

LA SENTENZA DELLE SEZIONI UNITE SULLA NULLITÀ SELETTIVA: TRA PROTEZIONE E BUONA FEDE

Di Chiara Sartoris

| 69

La sentenza delle Sezioni unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede
(Chiara Sartoris)



SOMMARIO: 1. Il problema degli effetti della nullità (di protezione) selettiva. - 2. Ricostruzione del dibattito. - 2.1. (segue) Due orientamenti agli antipodi. - 2.2. (segue) Le tesi intermedie. - 3. La soluzione delle Sezioni Unite. - 3.1. (segue) Primo argomento: lo statuto delle nullità con funzione protettiva. - 3.2. (segue) Secondo argomento: la valorizzazione del principio di buona fede. - 3.3. (segue) La nullità selettiva tra protezione e buona fede. 4. Primi spunti di riflessione.

ABSTRACT. Il presente contributo analizza la sentenza delle Sezioni Unite n. 28314/2019 che ha ammesso l'uso selettivo della nullità protettiva nell'ambito dei contratti di intermediazione finanziaria. Le Sezioni Unite consentono all'investitore, di fronte alla nullità del contratto per mancanza di forma scritta, di scegliere quali ordini di investimento debbano essere caducati e quali possano sopravvivere, sempre che la selezione degli effetti della nullità non determini un ingiustificato sacrificio economico per l'intermediario. La decisione offre così l'occasione per riflettere non solo sulla centralità della buona fede in materia contrattuale, ma anche e soprattutto sulla configurabilità di un nuovo profilo di disciplina della nullità di protezione, quello della selettività.

This paper analyzes the Supreme Court judgement n. 28314/2019, which provides the selective use of protective nullity with reference to financial intermediation contracts. In case of contractual nullity for the lack of the written form, the Supreme Court allows an investor to choose which orders have to be voided and which ones have to be maintained, so long as the selection of the effects of the remedy does not cause an undue economic burden for the financial broker. Thus this judgement allows to reflect not only upon the central role of good faith in contractual matter, but also upon the existence of a new rule for protective nullity, which is selectivity.

1. Il problema degli effetti della nullità (di protezione) selettiva.

Con l'attesa sentenza n. 28314/2019, le Sezioni Unite¹ prendono posizione sulla dibattuta questione dell'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità (di protezione) degli ordini di investimento adottati a valle di un contratto di intermediazione finanziaria².

La questione origina dalla violazione del requisito formale prescritto dall'art. 23 t.u.f. per i contratti di intermediazione finanziaria, nelle ipotesi in cui – in coerenza con il precedente del 2018 – manchi la sottoscrizione dell'investitore ovvero difetti *in toto* lo stesso contratto-quadro³. In tali casi, ci si interro-

ga se l'investitore possa chiedere al giudice di limitare le conseguenze della sentenza di nullità a singoli ordini di attuazione del contratto-quadro (di solito, quelli in perdita), escludendo che la patologia si estenda a colpire tutti gli altri ordini (quelli in attivo) emessi nel corso del rapporto negoziale.

Ebbene, come evidenziato dalla I sezione della Corte, nell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, «*il punto controverso riguarda [proprio] l'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità anche alle operazioni che non hanno formato oggetto della domanda proposta dal cliente ed, eventualmente, i limiti di tale estensione*»⁴.

¹ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in www.personaemercato.it.

² In dottrina, lo specifico tema è stato studiato da: A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 11, p. 2333 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 5, p. 612 ss.; ID., *Nullità relativa, protezione del cliente e interessi meritevoli di tutela*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, 3, p. 283 ss.; S. GIULIANI, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2016, 12, p. 1089 ss.; S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 6, p. 679 ss.; D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contr.*, 2017, 4, p. 393 ss.; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettiva". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 6, p. 828 ss.; M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, 2, p. 173 ss.; G. PETTI, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2019, 3; C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. it.*, 2019, 4, p. 763 ss.. In giurisprudenza, cfr.: Trib. Torino, 12 febbraio 2007, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 11 aprile 2008, in www.ilcaso.it; Trib. Udine, 16 gennaio 2009, in www.ilcaso.it; Trib. Brescia, 29 aprile 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 11, p. 2333; Trib. Torino, 7 marzo 2011, in www.ilcaso.it; Trib. Como, 14 febbraio 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Verona, 28 giugno 2012, in www.ilcaso.it; Si tratta di Cass., 17 maggio 2017, n. 12390, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2017, 6, p. 828 ss.; Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in www.personaemercato.it. Quest'ultima è l'ordinanza con la quale la I sezione civile della Corte di Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione di cui all'odierna decisione. Si tratta della questione relativa «all'esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche dell'azione di nullità proposta dal cliente in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli, che derivi dall'accertamento del difetto di forma dei contratti quadro».

³ La violazione del requisito formale dell'art. 23 T.U.F. ricorre solo quando manca la sottoscrizione dell'investitore, non anche quando difetta la sottoscrizione dell'intermediario, il suo consenso potendo essere desunto anche da comportamenti concludenti (come l'aver dato esecuzione all'ordine impartito dal cliente). Conseguentemente, un problema di uso selettivo della nullità formale dell'art. 23 si può porre, in via residuale, solo

quando manca la firma dell'investitore oppure quella firma risulta apocriefa ovvero, più radicalmente, quando sia carente la stessa forma scritta del contratto. La sentenza di riferimento è: Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in www.personaemercato.it; in *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568 ss., con nota di C. COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite*; in *Contr.*, 2018, 2, p. 133 ss. con nota di G. D'AMICO, *Le Sezioni Unite sul c.d. contratto mono-firma*; in *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*. Sul tema, le Sezioni Unite sono nuovamente intervenute, confermando il precedente arresto, con la sentenza Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1653, cit., che si è pronunciata sulla ordinanza Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, in www.personaemercato.it; in *Contr.*, 2017, 4, p. 393 ss., con nota di D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*; in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, 5, p. 543 ss., con nota di A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neoformalismo contrattuale*. Non solo, ma l'impostazione patrocinata dalle Sezioni Unite in commento trova, oggi, conferma esplicita anche per i contratti bancari privi della sottoscrizione dell'istituto di credito. Con riferimento ai contratti di conto corrente, la sentenza Cass., 29 novembre 2018, n. 30885, in www.personaemercato.it, afferma, infatti, che la mancata sottoscrizione del documento contrattuale da parte della banca non determina nullità per difetto della forma scritta, «trattandosi non già di un requisito del contratto ma della prescrizione di un comportamento che la banca (al pari dell'intermediario finanziario, ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998) deve osservare nell'interesse del risparmiatore o del correntista, altrimenti conseguendone la sanzione della nullità». È proprio in relazione al problema della validità/nullità dei contratti di intermediazione finanziaria c.d. monofirma che si è posta l'ulteriore questione dell'operatività selettiva del rimedio della nullità. Coloro che, in dottrina e in giurisprudenza, sostenevano la tesi della validità dei contratti c.d. monofirma invocavano, oltre alla *ratio* della prescrizione formale, anche un argomento ulteriore: l'irrelevanza della sottoscrizione dell'intermediario finanziario (o della banca) risponderebbe alla necessità di evitare una lettura dell'art. 23 disfunzionale e inefficiente per il mercato finanziario, connessa a possibili usi opportunistici dello strumento formale, come nei casi in cui l'investitore deduca la nullità dei soli ordini in perdita. Diversamente ragionando, infatti, stante la grande diffusione della prassi dei contratti c.d. monofirma, gli intermediari finanziari finirebbero per essere destinatari di così tante domande di nullità selettiva da essere esposti a conseguenze restitutorie particolarmente gravose.

⁴ Si tratta di Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in www.personaemercato.it, che rimette alle Sezioni Unite la que-





L'importanza di questo tema – e l'attenzione tributagli da dottrina e da giurisprudenza – è dovuta allo stretto intreccio tra profili specifici della disciplina dell'intermediazione finanziaria e la disciplina generale della nullità del contratto. Ma vi è di più. L'indagine si inserisce nel più ampio filone giurisprudenziale, inaugurato dalle Sezioni Unite del 2014, con cui la giurisprudenza di legittimità sta rileggendo il sistema delle impugnative negoziali⁵,

stione della «esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche dell'azione di nullità proposta dal cliente in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli, che derivi dall'accertamento del difetto di forma dei contratti quadro». Per la verità, la medesima questione era già stata sottoposta alle Sezioni Unite dalla ordinanza interlocutoria relativa al citato problema della validità/nullità dei contratti di intermediazione finanziaria c.d. monofirma (cfr. Cass., 17 maggio 2017, n. 12390, cit.). Ma le Sezioni Unite, con la citata sentenza n. 898/2018, si sono limitate a dichiarare assorbita e, quindi, non esaminabile, la questione dell'utilizzo selettivo della nullità parziale da parte del cliente che lamenta la violazione dell'art. 23. Già in quella occasione, infatti, l'ordinanza di rimessione ha segnalato la necessità di un chiarimento sul tema della estensione degli effetti della domanda di nullità del contratto-quadro, stante la sussistenza di un contrasto di opinioni. Per un commento sulla ordinanza del 2017, si veda: U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit., p. 828 ss..

