

Nullità a vantaggio e nullità selettiva*

di Aldo Angelo Dolmetta

Dopo il commento di Renato Rordorf alla sentenza Cass., sez. unite, 4 novembre 2019, n. 28314, un altro contributo critico alla lettura della decisione.

1. La nullità di protezione: una disciplina (tuttora) in progress / 2. [Segue] Riequilibrio delle posizioni contrattuali o disciplina dell'offerta dei prodotti? / 3. Il distinto sistema della nullità di protezione / 4. Nullità a vantaggio e non utilizzabilità del giudicato da parte del produttore / 5. La nullità a vantaggio tra limiti esterni e «limiti» interni / 6. [Segue] Sul «limite» interno della buona fede (oggettiva)

1. La nullità di protezione: una disciplina (tuttora) in progress

La nullità di protezione è fenomeno abbastanza recente; o meglio, come tale – relativamente recente – viene di solito inteso nell'ambiente degli operatori del diritto. Nei fatti, tracce approssimative (ma significative) si trovano già, per dire, nella versione originaria del codice del 1942.

Così è per la norma dell'art. 1341, comma 2, cc, là dove assume ad oggetto specifico di considerazione le regole contrattuali pre-formate (cfr. art. 1337

cc) dall'impresa (e suoi vari dintorni), per poi dettare una disciplina funzionale agli interessi del cliente, quale soggetto estraneo alla formazione di tali regole¹. Così pure è per la norma dell'art. 1815, comma 2, cc là dove, nel prescrivere una disciplina protettiva della posizione del mutuatario – e (almeno) di riflesso, del mercato del credito –, dispone una nullità a diretto svantaggio del mutuante, impedendogli, per il mezzo di una nullità irrimediabilmente parziale, di potere lucrare su nuovi impieghi (quand'anche non usurari) delle somme di cui all'operazione colpita dalla nullità usuraria².

* Il presente contributo è stato pubblicato su *Questione giustizia online* il 27 febbraio 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/nullita-a-vantaggio-e-nullita-selettiva_27-02-2020.php.

1. Scrivono R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, Utet Giuridica, Milano, 2016, pp. 1496 ss. che solo «di quando in quando» la giurisprudenza della Cassazione ha riconosciuto che l'unico soggetto legittimato a far valere l'inefficacia delle clausole vessatorie non sottoscritte in modo specifico è l'aderente, nella stragrande maggioranza dei casi stabilendo invece che anche il predisponente può far valere questo vizio. Peraltro, le pronunce richiamate dagli autori si fermano agli inizi degli anni novanta.

Può non essere inutile esplicitare, allora, che – nei tempi successivi – la Suprema corte ha mutato indirizzo, ammettendo solo il rilievo dell'aderente, sulla base dell'osservazione (non modernissima forse, ma comunque idonea) che la «specifica approvazione per iscritto è requisito per l'opponibilità delle clausole» in discorso nei confronti dell'aderente, «ma non anche per la loro efficacia nei confronti della parte che le ha predisposte»: cfr., in particolare: Cass., 20 agosto 2012, n. 14570; Cass., 21 agosto 2017, n. 20205; Cass., 4 giugno 2014, n. 12591.

2. L'importanza – non solo storica, per la verità – di questa disposizione risulta ancor più accentuata dalla constatazione che il vizio che, nel contesto del contratto di mutuo, affligge la regolamentazione convenzionale degli interessi compensativi è, di per se stesso, vizio di contratto, non già di clausola o di parte, concernendo l'oggetto negoziale, come pure è confermato dalla norma dell'art. 1820 cc (cfr. il mio *I rimedi per la violazione delle norme imperative nel diritto societario prima del d.lgs. n.5/2003. Un frammento di storia delle idee*, in *Vita notarile*, n. 1/2003, p. 110).

Il punto è, piuttosto, che la nullità di protezione come fenomeno proprio – e dunque con pretese di autonomia (in genere, di diversità) rispetto a quello della nullità tradizionale e cd. generale – è figura venuta a formarsi, e isolarsi, in via di progressivo distacco e allontanamento dall'istituto madre: un poco alla volta e senza possedere un preciso, compiuto disegno disciplinare a monte. Ciò che tuttora sta accadendo: in questo senso, la nullità di protezione è figura sicuramente recente; se non, più propriamente, figura *in progress*. Basti pensare, in proposito, che l'esplicitazione del principio della sua operatività a vantaggio del cliente, presente nella normativa di recepimento della direttiva 93/13/CEE (all'epoca, art. 1469-*quinquies* cc), è stato importato nel Tub solo nel 2010; e ancora manca nel Tuf (vds. *infra*, par. 3.1.).

Posta questa caratteristica (la figura è un cantiere aperto), un intervento delle sezioni unite, che viene a occuparsi della materia, è evento di per se stesso degno di nota. Di più, peraltro, nel caso della sentenza 4 novembre 2019, n. 28314, che qui si commenta: perché della figura della nullità di protezione questo arresto effettua – con diretto riferimento a una fattispecie concreta soggetta alla normativa del Tuf sui servizi di investimento, per la quale si è posto il problema dell'eventuale carattere "selettivo" di tale nullità e pure dei limiti di questo (*i.e.*: di un'incidenza limitata a taluno degli investimenti posti in essere, in ragione del concreto vantaggio del cliente) – un esame largo e approfondito³. E pure importante, va subito precisato. Anche se – non si può, nel contempo, non aggiungere – la pronuncia delle sezioni unite non presenta solo luci. Ma anche ombre, e rilevanti assai: a indice, invero, che la strada che ancora deve compiere la nullità di protezione sul piano del diritto vivente (e non solo su questo piano, lo si è appena accennato) si manifesta lunga e prevedibilmente non poco tortuosa.

