

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2020

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Ragioni economiche del settore bancario-finanziario e funzione nomofilattica della cassazione*

SOMMARIO: 1. Il contesto in cui si inseriscono le ultime pronunce delle Sezioni Unite sui servizi di intermediazione finanziaria. – 2. L'operatività a vantaggio e la natura degli interessi tutelati come parametri del nuovo trend ermeneutico. – 3. La questione del c.d. monofirma: le Sezioni Unite n. 898/2018. – 4. La questione dell'uso selettivo della nullità di protezione: le Sezioni Unite n. 28314/2019. – 5. Le ricadute delle pronunce emesse per il settore bancario-finanziario sullo statuto generale delle nullità di protezione.

1. Il contesto in cui si inseriscono le ultime pronunce delle Sezioni Unite sui servizi di intermediazione finanziaria

Per ben due volte negli ultimi due anni la Suprema Corte è intervenuta nella sua composizione più solenne per fare il punto su questioni di massima di particolare importanza riguardanti il *modus operandi* delle invalidità nel settore bancario-finanziario.

Da una lettura complessiva delle due pronunce si coglie in effetti una comune e peculiare declinazione della funzione nomofilattica della Cassazione, che nella specie, più che pronunciarsi su un punto di diritto per indirizzarne l'interpretazione, si è trovata a dirimere controversie già mature e relative a fattispecie che difficilmente si presenteranno ancora.

La questione se il contratto di investimento debba essere sottoscritto anche dall'intermediario nasce infatti dalla leggerezza con la quale le banche avevano interpretato il requisito della forma scritta previsto dall'art. 23 TUF, ma se si guarda ad oggi, non si troverà più un contratto c.d. monofirma.

Più che la previsione del requisito formale, ha assunto la funzione di forte deterrente verso il mantenimento di prassi operative non consone al ruolo il rischio processuale corso dai soggetti professionali di fronte al fatto che le pronunce di merito avevano manifestato in un primo tempo una decisa propensione per la declaratoria di nullità delle fattispecie negoziali non sottoscritte da entrambi i contraenti.

Il cambiamento di rotta è stato immediato e relativamente semplice, ma rimaneva il grosso peso delle leggerezze del passato, sulle quali appunto la Cassazione è arrivata ora a fare chiarezza.

Analogamente il problema del c.d. uso selettivo della nullità è emerso in relazione alle domande di diversi clienti che dopo aver fatto accertare la nullità del contratto quadro di investimento pretendevano di invocarne le conseguenze solo in relazione ad alcuni degli ordini di acquisto che ivi trovavano la loro fonte: quelli andati male evidentemente.

Anche sotto questo profilo, le Sezioni Unite sono intervenute per risolvere un problema passato, in quanto di nullità del contratto quadro per vizio di forma si potrà parlare solo in casi residuali, vista la soluzione elaborata al riguardo nella sentenza n. 898/2018, oltre che a motivo della mutata prassi operativa della quale si è appena detto.

Alla luce di queste premesse non si può che ritenere condivisibile l'idea di chi legge le nullità di protezione come strumenti conformativi della corretta organizzazione aziendale¹. Si comprende, tuttavia, come non sia tanto la previsione normativa in sé a svolgere questo ruolo, quanto l'incertezza sottesa alla definizione del *modus operandi* di queste invalidità nel caso concreto, a fronte della lacunosità delle previsioni normative al riguardo: l'ampio margine lasciato all'interprete, se si tratta di interpretazione giudiziale, sottende una percentuale di rischio direttamente percepibile dai soggetti coinvolti.

Si dice da sempre che le nullità di protezione abbiano trovato solo nel tempo una norma paradigmatica di riferimento nell'art. 36 del codice del consumo, in materia di clausole vessatorie, norma che però non contiene che indicazioni di massima formulate tra l'altro in modo non cristallino². Curioso è che le previsioni del TUB e del TUF siano

*Il presente lavoro costituisce lo sviluppo della relazione tenuta al Convegno “Il diritto bancario tra innovazioni legislative, decisioni delle Corti e orientamenti dell'ABF”, 18 novembre 2019, Università Statale di Milano. Lo scritto è destinato al *Liber amicorum* per Mario Segni.

¹ A. DOLMETTA, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, 2020, par. 2 ss. ed ID., *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in questa *Rivista*, 2020, I, 92 ss.

² La Corte di Giustizia ritiene che «date la natura e l'importanza dell'interesse pubblico sul quale si fonda la tutela che la direttiva 93/13 garantisce ai consumatori, si deve constatare che il suo art. 6 [da cui l'art. 36 c. cons. trae origine] deve essere

antecedenti alla regola in questione nella loro ossatura e *ratio* e che poi si siano conformate al testo dell'art. 36, almeno l'art. 127 TUB, nel tentativo di donare alla materia una certa uniformità. Pare però che tale uniformità difetti ancora in concreto: se dal punto di vista teorico, infatti, non è difficile affermare che la nullità di protezione è un *tertium genus* di invalidità con caratteristiche proprie e ricorrenti, dal punto di vista applicativo la giurisprudenza continua a rimettere in discussione approdi appena raggiunti per creare nuovi dubbi in precedenza nemmeno ventilati.

Materia magmatica e senza pace, come si è già avuto modo di dire³.

Incuriosisce tuttavia il fatto che il gioco delle affermazioni rinnegate avvenga proprio nel susseguirsi di pronunce delle Sezioni Unite della Cassazione, che per definizione dovrebbero essere quelle dotate di maggiore forza nomofilattica.

Nello specifico, le pronunce gemelle n. 26242 e 26243 del 2014, che fanno trasparire senza troppi pudori la volontà di tracciare un definitivo ordine sistematico nella materia delle invalidità negoziali, dedicano alle nullità di protezione non più di un *obiter*, eppur compiuto⁴.

Riprendendo il testo della motivazione, le nullità di protezione come «figure di invalidità c.d. relative»⁵ si caratterizzerebbero «per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti)»⁶. Di conseguenza «la omessa rilevazione officiosa della nullità finirebbe per ridurre la tutela di quel bene primario consistente nella deterrenza di ogni abuso in danno del

considerato come una norma equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell'ambito dell'ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico», sentenza CG, 6 ottobre 2009, in causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL*.

³ M. GIROLAMI, *La fiera delle nullità*, in *Annuario del contratto 2018*, Torino, 2019, p. 63 ss., ove si è messo in evidenza l'iter di delineazione della figura della nullità di protezione fino al suo attuale (apparente) momento di crisi.

⁴ Per un esame analitico dei singoli profili toccati dalla pronuncia sia concesso rinviare a M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2015, I, 172 ss.

⁵ Punto 3.10 della motivazione

⁶ Punto 3.13.2 della motivazione.

contraente debole»⁷, cosicché la rilevabilità officiosa costituirebbe «il *proprium* anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate "di protezione virtuale"»⁸. Dunque invalidità relative, rilevabili d'ufficio in quanto portatrici di interessi addirittura fondati sulla Costituzione⁹.

Nella ricostruzione della Corte queste nuove invalidità sarebbero degli *spin-off* inediti rispetto alla nullità del codice¹⁰, ai quali andrebbe riconosciuta autonomia funzionale, pur non intaccando l'unitarietà della categoria¹¹.