⁵ Il riferimento è alle sentenze gemelle Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242-26243, in *Corr. giur.*, 2015, I, 70 ss., con note di V. CARBONE, "Porte aperte" delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto, e di I. PAGNI, *Nullità del contratto – Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*; in *Corr. giur.*, 2015, II, 225 ss., con nota di C. CONSOLO, F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*; in *Foro it.*, 2015, I, p. 922 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; in *Dir. civ. cont.* 15 marzo 2015, p. 6 ss., con nota di F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (nota in margine a Cass., sez. un., 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 299 ss., con nota di N. RIZZO, *Commento a Cassazione Sezioni Unite 26242 del 2014*. Sul tema si vedano anche le riflessioni di: S. PAGLIANTINI, *La rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle Sezioni Unite: "Eppur si muove"?*, in *Contr.*, 2012, 111, p. 869 ss.; ID., *Spigolando a margine di Cass., 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime incomprensioni interpretative*, in *Pers. e merc.*, 2015, 2, p. 216 ss.; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 944 ss.; I. PRISCO, *Sui limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità: punti fermi e nodi da sciogliere dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Rass. dir. civ.*, 2014, p. 573 ss.; S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*, in *Nuovi quad. del Foro it.*, 2015, 2, p. 1 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite e il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, p. 197 ss.; I. DELLI PRISCOLI, *Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente "debole" e tutela del mercato*, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 978/II; L. GALANTI, *Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1359 ss.; G. VERDE, *Sulla rilevabilità d'ufficio*

nell'ottica di assicurare l'effettività delle tutele⁶. Sicché, il problema dell'uso selettivo della nullità, lungi dal riguardare una specifica questione postasi nella prassi della intermediazione finanziaria, offre l'occasione per indagare le più generali tendenze evolutive del rimedio della nullità di protezione, contribuendo a far progredire la comprensione circa il suo complesso statuto.

Riflettere sull'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità, dunque, significa interrogarsi sullo statuto delle nullità di protezione, anche quando si allontanano dal paradigma di operatività prospettato dall'art. 36 cod. cons., come nel caso della nullità formale dell'art. 23, per la quale il legislatore non ha dettato un preciso regime giuridico. Sicché, occorre analizzare il grado di effettività del rimedio, nella considerazione che la rigidità dello schema invalidante codicistico, da un lato, e l'approccio strutturale del meccanismo della nullità parziale necessaria ex art. 36 cod. cons., dall'altro, non sembrano sempre in grado di realizzare quell'obiettivo.

Difatti, se la caducazione della clausola vessatoria rappresenta la fondamentale reazione ordinamentale che colpisce il contratto squilibrato in dan-

delle nullità negoziali, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 748 ss.. Queste sentenze portano a compimento il percorso giurisprudenziale di rilettura del tema dei rapporti tra nullità negoziale e azioni di impugnativa negoziale, riconoscendo, in via definitiva, l'omogeneità funzionale di queste ultime. Ai fini del presente contributo, in particolare, questi arresti si segnalano per aver ammesso la rilevabilità d'ufficio anche delle nullità di protezione. All'interno di un importante *obiter dictum*, i giudici chiariscono come la specialità che caratterizza le nullità di protezione, rispetto alla nullità contrattuale classica, si riproduce non solo sulla disciplina sostanziale, ma anche su quella processuale, poiché anch'esse sono volte a tutelare interessi generali, non solo particolari, che coincidono con l'interesse al complessivo equilibrio contrattuale e con il rispetto delle regole di mercato. In tale prospettiva, il potere di intervento del giudice costituisce, dunque, uno strumento necessario a evitare che il processo finisca per tradursi in un'ulteriore occasione di pregiudizio per il soggetto debole, il quale, al suo interno, dovrebbe, invece, trovare concreta tutela.

⁶ Sulla rilevanza e la centralità, nella materia in esame, del principio di effettività si vedano, *ex multis*: A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 828; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, 4, p. 112; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *Persona e mercato*, 2016, 2, p. 62 ss.; ID., *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 961; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 787; ID., *Effettività delle tutele (diritto civile)* (voce), in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381 ss..

no del consumatore, secondo lo schema della parzialità necessaria dell'art. 36 cod. cons., non appare chiaro come assicurare una tutela effettiva per la parte non professionista nei casi in cui la nullità colpisca l'intera operazione contrattuale. Ciò è proprio quanto accade nelle ipotesi di nullità c.d. formali, come l'art. 23 t.u.f., in cui non è possibile rimuovere chirurgicamente la singola clausola viziata perché l'invalidità è (necessariamente) totale. Secondo le Sezioni Unite, è proprio questo «*ampliamento dell'ambito di applicazione delle nullità di protezione a costituire il nucleo problematico della questione*» sottoposta al loro esame⁷.

Ebbene, i temi tratteggiati meritano ora di essere ordinati e approfonditi, al fine di comprendere tanto la soluzione offerta dalle Sezioni Unite, quanto la direzione in cui sta evolvendo la nullità di protezione.

2. Ricostruzione del dibattito.

È opportuno, innanzitutto, ricostruire i principali orientamenti che, nel tempo, sono stati elaborati sulla questione in esame. Molteplici e variegate sono le soluzioni interpretative avanzate sia dalla dottrina, che dalla giurisprudenza, le quali si sono mosse tra due posizioni estreme più rigorose, tanto nel senso di escludere, quanto nel senso di ammettere l'uso selettivo della nullità, e varie sfumature intermedie.

Senza dubbio, la maggior parte degli interpreti ha analizzato la questione in esame in un clima di grade diffidenza e preoccupazione, legato alle conseguenze (soprattutto restitutorie) potenzialmente onerose a cui si troverebbero esposti i professionisti (banche, intermediari finanziari) destinatari di domande di nullità selettiva. Non solo, ma viene paventato anche il rischio che si venga a creare una pericolosa situazione di incertezza per il mercato finanziario, suscettibile di protrarsi nel tempo. È stato osservato che, poiché l'azione di nullità è imprescrittibile, l'investitore potrebbe agire in giudizio a distanza di tempo dalla conclusione del contratto, ritrasferendo «*il rischio di un investimento infruttuoso in capo all'intermediario*»⁸. Per contenere tali

⁷ Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., par. n. 15.2.

⁸ Osserva A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile?*, cit., p. 2333: «se si afferma il principio per cui all'investitore è consentito ritrasferire il rischio di un investimento infruttuoso in capo all'intermediario agendo *ex post* per la nullità del contratto, ma mantenendo fermi gli ordini di investimento profittevoli, si modificano in modo artificioso le normali regole di funzionamento del mercato mobiliare per cui ciò che viene remunerato è il rischio in cui si incorre incentivando comportamenti di *moral hazard* da parte del risparmiatore». Nello stesso senso: D. SEMEGHINI, *Forma ad sub-*

conseguenze negative, la riflessione di una parte degli interpreti si è incentrata, quindi, sul possibile carattere opportunistico dell'uso selettivo del rimedio.

Nel contempo, si è delineato un orientamento propenso a riconoscere la legittimità della nullità selettiva attraverso la valorizzazione della *ratio* protettiva del rimedio, sia pure circoscrivendone presupposti e limiti di operatività, in modo da consentire ai professionisti di potersi concretamente difendere da richieste pretestuose di invalidazione selettiva.

Alla base della difficile ricerca di una soluzione a tale questione si pone, infatti, la necessità di trovare un soddisfacente punto di equilibrio tra due esigenze contrapposte: garantire gli investimenti operati dai privati con i loro risparmi; tutelare la posizione degli intermediari finanziari, e quindi del mercato, contro sacrifici economici sproporzionati, in nome dell'interesse più generale alla certezza dei rapporti giuridici.

2.1. (segue) Due orientamenti agli antipodi.

Agli estremi opposti del dibattito, si sono delineate due posizioni diametralmente diverse, ma accomunate dall'assolutismo delle soluzioni prospettate, tanto da meritare, secondo le odierne Sezioni Unite, di essere respinte proprio in ragione della loro rigidità.