Secondo quanto si passa, nei brevi cenni che seguono, a indicare.

2. [Segue] Riequilibrio delle posizioni contrattuali o disciplina dell'offerta dei prodotti?

Un primo tema – che è proprio di vertice e di impostazione (prima di ogni altra cosa) dommatica – attiene alla funzione da riconoscere propria della nullità di protezione (in genere e, in specie, di quella) disciplinata dal Tuf. Ad avviso delle sezioni unite, questa va ravvisata nella «reintegrazione di una preesistente condizione di squilibrio strutturale che permea le fattispecie contrattuali»; la normativa è, dunque, proprio di «riequilibrio contrattuale»: al punto che occorre, anzi, «evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distortivi ed estranei alla *ratio* riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto».

Si tratta di una prospettiva assai diffusa nella letteratura attuale; tant'è che la pronuncia, nel rifarsi più volte alla formula del «riequilibrio endocontrattuale», la dà sostanzialmente per scontata⁴. E tuttavia proprio da tale formula d'impostazione prospettica occorre, a mio giudizio, dissentire.

Per più ragioni. Prima di tutto perché la formula inquadra il tema nell'ambito di una contrapposizione dialettica – di maggiore o minore "forza"/"debolezza" – tra le parti: c'è uno «squilibrio» a cui occorre rimediare (la nullità "protegge" l'equilibrio sostanziale del contratto). E inoltre perché lo colloca all'interno di una dinamica meramente contrattuale, che nello spazio del (singolo) contratto viene cioè a esaurirsi senza residui.

In realtà, la nullità di protezione si pone tipicamente (e così, in specie, per i servizi di investimento) come struttura di completamento⁵ di una serie di

3. Non a caso, la pronuncia è già stata fatto oggetto, nel breve periodo trascorso dalla sua pubblicazione, di più commenti: G. Guizzi, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *Diritto bancario*, 4 dicembre 2019 (www.diritto bancario.it/editoriali/giuseppe-guizzi/le-sezioni-unite-e-le-nullita-selettive-nell-ambito-della-prestazione-di-servizi-di-investimento); D. Maffei, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *Diritto bancario*, 18 dicembre 2019 (www.diritto bancario.it/editoriali/daniele-maffei/nullita-selettiva-le-sezioni-unite-e-la-buona-fede-dell-investitore-nel-processo); R. Rordorf, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in questo fascicolo e già in questa *Rivista online*, 7 gennaio 2020, www.questionegiustizia.it/articolo/buona-fede-e-nullita-selettiva-nei-contratti-d-investimento-finanziario_07-01-2020.php; 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.*, n. 1/2020, pp. 32 ss.

4. Limitandosi a richiamare la nota pronuncia di Cass., sez. unite, 12 dicembre 2014, n. 26242. Per questa impostazione in dottrina vds., ad esempio, R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, op. cit., p. 1504: «quando il contraente che soffre per una sua collocazione socioeconomica che fa di lui il soggetto contrattuale debole o non abile, l'invalidità del contratto si chiama nullità (...) ma può essere pronunciata solo o per iniziativa o nell'interesse del legittimato».

5. Secondo quanto sovente non viene percepito in letteratura. Cfr., a titolo meramente esemplificativo, L. Modica, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo «informativo»*, in *Foro it.*, 2018, c. 1289: «non è la forma, neutra da questo profilo, a proteggere, ma la nullità che l'ordinamento vi associa».

regole (oneri e obblighi) che – in punto di fattispecie, come pure di esecuzione del rapporto – la legge pone in capo all'impresa⁶ e in funzione di tutela del cliente (inteso come espressione di una posizione seriale e quindi di una categoria). E che in sé concernono, queste regole, la costruzione dei prodotti da immettere sul mercato, come pure l'effettiva loro immissione: riguardano, dunque, un'attività di impresa (come ovviamente espressa in relazione a ciascun tipo-prodotto).

Posta questa prospettiva, la nullità di protezione si pone come rimedio puntuale – in relazione, cioè, alle singole fattispecie in cui viene riscontrata una violazione da parte dell'impresa dell'onere od obbligo assegnatole dalla legge – per comportamenti imprenditoriali che, se possono (nel caso) essere occasionali o casuali, per sé esprimono decisioni e prassi operative riferite propriamente all'attività in quanto tale.

Ora, si può senz'altro discutere sull'idoneità – e più ancora sulla sufficienza – di un rimedio puntiforme a prevenire e reprimere una violazione che in sé si atteggia come violazione di un'operatività. Sembra chiaro tuttavia che, per potere essere corretta, la lettura della nullità di protezione non può prescindere dalla circostanza che essa ha causa targata in violazioni, da parte dell'operatività d'impresa, di regole poste a protezione 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 (fattispecie concrete in cui viene rilevata la violazione e fattispecie concrete che non vengono portate in giudizio).

D'altro canto, è vero pure che il prodotto è frutto proprio dell'attività di impresa, che lo costruisce e immette nel mercato: rispetto a ciò il cliente è (non può che essere) irrimediabilmente estraneo; lo è per definizione⁷. Sicché non vi è proprio nulla da riequilibrare in proposito.

La questione, piuttosto, è quella di immettere dei prodotti che siano “buoni”, che siano “utili” per il cliente. Ora, nella valutazione normativa un prodotto la cui costruzione e/o immissione nel mercato sconta una violazione di legge non può, per definizione, essere “buono” o “utile”. Né in una prospettiva della nullità di protezione – che non sia chiusa nell'angolo contrattuale, ma sia per contro aperta sull'operatività dell'impresa – può trascurarsi, a livello di dinamiche di mercato, che un prodotto afflitto da violazioni di legge tende, per sua natura, a falsare il gioco della concorrenza, penalizzando (almeno in via potenziale) la posizione delle altre imprese che, virtuose, la legge invece rispettano⁸.