La descrizione così formulata si pone in linea con gli assunti di molta dottrina, la quale volendo evitare di relativizzare il concetto di nullità negoziale, per ridurlo ad un *quid* indefinito e pertanto di scarsa efficienza applicativa, aveva cercato nelle norme vigenti in materia dei

⁷ *Ibidem*.

⁸ Punto 3.13.3 della motivazione. In più passi si sottolinea l'importanza della rilevabilità d'ufficio della figura: si veda in specie 3.12.2 ove si legge che «il potere del giudice, in questi ambiti, rafforza l'intensità della tutela accordata alla parte che, in ragione della propria posizione di strutturale minor difesa, potrebbe non essere in grado di cogliere le opportunità di tutela ad essa accordata».

⁹ «Il potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.: si pensi alla disciplina antitrust, alle norme sulla subfornitura che sanzionano con la nullità i contratti stipulati con abuso di dipendenza economica, alle disposizioni sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che stabiliscono la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, ex D.Lgs. n. 231 del 2002), poichè lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese», punto 3.12.1 della motivazione.

¹⁰ Si veda il punto 3.13.4, ove si legge: «senza dire, poi, come le nuove *species* di nullità esemplifichino casi totalmente ignoti al legislatore del 1942, onde l'interrogativo sul quanto sia (poco) razionale invocare la nominatività dell'incipit dell'art. 1421 al fine di escludere un non certo irragionevole ricorso al procedimento di integrazione analogica».

¹¹ Cfr. punto 3.7. della motivazione: «Le nullità speciali, pertanto, non hanno "fatto implodere il sistema originario delineato dal legislatore del 1942". Se è vero che i fenomeni economico-sociali non si lasciano imprigionare in schematismi troppo rigidi, è altrettanto vero che una equilibrata soluzione che ricostruisca le diverse vicende di nullità negoziale in termini e in rapporti di *genus a species* appare del tutto predicabile ancor oggi, così come solidamente confortata dalla stessa giurisprudenza comunitaria». Cfr. anche punto 3.13.2 che ribadisce il rapporto di specie a genere della nullità di protezione rispetto alla nullità codicistica.

tratti tendenziali atti ad assegnare alla nullità di protezione uno statuto stabile. In quest'operazione significativi apporti si devono anche alla Corte di Giustizia, alla quale la Cassazione stessa riconosce un tributo quale sommo organo interpretativo di molte delle norme di matrice europea da cui la legislazione nazionale in materia ha tratto origine¹².

Si comprende dunque che l'*obiter* delle Sezioni Unite sia stato accolto nell'immediato come il suggello di un percorso ermeneutico, nell'auspicio che si potesse mettere fine al dibattito corposo quanto confuso che aveva contrassegnato il punto. Un intervento legislativo sarebbe stato il vero nodo di chiusura, ma un certo risultato sembrava comunque raggiunto.

Nient'affatto. Le stesse Sezioni Unite hanno rimesso in discussione nel giro di pochi anni gli assunti così espressi, aprendo il fronte a nuovi dubbi applicativi, ma – lo si ripete – per risolvere questa volta problemi contingenti e in un certo senso non più attuali.

La funzione nomofilattica della Cassazione come giudice che custodisce la legge, garantendone l'osservanza attraverso l'indicazione di una corretta interpretazione dovrebbe in realtà proiettare ogni intervento nel futuro tracciando sicuri sentieri ermeneutici. Nel caso delle nullità del settore bancario-finanziario, invece, la rimessione alle Sezioni Unite è stata fatta per dirimere nel modo più saggio controversie che probabilmente non si ripresenteranno più in analoga guisa. Un ruolo inedito eppure comprensibile. La materia è delicata e lo erano soprattutto le implicazioni economiche che ogni soluzione avrebbe determinato. Si spiega pertanto il ricorso al più sommo degli organi giudicanti.

Si tratta ora di capire se le soluzioni elaborate possano dirsi soddisfacenti, sia pure dal particolare angolo visuale appena descritto.

2. L'operatività a vantaggio e la natura degli interessi tutelati come parametri del nuovo trend ermeneutico.

Tutto ruota attorno alla formulazione dell'art. 23 TUF, nella parte in cui dispone che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento devono essere fatti per iscritto e un esemplare deve essere consegnato ai clienti, specificando poi che questa nullità può essere

¹² Cfr. punto 3.13.2 della motivazione.

fatta valere solo dal cliente¹³.

In apparenza trattasi di una delle tante previsioni di nullità di protezione che conserva – come si diceva – la formulazione originaria che sancisce la relatività della legittimazione ad agire, anziché affermare che l’invalidità “opera a vantaggio” del contraente debole, come avviene nell’art. 36 del codice del consumo.

Quella dell’operatività a vantaggio è in effetti una connotazione collegabile alla scelta terminologica fatta dal nostro legislatore, allorché ha trasposto nel linguaggio giuridico nazionale la *non vincolatività* delle clausole vessatorie di cui parla l’art. 6 della direttiva 93/13/CEE, dapprima nell’art. 1469 *quinquies* c.c., e finalmente nell’art. 36 c. cons.

Che la normativa tuzioristica, anche in punto di sanzioni, induca a prediligere la posizione del contraente debole rispetto a quella della controparte forte è tuttavia implicito nella *ratio legis*, e una specificazione in tal senso suona quasi ultronea e comunque fumosa.

Non a caso, già in prima battuta, gli interpreti si erano cimentati nella traduzione in termini tecnici del concetto, ora come selezione dell’interesse ad agire, ora come indice di una limitazione della legittimazione ad agire. Nella prima prospettiva, il giudice avrebbe il compito di selezionare l’interesse ad agire di chi propone la domanda, valutando se l’accoglimento della stessa possa essere in definitiva vantaggioso per il consumatore¹⁴: anche il fideiussore potrebbe così

¹³ Il testo completo dell’art. 23 D. Lgs. n. 58/1998 è del seguente tenore: «(1) I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, 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, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. 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. [omissis]». Dello stesso tenore l’art. 127 D. Lgs. n. 385/1993, TUB, nel suo secondo comma: «[omissis]. (2) Le nullità previste dal presente titolo (Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti) operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio dal giudice. [omissis].

¹⁴ Una lettura in termini di nullità parziale unidirezionale era stata originariamente proposta da A. GENTILI, *L’inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I,

azionare la nullità, entro certi limiti. Nella seconda prospettiva, invece, unico legittimato ad agire sarebbe il consumatore¹⁵.

La dottrina maggioritaria ha optato finalmente per la seconda di queste soluzioni, in ragione della maggiore nitidezza del criterio e del fatto che nello stesso codice del consumo sono presenti diverse norme che, anziché menzionare l'operatività a vantaggio, prevedono testualmente che la nullità possa essere fatta valere solo dal consumatore: si pensi all'art. 134, comma 1°, in tema di vendita di beni di consumo, ma anche agli artt. 67-*septies decies* e 67-*octies decies*, in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, introdotti tra l'altro come aggiunta al testo originario del codice, con il d. legisl. n. 221/2007. Inutile dire che immaginare che l'art. 36, come norma di riferimento della figura delle nullità protettive, sottenda una regola diversa suonerebbe quanto meno stonato.

Si aggiunga che non mancano, anche al di fuori del codice del consumo, esempi testuali di previsioni tuzioristiche della posizione del contraente debole che espressamente contemplano quest'ultimo come unico legittimato ad agire e, significativamente, alcune di esse si trovano nel TUF, negli artt. 30, comma 7°, e 100-*bis*, comma 3°, oltre che nel menzionato art. 23.