Una buona parte degli interpreti⁹ ha negato radicalmente la legittimità dell'uso selettivo della nullità sull'assunto che il relativo regime protettivo si esaurisca nella sola legittimazione esclusiva del cliente a far valere l'invalidità per difetto di forma. Se, da un lato, non vi è dubbio che il rimedio in questione sia nella completa disponibilità del cliente, quale unico contraente legittimato all'azione, dall'altro lato, la richiesta di selezionarne gli effetti viene ritenuta eccedente la sua finalità protettiva. Ammettere un uso selettivo della nullità significherebbe consentire al

stantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento, Milano, 2010, secondo il quale, l'accoglimento di una domanda di nullità selettiva avrebbe l'effetto sostanziale di rendere l'investitore arbitro non soltanto della tempistica, ma anche della scelta dei singoli investimenti da cancellare, con evidente aggravamento della posizione delle banche. Sicché, la soddisfazione di una pretesa di questo tipo esorbita dalle finalità di tutela riconosciute a fondamento dell'art. 23 : se la *ratio* di questa norma è la trasparenza in funzione di protezione, non ci sarebbe ragione di «ritenere che la mancanza del documento contrattuale possa pregiudicare il cliente solo per certi investimenti e non per altri».

⁹ Cfr. Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *www.ilcaso.it*; in *Contr.*, 2018, p. 543 ss., con nota di E. CICALTELLI, *Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria*.





debitore di sfruttare in modo opportunistico il rimedio, frazionando un rapporto economico unitario. In particolare, la tesi in esame, nel negare la legittimità della nullità selettiva, muove dall'assunto che essa concretizzi sempre un comportamento opportunistico, di per sé contrario a buona fede, e quindi da stigmatizzare.

In accordo con queste premesse, è stato sostenuto che, per effetto della nullità del contratto quadro, possano trovare applicazione le regole comuni sull'indebito di cui all'art. 2033 c.c., a cui rinvia l'art. 1422 c.c. in materia di nullità. Sicché, gli effetti caducatori e restitutori connessi alla sentenza di nullità possono essere fatti valere da entrambe le parti.

Nella sentenza che ha patrocinato questo orientamento si legge: una volta «*accertata la mancanza di una causa* adquirendi – tanto in caso di nullità, annullamento, risoluzione o rescissione del contratto, quanto in quello di qualsiasi altra causa che faccia venire meno il vincolo originariamente esistente - l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione dello stesso è quella di ripetizione dell'indebito oggettivo; la pronuncia del giudice è l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del solvens di restituzione della prestazione rimasta senza causa»¹⁰.

A sostegno di questa posizione sono stati richiamati due argomenti.

Innanzitutto, come visto, il regime della legittimazione relativa all'azione di nullità, riservata all'investitore, non sarebbe in grado di consentire una deroga alle regole generali sull'indebito. Ciò in quanto la legittimazione ad agire costituisce un profilo di disciplina che si pone su un piano completamente diverso da quello delle conseguenze ripristinatorie del rimedio.

In secondo luogo, l'applicazione delle regole comuni non sarebbe messa in discussione neppure dalla natura giuridica dei singoli ordini di investimento. Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, si tratterebbe di negozi dotati di autonomia giuridica rispetto al contratto quadro, ma collegati a quest'ultimo. In virtù di tale nesso, la nullità del contratto quadro per difetto di sottoscrizione del

cliente travolgerebbe, necessariamente, anche i successivi ordini, persino ove non siano indicati dal cliente nella domanda di nullità. Questi ultimi, quindi, risultano colpiti da una nullità c.d. derivata, che ne implica l'automatico travolgimento, in base al principio *simul stabunt, simul cadent*¹¹. E tale esito, secondo questa impostazione, non sarebbe smentito neanche dalla riconosciuta ammissibilità della caducazione del singolo ordine mediante un'azione di risoluzione per inadempimento (o altra azione caducatoria diversa dalla nullità), con salvezza del

¹¹ A riguardo, secondo S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva? Occhio ai concetti (ricordando Francesco Carnelutti)*, Relazione al Convegno "Questioni di diritto civile all'esame delle Sezioni Unite. Il contratto d'intermediazione finanziaria privo di forma scritta: nullità selettiva o abuso del diritto", svoltosi il 13 febbraio 2019, presso la Corte Suprema di Cassazione, Roma, p. 5, sarebbe debole «(...) sostenere che, se ammettiamo la risoluzione dei singoli ordini di investimento diventa poi aporetico opporre il principio *simul stabunt, simul cadent* quando, invece, si faccia questione di una nullità, dimidiando così una deterrenza che ogni nullità di protezione dovrebbe viceversa ottimizzare». In generale, il tema della invalidità c.d. derivata è stato indagato *ab origine* dalla dottrina amministrativistica. Basti pensare all'ipotesi di inefficacia del contratto pubblico a seguito di annullamento dell'aggiudicazione della gara, cioè del provvedimento presupposto. Secondo le regole del diritto amministrativo, per gli atti procedurali, vige il principio di derivazione, in forza del quale, l'annullamento dell'atto presupposto illegittimo si ripercuote a valle della sequenza, cioè sul contratto pubblico, che può essere dichiarato inefficace dal giudice amministrativo. Tra i primi studiosi del tema, si ricordano: A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; F. LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto (spunti di una teorica)*, Roma, 1968. Sul tema, veda anche, più di recente, G. PASSAGNOLI, *La nullità speciale del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Persona e mercato*, 2012, 2, p. 122 ss., il quale prospetta una qualificazione di tale inefficacia in termini di nullità, ritenendo che si tratti di una nullità speciale, in considerazione del peculiare carattere di uno dei contraenti, la pubblica amministrazione, secondo la logica propria del diritto dei consumatori. Ma il problema della invalidità derivata si è posto anche nel diritto privato in relazione allo studio del fenomeno del collegamento negoziale: M. GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1937, p. 323 ss.; N. GASPERONI, *Collegamento negoziale e connessione fra negozi*, in *Riv. dir. comm.*, 1955, p. 359 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, p. 377 ss.; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, 1999. Un ambito di particolare importanza in cui ha trovato applicazione la teoria della invalidità derivata è quello bancario, come emerge dalla vicenda della validità/invalidità dei contratti in corso che riproducono Norme Bancarie Uniformi vietate ai sensi dell'art. 2 della legge n. 287/1990. Cfr. G. ROSSI, *Effetti della violazione di norme antitrust sui contratti tra imprese e clienti: un caso relativo alle norme bancarie uniformi*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, p. 212 ss.; F. PARRELLA, *Disciplina antitrust nazionale e comunitaria, nullità sopravvenuta, nullità derivata e nullità virtuale delle clausole e dei contratti a valle*, in *Dir. banc.*, 1996, I, p. 507 ss.; A. BERTOLOTTI, *Illegittimità di norme bancarie uniformi (NBU), per contrasto con regole antitrust ed effetti sui contratti a valle: un'ipotesi di soluzione di un problema dibattuto*, in *Giur. it.*, 1997, IV, o. 345 ss..

¹⁰ Così Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, cit.. Tale principio relativo al rapporto tra disciplina della nullità e disciplina dell'indebito è ormai consolidato presso la giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass., 4 febbraio 2000, n. 1252, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, p. 242 ss.; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27334, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Indebito*, n. 1; Cass., 15 aprile 2010, n. 9052, in *Resp. civ.*, 2010, 7, p. 552 ss.; Cass., 7 febbraio 2001, n. 2956, in *Not.*, 2011, 3, p. 259 ss. e in *Contr.*, 2011, 4, p. 373 ss.; Cass., 3 giugno 2016, n. 11490, in *www.dejure.it*; Cass., 6 giugno 2017, n. 14013, in *www.dejure.it*.

contratto quadro, il quale resta idoneo a fondare la efficacia degli altri ordini¹².

Coloro che hanno escluso radicalmente l'ammissibilità della nullità selettiva per le ragioni illustrate hanno reputato, altresì, che, per effetto della nullità derivata di tutti gli ordini di investimento, l'intermediario possa tutelarsi non solo eccependo la nullità di questi ultimi (e soprattutto di quelli in positivo), ma anche chiedendo una compensazione tra i reciproci rapporti¹³. Poiché entrambe le parti sarebbero titolari del diritto alla restituzione dell'indebitato, allora, sarebbe possibile anche una compensazione legale *ex art. 1423 c.c.* tra i reciproci crediti, ove esistano versamenti eseguiti in esecuzione del contratto¹⁴.

