

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

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, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

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 ABBA 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

**All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio».
Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019 (*)**

SOMMARIO. 1. Premessa (la disciplina della nullità di protezione è tuttora in fase di costruzione). – 2. La nullità di protezione tra un'idea di riequilibrio delle posizioni contrattuali e quella di una «peculiare» 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 «interventi» altri (con «parentesi» sull'idea di limite dell'«operatività a vantaggio»). – 6. Sull'«intervento» individuato dalle Sezioni Unite (la buona fede oggettiva come incidente sulle restituzioni patrimoniali). – 7. (*Segue*). Critica. - 8. (*Segue*). Un possibile aggiustamento «migliorativo».

1. Premessa (la disciplina della nullità di protezione è tuttora in fase di costruzione)

La nullità di protezione viene di solito ritenuta espressione di un fenomeno normativo relativamente recente: si tratta, spesso si dice, di nullità «nuova» (ovvero «nuove», secondo una variante espressiva tutt'altro che formale: v. *infra*, nel n. 3)¹. In realtà, tracce approssimative, ma significative, dell'idea che vi sta alla base si trovano già (se non altro) nella versione originaria del codice civile '42: così è, per dire, per le clausole vessatorie, di cui alla norma dell'art. 1341,

(*) Lo scritto propone, tra le altre, osservazioni svolte pure nel saggio «Nullità a vantaggio e nullità selettiva», comparso in *Questione Giustizia*.

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

comma 2²; così è pure per la prescrizione di nullità irrimediabilmente parziale del mutuo usurario, di cui all'art. 1815 comma 2³.

Il fatto è, piuttosto, che la nullità di protezione come fenomeno proprio – e dunque con pretese di diversità (da quella lessicale in poi) rispetto a quello della nullità tradizionale e c.d. generale – è figura venuta a formarsi, e isolarsi, in via di progressivo distacco e allontanamento dall'istituto madre (o comunque di riferimento diretto): un poco alla volta e senza possedere un preciso, compiuto disegno disciplinare a monte.

² Là dove assume ad oggetto specifico di considerazione le regole contrattuali che sono state pre-formate dall'impresa (e suoi vari dintorni) in termini (di produzione) seriale (salta agli occhi, in effetti, la differenza espressiva tra la stringa «formazione» ad opera delle «parti», di cui all'art. 1337 c.c. e quella della «predisposizione» ad opera di «uno dei contraenti», di cui all'art. 1341 c.c.); per poi dettare una disciplina funzionale agli interessi del cliente, quale soggetto estraneo alla formazione di tali regole. A proposito della disciplina dettata nel comma 2 dell'art. 1341 c.c., R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, 4 ed., 2016, 1496 ss.) affermano 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 da questi autori si fermano agli inizi degli anni '90. 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.

³ 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 (con la prescrizione, appunto, di nullità bloccata o, meglio, «ridotta», cfr. subito appresso), di potere lucrare su nuovi impieghi (quand'anche non usurari) delle somme di cui all'operazione colpita dalla nullità usuraria. 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 sé stesso, vizio di contratto, non già di clausola o di parte, concernendo l'oggetto negoziale, come pure è confermato dalla norma dell'art. 1820 cod. civ. (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 notar.*, 2003, 110). Sulla disposizione dell'art. 1815 comma 2 c.c. v. anche *infra*, n. 5.2.

Ciò che tuttora sta accadendo. Il disegno disciplinare si mostra anche oggi *in fieri*: in questo senso, la nullità di protezione è figura sicuramente recente; più propriamente, è una 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 (all'epoca, art. 1469 *quinquies* c.c.), è stato importato nel TUB solo nel 2010; e ancora manca nel TUF (v. *infra*, n. 3.1.).

Posta questa caratteristica, di figura a cantiere aperto, un intervento delle Sezioni Unite, che viene ad occuparsi della materia, è evento di per sé stesso rimarchevole. Lo è di più, peraltro, nel caso della sentenza 4 novembre 2019, n. 28314, che le presenti note intendono commentare: 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 approfondito⁴.