432, e poi in *Contratti*, 2006, 167; nel senso che sia «male impostato il consueto discorso sulla naturale legittimazione relativa all'azione», ID., *La «nullità di protezione»*, in *Europa e diritto privato*, 2011, I, 115 s. La tesi era stata ripresa ed avvalorata da S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, I, 427, nel contesto di una riflessione generale sulla nullità ove affermava che la figura codicistica dell'art. 1421 c.c. «si impronta ad una relatività non rigidamente predeterminata»; tuttavia, affrontando il profilo specifico della nullità di protezione l'a. concludeva poi che «a seguito di quanto ha provveduto a statuire la Corte di Giustizia (v. *Pannon GSM Zrt. C. E. S. Györfi* (C-243/08) ed *Asturcom Telecomunicaciones S.L. c. Rodriguez Nogueira* (C-40/08)) l'approccio che ragiona di nullità a legittimazione relativa appare preferibile « se è vero che la non vincolatività della clausola abusiva postula, per i giudici comunitari, un obbligo di rilevabilità, combinato al quale è però un dovere di interpello del consumatore quale condizione necessaria di procedibilità alla disapplicazione della clausola».

¹⁵ In questo senso *ex multis*, E. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato Iudica-Zatti*, Milano 2011, 707; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, E. Roppo (diretto da), IV, *Rimedi*, Milano, 2006, 86 s.; D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Le forme della nullità*, S. Pagliantini (a cura di), Torino, 2009, 21; cfr. anche M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, 343, nota 37.

Le stesse Sezioni Unite del 2014 hanno comunque cristallizzato la legittimazione relativa ad agire come caratteristica fondante delle nullità di protezione¹⁶: il fatto che il solo contraente debole possa decidere se azionare o meno la nullità garantisce invero che quest'ultima operi nel suo esclusivo interesse, senza che possano assumere rilievo alcuno le aspirazioni della controparte forte del contratto.

Se si aggiunge che la rilevabilità d'ufficio è divenuta l'altro connotato stabile dello statuto della nullità di protezione, se letta come potere-dovere del giudice condizionato al comportamento processuale del contraente debole, il cerchio si chiude¹⁷.

Il contraente debole decide se azionare o meno il vizio, il giudice soccorre ove tale vizio emerga dai fatti di causa, ma resta sempre il contraente debole l'arbitro delle sorti della fattispecie. Non si vede in quale altra forma possa e debba esprimersi nel processo l'operatività a vantaggio. Eppure questa indicazione alimenta il nuovo trend ermeneutico in materia.

Altro dato che sembra aver acquisito un ruolo preponderante nelle ultime pronunce dei giudici di legittimità è quello della natura ambivalente degli interessi sottesi alle previsioni di nullità di protezione, che sarebbero sì volte alla tutela del contraente debole, ma per la via dell'aggiustamento dello squilibrio iniziale nella posizione delle parti contrattuali in nome del corretto funzionamento del mercato. Dunque il contraente debole non considerato in sé, ma come soggetto attivo del traffico giuridico: di qui la natura ancipite dell'invalidità, finalizzata a proteggere il singolo e a garantire al contempo l'interesse

¹⁶ Si vedano in particolare i punti 3.10; 3.12.1 e 3.13.3 della motivazione.

¹⁷ Il chiarimento è nella sentenza della Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, *Pannon*, richiamata peraltro nell'*obiter* delle Sezioni Unite 2014 al punto 3.13.2: «Le indicazioni provenienti dalla stessa Corte di Giustizia in tema di rilievo officioso (nella specie, delle clausole abusive nei contratti relativi alle ipotesi di cd. commercio business-to-consumer) consentono di desumere un chiaro rafforzamento del potere-dovere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità, (nella sentenza *Pannon* del 4 giugno 2009, in causa C-243/08, la Corte ha stabilito che il giudice deve esaminare di ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale e, in quanto nulla, non applicarla, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga, qualificando, in buona sostanza, in termini di dovere l'accertamento officioso del giudice circa il carattere eventualmente abusivo delle clausole contenute in siffatti contratti, sia pure con il limite, ostativo alla disapplicazione, dell'opposizione del consumatore)».

pubblico, enunciata *apertis verbis* nell'*obiter* del 2014. La labilità dell'ambivalenza dà già l'idea di come si possa giustificare alla fine ogni scelta a seconda di come si vogliano conciliare il profilo privatistico e quello pubblicistico: la rosa di possibilità è quasi infinita e tutte sembrano ugualmente plausibili.

È comunque la natura dell'interesse in sé che non si presta ad essere criterio dirimente all'uopo.

Basta riflettere sul fatto che in linea teorica sulla base della tipologia di interessi coinvolti si fonda anche la distinzione tradizionale tra la nullità e l'annullabilità del codice civile: espressione dell'interesse generale, la prima, e di quello particolare, la seconda.

Eppure accade che nelle diverse legislazioni continentali le stesse cause siano ricondotte ora all'una ora all'altra figura senza un preciso ordine. L'incapacità ad esempio, ma anche l'errore ostativo, sono dal nostro codice civile collegate all'annullabilità, mentre altrove sono cause di nullità radicale del contratto. Dobbiamo pensare che in Germania o in Francia le fattispecie che in Italia sono espressione di un'ottica particolare, siano invece epifania di interessi più generali? È evidente che si tratta di scelte arbitrarie dei legislatori nazionali, e non per questo riprensibili. Se dovessimo modulare il funzionamento delle varie figure di invalidità unicamente sulla base del profilo degli interessi coinvolti nella *ratio legis* si creerebbe dunque un'*impasse* insormontabile.

Ne discende che il criterio interpretativo basato sugli interessi protetti non può assumere più di un valore indicativo, come l'operatività a vantaggio d'altronde.

Il problema è allora capire come proprio la natura dell'interesse e l'operatività a vantaggio siano divenuti i perni attorno ai quali si è sviluppato il ragionamento delle Sezioni Unite 2018 e 2019 sulle nullità di protezione nel settore bancario-finanziario.

Si assiste in questo senso ad un'inversione di rotta che individua una nuova fase nello studio delle invalidità di ultima generazione, la terza.

Se infatti in un primo tempo le previsioni di invalidità devianti rispetto ai canoni codicistici erano collocate nel novero delle eccezioni al sistema – deviazioni fisiologiche, ma eccezioni – dopo l'entrata in vigore del codice del consumo nel 2005, come testo di riferimento per la disciplina dei contratti sperequati, si è innescata quell'opera dottrinale di ricerca di tratti ricorrenti nelle diverse norme che

disciplinano le nuove nullità, culminata nel ricordato *obiter* del 2014. La seconda fase rappresenta così la *pars costruens* del percorso ermeneutico, finalizzata a ricondurre a sistema le prescrizioni necessariamente generiche del legislatore europeo, che non può che limitarsi ad indicare le caratteristiche di massima che le sanzioni per il mancato rispetto delle previsioni imposte dovrebbero avere nei rispettivi ordinamenti nazionali.

La terza fase, quella attuale, ha invece tutte le caratteristiche di una *pars destruens*, nella quale la Cassazione finisce per rimettere in discussione i fondamenti su cui poggia lo statuto della nullità di protezione, faticosamente costruito nel tempo, pretendendo di trasformare in caratteristiche tecniche semplici indici sottesi alla *ratio legis*, quali quelli appena visti.