3. Il distinto sistema della nullità di protezione

3.1. Esaminando il testo dell'art. 23, comma 3, Tuf, le sezioni unite riscontrano che questo non va oltre la nuda previsione di una nullità che può essere fatta valere solo dal cliente. Sarebbe però errato – stimano le stesse – fermarsi a tale constatazione: «è necessario», invece, estendere l'«indagine ad aree contigue, in modo da avere un prospetto comparativo delle peculiarità del regime giuridico di tale tipologia di nullità».

Nel concreto, il confronto è svolto con le normative del codice del consumo e del Tub, che entrambe in via espressa aggiungono (nel testo in oggi vigente) le stringhe dell'operatività a solo vantaggio del cliente e della rilevabilità d'ufficio. Anche queste due regole trovano senz'altro applicazione nel campo dei servizi d'investimento, dicono le sezioni unite.

Perché il «tratto unificante del regime giuridico delle nullità di protezione» è la «legittimazione

Diverso – davvero altro – è tema dell'individuazione delle funzioni protettive dei doveri imposti dalla legge all'intermediario in punto di forma *ad substantiam*. Che certo non si esauriscono – e neanche si focalizzano – in una semplice funzione informativa. Si focalizzano piuttosto nell'idea normativa di consentire al cliente un controllo – continuativo e utile – sul rapporto tra quanto predisposto dall'impresa in contratto e quanto dalla stessa praticato nella realtà materiale (dalla fisiologia del rapporto alla piena patologia dello stesso). Il legame che – nel contesto del Tub – corre tra il testo dell'art. 117, comma 1, e le prescrizioni dell'art. 119 appare, per la verità, manifesto. Non diversamente, nella sostanza, le cose stanno – per i servizi di investimento di cui al Tuf – tra contratto quadro, ordini d'acquisto ed estratti del conto titoli (da rimeditare sarebbe, piuttosto, la soluzione giurisprudenziale relativa al «non formalismo» degli ordini di acquisto).

6. Emblematica al riguardo può essere considerata (ad esempio) la formulazione dell'art. 117 Tub, in punto di onere della banca di consegnare al cliente uno degli esemplari del contratto al cliente: la prospettiva è così evidente che non vi è neppure bisogno di dare esplicitazione completa alla frase normativa (in effetti, nel contesto dell'art. 117 Tub, il termine «banca» compare solo nell'ambito del comma 8).

7. Un'importante applicazione di questa prospettiva – di diversificazione delle parti contrattuali in relazione alle (appunto) diverse posizioni che queste occupano nei confronti del bene/servizio oggetto del rapporto – si trova nella recente decisione dell'Abf Milano, 4 luglio 2019, n. 16558, sulla nullità (integrale) dei contatti di fideiussione predisposti a valle dell'intesa anticoncorrenziale sanzionata dal provvedimento Banca d'Italia, 22 maggio 2005, n. 55.

8. Sui punti rapidamente accennati in questo paragrafo vds., *amplius*, A.A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Zanichelli, Bologna, 2013, *passim*, nonché, più di recente, *Id.*, *Efficienza del mercato e “favor naturalis” per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, n. 5/2018, pp. 1234 ss.

esclusiva del cliente ad agire in giudizio»; perché in tutti casi in cui sia prevista tale legittimazione esclusiva è «generalmente applicabile il rilievo officioso della nullità» (questo passaggio viene mediato dal richiamo agli «interessi e valori fondamentali» che presiedono alla previsione delle nullità di protezione, secondo quanto già enunciato dalla pronuncia di Cass., sez. unite, 12 dicembre 2014, n. 26242). E perché la somma di questi due rilievi porta con sé l'ulteriore «conseguenza sostanziale» che – anche nel campo dei servizi di investimenti – la nullità, essendo di protezione, può «operare soltanto a vantaggio del cliente».

3.2. In questa sequenza motivazionale si compie, a me pare, un transitio importante nella giurisprudenza della Corte, che va sottolineato.

Che prima di tutto è, naturalmente, quello dato dal passaggio dalla constatazione della esistenza di più serie disciplinari, più o meno assonanti tra loro, al consapevole riconoscimento dell'attuale presenza di una categoria (*ante omnia*) dommatica a sé stante, come rappresentata dalla nullità di protezione.

Ma più ancora importante è l'ulteriore passaggio, che pare possibile leggere nello svolgimento della detta sequenza. La categoria della nullità di protezione, dunque, ha come tratto dominante (o *focus*) proprio l'operatività a vantaggio del solo cliente.

La centralità che l'argomentazione delle Sezioni Unite assegna al punto del rilievo officioso, se da un lato assicura che la nullità in discorso è funzione di interessi pubblici fondamentali⁹, dall'altro mostra, infatti, che la stessa legittimazione esclusiva del cliente risulta, in realtà, più che altro un mezzo per escludere che lo strumento venga nel concreto deviato dal suo fine istituzionale e nel concreto utilizzato per il vantaggio dell'impresa contraente (legittimazione *cd. ad excludendum*)¹⁰. Per sé nulla sembra escludere, cioè, che l'azione giudiziale, intesa all'accertamento della nullità di protezione, sia avviata da un terzo (tipico, in proposito, l'esempio del fideiussore)¹¹: purché la stessa risulti nel concreto diretta a operare a vantaggio del cliente¹².