¹² Cfr. Cass., 6 novembre 2014, n. 23717, in *www.dejure.it*; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, in *www.dirittobancario.it*; Cass., 27 aprile 2016, n. 8394, in *www.dejure.it*; Cass., 16 agosto 2016, n. 16820, in *www.ilcaso.it*; Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in *Corr. giur.*, 2018, 6, p. 773 ss., con nota di F. LEMETRE, *Inadempimento degli obblighi dell'intermediario e autonomia risolvibilità dei singoli ordini di investimento*. In base all'ultima sentenza citata, «la possibilità per l'investitore – quale contraente non inadempiente – di indirizzare l'azione, a seconda del suo interesse, nel senso della caducazione dell'intero rapporto con l'intermediario o verso la caducazione di solo alcune parti di esso, rinviene *funditus* il proprio addentellato nelle regole proprie del comune diritto contrattuale». Diversamente ragionando infatti, ossia «laddove si condizioni la caducazione dei singoli ordini alla caducazione dell'intero rapporto ((...) del contratto quadro), significherebbe (...) far perdere al contraente non inadempiente (cioè all'investitore) le utilità che pure il rapporto gli ha arrecato per transitarle a vantaggio del contraente inadempiente (nel caso di specie l'intermediario), in spregio chiaramente alla *ratio* dell'art. 1453 c.c.». In definitiva, sono tre i presupposti che la Corte pone a fondamento della risoluzione dei singoli ordini: l'inadempimento dell'intermediario deve essere di non scarsa importanza; la valutazione della non scarsa importanza deve essere compiuta nello specifico ambito dell'ordine rispetto al quale l'inadempimento si è verificato; l'inadempimento dell'intermediario non va confuso con l'esito dell'investimento a cui questo è relativo.

¹³ Osserva S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva? Occhio ai concetti (ricordando Francesco Carnelutti)*, cit., p. che «se diamo per buono che la causa delle attribuzioni patrimoniali risieda nel contratto-quadro, va da sé che la nullità di questo, in mancanza di una deroga testuale alle norme sull'indebitato, travolgerà la totalità dei rapporti intercorsi tra investitore ed intermediario». Conseguentemente, «e quanto eseguito è tutto un prestatore in esecuzione di un contratto nullo, il diritto alla ripetizione sorge per *ambidue le parti*, quale *indebitato* per la mancanza di un titolo idoneo a stabilizzare, nella sfera di ogni *accipiens*, un pagamento non dovuto».

¹⁴ Cass. 16 marzo 2018, n. 6664, cit. precisa che le reciproche restituzioni riguardano, in prima battuta, le somme investite e i titoli consegnati, e poi, in applicazione delle norme sull'indebitato oggettivo, vengono in considerazione i dividendi e le cedole, costituenti frutti civili, dal giorno della percezione, se l'*accipiens* è in mala fede, o dal giorno della domanda, se in buona fede; qualora i titoli siano stati nel frattempo rivenduti a terzi, in applicazione dell'art. 2038 c.c., è dovuta la restituzione del corrispettivo conseguito o, in caso di vendita in mala fede, del valore equivalente.

Alla base di tale impostazione, vi è, dunque, l'idea che la nullità formale (di protezione) del contratto quadro non possa ripercuotere le specificità del suo statuto sulle conseguenze restitutorie del rimedio, poiché queste ultime opererebbero su un piano diverso da quello della invalidità. Conseguentemente, l'investitore non potrebbe valersi del vantaggio connesso all'operatività del meccanismo protettivo di quest'ultimo rispetto alle restituzioni.

Ebbene, tale tesi si presta a criticità, come si vedrà a breve. In questa sede, giova ricordare che, tra coloro che hanno negato la legittimità dell'uso selettivo della nullità, vi è anche chi ha ritenuto di neutralizzare il problema invocando l'istituto della convalida. Sarebbe, cioè, possibile desumere una volontà sanante dall'esercizio selettivo della nullità: nello scegliere quali atti d'investimento caducare, l'investitore manifesterebbe, implicitamente, l'intenzione di continuare ad avvalersi dell'operazione negoziale stipulata in relazione ai restanti ordini non oggetto di domanda, con il conseguente effetto di convalidare la nullità del contratto quadro.

Questo orientamento si fonda su due argomenti. Da un lato, muove, dall'assunto – per la verità non condivisibile – secondo il quale, poiché la nullità di protezione è una nullità relativa, essa sarebbe assimilabile, sotto certi profili, all'annullabilità del contratto, cioè a una patologia la cui azione è a legittimazione ristretta e per la quale è prevista la convalidabilità *ex art. 1444 c.c.*¹⁵. Dall'altro lato, troverebbe conferma nel fatto che il divieto di convalida del contratto nullo posto dall'art. 1423 c.c. varrebbe per le sole ipotesi di nullità assoluta, mentre quelle di nullità relativa ricadrebbero nella riserva *ivi prevista* (la nullità non è convalidabile “*se la legge non prevede diversamente*”) e sarebbero, quindi, sanabili¹⁶.

¹⁵ Cfr. E. BETTI, voce *Convalida o conferma del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, IV, Torino, 1960, p. 70 ss.; G. GIACOBBE, voce *Convalida*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 49 ss.; G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato*, I, *La convalida espressa*, Napoli, 1973; Id., *La convalida tacita nel diritto privato*, Napoli, 1980; G.B. Ferri, *Il c.d. recupero del contratto invalido*, in *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. 1 ss.; M. FRANZONI, *Il recupero di efficacia del contratto invalido*, in *Dir. priv.*, 2000, p. 113 ss..

¹⁶ A favore dell'ammissibilità della convalida delle nullità di protezione, si sono espressi: S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida nel contratto nullo*, Torino, 2007; S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 931 ss.; S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Not.*, 2009, p. 174 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione. Contributo allo studio della sanatoria del negozio nullo*, in *AA.VV.*, *Studi in onore di Giorgio Cian*, II, Padova, 2010, p. 1901 ss.; G. BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in *Riv. trim.*, 2011, p. 483 ss.; M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015.



Anche l'illustrata impostazione ci appare molto discutibile – né sembra condivisa dalle odierne Sezioni Unite –, perché si lega al più generale e dibattuto problema della sanabilità delle nullità (di protezione)¹⁷. Non solo, ma essa appare ancora più radicale di quella che reputa illegittimo l'uso selettivo della nullità, in quanto esclude la possibilità stessa di configurare una domanda di nullità selettiva, assimilandola a un comportamento sostanzialmente sanante¹⁸.

Alla varietà degli argomenti addotti a sostegno della tesi negativa si contrappone, sul versante opposto, il “minimalismo” della tesi che ha ammesso, pacificamente, l'uso selettivo della nullità, senza, tuttavia, porsi il problema – ed è questo il suo limite, nella ricostruzione prospettata dalle odierne Sezioni Unite – del rischio dell'opportunismo rimediabile.

L'orientamento favorevole ad ammettere, in via generale, l'uso selettivo della nullità ha ragionando sulla *ratio* protettiva sottesa all'art. 23 t.u.f.¹⁹, nell'i-

dea che «*il requisito della forma scritta ad substantiam per il contratto quadro non determina una modificazione della qualificazione giuridica della nullità che consegue all'inosservanza dell'obbligo di forma*»²⁰.

Ne consegue che l'invalidità di singoli ordini può essere fatta valere, esclusivamente, dall'investitore e segue il regime proprio delle nullità di protezione. Sicché, il rimedio dovrebbe operare a vantaggio esclusivo del contraente debole, ai sensi dell'art. 36 cod. cons., essendo una diretta conseguenza dell'esercizio di un diritto predisposto dall'ordinamento in suo favore.

Anzi, l'esposto orientamento interpretativo lega strettamente l'uso selettivo del rimedio alle peculiarità delle nullità protettive. A riguardo, la Corte di Cassazione ha affermato: «*L'uso selettivo della nullità è coerente con il peculiare regime giuridico delle nullità di protezione. L'investitore che non può interferire nella formazione del contratto a causa dell'asimmetria negoziale che ne costituisce una delle principali caratteristiche, è libero di decidere di avvalersi dell'eccezione di nullità e di limitarne gli effetti restitutori senza travolgere per intero gli investimenti eseguiti*»²¹.

Corollario di questa impostazione è che, per effetto della piena operatività, processuale e sostanziale, del regime giuridico della nullità di protezione, l'intermediario non può avvalersi in alcun modo delle conseguenze della dichiarazione di nullità; in particolare, egli non può far valere neppure gli effetti restitutori che possono scaturire a suo vantaggio da quest'ultima.

I sostenitori di questo orientamento osservano che la regola sull'indebito di cui all'art. 1422 c.c. in tanto può trovare applicazione, in quanto la legge non limiti, con norma inderogabile, la facoltà di far valere la nullità e i suoi effetti in capo a uno solo dei contraenti, come accade per le nullità di protezione. Ecco perché, nel caso di specie, l'intermediario non può agire per la ripetizione di indebito ex artt. 2033 e 1422 c.c.. Diversamente ragionando, infatti, l'investitore sarebbe posto in una posizione di ulteriore

¹⁷ In senso critico si esprimono: G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Pers. e merc.*, 2012, 1, p. 24 ss., il quale esclude che, sul piano sistematico, la relatività della legittimazione all'azione di nullità possa implicare anche la rinunziabilità alla stessa o la sanabilità del contratto, fatta salva un'eccezionale deroga per gli effetti dell'art. 1423 c.c.; A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, p. 344 ss.; Sul problema specifico qui in esame, si veda G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, cit., p. 612 ss., il quale, pur ritenendo illegittimo l'uso selettivo della nullità, esclude che la sanatoria del contratto sia realizzabile «attraverso un atto processuale con il quale, a ben vedere, si vuol far valere proprio la nullità del contratto (...). Desumere da tale atto la contraria volontà del cliente di sanare il vizio che invece intende far valere in giudizio, sembra un salto logico poco giustificabile se non nell'ottica (...) di voler punire e sanzionare l'investitore che agisce in giudizio tenendo una condotta scorretta».