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 assai rilevanti: 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.

⁴ 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 *dirittobancario.it*, dicembre 2019; D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *dirittobancario.it.*, dicembre 2019; R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 7 gennaio 2020 AN. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 TUF tra uso selettivo e buona fede del cliente*, di prossima pubblicazione in *Nuova giur. comm.*; V. PISAPIA, *Intermediazione finanziaria: le Sezioni Unite sull'usi selettivo della nullità di protezione*, in *dirittobancario.it*, novembre 2019.

2. La nullità di protezione tra un'idea di riequilibrio delle posizioni contrattuali e quella di una «peculiare» 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 distorsivi 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 scontata⁵. 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 completamento⁶

⁵ Limitandosi a richiamare la nota pronuncia di Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242. Per questa impostazione in dottrina v., ad esempio, R. SACCO e G. DE NOVA, *op. cit.*, 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».

⁶ 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, 1289: «non è la forma, neutra da questo profilo, a proteggere, ma la nullità che l'ordinamento vi associa». Diverso – davvero altro – è il tema dell'individuazione delle funzioni protettive dei doveri imposti dalla

di una serie di regole (oneri e obblighi) che – in punto di fattispecie, come pure di esecuzione del rapporto – la legge pone in capo all'impresa⁷ 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

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).

⁷ 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).

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 definizione⁸. Sì che 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 rispettano⁹.

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

⁸ 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 contratti di fideiussione predisposti a valle dell'intesa anticoncorrenziale sanzionata dal provvedimento Banca d'Italia 22 maggio 2005, n. 55.

⁹ Sui punti rapidamente accennati in questo paragrafo v., *amplius*, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, 2013, *passim*, nonché, più di recente, *Efficienza del mercato e «favor naturalis» per le imprese bancarie*, in *Riv. dir. civ.*, 2019, 1234 ss.

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 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. Un., 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 transito importante nella giurisprudenza della Corte, che va sottolineato.

Che prima di tutto è, naturalmente, quello dato dal passaggio dalla constatazione della presenza 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 fondamentali¹⁰, dall'altro

¹⁰ «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 n. 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

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 c.d. *ad excludendum*)¹¹. 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)¹²: purché la stessa risulti nel concreto diretta ad operare a vantaggio del cliente¹³.

(cfr. 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].

¹¹ 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. cod. civ., 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*, 6 ed., 2018; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 19 ed., 2019, 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.

¹² Cfr. A. GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia*, in *Contratti*, 2003, 204; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 302 ss.; U. MALVAGNA, *Credito fondiario, nullità «a vantaggio» del cliente e legittimazione di altri*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, II, 141 ss. In materia, cfr. anche Cass., 6 settembre 2019, n. 22385.

¹³ 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 cod. consumo), la nullità – essendo per forza riferita a una clausola – è di per sé 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

3.3. Ancora un'osservazione al riguardo. Ravvisata una coesione interna tra le più serie disciplinari 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. c.c.; con il c.d. 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 negoziale¹⁴. Di conseguenza, il rapporto tra le singole discipline di legge, che la contemplano, e il c.d. 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 c.d. generale e quello della nullità di protezione. Si può ancora discorrere, come fanno più arresti della Suprema Corte, di rapporto di genere a specie¹⁵? Od occorre

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 art.* 1418 ss. c.c., 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 (cfr., su questi punti, *amplius* il mio *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 308 ss.).

¹⁴ P. SPADA, «*Nulla e ... avvenuto*»: le nullità del diritto commerciale, in *Riv. dir. priv.*, 2016, 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 *regola iuris* [meglio in un compendio di *regulae iuris*] ... che sono poi quelle estraibili dagli articoli del codice civile in tema di nullità del contratto».