3.3. Ancora un'osservazione al riguardo. Ravviata una coesione interna tra le più serie disciplinari

9. «Le nullità di protezione» – puntualizzano le sezioni unite – «fondano l'inderogabilità del loro statuto, contrassegnato dall'operatività a "vantaggio" del cliente, non solo sull'art. 2, ma anche sull'art. 3 (...) e sull'art. 41 cui si aggiunge, per l'intermediazione finanziaria, la tutela del risparmio (art. 47 Cost.)».

È il caso di aggiungere che, nel contesto della prospettiva delineata nel precedente paragrafo (2), ruolo centrale viene ad assumere, in specie, il principio dell'«utilità sociale» di cui al comma 2 dell'art. 41 Cost., con la precisazione ulteriore che la regola di efficienza dell'impresa – effetto non secondario delle normative di protezione della clientela (*cf.* i lavori citati nella precedente nota 8) – si coniuga e congiunge con il principio di uso corretto, e non dispersivo, delle risorse economiche del territorio.

10. Accreditata parte della manualistica – che tutta, senza eccezioni, tratta la nullità di protezione come micro-frammento interno (più o meno deviante; più o meno variato) dell'istituto di cui agli artt. 1418 ss. cc, assunto come istituto generalissimo e per sé fagocitante ogni altra cosa della materia – insiste invece nel qualificare la nullità di protezione come un caso di nullità «relativa»: V. Roppo, *Diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2018; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, ESI, Napoli, 2019, p. 1002.

La centralità che le sezioni unite assegnano, nel contesto in esame, al rilievo officioso cancella, tuttavia, ogni credibilità – pure per il fronte del diritto vivente – a una simile impostazione.

11. *Cfr.* A. Gentili, *Nullità, annullabilità, inefficacia nella prospettiva del diritto europeo*, in *Contratti*, n. 2/2003, p. 204; A.A. Dolmetta, *Trasparenza, op. cit.*, pp. 302 ss.; U. Malvagna, *Credito fondiario, nullità «a vantaggio» del cliente e legittimazione di altri*, in *Banca borsa*, n. 2/2014, II, p. 141.

In materia, *cf.* anche Cass., 6 settembre 2019, n. 22385.

12. Secondo le sezioni unite, va in particolare evidenziata «la vocazione funzionale, ancorché non esclusiva» della nullità di protezione «alla correzione parziale del contratto, limitatamente alle parti che pregiudicano la parte contraente che in via esclusiva può farle valere». In proposito, occorre svolgere qualche rilievo.

La nullità parziale è uno dei possibili strumenti della nullità di protezione, la cui effettiva efficienza va misurata fattispecie tipo per fattispecie tipo: non diversamente da quanto avviene per gli altri strumenti. Non v'è, quindi, nessuna «vocazione funzionale alla correzione parziale». Il fatto è che, ove la legge disponga che la «valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo (...)» (art. 34, comma 2, codice del consumo), la nullità – essendo per forza riferita a una clausola – è di per se stessa parziale (appunto perché le regole di protezione riguardano solo aspetti disciplinari del contratto). Piuttosto, in materia è da rilevare che la regola di non propagazione (art. 36, comma 1) possiede – in una lettura che pretenda di essere funzionale e complessiva della normativa di protezione – tratto solo relativo, in buona sostanza dipendendo dall'oggettivo vantaggio dal cliente. Che, a me pare, costituisce l'unica vera, e fondamentale, «vocazione funzionale» della nullità di protezione.

Si pensi, al riguardo, al tema della nullità di protezione che colpisce, *ex se*, l'intero contratto di credito (così nell'ipotesi dell'art. 117 o in quella dell'art. 125-bis Tub) e in cui l'impresa abbia già erogato delle somme: se si applicano i principi della nullità *ex artt.* 1418 ss. cc, la nullità si ritorce contro il cliente, posto che questi dovrebbe restituire subito – senza giovare di alcun differimento – quanto ha ricevuto. Nel Tub manca peraltro una disposizione che preveda, in via generale, un regime sostitutivo e conformativo dell'operazione: questo, in effetti, risulta previsto unicamente per l'ipotesi di credito al consumo dalla norma dell'art. 125-bis, comma 9 («in caso di nullità del contratto, il consumatore (...) ha facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto o, in mancanza, in trentasei rate mensili»). Non resta, allora, che ricorrere – anche sfruttando, nel caso, la via analogica offerta dalla disposizione appena citata, ma comunque in via di conformazione giudiziale – al principio dell'operatività della nullità solo a vantaggio del cliente (*cf.*, su questi punti, *amplius* il mio *Trasparenza, op. cit.*, pp. 308 ss.).

dispositive di nullità di protezione, le sezioni unite ne hanno assunto una considerazione unitaria, categoriale appunto. All'enunciazione di questa categoria segue – di riflesso – che viene ad evolvere pure il rapporto tra queste serie disciplinari e le regole e principi contenuti nelle norme degli artt. 1419 ss. cc; con il cd. istituto generale della nullità.

Formata la categoria, la nullità di protezione viene quindi a esprimere un sistema autonomo, rappresentando un peculiare statuto del vizio di nullità negoziale¹³. Di conseguenza, il rapporto tra le singole discipline di legge che la contengono e il cd. sistema generale della nullità codicistica risulta in ogni caso filtrato dalla presenza e consistenza di tale sistema.

Fissato questo punto, va ancora rilevato, peraltro, che oggi viene propriamente a porsi una domanda ulteriore, direttamente relativa ai rapporti correnti tra il sistema della nullità cd. generale e quello della nullità di protezione. Si può ancora discorrere, come fanno più arresti della Suprema corte, di rapporto di genere a specie¹⁴? Od occorre invece riconoscere che si tratta di sistemi tra loro paralleli (dei cosistemi, cioè), l'uno solo di misura applicativa più estesa dell'altro¹⁵?