¹⁸ Invero, ci appare non persuasiva l'idea di riconnettere un effetto sostanziale di sanatoria del contratto a uno strumento prettamente processuale, quale l'azione di nullità. In particolare, l'impiego selettivo di questa azione è funzionale unicamente a evitare una sentenza che caduchi certi ordini, in modo tale che, rispetto a essi, si formi un giudicato di validità. Pertanto l'azione di nullità selettiva, lungi dal produrre un effetto sostanziale di sanatoria del contratto, produce effetti, al più, sul piano processuale, dando luogo a una convalida endo-processuale, nel senso che gli ordini in attivo rimangono in piedi come se il contratto quadro a monte fosse valido. Per una riflessione più estesa sul punto, sia consentito rinviare a C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela dell'investitore? Spunti di riflessione in attesa delle Sezioni Unite*, cit., p. 771.

¹⁹ Cfr. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1114 ss.; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, in *www.dirittobancario.it*; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1110 ss., con nota di A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*; Cass., 19 maggio 2016, n. 10331, in *www.ilcaso.it*; Cass., 3 gennaio 2017, n. 36, in *Rep. Foro it.*, 2017, *Contratti bancari* [1720], n. 25.

²⁰ Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, cit.. Secondo la Corte, poiché la nullità per difetto di forma del contratto quadro è una nullità di protezione, cioè è un rimedio posto a protezione specifica dell'investitore, allora, quest'ultimo ha la possibilità di eccepirla anche limitatamente «a taluni degli ordini di acquisto, a mezzo dei quali è stata data esecuzione al contratto viziato (...) e dai quali si è ritenuto illegittimamente pregiudicato, essendo gli altri estranei al giudizio». D'altra parte «la rilevabilità d'ufficio, peraltro non incondizionata, delle nullità di protezione, affermata di recente dalle S.U. Nella sentenza n. 26242 del 2014, si limita a configurare la possibilità di estendere l'accertamento giudiziale anche a cause di nullità protettive non dedotte dalle parti senza tuttavia consentirne il rilievo anche ad atti diversi da quelli verso i quali la censura è rivolta».

²¹ Così sempre Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, cit..

svantaggio non compatibile con la *ratio* del rimedio: se trovasse applicazione il regime restitutorio ordinario, egli sarebbe dissuaso dal far valere il difetto di forma di alcuni ordini, perché le conseguenze economico-patrimoniali sarebbero per lui quasi sempre pregiudizievoli.

76 Ebbene, in questa prospettiva, sarebbe la stessa istanza protettiva sottesa alla nullità dell'art. 23 t.u.f. a consentire, senza limitazioni, l'uso selettivo della stessa da parte dell'investitore.

2.2. (segue) Le tesi intermedie.

Gli orientamenti illustrati, proprio per l'assolutezza delle posizioni espresse, non trovano accoglimento nella sentenza delle Sezioni Unite in commento. Stante la delicatezza degli interessi coinvolti, quest'ultima è tutta giocata, piuttosto, sulla ricerca di un difficile punto di equilibrio tra due interessi contrapposti: l'effettività della tutela per gli investitori e l'efficienza dei mercati finanziari.

Per questi motivi, le Sezioni unite preferiscono concentrare la loro attenzione su quegli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali che, pur non escludendo l'astratta ammissibilità della nullità selettiva, hanno cercato di mettere a fuoco degli strumenti idonei a temperare le predette esigenze, attraverso la previsione di limiti all'esercizio di questa facoltà. In particolare, per effetto della valorizzazione del principio di buona fede, quale criterio ispiratore dei rapporti contrattuali, vi è chi ha riconosciuto all'intermediario la possibilità di invocare l'*exceptio doli generalis*²², al fine di paralizzare l'abuso dello

²² Per un approfondimento sulla figura dell'*exceptio doli generalis*, si vedano: A. BURDESE, voce "Exceptio doli" (*diritto romano*), in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960; G.L. PELLIZZI, voce "Exceptio doli" (*diritto civile*), in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1074 ss.; A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 218 ss.; L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell' "exceptio doli generalis"*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 197 ss.; F. RANIERI, voce *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VII, Torino, 1994; A. DOLMETTA, "Exceptio doli generalis", in *Banca borsa e tit. cred.*, 1998, I, p. 147 ss.; AA.VV., *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006; V. MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediabile": buona fede ed "exceptio doli generalis"*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 1283 ss.; G. MERUZZI, *L'exceptio doli dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005; T. DELLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 2, p. 223 ss.. *L'exceptio doli generalis ha trovato riconoscimenti anche a livello giurisprudenziale*: Cass., 24 aprile 1991, n. 4519, in *Arch. civ.*, 1991, p. 798 ss.; Cass., 6 aprile 1998, n. 3552, in *Giur. it.*, 1999, I, p. 502 ss.; Cass., 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. not.*, 1999, II, p. 1271 ss.; Trib. Udine, 10 settembre 1999, in *Nuova giur. civ. comm.*, con nota di C. MARSEGLIA, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*; Cass., 17 marzo 2006, n. 5997, in *Contr.*, 2006, p. 1115; Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in

strumento di protezione. Tale impostazione muove, infatti, dal riconoscimento della centralità della buona fede «*come criterio valutativo della regola contrattuale*»²³.

Riconoscere la possibilità, a favore dell'intermediario, di esperire l'eccezione di dolo ha sollevato, però, il dibattito sulla questione della compatibilità tra il peculiare regime delle nullità protettive nei contratti d'intermediazione finanziaria e l'opponibilità dell'eccezione. A riguardo, tuttavia, l'opinione prevalente ha evidenziato che le nullità di protezione costituiscono una diretta attuazione di principi costituzionali, primi tra tutti il principio di solidarietà sociale di cui all'art. 3 Cost. e il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., nonché la libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41 Cost. e la tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.. Corollario di ciò è reputata «*la concorrente operatività del principio di buona fede come criterio arginante l'uso arbitrario dello strumento di tutela*». Sicché, muovendo da queste premesse si è arriva alla conclusione che «*la mera invocazione di effetti selettivi da parte del cliente non può giustificare di per sé – pena lo svuotamento e la vanificazione della funzione delle nullità di protezione e della connessa tutela giurisdizionale – l'automatica opponibilità da parte dell'intermediario dell'exceptio doli generalis*». Al contrario, l'eccezione di dolo in tanto può essere proposta dall'intermediario, in quanto risulti che l'investitore abbia posto in essere una condotta soggettivamente connotata da mala fede o frode ovvero preordinata alla produzione di un pregiudizio per l'intermediario.

L'impostazione illustrata, tuttavia, è stata criticata da coloro che hanno ritenuto necessario non incentrare l'analisi esclusivamente sulla buona fede in senso soggettivo, predicando, piuttosto, la valutazione anche del profilo oggettivo della vicenda, cioè l'esistenza di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio per un solo contraente.

Contr., 2007, p. 971 ss., con nota di C. ROMEO, *Il commento a Cass.*, 7 marzo 2007, n. 5273; in *Contr. e impr.*, 2007, p. 1371 ss., con nota di G. MERUZZI, *Il fondamento sistematico dell' "exceptio doli" e gli "obiter dicta" della Cassazione*; Cass., 20 marzo 2009, n. 6896, in *Mass. Giust. civ.*, 2009, p. 502 ss.; Trib. Torino, 16 marzo 2009, in *Dir. comm. int.*, 2009, p. 462 ss..

²³ Così Cass., 17 maggio 2017, nn. 12388-12390, cit.. A riguardo, taluni hanno valorizzato a tal punto il rilievo della buona fede da ammettere che l'*exceptio doli generalis* possa essere invocata in via generale e astratta dall'intermediario, ogniquale volta l'investitore proponga un'azione di nullità selettiva. Tanto sull'assunto che l'uso selettivo della nullità di protezione determini sempre la violazione del canone di buona fede. Così ragionando, si finisce, tuttavia, per ricadere nell'impostazione più rigorosa (in senso negativo) sopra illustrata. Per questo essa non viene presa in considerazione dall'odierno *decisum*.