¹⁵ Così, sempre nella dichiarata scia di Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, anche la pronuncia delle Sezioni Unite che qui si commenta.

invece riconoscere che si tratta di sistemi tra loro paralleli (dei cosistemi, cioè), l'uno solo di misura applicativa più estesa dell'altro¹⁶?

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

4.1. Nel prosieguo, le Sezioni Unite vengono ad 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 acquisto¹⁷. Nel caso, il contratto quadro è nullo per mancato rispetto di

¹⁶ 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», appunto: v. *I rimedi per la violazione delle norme imperative nel diritto societario prima del d.lgs. n.5/2003. Un frammento di storia delle idee*, cit., 101). Il fenomeno della crescente divaricazione tra nullità *ex art.* 1418 ss. c.c. e nullità di protezione non è sfuggito a R. RORDORF, *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 (= del «se» e del «fino a che punto») della categoria della nullità di protezione, come struttura rimediata 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 legge n. 287/1990 (cfr., sopra, il cenno contenuto nella nota 8).

¹⁷ Sul rapporto strutturale corrente, nell'ambito dei rapporti relativi a servizi di investimento, tra contratto quadro e ordini di acquisto v. 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

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 pregiudicato¹⁸.

Quanto al contraente non protetto (ma onerato del comportamento assistito dalla nullità), le Sezioni Unite annotano invece: «l'azione rivolta a far valere 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 c.c. (come si vede, manca nel conto l'eccezione sollevata semplicemente a paralisi dell'azione restitutoria che sia svolta da controparte, caso che in effetti

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».

¹⁸ 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 tit. cred.*, 2018, I, 852 ss. che uno svolgimento selettivo della nullità di protezione può anche essere 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).

la pronuncia in commento tratta diversamente dagli altri: cfr. *infra*, n. 6 s.).

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 protezione¹⁹. Che, secondo la sua propria morfologia e in via di completamento di una coerente regolamentazione di certe fattispecie contrattuali e dei relativi rapporti esecutivi (sopra, nel n. 2), intende «propriamente sbilanciare» una «disciplina normativa ... a favore di una determinata categorie 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)²⁰.

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 sicuramente non è: cfr., 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 (cfr. 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

¹⁹ Con la conseguenza che – pure in relazione alle iniziative non consentite alla parte non protetta – sussiste il rilievo officioso del giudice.

²⁰ Cfr. il mio *Exceptio doli generalis*, ad esempio in *Banca borsa, tit. cred.*, 1998, I, 190.

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, che l'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 cliente contraente.

5. La nullità a vantaggio tra limiti esterni e «interventi» altri (con «parentesi» sull'idea di limite dell'«operatività a vantaggio»)

5.1. Se qualche autore ha inteso negare la stessa eventualità di un uso selettivo della nullità di protezione²¹, così fraintendendo sin dalle sue fondamenta prime questo fenomeno, come ben mettono in evidenza anche le Sezioni Unite²², 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 sé 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 sé stessa, attesa pure la mancanza di specifiche indicazioni di ordine legislativo in tal senso. E cosa ancor meno facile laddove si assuma, come appunto fanno le Sezioni Unite (sopra, n. 2), una prospettiva chiusa sull'angolo meramente contrattuale – di «riequilibrio endocontrattuale», in particolare – della vicenda: ché, in una simile ottica, al vantaggio per un contraente corrisponde per

²¹ Così D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, 135.

²² «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».

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 (sopra, n. 3.2.), appare evidente che quella comunque intesa a incidere all'interno del relativo meccanismo si configura come operazione in sé stessa non corretta e pure arbitraria.

Se si intende rispettare la struttura dello strumento, il «limite» non può essere interno (= 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 fatto²³.