4. Nullità a vantaggio e non utilizzabilità del giudicato da parte del produttore

4.1. Nel prosieguo, le sezioni unite vengono a occuparsi di un altro aspetto importante, che rimonta alla struttura conformativa della nullità di protezione, in via diretta concernendo posizione e poteri –

processuali e pure sostanziali – delle parti del contratto affetto da nullità di protezione: del contraente protetto, da un lato; di quello non protetto, dall'altro.

Nel concreto dei fatti esaminati dalla Corte, il problema nasce dal particolare meccanismo contrattuale dei servizi di investimento, ordinato sulla sequenza formata dal contratto quadro e dagli ordini di acquisto¹⁶. Nel caso, il contratto quadro è nullo per mancato rispetto di una regola di protezione; solo alcuni degli investimenti di cui agli ordini, peraltro, si sono dimostrati rovinosi per il cliente. Quale la sorte degli altri?

Si tratta di un problema peculiare, non v'è dubbio. Peraltro, pare ben possibile che il nucleo base della problematica che vi è connessa risulti, con i dovuti adattamenti, replicabile pure in relazione ad altre situazioni e ipotesi applicative di nullità di protezione.

4.2. Con diretto riguardo alla fattispecie tipo appena sopra sintetizzata, comunque, le sezioni unite sviluppano una risposta articolata.

«L'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro non contrasta in via generale» – scrivono con riferimento alla posizione del contraente protetto dalla nullità – «con lo statuto normativo delle nullità di protezione». Il contraente protetto ben può, dunque, limitare la finalità della propria azione giudiziale agli ordini (in genere, alle situazioni) che, nel concreto, lo hanno effettivamente pregiudicato¹⁷.

Quanto al contraente non protetto (ma onerato del comportamento assistito dalla nullità), le sezioni unite annotano invece: «l'azione rivolta a far valere

13 P. Spada, "Nullo e ... avvenuto": le nullità del diritto commerciale, in *Riv. dir. priv.*, n. 2/2016, pp. 219 ss.: va «contrastata la propensione, che affiora nel meta-linguaggio della giurisprudenza teorica e [soprattutto] pratica, a fissare un "significato normativo" del vocabolo "nullità" una volta per tutte, segnatamente a cristallizzare la nullità in quanto disciplina (...) in una *regula iuris* [meglio, in un compendio di *regulae iuris*] (...) che sono poi quelle estraibili dagli articoli del codice civile in tema di nullità del contratto».

14 Così, sempre nella dichiarata scia di Cass., sez. unite, n. 26242/2014, anche la pronuncia delle sezioni unite che qui si commenta.

15 Quali diverse declinazioni del rimedio negoziale posto a presidio del rispetto di norme (secondo vari versi) intese alla tutela e perseguimento dell'interesse pubblico (dei «cosistemi», insomma: vds. il mio *I rimedi per la violazione*, op. cit., p. 101).

Il fenomeno della crescente divaricazione tra nullità ex art. 1418 ss. cc e nullità di protezione non è sfuggito a R. Rordorf, *Buona fede*, op. cit., che peraltro si dichiara preoccupato dell'«assenza di segnali sufficientemente univoci da parte del legislatore»: questi dovrebbe rendersi «conto dell'impatto sistematico di un tale approccio e forse anche della conseguente necessità di ripensare in termini di maggior coerenza e organicità l'intero quadro dei rimedi predisposti per fronteggiare le patologie negoziali».

A me pare, per contro, che compito dell'interprete odierno non sia quello di fare affidamento su capacità che l'attuale legislatore (per più ragioni) non possiede, bensì quello di verificare, caso per caso, la misura dell'estensione effettiva della categoria della nullità di protezione, come struttura rimediabile aggregata attorno al polo informante dell'operatività a vantaggio. Problema, questo, che nell'oggi oggettivamente si pone, ad esempio, in relazione alla nullità dei contratti "a valle" delle intese anticoncorrenziali vietate ex art. 2 l. n. 287/1990 (cfr. *supra*, il cenno contenuto nella nota 7).

16 Sul rapporto strutturale corrente, nell'ambito dei rapporti relativi a servizi di investimento, tra contratto quadro e ordini di acquisto, vds. Cass., 23 maggio 2017, n. 12937. Ivi pure il rilievo che «la funzione del contratto quadro, ovvero la sua causa negoziale, è quella di fare (per l'investitore) e di far fare (per l'intermediario) degli investimenti. L'eventualità di confinarlo senza residui nello schema del semplice contratto normativo trascura che, nella realtà normativa, come pure operativa, la sua stipulazione importa, tra gli altri, anche il compito dell'intermediario di segnalare e proporre all'investitore l'opportunità di effettuare degli investimenti: secondo i termini organizzativi e contenutistici che per l'appunto si trovano prescritti da legge e regolamento».

17 Rileva correttamente U. Malvagna, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, in *Banca borsa*, n. 6/2017, I, pp. 852 ss. che uno svolgimento selettivo della nullità di protezione può anche essere

la nullità di alcuni ordini di acquisto richiede l'accertamento dell'invalidità del contratto quadro»; «tale accertamento ha valore di giudicato, ma l'intermediario, alla luce del peculiare regime 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 cod. civ.» (come si vede, manca nel conto l'eccezione sollevata semplicemente a paralisi dell'azione restitutoria che sia svolta da controparte, caso che in effetti la pronuncia in commento tratta diversamente dagli altri: *cf. infra*, par. 6).