Si è così delineato un orientamento propenso a invocare la teoria dell'abuso del diritto²⁴, in forza della quale, l'intermediario potrebbe stigmatizzare la condotta di colui che, titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie e irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, al solo scopo di conseguire risultati diversi o ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri sono attribuiti. In questa chiave, la richiesta dell'investitore di limitare l'invalidazione soltanto agli ordini in perdita concretizzerebbe l'esercizio di un potere esorbitante le facoltà spettanti al legittimato attivo all'azione di nullità (di prote-

zione); l'abuso sussisterebbe ogni volta in cui dall'esperimento di quest'ultima derivasse un sacrificio iniquo per l'intermediario finanziario²⁵.

Attraverso la teoria dell'abuso del diritto, l'orientamento in esame riconosce al professionista la possibilità di tutelarsi con l'*exceptio doli generalis*, per ottenere «la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe – in ragione di una condotta abusiva – sostanzialmente iniqua».

Ebbene, le illustrate teorie “intermedie”, pur muovendo da premesse parzialmente differenti – la valorizzazione della buona fede in senso soggettivo, da un lato, la teoria dell'abuso del diritto, dall'altro – sono accomunate dalla medesima impostazione di fondo e dai medesimi esiti della rispettiva riflessione. In entrambi gli approcci, la dottrina e la giurisprudenza non escludono, a priori, la possibilità di selezionare gli effetti della nullità, ma avvertono la necessità di porre dei limiti all'esercizio di questo potere spettante al contraente protetto.

Come si vedrà, la soluzione prospettata oggi dalle Sezioni Unite non si allontana troppo da queste riflessioni.

3. La soluzione delle Sezioni Unite.

Con la sentenza n. 28314/2019, le Sezioni Unite respingono le tesi che prescindono del tutto dalla considerazione del principio della buona fede, a causa dell'assolutezza delle posizioni, estreme, da esse predicate, tanto nel senso di negare in radice la legittimità dell'uso selettivo della nullità, quanto nel senso di considerare legittima quell'azione senza alcuna limitazione.

L'intera decisione, invero, ruota tutta attorno alla valorizzazione del principio di buona fede, reputato il “criterio ordinante” al quale improntare la soluzione della questione. Sotto questo profilo, l'attenzione dei giudici si concentra, principalmente, sulle tesi intermedie testé esposte, pur precisando che la buona fede vada assunta come criterio non del tutto coincidente neppure con le illustrate declinazioni dell'*exceptio doli generalis* e dell'abuso del diritto.

Stante la delicatezza degli interessi in gioco, la soluzione oggi prospettata dalle Sezioni Unite si muove alla ricerca di un difficile punto di equilibrio tra le richiamate contrapposte esigenze. Sicché, la decisione, in prima battuta, ammette la possibilità, per l'investitore, di usare selettivamente la nullità, scegliendo gli ordini da caducare. Ma, nel contempo, i giudici chiariscono anche i presupposti e i li-

²⁴ Sul tema più generale dell'abuso del diritto, si richiamano, tra i numerosi contributi: S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 166 ss.; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.; G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.; A. GAMBARO, *L'abuso del diritto di azione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 821 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 643 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., I, Torino, 1987, p. 4 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, p. 3 ss.; P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali di diritto civile*, 2, Napoli, 2004, p. 142 ss.; M. MESSINA, *Abuso del diritto*, Napoli, 2004; V. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. merito*, 2007, 12, p. 8 ss.; M. Pennasilico, *Abuso del diritto e regime dei rimedi*, in *Gazz. not.*, 2008, p. 437 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 993 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 168 ss.; AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2010, I, p. 15 ss.; R. Sacco, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012; M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 467 ss.; G. ALPA, *Appunti sul divieto di abuso del diritto in ambito comunitario e i suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 145 ss. In giurisprudenza, si vedano: Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, p. 1263 ss.; Cass., 15 luglio 2000, n. 9321, in *Rep. Giur. it.*, 2000, voce “Contratti bancari”, p. 92 ss.; Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1845 ss.; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, p. 85 ss.; in *Obbl. e contr.*, 2012, 4, p. 245 ss., con nota di F. ADDIS, *Sull'exkursus giurisprudenziale del “caso Renault”*; in *Giur. comm.*, 2012, V, p. 834 ss., con nota di L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*; in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 354 ss., con nota di A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*; in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss., con nota di M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto*; Cass., 31 maggio 2010, n. 13208, in *Giur. it.*, 2011, 4, con nota di P. RESCIGNO, *Un nuovo caso di abuso del diritto*; Cass., 7 maggio 2013, n. 10568, in *Giust. civ. mass.*, 2013; Cass., 24 agosto 2016, n. 1729, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, I, p. 24 ss., con nota di F. SCAGLIONE, *L'abuso del diritto tra buona fede in executivis e causa del contratto*; Cass., 12 dicembre 2017, n. 29792, in *www.dirittobancario.it*; Cass., 15 giugno 2018, n. 15885, in *Riv. giur. del lav. e della prev. soc.*, 2018, 4, p. 490 ss., con nota di E. ERARIO BOCCAFURNI, *Il trasferimento dei lavoratori e l'abuso del diritto*.

²⁵ Cfr. Cass., 7 maggio 2013, n. 10568, cit.; Cass., 15 giugno 2018, n. 15885, cit..

miti operativi del rimedio, premurandosi di riconoscere all'intermediario uno strumento di tutela processuale, nel caso in cui la selezione degli effetti della nullità operata dall'investitore determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno.

Giova, dunque, approfondire quali siano gli argomenti addotti dalle Sezioni Unite a sostegno di questa posizione.

3.1.(segue) Primo argomento: lo statuto delle nullità con funzione protettiva.

La decisione in commento ci sembra di particolare interesse non solo per la soluzione fornita rispetto alla questione specifica che ne costituisce l'oggetto, ma anche per le importanti riflessioni che suggerisce circa l'evoluzione dello statuto della nullità. A sostegno della legittimità dell'uso selettivo del rimedio, le Sezioni Unite pongono, infatti, un primo argomento di sistema, relativo all'analisi delle peculiarità delle nullità di protezione²⁶.

Non vi è dubbio che la nullità del contratto di intermediazione finanziaria per mancanza di forma

²⁶ Con riferimento al rimedio della nullità di protezione, la letteratura che lo studia è amplissima: G.B. FERRI, *Nullità parziale e clausole vessatorie*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, I, p. 1 ss.; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; G. DE NOVA, *Nullità relativa, nullità parziale e clausole vessatorie non specificamente approvate per iscritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, II, p. 482 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 685 ss.; G. FILANTI, *Nullità (nullità speciali)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2004; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 459 ss.; F. DI MARZIO, *Nullità di protezione, codice del consumo e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. contr. Roppo*, IV, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, p. 155 ss.; V. MELE, *La nullità di protezione*, in G. Vettori (a cura di), *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino, 2007; M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 73 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contr.*, 2009, 7, 732 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; I. Prisco, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012; A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012; A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e massimo effetto utile per il consumatore: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*, in *Contr.*, 2013, 1, 16 ss.; R. ALESSI, *«Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2014, 4, p. 1141 ss.; S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime incomprensioni interpretative*, in *Pers. e merc.*, 2015, 2, p. 216 ss..

scritta ex art. 23 sia una nullità con funzione protettiva. Si tratta di una tipica ipotesi di c.d. neoformalismo negoziale²⁷, cioè di una prescrizione sulla forma del contratto funzionale ad assicurare la trasparenza di un rapporto contrattuale strutturalmente asimmetrico, in vista della protezione dell'investitore. Ne consegue che la nullità del contratto per violazione del requisito di forma-trasparenza è una reazione «che non può assumere i contorni regolamentari degli artt. 1418 ss. c.c., dovendo più esattamente rivolgersi alla protezione del consumatore che è il solo soggetto legittimato a farne uso»²⁸.

Senonché, l'art. 23 t.u.f. è muto circa i profili di disciplina di questa nullità speciale, limitandosi a prevedere che il contratto privo di forma scritta è nullo (comma 1) e che «la nullità può essere fatta valere solo dal cliente» (comma 3), cioè la legittimazione all'azione è riservata solo a quest'ultimo, trattandosi di rimedio predisposto a sua specifica ed esclusiva protezione. Niente, invece, viene previsto quanto alla rilevanza d'ufficio o alla operatività «a

²⁷ Il tema del c.d. neoformalismo negoziale e del rapporto con la prescrizione formale del codice civile è oggetto di numerosi studi di dottrina, tra cui si ricordano: M. GIORGIANNI, *Forma degli atti* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 994 ss.; G.B. Ferri, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quad.*, 1987, p. 327 ss.; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; R. AMAGLIANI, *Profili della forma della nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; A.M. SINISCALCHI, *Profili della nullità formale*, Milano, 2000; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 396 ss.; M. MESSINA, *«Libertà di forma» e nuove forme negoziali*, Torino, 2004; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; ID., voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, V, Milano, 2012, p. 772 ss.; L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità*, in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 451 ss.; F. ADDIS, *«Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole*, in M. Pennasilico (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli, 2012; S. POLIDORI, *Forme legali poste a protezione dei consumatori: funzioni e discipline*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 119 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *La forma de contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013; G. TARANTINO, *Forma dei contratti e tutela degli interessi dei contraenti*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, p. 858 ss.; P. GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di «protezione» e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1463 ss..