²³ Si osserva, in dottrina, che la scelta «di conservare il contratto deficitario dal punto di vista formale è altro dalla selezione dei suoi effetti»; «non sembra, inoltre, coerente con il sistema della *condictio indebiti* l'operatività unidirezionale degli obblighi restitutori che ... discendono dall'assenza di una regola giustificatrice dell'attribuzione. L'attribuzione esclusiva a una delle parti della facoltà di far valere la nullità del contratto non può incidere, infatti, su in paino diverso seppure collegato al precedente, sulla fonte dell'obbligazione di restituire quanto ricevuto *sine causa*» (così, ad esempio G. PETTI, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2019, 287). Questa tesi trascura, a mio avviso, che l'operatività a vantaggio è il *focus* informante della nullità di protezione (*pour cause*, nella prospettiva qui criticata si continua a discorrere solo di legittimazione all'azione); che tale operatività ingloba (come appunto rilevano le Sezioni Unite) anche gli effetti sostanziali dell'azione, che siano conseguenza diretta della stessa. E che l'accertamento della nullità sia funzionalmente diretta anche all'azione di indebito appare difficilmente dubitabile; cfr. comunque la norma dell'art. 1422 c.c.; d'altronde, per tentare di dare un poco di corpo alla tesi qui combattuta bisognerebbe spingersi sino ad affermare il carattere ultroneo – rispetto all'azione di nullità – della domanda di accertamento relativa alla non debenza della prestazione fissata nel contratto dichiarato nullo. Quanto al principio della causalità delle attribuzioni patrimoniali, poi, a me pare che venga invocato a sproposito: non è che manchino, nel sistema vigente, ipotesi in cui la scelta della legge è di escludere la ripetizione (cfr., ad esempio, il disposto dell'art. 2035 c.c., che, tra l'altro, blocca l'indebito *ex utroque latere*).

Sotto il primo profilo, il pensiero va – immediato, 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)²⁴, che è figura ben nota nel nostro ordinamento e in cui, appunto, parte della letteratura aveva individuato il limite proprio della nullità a vantaggio²⁵.

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.

5.2. Può non essere inopportuno, a questo punto del discorso, formare una breve «parentesi», per cercare di meglio comprendere e segnare la (sottile) linea di confine strutturale tra l’operatività a vantaggio, che è propria della nullità di protezione – e che, anzi, risulta apice connotante questa figura –, e il vantaggio «altro» (per dire, a «ulteriore» vantaggio). In questa direzione, in particolare, possono giovare un paio di esemplificazioni.

Con riguardo alla versione attuale della norma dell’art. 1815 comma 2 c.c. – che stabilisce, in aggiunta alla prescrizione di non incidenza della nullità sul termine originariamente fissato per la restituzione

²⁴ Un esempio sembra somministrato dalla vicenda di recente decisa dall’Appello Lecce – Sezione distaccata di Taranto, 30 dicembre 2019 (in *dirittobancario.it*), dove si riscontra la disinvoltura processuale con cui [gli attori], avendo proposto azione di nullità selettiva... hanno fondato l’iniziativa giudiziaria dichiarando falsamente in citazione di non avere mai sottoscritto contratti-quadro, quando invece è documentalmente risultato agli atti di causa esattamente il contrario, cioè che avevano sottoscritto non uno, ma ben otto contratti-quadro».

²⁵ Cfr., così, A. A. DOLMETTA, ad esempio in *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit. p. 48; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit., 851.

dell'erogato (sopra, nota 3), l'eliminazione di ogni prestazione pecuniaria per il mutuatario che sia ulteriore rispetto a quella della restituzione del capitale²⁶ –, si è di recente scritto²⁷ che trattasi di un caso in cui la legge «formalizza un meccanismo di iperprotezione per una delle parti». Il punto, si è appena detto, merita speciale attenzione. Centrale in proposito si manifesta, a me pare, la constatazione che, nel sistema vigente, vale il principio della c.d. naturale fecondità del danaro (cfr., ad esempio, la norma dell'art. 1815 comma 1 c.c.).

