass., 8 gennaio 2000, n. 123, in *Contr.*, 2000, 547; 2004
Cass., 26 gennaio 2000, n. 863, in *Giur. it.*, 2000, 1585
Cass., 4 febbraio 2000, 1252, in *Giur. it.*, 2000
Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Mass. Foro it.*, 2001
Cass., 27 gennaio 2003, n. 1189, in *Mass. Foro it.*, 2003
Cass., 5 giugno 2003, n. 8993, in *Mass. Foro it.*, 2003
Cass., 28 ottobre 2005, n. 21096, in *Mass. Foro it.*, 2005
Cass., 25 ottobre 2005, n. 20651, in *Dir. e giust.*, 2005, 37
Cass., 13 settembre 2000, n. 12067, in *Giur. it.*, 2002, 69
Cass., 11 gennaio 2001, n. 338, in *Giur. it.*, 2001

Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, 2109
Cass., 15 marzo 2001, n. 3753, in *Giur. it.*, 2001, 2083
Cass., 6 aprile 2001, n. 3272, in *Foro it.*, 2001, I, 2185
Cass., 18 luglio 2001, n. 11256, in *Contr.*, 2004, 237
Cass., 1 ottobre 2001, n. 10498, in *Riv. not.*, 2002, II, 184
Cass., 19 luglio 2002, n. 10536, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2858
Cass., 7 gennaio 2002, n. 88, in *Mass. Foro it.*, 2002
Cass., 15 aprile, 2002, n. 5420, in *Mass. Foro it.*, 2002
Cass., 9 marzo 2003, n. 5575, in *Mass. Foro it.*, 2003
Cass., 5 maggio 2003, n. 6756, in *Mass. Foro it.*, 2003
Cass., 10 settembre 2004, n. 18210, in *Mass. Foro it.*
Cass., 12 dicembre 2005, n. 27334, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 2
Cass. 19 gennaio 2005, n. 1097, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005
Cass., 20 maggio 2005, n. 10690, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005
Cass., 12 luglio 2005, n. 14578, in *DeJure*
Cass., 14 ottobre 2005, n. 19903, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005
Cass., 16 dicembre 2005, n. 27732, in *Rep. Foro it.*, 2005
Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, 897
Cass., 2 agosto 2007, n. 16995, in *DeJure*
Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Corr. giur.*, 2008, 227
Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725 in *Giur. it.*
Cass., 25 giugno 2008, n. 17341, in *Foro it.*, 2009, I, 1851
Cass. 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Danno e resp.*, 2009
Cass., 9 marzo 2009, n. 5624, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, 409
Cass., 10 marzo 2010, n. 5843, in *DeJure*
Cass. 15 aprile 2010, n. 9052, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 7, p. 552
Cass., 7 luglio 2011, n. 2956, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 2, p. 188
Cass. 7 febbraio 2011, n. 2956, in *Giust. civ.*, 2011, 6, p. 1475

Cass., 5 dicembre 2011, n. 25943, in *DeJure*
Cass., 22 dicembre 2011, n. 28432, in *DeJure*
Cass., 13 gennaio 2012, n. 384, in *Giur. comm.*, 2012, II, 791
Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, in *DeJure*
Cass., Sez. Un., 4 settembre 2012, n. 14828, in *DeJure*
Cass., 22 marzo 2013, n. 7283, in *DeJure*
Cass., 31 dicembre 2013, n. 28810, in *DeJure*
Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Corr. giur.*
Cass., 17 maggio 2015, n. 12390, in *DeJure*
Cass., 29 febbraio 2016, n. 3950, in *DeJure*
Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Contr.*, 2016, 1089
Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, in *Corr. giur.*, 2016, 1113
Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Corr. Giur.*, 2019, 1110
Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, II, 687
Cass., 29 febbraio 2016, n. 3950, in *DeJure*
Cass., 2 agosto 2016, n. 16053, in *DeJure*
Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, II, 393
Cass., 27 maggio 2017, nn. 12388, 12389, 12390, in *DeJure*
Cass., 7 luglio 2017, n. 16861, in *DeJure*
Cass., 30 novembre 2017, n. 28816, in *DeJure*
Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, 3, I, 928
Cass., 8 febbraio 2018, n. 3087, in *DeJure*
Cass., 12 marzo 2018, n. 5890, in *DeJure*
Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *Contr.*, 2018, 543
Cass., 24 aprile 2018, n. 10116, in *DeJure*
Cass., 21 giugno 2018, n. 16362, in *DeJure*
Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Foro it.*, 2019, 975
Cass., 30 agosto 2018, n.21418, in *Giust. Civ. Mass.*, 2018

Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Foro it.*, 2020, 3, I, 934

Cass., 17 gennaio 2019, n. 1036, in *Giust. Civ. Mass.*, 2019

Cass., 3 giugno 2020, n. 10505, in *DeJure*

C. Giust. UE, 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial e Salvat Editores*, in *curia.europa.eu*

C. Giust. UE, causa C-243/08, *Pannon GSM Zrt. c. E.S. Gyórfi*, in *curia.europa.eu*

C. Giust. UE, causa C-488/11, *D.F. Asbeek Brusse e K. de Man Garabito c. Jahani BV*, in *curia.europa.eu*

C. Giust. UE, causa C-472/11, *Banif Plus Bank Zrt*, in *curia.europa.eu*

Corte Giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10 *Banco Español de Crédito SA c. J.C. Camino*, in *curia.europa.eu*

Corte Giust. UE, 30 maggio 2013, C-604/11, *Genil 48 SL e Comercial Hosteleria de Grandes Vinos SL v. Bankinter SA e Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, in *curia.europa.eu*

Corte giust. UE, 21 gennaio 2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, in *curia.europa.eu*

C. Giust. UE, 13 marzo 2015, cause riunite C-482/13, C-484/13, C-485/13 e C-487/13, *Unicaja Banco y Caixabank*, in *curia.europa.eu*

Corte Giust. UE, 21 dicembre 2016, cause riunite C-154/15, C-307/15 E C-308/15, in *curia.europa.eu*

C. Giust. UE, 7 agosto 2018, cause riunite C-96/16 e C-94/17, *Banco Santander Escobedo Cortés*, in *curia.europa.eu*

Corte giust. UE, 3 ottobre 2019, C-260/18, in *curia.europa.eu*

Corte Giust. UE, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria S.A./Bankia S.A.*, in *curia.europa.eu*