Curioso, e fuorviante.

3. La questione del c.d. monofirma: le Sezioni Unite n. 898/2018.

Le questioni di recente affrontate dalle Sezioni unite sono due, come si diceva, ed entrambe sono giunte al Collegio come questioni di massima di particolare importanza e non per dirimere un conflitto tra le Sezioni Semplici¹⁸.

Procedendo secondo un ordine temporale, che però è anche logico, si comincerà con il problema del c.d. monofirma.

Nella specie la Corte è stata chiamata a decidere in ordine alla consistenza del requisito di forma previsto dall'art. 23 TUF. Ma la questione non è dissimile se si ragiona di contratti bancari ai sensi dell'art. 127 TUB e la giurisprudenza successiva non ha mancato di affermarlo¹⁹.

Nello specifico si chiedeva se esso possa considerarsi rispettato nel caso in cui il contratto-quadro dal quale trae legittimazione il servizio di investimento risulti sottoscritto dal solo investitore²⁰. Si è detto della

¹⁸ Per la questione della forma del contratto sottoscritto dal solo investitore, v. l'ordinanza di rimessione Cass., 27 aprile 2017, n. 10447. Sull'uso selettivo della nullità, v. l'ordinanza n. 12390/2017, a cui ha fatto seguito Cass., 1 ottobre 2018, n. 23927.

¹⁹ Per tutte Cass., 21 giugno 2018, n. 16362.

²⁰ Come riporta in motivazione la sentenza Cass., 16 gennaio 2018, n. 898, «per costante giurisprudenza l'art. 23 del d.lgs. 58/1998, laddove parla di forma scritta a

prassi disinvolta delle banche al riguardo e del fatto che i clienti, insoddisfatti dell'esito degli ordini di investimento che ne discendevano, abbiano individuato ad un certo punto come unica via per il recupero del denaro dato all'intermediario quella di invocare l'invalidità del negozio di base.

Non è davvero scrittura privata il documento che difetti della sottoscrizione di entrambe le parti contraenti. Questa è la regola che viene fatta discendere dall'art. 2702 c.c. e che si riteneva applicabile anche alla previsione del TUF, in mancanza di diversa indicazione specifica. Quasi un'ovvietà. Si intende: non è ovvio invocare la nullità di un contratto dopo che se ne è data scientemente esecuzione, magari per anni. Il discorso cambia, tuttavia, quando ci si trova esposti finanziariamente a causa di scelte improvvide della banca e ci si accorga dell'*impasse*: il vizio di forma è di facile prova ed in più è *tranchant*.

Comprendibile quindi la scelta di appigliarsi ad un cavillo formale se questo è il mezzo per riportare giustizia.

Le Sezioni Unite, però, non si sono mostrate di questo parere.

In una motivazione articolata, eppure nitida, i giudici hanno infatti costruito la categoria della forma informativa, ovvero della prescrizione formale finalizzata a rendere edotto il cliente del contenuto dell'accordo, a prescindere dalla sottoscrizione dell'intermediario. Ove l'investitore risulti consapevole della sostanza del contratto e ne conservi un esemplare, lo scopo della legge può ritenersi raggiunto²¹.

La Corte sottolinea che «pur non attribuendosi alla formulazione letterale della norma efficacia dirimente, va evidenziato che nell'art. 23

pena di nullità, si riferisce ai contratti quadro e non ai singoli servizi di investimento o disinvestimento, la cui validità non è soggetta a requisiti formali, salvo diversa previsione convenzionale nel contratto-quadro (in tal senso si richiamano le pronunce del 9/8/2017, n. 19759; del 2/8/2016, n. 16053; del 29/2/2016, n. 3950; del 13/2012, n. 384 e del 22/12/2011, n. 28432)». La giurisprudenza successiva si è allineata su questa posizione: v. *ex aliis* Cass., 14 dicembre 2018, n. 32519.

Per ulteriori riferimenti sia concesso rinviare a M. GIROLAMI, *Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanziari: i dubbi della suprema corte*, in *Il caso.it*, 30 giugno 2017; ID., *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, II, 535 ss.

²¹ Il requisito della forma «va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa» si legge in motivazione della sentenza Cass., 16 gennaio 2018, n. 898.

TUF si enfatizza la redazione per iscritto, e, per dato normativo chiaramente espresso, si considerano *sullo stesso piano* [corsivo nostro] detta redazione e la consegna di un esemplare al cliente, che è l'unica parte che può far valere la nullità»²². Di vincolo di forma composito «in quanto vi rientra, per specifico disposto normativo, anche la consegna del documento contrattuale», si legge di seguito²³.

Nell'ordine, quindi, se normalmente il consenso in un contratto formale si esprime a mezzo della sottoscrizione, nel particolare caso del contratto-quadro di investimento, esso potrà ora essere desunto, per quanto riguarda la posizione dell'intermediario, a mezzo di comportamenti concludenti, che la dottrina denomina più comunemente equipollenti²⁴. E come comportamento concludente idoneo all'uopo, le Sezioni Unite indicano – sia pure a titolo esemplificativo – in primo luogo la raccolta della firma del cliente, che ovviamente non può mancare, ma che, a ben vedere, potrebbe essere stata apposta anche senza che nulla la banca abbia fatto al riguardo. Si aggiunge la consegna del documento negoziale che, allora, svolgerebbe il duplice ruolo di epifania del consenso dell'intermediario al contratto e di distinto obbligo di fattispecie integrante il requisito formale. E infine l'esecuzione del contratto, che può esserci come anche mancare, ma che in ogni caso segnerebbe la conclusione del contratto secondo i canoni dell'art. 1327 c.c. (il che comporta evidentemente la rilettura nella nuova chiave funzionale del principio affermato in dottrina

²² Così la motivazione della sentenza n. 898/2018.

²³ La posizione delle Sezioni Unite sembra chiara anche se si segnalano voci in dottrina che ancora dubitano che la consegna possa essere attratta nel requisito formale: U. SALANITRO, *Nullità per mancanza di forma e "contratti mediante corrispondenza"*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, V, 739; v. anche A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto "monofirma"*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, I, 666.

²⁴ Per la denominazione come equipollenti, v. tutti C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nel settore della prestazione dei servizi di investimento e scopo di protezione del requisito di forma*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, I, 747. In generale, si è fatto notare che il ragionamento così esposto dalla Corte risolverebbe il requisito di forma richiesto dall'art. 23 TUF in un dovere di comportamento dell'intermediario comprendente documentazione e consegna, e non si potrebbe, a rigore, più parlare al riguardo di un requisito di forma *ad substantiam*, G. D' AMICO, *La "forma" del contratto-quadro ex art. 23 TUF non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contratti*, 2018, 142.

secondo il quale i contratti formali non possono concludersi secondo le modalità dell'art. 1327 c.c.).

Nulla di specifico viene detto, invece, riguardo al requisito della consegna dell'esemplare del contratto al cliente come distinto obbligo di fattispecie che integra il requisito formale.

Una parola in più sarebbe stata utile perché a ben vedere sul punto sembra aprirsi una falla nel ragionamento della Corte, tenuto conto che l'art. 23 richiede, a pena di nullità, la consegna proprio di un esemplare del contratto e non di una generica copia del documento che ne riproduca il testo.