²⁸ Così G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Milano, 2017, p. 367, il quale precisa che il vincolo formale, nell'ambito dei contratti asimmetrici, risulta molto più pervasivo rispetto a quello previsto nell'impianto codicistico, in quanto investe, volta a volta, la determinazione di un contenuto minimo essenziale, quasi sempre di natura informativa, diretto a condizionare il valido perfezionamento del contratto, così da assicurare al contraente debole di ricostruire agevolmente i suoi contenuti.



vantaggio” del rimedio, differentemente dal dettato dell'art. 36 cod. cons.²⁹. Da qui, la connessa difficoltà di strutturare in termini unitari la figura della nullità speciale, in quanto non sempre tutti i requisiti di disciplina previsti dall'art. 36 cod. cons. ricorrono nelle altre ipotesi di nullità con funzione protettiva³⁰.

Per risolvere il problema della definizione dello statuto delle nullità speciali, oggi, non è più possibile prescindere dalle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali sul tema. In particolare, le Sezioni Unite, nella sentenza in esame, affermano un primo punto fermo: il testo dell'art. 23 t.u.f. deve essere letto e interpretato in modo costituzionalmente orientato e coerentemente con i principi del diritto comunitario, così da non escluderne né il rilievo d'ufficio, né l'operatività a vantaggio esclusivo del cliente. Ciò nella convinzione che i citati profili di disciplina, pur non essendo espressamente previsti dal testo dell'art. 23 t.u.f., siano da considerarsi propri di tutte le ipotesi di nullità con funzione protettiva, per effetto dei principi enunciati dal precedente a Sezioni Unite del 2014³¹.

Se quanto esposto trova, oramai, pacifico accoglimento presso gli interpreti, lo stesso discorso non vale per l'altro profilo di disciplina contemplato dall'art. 36 cod. cons.. I giudici prendono atto che la parzialità necessaria pone ben diversi problemi di adattamento rispetto a una fattispecie come quella dell'art. 23 t.u.f., in cui si predica una nullità che

coinvolge l'intero regolamento contrattuale, non singole parti o clausole. Da qui, il conseguente problema di come conciliare la “vocazione funzionale alla correzione parziale del contratto”³² con l'attitudine delle nullità formali a travolgere l'intero regolamento. Anzi, secondo le Sezioni Unite, è proprio “questo ampliamento dell'ambito di applicazione delle nullità di protezione a costituire il nucleo problematico della questione”³³.

A ciò si aggiunga che la nullità in esame riguarda fattispecie in cui l'impegno contrattuale assume una “conformazione bifasica” (contratto quadro a cui seguono singoli ordini di investimento)³⁴, la

³² Così Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28413, cit., paragrafo n. 15.2.

³³ Così sempre Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28413, cit., paragrafo n. 15.2.

³⁴ Il contratto quadro e i singoli ordini di investimento rappresentano le parti di una operazione negoziale complessa, strutturata su più livelli e destinata a svolgersi in varie fasi consecutive. All'interno di questa costruzione, il contratto quadro è, in parte, assimilabile a un contratto c.d. normativo, in quanto atto in cui vengono dettate le regole di disciplina dell'intero rapporto di intermediazione finanziaria. Da questo schema, tuttavia, si allontana perché presenta anche profili obbligatori, normalmente estranei al contratto normativo, essendo fonte dell'obbligo per l'intermediario di dare esecuzione ai successivi ordini di investimento. Per questo motivo, taluni preferiscono inquadrare la fattispecie nello schema del contratto di mandato. Mentre i singoli ordini di investimento impartiti dall'investitore, a nostro avviso, costituirebbero veri e propri negozi giuridici aventi carattere non meramente esecutivo del contratto a monte, bensì dotati di un contenuto imprescindibile volto a specificare e concretizzare i diritti e gli obblighi reciprocamente assunti dalle parti in via generale con la stipulazione del contratto a monte. La ricostruzione dei rapporti tra tali negozi è, dunque, molto discussa. Per la teoria del rapporto di mandato, si vedano: F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1 ss.; ID., *Il contratto di intermediazione finanziaria*, in *Le nuove regole del mercato finanziario*, Padova, 2009, p. 235 ss.; R. PALMIERI, *Responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione e protezione dell'investitore non professionale*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 517 ss. In giurisprudenza, la tesi è accolta da: Trib. Catania, 21 ottobre 2005; Trib. Firenze, 29 maggio 2006; Trib. Parma 21 marzo 2007, tutte reperibili in www.ilcaso.it. Per la teoria del contratto normativo, si vedano: V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 627 ss.; A. LUMINOSO, *Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, p. 1426 ss.; A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, 4, p. 396 ss.; V. SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e nullità sopravvenuta*, in *Contr.*, 2008, 7, p. 661 ss.; G. D'ALFONSO, *Violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari: la tutela del risparmiatore tra rimedi restitutori e risarcitori*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 12 ss.; I DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, p. 161 ss.. In giurisprudenza la tesi è stata accolta da: Cass., 9 gennaio 2004, n. 111, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 1 ss.; Cass., 20 dicembre 2005, n. 28260, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 12 ss.; Cass., 29 gennaio 2009, n. 3773, in *Danno e resp.*, 2009, p. 503 ss.. Per una ricostruzione

²⁹ Cfr. A. FICI, sub art. 36, in E. Gabrielli (a cura di), *Commentario al codice del consumo*, Torino, 2011; S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, 2, p. 407 ss.; P. Sirena, *La disciplina delle clausole contrattuali abusive nell'interpretazione della giurisprudenza e dell'arbitro bancario finanziario (ABF)*, in *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, a cura di A. Bellelli, L. Mezzasoma, F. Rizzo, Napoli, 2014; L. VALLE, *La vessatorietà delle clausole, oltre la nullità parziale*, in *Contr. e impr./Europa*, 2014, 1, p. 100 ss..

³⁰ Non sempre, infatti, tutte le norme sono chiare nel senso di contemplare espressamente o la legittimazione relativa o il potere officioso del giudice o l'operatività a vantaggio di un contraente. Si pensi a fattispecie quali l'art. 67 *septiesdecies*, comma 5, cod. cons.; l'art. 23, comma 3, e l'art. 30., l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 122/2005. Altre volte, addirittura, il legislatore sembra lasciare all'interprete la scelta in ordine al profilo della legittimazione e al potere di rilevazione giudiziale, non prevedendo alcunché su entrambi, come nell'art. 7, comma 2, d.lgs. n. 231/2002. Cfr. R. ALESSI, *Clausole vessatorie, nullità di protezione e poteri del giudice: alcuni punti fermi dopo le sentenze Jörös e Asbeek Brusse*, in *Jus civile*, 2013, 7, p. 388 ss..

³¹ Si legge nella sentenza Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242-26243, cit.: «La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua di indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia, come una “species” del più ampio “genus” rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi e valori fondamentali - quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.) - trascendono quelli del singolo».

quale influenza, inevitabilmente, il suo regime applicativo. D'altra parte, benché il vincolo formale prescritto dall'art. 23 t.u.f. riguardi solo il contratto quadro, salva diversa disposizione contrattuale voluta dalle parti, in quanto è nel contratto quadro che "si cristallizzano gli obblighi dell'intermediario che il legislatore ha inteso rendere trasparenti"³⁵, è vero anche che gli ordini di investimento, in tanto hanno un significato, in quanto, a monte, vi sia un contratto valido ed efficace.

Ebbene, il nodo problematico in esame viene risolto dalle Sezioni Unite proprio ragionando su un concetto nuovo e diverso, quello di selettività, appunto. Il profilo della parzialità necessaria, carente nelle ipotesi di nullità formale, sembrerebbe superato dal modulo operativo della selettività, ossia dalla selezione degli effetti della nullità del contratto quadro rispetto agli ordini a valle, che concorrono a comporre questa fattispecie negoziale complessa.

3.2.(segue) Secondo argomento: la valorizzazione del principio di buona fede.

Una volta chiarita la *ratio* della nullità formale dell'art. 23 t.u.f. e il collegamento tra protezione e selettività del rimedio, le Sezioni Unite enunciano il suo stretto legame con il principio di buona fede³⁶.

analitica delle varie posizioni sul tema, sia consentito rinviare a C. SARTORIS, *Vincolo di forma unilaterale: punti fermi e nuove questioni*, in *Pers. e merc.*, 2019, 1, p. 8 ss..