Ora, l'operatività a vantaggio intende eliminare gli aspetti svantaggiosi che seguano in via diretta all'accertamento di una nullità per violazione di regole poste a tutela (per il vantaggio, cioè) di un dato soggetto (inteso, naturalmente, in termini categoriali: sul carattere c.d. «regolatorio» dell'intervento legislativo nelle materie rispetto alle quali la nullità si pone come completamento di protezione v. il n. 2). Non va oltre.

L'eliminazione del principio della naturale fecondità del danaro – che risulta prescritta dall'attuale versione dell'art. 1815 comma 2 – non segue in via diretta all'accertamento della nullità per usurarietà del prestito: la prescrizione della nullità usuraria, anzi, dà per assolutamente presupposta l'esistenza di un simile principio; ché, altrimenti, nullo sarebbe ogni patto per interessi maggiori del tasso legale.

Dunque, la nullità fissata dalla versione attuale dell'art. 1815 comma 2 dà al mutuatario un vantaggio «ulteriore»: se si preferisce, si tratta, per questo profilo, di norma sanzionatoria (dell'attività) del mutuante²⁸. Coerente con il meccanismo della nullità a vantaggio (non ultronea, cioè) era, invece, l'originaria versione dell'art. 1815 comma 2, che portava il costo del mutuo al tasso legale (posto che questa – nell'idea

²⁶ Analoga struttura rimediabile è prevista dall'art. 125 *bis*, comma 9 TUB, per il caso di «nullità del contratto» di credito al consumo.

²⁷ S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. comm.*, 2019, 563.

²⁸ La sottolineatura (del profilo «sanzionatorio») è importante: il riferimento al punto del «vantaggio ulteriore» di cui al testo, infatti, non si spinge oltre il livello della rilevazione di mero ordine strutturale, senza involgere alcuna improrogabile valutazione di disvalore per «eccessività» del rimedio: tutto dipende, naturalmente, dal contesto, dal rilievo assegnato (entro i bordi della costituzionalità) all'intervento legislativo di tratto «regolatorio», dal tipo di mercato di specifico riferimento.

normativa assunta dal codice – è la «naturale» remunerazione del danaro che sia dato a prestito).

Per l'ipotesi di «contratto di assicurazione stipulato con un'impresa non autorizzata» – può non essere inutile altresì rilevare –, l'art. 167 cod. assicurazioni private dispone che la nullità del relativo contratto può essere fatta valere «solo dal contraente o dall'assicurato» e, sotto il profilo rimediabile, stabilisce che la dichiarazione di nullità, mentre determina la restituzione di tutti i premi pagati e per l'intero del loro ammontare, non incide in alcun modo sugli indennizzi già corrisposti dall'impresa non autorizzata o da questa in ogni caso «dovuti» (così, espressamente, la lettera del comma 2).

Una tipica nullità «a vantaggio», dunque; che peraltro va anche oltre: per quanto nel caso frutto di un esercizio non autorizzato, l'attività d'impresa in sé stessa implica l'effettuazione di prestazioni remunerate, sì che coerente con una previsione «a mero vantaggio» sarebbe stata – ferma comunque restando per il cliente la funzione utile del contratto in concreto stipulato – la riduzione del montante di premi sulla base di parametri di natura propriamente equitativi²⁹.

6. *Sull'«intervento» individuato dalle Sezioni Unite (la buona fede oggettiva come incidente sulle restituzioni patrimoniali)*

6.1. Nettamente diverso da quella delineato sopra (nel n. 5.1.) 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 meccanismo³⁰: a mezzo, in particolare, del richiamo al principio della buona fede (oggettiva).

²⁹ Di questa disposizione si occupa Cass., 23 settembre 2019, n. 23611, per sottolinearne il «valore sistematico» in punto di conservazione della funzione utile del contratto per il cliente. Appena il caso di aggiungere che la richiamata operatività a «vantaggio ulteriore» si lega alla (istituzionale, per così dire) nocività – per il mercato – della presenza operativa di produttori non autorizzati.