Accade invece, nella prassi più diffusa, che il cliente sottoscriva un unico documento contenente il regolamento negoziale e, in calce, la dichiarazione di avere ricevuto un esemplare del contratto. Nella maggior parte dei casi, però, quel documento rappresenta una mera proposta contrattuale o un'accettazione non ancora giunta a conoscenza della controparte e dunque è escluso che quando appone la propria firma l'investitore abbia già in mano un esemplare del contratto: semplicemente perché nessun contratto è ancora venuto in essere²⁵. L'art. 1326 c.c., infatti, fissa la conclusione del contratto nel tempo in cui il proponente abbia notizia dell'accettazione della controparte mentre nelle ipotesi descritte la firma per ricevuta è apposta dal cliente ancora su una dichiarazione unilaterale, non essendosi verificato l'incontro delle volontà come vuole la legge²⁶.

²⁵ Nulla sembra cambiare sotto questo profilo se si voglia aderire a quella dottrina che indica il contratto-quadro di investimento come un negozio concluso sulla base di condizioni generali predisposte dall'intermediario (M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, p. 472), poiché in tale ottica si esclude la necessità di imputare la dichiarazione all'intermediario tramite sottoscrizione, ma non si dice che può mancare l'accordo. Si vedano sul punto anche le riflessioni recentemente formulate da S. PAGLIANTINI, *Stipula del contratto ex art. 1341 c.c. e forma: il punto dopo le S.U. sul c.d. monofirma*, in *Nuova giur. comm.*, 2018, I, 729 ss., *passim*.

²⁶ Una dichiarazione efficace, sotto il profilo della prova della consegna, sarà solo quella sottoscritta in un modulo distinto, in un momento (anche immediatamente) successivo a quello della sottoscrizione del contratto: difficilmente potrà esserne contestata la valenza confessoria. Ai fini dell'efficacia della confessione, invero, *ex art. 2731 c.c.*, va considerato il fatto che la nullità che l'art. 23 TUF prevede in caso di violazione delle prescrizioni di forma è una nullità relativa, ove il cliente, da un lato, è l'unico legittimato ad agire per far accertare il vizio, e dall'altro, specularmente, ha anche il potere di sanare la fattispecie. Si tratta dunque, tecnicamente, di diritti

Un profilo di nullità, questo, che evidentemente è sfuggito alla Corte e che forse potrebbe ancora essere valorizzato.

Nel complesso, comunque, l'impressione che si trae dalla decisione sul monofirma non è tanto quella dell'indicazione di una via che protegga il cliente in conformità alla *ratio* della previsione di nullità, quanto quella della costruzione di una soluzione idonea a sanare le prassi disinvolute dell'intermediario, considerato che la loro diffusione era tale da poter determinare altrimenti la caducazione di un numero altissimo di contratti di investimento. E questo il sistema bancario non lo avrebbe retto.

Donde la ricerca di un punto di composizione tra il comportamento del cliente che comunque invocava la nullità del contratto-quadro dopo anni di pacifica esecuzione come mezzo per ovviare alle perdite subite, senza che la forma rappresentasse il vero *focus* della questione, e il comportamento della banca, frutto di un'organizzazione dell'attività a dir poco deficitaria e non in linea con l'efficienza del mercato.

Il compromesso raggiunto, tuttavia, sembra stridere troppo con la *ratio legis*: la soluzione monofirma asseconda innegabilmente più l'interesse della banca che quello del cliente e dimentica che nel caso specifico il cliente non invocava altro che un proprio diritto, sia pure per raggiungere uno scopo peculiare rispetto a quello ortodosso. La banca, invece, non aveva scusanti, e così ragionando si è finito per avvalorare semmai la sua disorganizzazione d'impresa.

Per tacere del fatto che la soluzione delle Sezioni Unite espone la banca stessa a rischi non calcolati, quale quello di vedersi imputare contratti in ordine ai quali non abbia, né avrebbe mai manifestato alcun consenso²⁷. Male minore, in ogni caso, rispetto alla caducazione a cascata di tutti i contratti-quadro non sottoscritti.

La pronuncia è comunque emblematica di quanto sia sdruciolevole condurre un ragionamento giuridico sulla base della sola *ratio legis* e dei principi ad essa sottesi: così procedendo si può infatti arrivare ad una soluzione o a quella ad essa contraria in modo che entrambe appaiano ugualmente plausibili. Nello specifico, con un velo di paradosso, si è letta la *ratio* protettiva della nullità formale contemplata

disponibili da parte cliente e pertanto idonei ad essere oggetto di una dichiarazione confessoria.

²⁷ Fa notare *l'impasse*, tra gli altri, U. SALANITRO, *op. cit.*, 735.

dall'art. 23 TUF nel senso che il rimedio non possa essere azionato quando il difetto di forma sia imputabile alla banca.

4. *La questione dell'uso selettivo della nullità di protezione: le Sezioni Unite n. 28314/2019.*

Il problema della nullità selettiva nasce come strettamente consequenziale a quello del monofirma, visto che solo se il contratto-quadro sia nullo si può discutere della facoltà di azionare tale nullità relativamente ad alcuni degli ordini di investimento che da quel contratto traggono legittimazione, e non a tutti²⁸. Si trattava sempre della nullità dell'art. 23 TUF²⁹.

Va ribadito che la mancanza della sottoscrizione dell'intermediario

²⁸ Così la Corte nell'ordinanza di rimessione n. 12390/2017 (a cui ha fatto seguito 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 art. 18, commi 1 e 3, Eurosim [ora art. 23 TUF], nella parte in cui il giudice distrettuale ha disatteso la rilevanza dell'*exceptio doli*, sollevata 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 contenuta nel d. lgs. n. 415 del 1996, art. 18, (cd. Eurosim), poi sostituito dal d. lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 1.

²⁹ Evidentemente nessun problema di nullità selettiva potrebbe porsi – è la Cassazione ad affermarlo – nel caso di singole operazioni di investimento eseguite in mancanza di un contratto-quadro: v. Cass., 24 aprile 2018, n. 10116 la quale esclude che l'intermediario possa in tal caso opporre l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità. La Corte evidenzia come in questo caso l'investimento sia strutturato sulla base della somma di atti individualmente autonomi e che come tali devono essere trattati anche in un'eventuale fase patologica. Tra l'altro si ammette la compensazione. Si veda in particolare il punto 3.4 della motivazione ove viene affermato il seguente principio di diritto «In materia di intermediazione finanziaria, allorché le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro, previsto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, all'investitore, che chiede che ne sia dichiarata la nullità solo di alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta 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».

non è l'unico difetto di forma che si può prospettare al riguardo, ma rimane comunque l'ipotesi più diffusa. Ora che le Sezioni Unite hanno affermato l'irrelevanza del difetto di sottoscrizione dell'intermediario per determinare la nullità del contratto-quadro, il problema dell'uso selettivo, in effetti, appare svuotato e comunque relegato a casi residuali³⁰.

Rimane il fatto che dal punto di vista concettuale esso rappresenta una questione affatto autonoma e in sé rilevante³¹.

Certo, se si considera che la stessa Cassazione ha recentemente ricostruito la struttura del servizio di investimento, comprensivo del contratto-quadro e dei successivi ordini, secondo le linee 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 tra loro»³², il problema sembrerebbe quasi non doversi porre.