Di conseguenza, secondo la lettura delle sezioni unite il contraente non protetto non può – neppure nel caso sia stata accertata la nullità del contratto quadro – agire per l'accertamento dell'esistenza di altri ordini (e situazioni) dipendenti dal contratto medesimo. Né può chiederlo in via riconvenzionale. Né può agire in via di ripetizione d'indebito oggettivo, per ottenere le restituzioni connesse, per questi ordini, all'avvenuto accertamento della nullità del quadro.

4.3. La soluzione della Corte, che è stata appena schematizzata, merita, a mio giudizio, approvazione.

In effetti, si tratta di soluzione che scende direttamente – per entrambe le articolazioni di cui si compone – dalla conformazione strutturale della nullità di protezione¹⁸. Che, secondo la sua propria morfologia e in via di completamento di una coerente regolamentazione di certe fattispecie contrattuali e dei relativi rapporti esecutivi (vds. *supra*, par. 2), 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, inteso come termine relazionale di riferimento dell'offerta di beni sul mercato)¹⁹.

Scendendo più ancora nello specifico, si deve notare che la soluzione selettiva degli ordini (*secundum quid*) trova il suo fondamento primo non già nella regola della legittimazione ad agire, quasi a ipotizzare che la nullità di protezione sia rimedio «a disposizione della parte» (cosa che, per contro, la stessa sicu-

ramente non è: *cf. supra*, tra l'altro, la derogabilità solo a vantaggio del cliente della normativa di trasparenza bancaria, di cui all'art. 127, comma 1, Tub, e la finalità della rilevazione d'ufficio di tale nullità, di cui al comma 2 della disposizione). Lo trova, invece, nel fatto che questa nullità può operare «soltanto a vantaggio» della posizione contrattuale protetta (*cf. supra* il riferimento appena sopra espresso alla domanda di beni); ed è questo tratto, in effetti, che viene a reggere lo sbilanciamento anche delle conseguenze sostanziali dirette – quali quelle in punto d'indebito, secondo quanto riscontrano le sezioni unite – che derivano dall'accoglimento della domanda proposta dal cliente.

E pure va sottolineato – sempre a riguardo delle conseguenze (anche) sostanziali dell'esercizio vittorioso dell'azione di nullità di protezione (e anche in relazione al tema dei limiti della selettività di questa nullità, a cui si sta per passare) – il fatto, del tutto trascurato (invece) dalle sezioni unite, dell'applicazione della nullità di protezione al mancato rispetto da parte dell'impresa *partner* contrattuale di un comportamento che la legge specificamente le impone in funzione della tutela del cliente contraente.

5. La nullità a vantaggio tra limiti esterni e «limiti» interni

Se qualche autore ha inteso negare la stessa eventualità di un uso selettivo della nullità di protezione²⁰, così fraintendendo sin dalle sue fondamenta prime questo fenomeno, come ben mettono in evidenza anche le sezioni unite²¹, nessuno – io credo – ha mai messo in dubbio l'esistenza di (ovvero: l'esigenza di fissare dei) limiti alla capacità espansiva di una nozione in se stessa aperta, com'è quella dell'«operatività» del rimedio dell'invalidità «soltanto a vantaggio del cliente».

Naturalmente, il problema è quello di individuare il punto dove risulti corretto fissare il limite dell'apertura a vantaggio. Cosa oggettivamente non facile in se stessa, attesa pure la mancanza di specifiche indicazioni di ordine legislativo in tal senso. E cosa ancor

frutto di un rilievo officioso, pur a fronte di domanda di nullità che nel concreto non sia stata articolata in termini selettivi.

In effetti, il criterio dell'operatività a vantaggio richiede una valutazione che venga compiuta in termini rigorosamente oggettivi (oltre che complessivi, naturalmente). Può stimarsi ormai sicuro, d'altro canto, che il vizio «coperto» da nullità di protezione non è suscettibile di convalida (Cass., 27 aprile 2016, n. 8395).

18. Con la conseguenza che – pure in relazione alle iniziative non consentite alla parte non protetta – sussiste il rilievo officioso del giudice.

19. *Cfr.* il mio *Exceptio doli generalis*, in *Banca borsa*, n. 2/1998, I, p. 190.

20. Così D. Semeghini, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 135.

21. «Con tale impostazione» – così si annota – «si trascura la strutturale vocazione delle nullità protettive a un uso selettivo, ancorché non arbitrario, in quanto correlato alla operatività a vantaggio esclusivo di uno dei contraenti». «Ove si ritenga che l'uso selettivo delle nullità di protezione sia da stigmatizzare ex se» – si conclude – «si determinerà un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione».

meno facile laddove si assuma, come appunto fanno le sezioni unite (cfr. *supra*, par. 2), una prospettiva chiusa sull'angolo meramente contrattuale – di «ri-equilibrio endocontrattuale», in particolare – della vicenda: ché, in una simile ottica, al vantaggio per un contraente corrisponde per forza, e per definizione, un non diverso svantaggio per l'altro contraente.

In ogni caso, se si tiene fermo (come non si può non fare) l'assunto che l'operatività a vantaggio rappresenta proprio lo scheletro strutturale di base della nullità di protezione (cfr. *supra*, par. 3.2.), appare evidente che quella comunque intesa a incidere all'interno del relativo meccanismo si configura come operazione in se stessa non corretta e pure arbitraria.

Se si intende rispettare la struttura dello strumento, il "limite" non può essere interno (i.e.: non può essere introdotto all'interno dell'ossatura propria del rimedio): al di là della constatazione, intendo, del fatto che, così invece facendo, si finisce per avallare il comportamento – di violazione di regole di tutela del cliente, dalla legge poste in capo all'impresa – che sta alla base della posizione di una nullità di protezione.

Il limite, dunque, non può essere fissato che sul segno dove questa struttura termina; ovvero pure (e insieme) nella presenza di fattori che – sempre dall'esterno – ne risultino guastare l'uso che nel concreto ne viene fatto.