³⁰ 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 (cfr. n. 14) 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

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 tale limite opera, ove sia oggetto di allegazione»³¹, invece, l'«effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede».

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). La decisione dell'ACF, 8 gennaio 2020, n. 2127 ha affermato che il meccanismo di correzione interna individuato dalle Sezioni Unite potrebbe essere applicato al caso di apocrifa sottoscrizione del cliente sul contratto quadro. Si tratta, peraltro, di un semplice *obiter dictum* ipotetico (la stessa decisione avvertendo che «allo stato non riscontrabile» risultava l'invocato carattere apocrifo, posto che il cliente non aveva «prodotto neppure una perizia grafologica» a proprio supporto).

³¹ 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

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 scritto³²), che non possa convincere.

E questo, in verità, anche al di là del ragionamento appena sopra svolto 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 contrattuale³³. Pure in via indipendente, dunque, dal carattere in sé assorbente di tale rilievo.

7. (Segue). *Critica*

7.1. 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 generale (più o meno specifici che siano questi contenuti; per il rilievo della non inerenza del criterio dell'«esito complessivo degli investimenti» al canone di buona fede oggettiva v. subito *infra*, nel n. 7.2.)³⁴.

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».

³² R. RORDORF, *op. cit.*

³³ Rileva correttamente R. RORDORF, *op. 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 rivelatisi per lui negative, allo scopo di ottenere la ripetizione di quanto versato ad esse, e non facile comprendere in quale senso possano risultare contrarie al canone della buona fede le modalità con cui egli in concreto lo faccia».

³⁴ Secondo R. RORDORF, *op. cit.*, invece, la conclusione delle Sezioni Unite è «ragionevole, ma palesemente costituisce una integrazione giurisprudenziale di un testo normativo che non la contempla». Per certi versi non lontano il pensiero di D. MAFFEIS, *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, *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

Nel nostro sistema, il canone della buona fede oggettiva viene a strutturarsi secondo due diverse linee di base: quella integrativa (come nell'art. 1375 c.c.) e quella valutativa (cfr. l'art. 1460, comma 2, c.c.). 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 al diretto livello della struttura dell'istituto (della nullità a vantaggio) in quanto tale: secondo quanto riscontrano specificamente le Sezioni Unite, proprio per «modulare e conformare» la figura della nullità di protezione.

7.2. In più passi, la sentenza assume espressamente che il limite della buona fede è posto in funzione di evitare all'impresa intermediaria 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 (cfr. l'ultimo capoverso del n. 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*

«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.

damno, dalla giurisprudenza della Corte non a caso collegata alla sussistenza di (più o meno generiche) istanze equitative³⁵.

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. Fermandosi qui alla giurisprudenza della Corte: emblematica si manifesta, al riguardo, la tradizionale stringa, per cui la buona fede oggettiva comporta reciproci obblighi di lealtà e di salvaguardia.

7.3. Peraltro, sotto questo profilo – del criterio dell'esito complessivo degli investimenti – la pronuncia appare, in un certo senso, indeterminata³⁶.

Così è, in specie, in ordine all'unità di misura relativa all'effettuazione di tale valutazione «complessiva» 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 intermediaria³⁷.

L'incertezza investe, in particolare, sia la dimensione temporale da tenere in considerazione per individuare gli (altri) investimenti rilevanti³⁸, 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 termini rientrano nella valutazione?

³⁵ Per il rilievo che la regola della *compensatio* intende «non consentire una ingiustificata locupletazione del soggetto danneggiato» v. Cass., 18 giugno 2018, n. 16088; Cass., 31 luglio 2015, n. 16222. Di «sostanziale creazione di una regola equitativa» parte delle Sezioni Unite discorre AN. DALMARTELLO, *op. cit.*

³⁶ Spunti in questa direzione anche in G. GUIZZI, *op. cit.*, nonché in AN. DALMARTELLO, *op. cit.*

³⁷ Nessun dubbio che l'onere della prova relativa alle valorizzazioni degli investimenti ricada sull'intermediario.