La logica evocata è invero quella del collegamento negoziale, che lega irreversibilmente le sorti dei negozi coinvolti, e che porta a concludere che ove sia viziata la base non possano salvarsi le appendici.

Dunque se è nullo per qualche motivo il contratto-quadro, che è l'accordo di riferimento ove vengono disciplinate le linee portanti del servizio, è difficile sostenere che siano validi i negozi – perché tali sono considerati anche i singoli ordini di investimento – che ne rappresentano la concreta derivazione.

³⁰ Cfr. sul punto A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 Tuf tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, 33, il quale annovera come altri casi in cui ancora potrebbe avere rilevanza il problema dell'uso selettivo della nullità formale del contratto-quadro, la firma apocrifia dell'investitore, l'assenza dei contenuti imposti attraverso il requisito di forma-contenuto (art. 37 Reg. Intermediari Consob n. 20307 del 15 febbraio 2018), come anche il difetto di consegna dell'esemplare, secondo il *decisum* sul c.d. contratto monofirma [Cass., s.u., n. 898/2018]. Sulla nullità collegabile al difetto di consegna dell'esemplare sia concesso rinviare anche a M. GIROLAMI, *La fiera delle nullità*, in *Annuario del contratto 2018*, Torino, 2019, 79 s. In argomento si veda, inoltre, G. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 176 s.

³¹ Lo evidenzia bene U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, *Banca borsa, tit. cred.*, 2018, I, 839.

³² Cass., 23 maggio 2017, n. 12937.

E allora perché il problema è arrivato alle Sezioni Unite?

Ancora una volta si trattava, come accennato nell'*incipit* del lavoro, di dipanare una matassa che la prassi aveva costruito negli anni a causa del procedere disordinato e parallelo di vicende processuali aventi analogo oggetto e coinvolgenti una pleora di investitori. Era dunque questione di fare ordine in un panorama di giudicati contraddittori, ma originati da fatti del tutto sovrapponibili.

Premessa del ragionamento delle Sezioni Unite è che l'accertamento della nullità del contratto quadro, anche se richiesto in relazione a singoli ordini, non possa che assumere valore di giudicato perché costituisce presupposto logico e tecnico giuridico della domanda, tanto da esserne premessa ineludibile, oltre che avere rilievo autonomo ed efficacia che può propagarsi oltre il perimetro endoprocessuale³³. Risultano così smentite le prospettazioni che, sostenendo l'accertabilità *incidenter tantum* della nullità del contratto-quadro, trovavano un fondamento processuale all'uso selettivo della nullità.

Entrando *in medias res*, vanno ricordati – ed è la Corte stessa a menzionarli in motivazione – i due precedenti di legittimità sul punto che significativamente esprimevano posizioni del tutto antitetiche e sulle quali di fatto si era divisa anche la dottrina.

Una prima pronuncia, Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, affermava la assoluta centralità dell'operatività a vantaggio nel *modus operandi* della nullità di protezione: il che porterebbe ad ammettere qualsiasi utilizzo del rimedio che permetta al cliente di raggiungere lo scopo. La selezione degli ordini da parte dell'investitore si pone dunque, in quest'ottica, come il naturale esito dell'esercizio di un diritto predisposto in suo esclusivo favore (Cass., 27 aprile 2016, n. 8395)³⁴.

³³ Nel caso specifico l'accertamento della nullità era coperto da giudicato implicito.

³⁴ Su questa linea v. le osservazioni di A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna 2013, *passim* e di U. MALVAGNA, *op. cit.*, 844. Il ragionamento di tale dottrina poggia essenzialmente sull'affermazione che la nullità di protezione tutela il contraente debole con la finalità di perseguire l'efficienza dell'impresa. L'obiettivo della nullità di protezione sarebbe cioè quello di realizzare la massima deterrenza al rispetto dell'obbligo sotteso alla norma che la prevede, di tal che si tratterebbe di una nullità con perimetro di attivazione circoscritto dall'interesse materiale del cliente al di là di ogni altra considerazione. Vedi anche A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in questa *Rivista*, 2020, I, 100 ss.

All'opposto, la successiva sentenza Cass., 16 marzo 2018, n. 6664 riconosceva che il *favor legis* verso il contraente debole si limita a concedergli la facoltà di decidere se azionare o meno la nullità, ma non arriva a sovvertire le normali conseguenze caducatorie del relativo accertamento: dunque la nullità del contratto quadro può essere azionata solo dal cliente e travolge tutti gli ordini che da esso discendono, anche quelli che non hanno formato oggetto della domanda proposta dal cliente. La ripetizione dell'indebito potrà poi essere domandata ad opera di entrambe le parti (Cass., 16 marzo 2018, n. 6664).

Le Sezioni Unite adottano una via inedita che emerge a seguito di una motivazione a tratti tortuosa, ma che in sostanza fa poggiare la legittimità dell'uso selettivo della nullità di protezione sul principio di buona fede.

Scartate le due soluzioni appena esposte, per il difetto comune di ammettere od escludere la selettività del rimedio a priori, senza valutare se la scelta sia nel caso concreto conforme a buona fede, i giudici affermano che «i principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale, di derivazione costituzionale (artt. 2,3,41 e 47 Cost., quest'ultimo con specifico riferimento ai contratti d'investimento) sui quali le SS.UU., con la pronuncia n. 26642 del 2014, hanno riposto il fondamento e la ratio delle nullità di protezione operano, tuttavia, 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 tali ipotesi, l'intermediario può 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 ordini»³⁵.

In pratica non si potrà prescindere dal considerare la fattispecie nel suo complesso, e se il non azionato risulterà superiore o pari al *petitum*, l'intermediario potrà opporre al cliente l'eccezione di buona fede che avrà allora effetto impeditivo integrale. Se il *petitum* sarà, invece, superiore agli investimenti redditizi allora l'eccezione avrà effetto impeditivo parziale: secondo una logica simile alla compensazione, sarà dovuta dalla banca la sola differenza.

³⁵ Punto 23 della motivazione.

In definitiva, l'uso selettivo della nullità non risulta in sé precluso, ma non potrà comunque condurre ad esiti che travalichino il crinale della correttezza. Soluzione senza dubbio originale e, come la precedente sul monofirma, imperniata sulla *ratio* della nullità di protezione e, in particolare, sulla natura degli interessi protetti e sulla regola dell'operatività a vantaggio nobilitata dal richiamo alla buona fede. Ancora una volta, tuttavia, si dimostra la fragilità dei ragionamenti che poggino solo su ragioni di principio.

In questo caso si è deciso di ammettere l'uso selettivo della nullità, dando priorità su tutto all'operatività a vantaggio. Si è trascurato invece il profilo sanzionatorio della cattiva organizzazione di impresa che viene solitamente associato all'operatività a vantaggio per giustificare il *modus operandi* della nullità di protezione. Nel ragionamento della Corte la banca sembrerebbe dover pagare la propria inefficienza e disorganizzazione in relazione ai soli ordini non andati a buon fine; il che appare non poco problematico³⁶.

Per salvaguardare l'interesse pubblico sotteso alla natura ancipite della nullità di protezione viene allora costruita come strumento inedito, quasi un *deus ex machina*, l'eccezione di buona fede³⁷.