Sotto il primo profilo, il pensiero va – immediatamente, come pure esemplificativo – alla richiesta dell'impresa di intermediazione di ottenere in restituzione i titoli di cui all'investimento selezionato; di far proprie le cedole o i dividendi che eventualmente fossero stati distribuiti nel relativo contesto; all'opponibilità dell'eccezione di prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito; e così via. Come pure immediata è la constatazione che, tuttavia, la pronuncia delle sezioni unite – nella ricerca del limite dell'operatività a vantaggio – non prende proprio in considerazione il menzionato tipo di aspetti.

Sotto il secondo profilo, il riferimento va – com'è scontato – alla rilevanza in proposito dell'«agire intenzionalmente a danno» (dell'uso meramente strumentale del proprio diritto, cioè), che è figura ben

nota nel nostro ordinamento e in cui, appunto, parte della letteratura aveva individuato il limite proprio della nullità a vantaggio²².

Di questa specifica prospettiva le sezioni unite fanno, per la verità, cenno in due punti della motivazione (cfr. n. 21, primo periodo; n. 22.2 ultimo periodo), per respingerla: nel concreto manca, tuttavia, l'enunciazione di una qualche ragione a supporto di simile intendimento.

6. [Segue] Sul «limite» interno della buona fede (oggettiva)

6.1. Nettamente diverso da quello appena sopra delineato è l'approccio che le sezioni unite predicano in punto di limiti dell'operatività della nullità a vantaggio. Che viene appunto condotto sul filo sostanziale dell'intervento e incidenza interni su questo meccanismo²³: a mezzo, in particolare, del richiamo al principio della buona fede (oggettiva).

Secondo la Corte, precisamente, l'operatività dell'uso selettivo della nullità di protezione «deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente»; principio da intendere «in modo non del tutto coincidente con le (...) declinazioni dell'*exceptio doli generalis* e dell'abuso del diritto».

Tale modulazione e conformazione si traduce concretamente – prosegue il pensiero della Corte – in ciò che «non può mancare un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità (...) con quelli che sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato»: «pertanto per accertare se l'uso selettivo della nullità di protezione sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario», si deve verificare l'esito complessivo degli investimenti effettuati nel relativo contesto.

«Entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta il principio di buona fede», così si conclude. «Oltre

22. Cfr., così, A.A. Dolmetta, ad esempio in *Trasparenza*, op. cit., p. 48; U. Malvagna, *Nullità di protezione*, op. cit., p. 851.

23. Con riferimento al (solo) caso in cui un contratto, pur nullo, materialmente esista. Per il caso in cui manchi questa materialità, le sezioni unite sembrerebbero approvare la decisione di Cass., 24 aprile 2018, n. 10116, per la quale «se un contratto manca, perché mai le parti hanno inteso dare al rapporto una veste formale stabile e definitiva, ci si trova in presenza di un coacervo di singole operazioni, tante quante sono quelle poste in essere attraverso l'esecuzione degli ordini di negoziazione impartiti di volta in volta dall'investitore all'intermediario, ciascuna delle quali ubbidisce al proprio statuto giuridico e conserva perciò la propria individualità»; perciò, quando si faccia valere la nullità di talune di queste operazioni, «non vi è ragione di chiedersi se ciò integri un «uso selettivo della nullità», ciascuna operazione rimanendo dunque autonoma e non permeabile alle altre.

La differenza tra le due ipotesi, a cui viene fatta assumere rilevanza, risulta porsi – se ben si intende, almeno – in punto di sussunzione della fattispecie concreta. Altra questione, peraltro, è se quella indicata sia davvero una differenza «sensibile» in ordine al problema dell'operare della nullità di protezione – posto che, indubbiamente, il cliente (che segnala la mancanza materiale, e volendo anche «ideale», di un contratto) fa comunque valere un vizio inerente alla nullità di protezione.

tale limite opera, ove sia oggetto di allegazione»²⁴, invece, l'«effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede».

6.2. La soluzione così tracciata non sembra avere convinto, per la verità, i primi commentatori della sentenza delle sezioni unite. E anche a me pare, pur nel riconoscibile sforzo di questa di individuare una soluzione di sostanza *soft* («di compromesso», è stato scritto²⁵), che non possa convincere.

Pure al di là del ragionamento appena sopra svolto (par. n. 5) in punto di (non) coerenza strutturale del limite, che così è stato prospettato, col meccanismo della nullità di protezione come nullità a vantaggio esclusivo di una data parte contrattuale²⁶; anche in via indipendente, dunque, dal carattere in sé assorbente di tale rilievo. E pure al di là – va altresì aggiunto – del fatto che la pronuncia appare, per certi versi, indeterminata²⁷: così, in specie, in ordine all'unità di misura relativa all'effettuazione della valutazione «complessiva» (dell'esito) degli investimenti fatti dal cliente, sì da potere determinare se, e in quale misura concreta, sia destinata al successo l'eccezione di buona fede sollevata dall'impresa intermediaria²⁸. L'incertezza investe, in particolare, sia la dimensione temporale da tenere in considerazione per individuare gli (altri) investimenti rilevanti, sia i modi e termini della valorizzazione di questi ultimi, sia pure l'eventuale considerazione unitaria dei più rapporti contrattuali nel caso correnti tra le parti (i pronti contro termine rientrano nella valutazione?).

6.3. Il nocciolo della critica, che – sotto il profilo propriamente dommatico – va mosso alla sezioni

unite, a me pare stia in ogni caso fuori dalla tematica del merito dei contenuti assegnati a questa clausola generale²⁹.