³⁸ Secondo la pronuncia di Appello Lecce Sezione distaccata di Taranto, 30 dicembre 2019, citata nella precedente nota 24, la valutazione complessiva va operata anche tra le operazioni seguite a un rapporto sprovvisto di un contratto quadro formalmente valido e quelle successive poste in essere in presenza di sopravvenuto contratto.

8. (Segue). *Un possibile aggiustamento «migliorativo»*

Ancora un'osservazione; di taglio diverso dalle precedenti.

A guardare le cose non *ex post*, nella sede del giudizio di accertamento della nullità, bensì con riferimento al tempo del farsi del rapporto di investimento – quindi, in relazione al progressivo svolgersi degli ordini di acquisto – il criterio individuato dalle Sezioni Unite non sembra, per la verità, particolarmente felice ovvero adatto alla funzione.

L'ipotesi tipicamente presa in considerazione propone, invero, una fattispecie articolata: nel susseguirsi degli investimenti, taluni hanno esito positivo, altri invece negativo (quale che sia, poi, il sistema di valutazione che sia da adottare; cfr. sopra, n. 7.3.). In questa dinamica si tratta di fotografare il transito da un investimento a un altro.

Se gli investimenti pregressi sono stati positivi, facilmente l'intermediario sarà indotto a proporre e consigliare, per le nuove operazioni, investimenti particolarmente rischiosi, forte della «provvista» ormai acquisita. Ma ancor di più l'intermediario sarà indotto alla presentazione di investimenti speculativi nel caso l'esito di quelli pregressi abbia segno negativo: ché gli investimenti non speculativi, ma prudenti, non danno di solito spazio per forti guadagni (e, quindi, per «rientri» importanti).

Sembra, in definitiva, che il criterio adottato dalle Sezioni Unite tenda a trasformarsi in un incentivo alle violazioni di legge da parte degli intermediari (*sub specie*, dei doveri di informazione e di adeguatezza delle operazioni che vengano nel concreto poste in essere).

Ciò posto, è da chiedersi – ove comunque si ritenga di dovere introdurre (in via pretoria) un correttivo interno al principio dell'operatività a esclusivo vantaggio del cliente, che è proprio della nullità di protezione (ma v. sopra, il n. 5) – se non sia preferibile ipotizzare una struttura diversa, più coerente con le caratteristiche di questa figura: del suo porsi, in specie, come rimedio complementare all'imposizione di doveri di protezione del cliente a carico dell'impresa che immette i suoi prodotti sul mercato (sopra, nel n. 2). E quindi modulare il limite dell'operativa a vantaggio in relazione al peso specifico, alla gravità del comportamento di violazione di legge che, nel

concreto, risulta posto in essere nella (prassi della³⁹) impresa intermediaria⁴⁰.

³⁹ Il richiamo alle prassi di impresa con riferimento a una decisione giudiziale potrebbe fors'anche apparire fuori contesto o, a volere essere più benevoli, di tratto propriamente provocatorio. Lo è, tuttavia, molto meno di quanto potrebbe *prima facie* apparire: secondo un orientamento sviluppato dalla Suprema Corte, invero, nel caso di «fattispecie concreta che sia idonea a fungere da modello generale di comportamento in una serie indeterminata di casi analoghi», «si ravvisa un giudizio di diritto e la necessità dell'intervento nomofilattico della Cassazione». Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, nonché, più di recente, Cass., 19 dicembre 2019, n. 34108.

⁴⁰ Con onere della prova della lievità, od occasionalità, della violazione di legge gravante – è appena il caso di esplicitare – sull'impresa che la violazione ha commesso.