Esito complicato, eppure specchio della ragione economica alla base della scelta dei giudici: si trattava di non pregiudicare ulteriormente il cliente che aveva già deciso di azionare selettivamente la nullità. La legittimazione in astratto dell'uso selettivo della nullità serve a questo. L'eccezione ne corregge gli eccessi³⁸.

³⁶ Lo fa notare anche D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 160 ss.

³⁷ Fa notare in proposito R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, www.questionegiustizia.it, par. 4, che quella adottata dalla Corte è «una conclusione ragionevole, ma che palesemente costituisce una integrazione giurisprudenziale di un testo normativo che non la contempla». E nello specifico in riferimento al canone di buona fede esterna l'impressione che esso talvolta venga adoperato «come una sorta di *passepertout*, cui l'interprete si affida per cavarsi d'impaccio in presenza di nodi interpretativi assai intricati, evitando così scelte troppo nette».

³⁸ Anche non volendo ammettere la rilevanza della nullità *incidenter tantum*, si è fatto notare in dottrina che si sarebbe potuto mantenere separato l'ambito operativo della nullità di protezione da quello della buona fede e considerare l'*exceptio* come una difesa contingente concessa alla banca in sede restitutoria, caso per caso, com'è in ogni ipotesi di esercizio abusivo dei diritti: v. S. MONTICELLI, *La nullità selettiva*

Rimane tuttavia oscuro il perché una soluzione così pragmatica sia stata fatta poggiare sulla struttura della nullità di protezione³⁹. In fondo è solo del profilo successivo alla declaratoria di nullità che si discute, e sono le Sezioni Unite stesse a riconoscerlo allorché affermano 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»⁴⁰. Ed è anche facile immaginare che in futuro la valutazione se azionare o meno la nullità del contratto-quadro verrà fatta dal cliente *ex ante* in considerazione della soddisfazione complessiva del servizio di investimento e dunque, con buona probabilità, il problema non si ripresenterà più nei termini sottoposti alle Sezioni Unite⁴¹.

Eppure la Corte ritiene di dover precisare che, una volta dichiarata la nullità del contratto-quadro, l'intermediario non è legittimato ad agire né in via riconvenzionale, né in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c.: lo scopo tuzioristico che anima la previsione della sanzione renderebbe dunque asimmetrica la disciplina della ripetizione dell'indebito⁴². Conclusione evidentemente discutibile, visto che nessun dato giustifica sul piano normativo un'alterazione delle conseguenze

secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura, in Nuova giur. comm., 2020, I, 167. V. anche SCOGNAMIGLIO, op. cit., 180, secondo il quale «in prospettiva generale, è ormai da tempo pacifico l'assunto secondo il quale l'uso di un diritto in chiave strumentale e per attingere utilità diverse da quelle che lo scopo della norma intendeva apprestare al beneficiario della tutela ben può essere inibito ed esporre anzi a conseguenze sanzionatorie l'agente».

³⁹ Fa notare l'incongruenza A. DOLMETTA, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *www.questionegiustizia.it*, par.6.3., e ID., *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in questa *Rivista*, 2020, I, cit., 105 ss., il quale sottolinea come la buona fede operi a livello di struttura dell'istituto della nullità.

⁴⁰ Punto 23 della motivazione.

⁴¹ Lo rileva anche S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 173, quando afferma: «Va da sé infatti che, ogni qualvolta l'investitore avrà contezza che l'utile degli ordini andati a buon fine è superiore all'entità del danno "confluito nel *petitum*" (§22.3), l'azione di nullità non sarà promossa o, se già avviata, vi si rinunzierà».

⁴² Così il punto 23 della motivazione.

dell'accertamento dell'invalidità: la nullità di protezione non conosce sotto questo profilo una disciplina dedicata e dunque dovrebbe seguire regole generali dettate per l'invalidità codicistica, senza che per questo ne risulti una *deminutio* nella tutela del contraente debole, che rimarrebbe comunque *arbiter* delle sorti della fattispecie potendo decidere se azionare o meno la nullità⁴³.

⁴³ Si può concordare sul fatto che la disciplina dell'indebito a cui rinvia l'art. 1422 c.c. per le restituzioni a seguito della declaratoria di nullità non sia tra le più riuscite del nostro codice civile, e non è certamente questa la sede per un approfondimento delle complesse problematiche che essa sottende in ragione della sua origine e del suo oscillare non pienamente nitido tra restituzione del *tantundem* e restituzione in natura. Eppure l'impressione è che nel caso specifico essa avrebbe permesso di tutelare comunque il cliente in conformità alla *ratio* protettiva della nullità azionata.

Se infatti i prodotti finanziari siano del tipo da poter essere assimilati al denaro o a cose fungibili, soccorrerebbe l'art. 2033 c.c., e, a seguito della declaratoria di nullità, la banca dovrebbe restituire l'importo originariamente versato dal cliente a titolo di provvista per tutti gli investimenti che traggono origine dal contratto-quadro viziato, comprensivi degli interessi a partire dal giorno della domanda, se la si consideri in buona fede. E dal lato opposto il cliente dovrebbe restituire i titoli, con la precisazione a quanto sembra che se questi avessero subito una diminuzione di valore, essa sarebbe di fatto a carico della banca, mentre andrebbero restituite le cedole ossia gli utili solo a partire dalla domanda in quanto il cliente che li ha percepiti si può presumere in buona fede (questa sembra l'ottica della Corte).

Se invece i titoli siano numerati o comunque tali da poter essere assimilati a cosa determinata, in base all'art. 2037 c.c. il cliente in buona fede potrebbe restituirli in natura e non risponderebbe del loro "deterioramento" se non nei limiti dell'arricchimento. Ferma anche in questo caso l'applicazione della regola di cui all'art. 2033 su frutti ed interessi (E. MOSCATI, *Delle obbligazioni (Art. 2028-2042)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, spec. sub art. 2033, Bologna-Roma, 1981, 472), l'inciso che richiama l'arricchimento andrebbe inteso nel senso che «poiché la legge parla di restituzione "nei limiti" e non già "nella misura" dell'arricchimento, l'*accipiens* sarà obbligato a corrispondere l'arricchimento solo ove questo sia inferiore al valore della cosa perita o trasformata; in caso contrario, il *solvens* potrà pretendere il mero valore», altrimenti si avrebbe un trattamento dell'*accipiens* di buona fede peggiore a quello dell'*accipiens* di mala fede descritto dal 2° comma dell'art. 2037 (E. MOSCATI, *op. cit.*, 482; nello stesso senso U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, in *Tratt. Rescigno*, 9, *Obbligazioni e Contratti*, I, 2^a ed., Torino, 1999, 955; cfr. sul punto anche P. RESCIGNO, voce "*Ripetizione dell'indebito*", in *Novissimo Dig.*, Torino, 1968, 1236).

Rimane il caso in cui i titoli siano stati venduti prima di conoscere dell'obbligo di restituzione: l'art. 2038 c.c. dispone che il cliente in buona fede dovrebbe restituire il prezzo. Sembra tuttavia dubbia l'applicabilità *tout court* di questa regola, nata con evidenza per la vendita accidentale di un "bene determinato" nel senso tradizionale

Piuttosto, sarebbe stato utile un chiarimento circa i criteri precisi in base ai quali vada determinato l'ammontare del *petitum* e del non azionato, visto che gli strumenti finanziari sono soggetti a continue e fisiologiche variazioni di valore difficilmente cristallizzabili, tanto più che cambiando la tipologia di prodotto può mutare anche il metodo di calcolo, ed è questo il vero nodo problematico in materia⁴⁴. Al riguardo, invece, nulla viene detto.

del termine, al mercato finanziario dove i titoli vengono naturalmente negoziati, tra l'altro ad opera dell'intermediario e non direttamente del cliente.