Nel nostro sistema, il canone della buona fede oggettiva viene a strutturarsi secondo due diverse linee di base: quella integrativa (come nell'art. 1375 cc) e quella valutativa (*cf.* l'art. 1460, comma 2, cc). Ora, nel caso in discorso, non sembra proponibile una qualificazione in termini di intervento integrativo della buona fede, posto se non altro che nessun obbligo è ravvisabile, in proposito, in capo al cliente che fa valere la nullità a proprio vantaggio (oltretutto, qui la buona fede rileva solo in via di eccezione). Sicché, in questo caso, il canone di buona fede dovrebbe prendere natura valutativa; dovrebbe, di conseguenza, venire in rilievo nei termini di *exceptio doli generalis* (nella consapevolezza della *chicane* che si sta esponendo, le sezioni unite sembrano volerla allontanare, quando pudiche accennano all'essere qui la buona fede richiamata in termini «non del tutto coincidenti» con l'*exceptio*).

Senonché, l'*exceptio*, per quanto non manchi naturalmente di frequentare la prospettiva delle figure sintomatiche, ha sempre bisogno – per affermarsi positivamente – del confronto con la singola fattispecie concreta. Qui invece viene chiamata a operare a livello di struttura dell'istituto (della nullità a vantaggio) in quanto tale: secondo quanto appunto rilevano le Sezioni Unite, proprio per «modulare e conformare» la figura della nullità di protezione.

6.4. Un'ultima notazione. In più passi, la sentenza assume espressamente che il limite della buona fede è posto in funzione di evitare all'impresa intermediaria

24. Precisano le sezioni unite 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 scaturiscano gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti. Deve essere, tuttavia, oggetto di specifica allegazione».

25. R. Rordorf, *Buona fede*, *op. cit.*

26. Rileva correttamente R. Rordorf, *op. ult. cit.*, che «una volta ammesso che la nullità di protezione travolge solo gli effetti sfavorevoli al contraente protetto, è naturale che egli possa legittimamente selezionare le operazioni rivelatesi per lui negative, allo scopo di ottenere la ripetizione di quanto versato in relazione ad esse, e non è facile comprendere in qual senso possano risultare contrarie al canone della buona fede le modalità con cui egli in concreto lo faccia».

27. Spunti in questa direzione anche in G. Guizzi, *Le Sezioni Unite*, *op. cit.*

28. Nessun dubbio che l'onere della prova relativa alle valorizzazioni degli investimenti ricada sull'intermediario.

29. Secondo R. Rordorf, *Buona fede*, *op. cit.*, invece, la conclusione delle sezioni unite è «ragionevole, ma (...) palesemente costituisce un'integrazione giurisprudenziale di un testo normativo che non la contempla». Per certi versi non lontano il pensiero di D. Maffei, *Nullità selettiva?*, *op. cit.*: «la sensazione è che la buona fede sia una narrazione, buona a condurre alla creazione giurisprudenziale di qualsiasi regola operativa, più o meno prevedibile». Scrive poi G. Guizzi, *Le Sezioni Unite*, *op. cit.*, che la «soluzione accolta dalla Corte costituisce espressione di quella sempre più diffusa tendenza (...) a spostare i criteri della decisione giudiziaria al di sopra della legge».

Nei confronti di questo genere di critiche non posso non avanzare delle forti riserve. Un conto è l'estraneità al tema della nullità di protezione della clausola generale di buona fede oggettiva, come posta «a protezione» dell'impresa offerente beni e servizi sul mercato (e che, nel concreto, si è disinteressata dei doveri imposti dalla legge). Un altro conto è il ricorso – in quanto tale – alle clausole generali e ai compiti che la vigenza delle stesse impone alla decisione del giudice. Mi sembra, in altri termini, che le riferite critiche mescolino un po' troppo frettolosamente i due piani del discorso, pur tra loro oggettivamente ben distinti.

dei «pregiudizi» eccessivi e sostanzialmente non giustificati; la prospettiva sembra quella di elidere delle perdite, insomma.

Nel concreto, tuttavia, il limite risulta collocato sul crinale del passaggio dalla perdita al lucro da parte dell'investitore (*cf.* l'ultimo capoverso del par. 6.1.): a essere colpito, dunque, è l'arricchimento di questi. Secondo un'ottica che, per la verità, arieggia – assai più che quello della buona fede – l'istituto dell'arricchimento senza causa e pure, se non forse più ancora, quello della *compensatio lucri cum damno*, dalla giurisprudenza della Corte non a caso collegata alla sussistenza di (più o meno generiche) istanze equitative³⁰.

Il che, per la verità, dà enfasi ulteriore alla «non proprietà» del richiamo delle sezioni unite al canone della buona fede oggettiva, clausola generale

istituzionalmente votata a regolare il comportamento di un soggetto in funzione di tutela dell'interesse dell'altro soggetto con cui il primo viene in contatto e rapporto (emblematica, al riguardo, la tradizionale stringa della Corte, per cui la buona fede oggettiva comporta reciproci obblighi di lealtà e di salvaguardia). E nel contempo indica che più consono (o comunque meno «estraneo») al richiamo della clausola di buona fede compiuto dalle sezioni unite – oltre che, all'evidenza, alle caratteristiche della figura della nullità di protezione (vds. *supra*, par. 2) – sarebbe forse stato modulare il limite dell'operatività a vantaggio in relazione al peso specifico, alla gravità del comportamento di violazione di legge che, nel concreto, risulta posto in essere nella (prassi della) impresa intermediaria.

30. Per il rilievo che la regola della *compensatio* intende «non consentire una ingiustificata locupletazione del soggetto danneggiato», vds. Cass., 18 giugno 2018, n. 16088; Cass., 31 luglio 2015, n. 16222.