Comparando queste brevi osservazioni di massima, che non hanno pretesa di completezza, con la soluzione elaborata nella sentenza Cass., 4 novembre 2019, n. 28314, si nota che nella lettura delle Sezioni Unite, al cliente viene restituita la somma inizialmente versata in relazione ai soli investimenti azionati comprensivi degli interessi dal giorno della domanda perché la banca è ritenuta in buona fede; per gli stessi investimenti questi restituisce alla banca i titoli "impoveriti". Il cliente in cambio tiene i titoli "arricchiti" comprensivi delle cedole maturate anche oltre la domanda giudiziale, in quanto trattasi di investimenti non compresi nella domanda stessa. Tuttavia, a quanto sembra, in questa costruzione le perdite non restano definitivamente a carico della banca perché vengono temperate attraverso la "sottrazione" legittimata dall'eccezione di buona fede. Il che significa in definitiva che gli utili che rimangono in capo al cliente saranno di fatto diminuiti delle perdite e non è detto che questa soluzione sia in concreto più vantaggiosa per l'investitore di quanto non lo sarebbe quella che discende dagli artt. 2033 ss. c.c., anzi.

⁴⁴ Cfr. efficacemente D. MAFFEIS, *op. cit.*, 160, il quale sostiene che la sentenza in esame «mescola mele e pere, quando, statuendo che i guadagni devono essere sottratti alle perdite, non chiarisce quali sono i termini della sottrazione, perché, mentre è chiaro qual è il minuendo - l'importo addebitato all'investitore a titolo di provvista per l'acquisto dello strumento finanziario oggetto di impugnazione -, non è chiaro qual è il sottraendo, perché il guadagno derivante da un investimento è cristallizzato se lo strumento finanziario - azione, obbligazione - è stato rivenduto sul mercato secondario o se l'obbligazione è giunta a scadenza, ma non lo è se l'azione o l'obbligazione - non scaduta - sono tuttora nel portafoglio dell'investitore o ad es. se l'*interest rate swap* o la *option* o il *domestic currency swap* o la *credit linked note* non sono giunti a scadenza, sicché resta incerto, in tutti questi casi, se integri guadagno, e quindi vada sottratto, il valore attuale dello strumento finanziario». Nello stesso senso A. DOLMETTA, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *www.questionegiustizia.it*, 2020, cit., par. 6.2. e ID., *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in questa *Rivista*, 2020, I, cit., p. 109; V. anche S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 168; C. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, 181; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, II, 159.

5. Le ricadute delle pronunce del settore bancario-finanziario sullo statuto generale delle nullità di protezione.

In conclusione, le sentenze delle Sezioni Unite relative al settore bancario-finanziario sembrano incrinare la solidità dell'*obiter* del 2014 non tanto in relazione allo statuto della nullità di protezione ivi definito, quanto sul piano dei presupposti e delle conseguenze dell'azionabilità della figura.

Non si mette in discussione il fatto che l'invalidità di questo tipo sia azionabile dal solo contraente debole, rilevabile d'ufficio ed eventualmente sanabile, ma si dubita che essa possa operare ove sembrava quasi ovvio, come nel caso di un contratto non sottoscritto da entrambi i contraenti, e si stabilisce un'inedita modulazione delle conseguenze della declaratoria di nullità, ben oltre la volontà espressa dal legislatore nelle norme che la prevedono.

La ragione, si è detto, è in entrambi i casi di natura economica: era necessario evitare che saltasse il sistema dei servizi di investimento perché ciò avrebbe comportato un evidente danno immediato per gli intermediari, ma anche un danno direttamente consequenziale per il mercato e per gli investitori che del mercato sono soggetti attivi.

Per il bene di tutti, dunque, si è invocata la *ratio* protettiva della nullità prevista dall'art. 23 TUF, e nel gioco tra interessi tutelati e operatività a vantaggio si è arrivati a mostrare come la nullità di protezione proprio per la scarna disciplina che la legge le dedica anche nella sua norma paradigmatica, l'art. 36 del codice del consumo, possa essere adattata agli esiti più vari. Casi analoghi a quelli decisi dalle sentenze n. 898/2018 e 28314/2019 probabilmente non si ripresenteranno, almeno non negli identici termini, ma rimangono due principi di diritto enunciati dalla Suprema Corte, nella sua composizione più solenne, che se letti unicamente sotto il profilo della funzione nomofilattica della quale dovrebbero essere espressione, potrebbero essere fuorvianti; se letti, invece, nel contesto in cui sono stati espressi possono anche essere compresi ed entro certi limiti condivisi⁴⁵.

⁴⁵ Sembrano forse provare troppo, dunque, le riflessioni che vedono nella sentenza sulle nullità selettive una svolta nella lettura delle nullità di protezione e una frattura irreversibile dell'unitarietà della categoria definita nell'*obiter* del 2014, così S.

In definitiva, «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 concludenti dallo stesso tenuti».

E «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 processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di 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».

Sia consentito aggiungere come nota finale che l'invocazione dell'invalidità per difetto di forma nei casi decisi ha rappresentato con buona probabilità l'ultima via percorribile per la tutela dei clienti.

Pro futuro, andrebbe ricordato che nei servizi di investimento la vera ragione per la quale un investitore potrebbe chiedere la caducazione degli ordini di investimento dovrebbe essere quella collegata ad una insufficiente informazione ricevuta da parte dell'intermediario circa la consistenza del prodotto acquistato e il relativo profilo di rischio. In caso contrario non sembra giusto concedere un rimedio *ex post* al cliente.

Le domande giudiziali avranno così ad oggetto i singoli ordini di investimento in relazione a specifiche ragioni che interessino ciascuno di essi, senza investire pretestuosamente il contratto-quadro. Le stesse Sezioni unite nel 2007 hanno individuato nella risoluzione e nel conseguente risarcimento del danno il rimedio che spetta al cliente in caso di violazione degli obblighi informativi previsti dalla legge a carico della banca⁴⁶. Unica vera difficoltà per questa via potrebbe essere la prova del difetto di informazione, che graverebbe sul cliente, ma

PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, in *I Contratti*, 2020, I, 18 ss.

⁴⁶ Cass., s.u., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

potrebbe essere l'occasione per valorizzare il principio di vicinanza della prova già enunciato in dottrina e accolto anche da una sporadica giurisprudenza⁴⁷.

Quella appena descritta è con evidenza una prospettiva diversa da quella affrontata dalle sentenze del 2018 e 2019: in questo caso si parla di potare i rami malati di una pianta vitale e la realtà ci insegna che è possibile, anzi che in molti casi è addirittura auspicabile.

⁴⁷ Cfr. A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, «*Vicinanza della prova*» e contratti d'impresa, in *Studi in onore di Giovanni Iudica*, Milano, 2014, 553 ss.; A. DOLMETTA, U. MALVAGNA, *Vicinanza della prova e prodotti d'impresa del comparto finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, I, 659 ss. In giurisprudenza come capostipite di questo orientamento viene indicata Cass., 30 ottobre 2001, n. 13533.