³⁵ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28413, cit., paragrafo 15.2. Secondo i giudici, è per i contratti bancari e per i contratti di investimento che si pone in concreto l'interrogativo della legittimità e della liceità dello strumento della nullità selettiva. In particolare, è la conformazione bifasica dell'impegno negoziale assunto dalle parti a determinare l'insorgenza delle criticità applicative del regime della nullità di protezione.

³⁶ Gli studi sulla rilevanza e la centralità della clausola di buona fede in materia contrattuale sono innumerevoli. Si vedano, in particolare: S. RODOTÀ, *Condizioni generali di contratto, buona fede e poteri del giudice*, in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole* (Atti della Tavola Rotonda svoltasi a Catania il 17-18 maggio 1969), Milano, 1970; U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. civ.*, II, Torino, 1988; V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 ss.; S. WHITTAKER, R. ZIMMERMAN, (a cura di), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 1, p. 541 ss.; G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eu. dir. priv.*, 2002, 4, p. 924 ss.; ID., *L'interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 683 ss.; M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002; ID., *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006; AA.VV., *Il ruolo*

Secondo i giudici, non vi è dubbio che la buona fede, così come sostenuta dai principi solidaristici di matrice costituzionale, operi in relazione agli interessi dell'investitore³⁷. Tanto avviene sia mediante la predeterminazione legislativa delle fattispecie di nullità di protezione, predisposte a suo esclusivo vantaggio, e in funzione di riequilibrio generale e astratto delle condizioni negoziali garantite; sia mediante la costruzione di un sistema di obblighi informativi a carico dell'intermediario finanziario.

Tuttavia, non si deve credere che gli obblighi integrativi derivanti dalla buona fede vincolino solamente il contraente professionista. Piuttosto, nella prospettiva patrocinata dalle Sezioni Unite, è necessario garantire un'applicazione "trasversale" di questa clausola generale, anche nei contratti, come quelli in esame, "caratterizzati da uno statuto di norme non derogabili dall'autonomia contrattuale", volte a proteggere il contraente in posizione di strutturale squilibrio rispetto all'altro.

Ciò significa ipotizzare «un obbligo di lealtà dell'investitore in funzione di garanzia per l'intermediario che abbia correttamente assunto le informazioni necessarie a determinare il profilo soggettivo del cliente al fine di conformare gli investimenti

della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in M. Bessone (a cura di), in *Trattato di diritto privato*, vol. XIII, tomo IV, Torino, 2004; E. NAVARRETTA, *Buona fede e meritevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eu. dir. priv.*, 2012, 4, p. 974 ss.; G. FACCI, *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 2012, 6, p. 1415 ss.; G. VILLANACCI, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contr. e impr.*, 2013, 4-5, p. 917 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.

³⁷ È stato autorevolmente osservato che la fattispecie della nullità di protezione è «intrinsecamente rivolta a realizzare uno specifico e puntuale obiettivo di solidarietà sociale: propriamente intendendo sbilanciare, così, la disciplina normativa di un rapporto-tipo a favore di una determinata categoria di soggetti», ai sensi dell'art. 2 Cost., a cui si aggiunge, quale fondamento costituzionale, nel caso di investimenti in prodotti finanziari, l'art. 47 Cost. Così A. DOLMETTA, "Exceptio doli generalis", cit., p. 189. A riguardo, A. VALITUTTI, *Nullità selettiva*, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno "Questioni di diritto civile all'esame delle Sezioni Unite. Il contratto di intermediazione finanziaria privo di forma scritta: nullità selettiva o abuso del diritto?", (organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura e svoltosi presso la Corte Suprema di Cassazione il 13 febbraio 2019), p. 8, aggiunge che «il criterio normativo della "operatività a vantaggio", che fonda e distingue la natura protettiva della struttura rimediabile, fa, dunque, assurgere il vantaggio concreto del contraente protetto al livello di presupposto legale di attivazione della tutela in giudizio. Per il che il rapporto tra nullità e tutela viene ad atteggiarsi in *subiecta materia* in un modo del tutto peculiare, in conseguenza della particolare conformazione della nullità in parola».





alle sue caratteristiche, alle sue capacità economiche e alla sua propensione al rischio»³⁸.

La configurazione di tale obbligo di lealtà dell'investitore implica, dunque, due corollari applicativi. Innanzitutto, la nullità di protezione dell'art. 23 t.u.f. può essere fatta valere solo dal contraente da proteggere e deve operare a suo vantaggio, così come può/deve essere rilevata d'ufficio dal giudice. Secondariamente, la nullità può essere usata finanche in modo selettivo da parte dell'investitore, ma la sua operatività non può mai essere arbitraria; tutto al contrario, «deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente»³⁹.

³⁸ Così Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., paragrafo 16. È pacifico che l'intero sistema delle relazioni interprivatistiche risulti ispirato al principio costituzionale di solidarietà sociale, di cui la buona fede costituisce specificazione. In particolare, la solidarietà sociale può essere considerata «una regola di chiusura nella misura in cui garantisce da un lato la realizzazione completa dell'operazione economica perseguita dalle parti e dall'altro l'allineamento del regolamento contrattuale alle finalità d'ordine sociale perseguite dall'ordinamento» (cfr. F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, vol. III, *Obbligazioni e responsabilità*, Milano 2004, p. 7-8). Nel quadro del principio di solidarietà, dunque, la buona fede svolge una duplice funzione: è un criterio di integrazione del contratto e, nel contempo, è un limite per le pretese delle parti contraenti. È altrettanto pacifico che, di regola, la buona fede operi in una duplice direzione, cioè vincoli sia il creditore, affinché non abusi del suo diritto, sia il debitore, affinché adempia la prestazione assunta e salvaguardi gli interessi della controparte. Tanto è vero che anche nelle obbligazioni con prestazioni a carico di una sola parte ex art. 1333 c.c., benché il vincolo prestazionale gravi su una sola delle parti, gli obblighi di correttezza comportamentale si rivolgono sempre a entrambe. Cfr. G. ALPA, *Pretese creditorie e normativa di correttezza*, in *Riv. dir. comm.*, 1971, II, p. 288 ss.; E. DELL'AQUILA, *La correttezza nel diritto privato*, Milano, 1980, p. 67 ss.; M. CANTILLO, *Le obbligazioni*, I, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, diretto da W. Bigavi, Torino, 1992, p. 219 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. IV, Milano, 1994, p. 87 ss.; F. CARINGELLA, *Studi di diritto civile*, cit., p. 8 ss.; L'aspetto rilevante della odierna riflessione delle Sezioni Unite in commento consiste nell'aver chiarito che il carattere bilaterale del dovere di correttezza e buona fede non trova attenuazione neppure nell'ambito di rapporti strutturalmente asimmetrici, come quelli tra intermediario finanziario e investitore. Anche il comportamento di quest'ultimo, dunque, nel momento in cui propone l'azione processuale spettantigli e prevista a suo specifico vantaggio, è obbligato a tenere comportamenti solidaristici che precludano un uso distortivo del rimedio.

³⁹ Così Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., paragrafo 22.2. Sulla funzione integrativa e correttiva della buona fede in materia di obbligazioni e contratti, cfr.: S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, p. 184 ss.; G. ALPA, *Pretese creditorie e normativa di correttezza*, cit., p. 279 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, Milano, 1974, p. 38 ss.; C.M. BIANCA, *La buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 205 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, cit., p. 154 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, in *Comm. Schelesinger*, Milano, 1999, p. 165 ss..

Così ragionando, le Sezioni Unite affermano chiaramente che l'uso selettivo della nullità del contratto quadro non contrasta, in via generale, con lo statuto delle nullità di protezione, ma anzi è connotato a quest'ultimo; anche perché, ove la selettività venisse stigmatizzata in sé come sempre contraria a buona fede, si determinerebbe un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione. Questa considerazione ci pare meritevole di essere segnalata: essa chiarisce l'astratta misura di compatibilità tra selettività e azione di nullità, nella convinzione che la prima costituisca un profilo di disciplina intrinsecamente legato alla *ratio* protettiva della seconda, ogniqualvolta il rimedio non possa operare secondo il canone della parzialità necessaria. Ma le Sezioni Unite non si fermano a tale valutazione di compatibilità e precisano che la legittimità dell'uso selettivo del rimedio esige una costante verifica circa il rispetto del canone della buona fede, quale fondamento ultimo e, nel contempo, limite al suo esercizio.

3.3.(segue) La nullità selettiva tra protezione e buona fede.

La soluzione prospettata dalle Sezioni Unite muove, dunque, dall'analisi della *ratio* della nullità formale e dal suo fondamento costituzionale nel principio di solidarietà sociale.

Giova precisare, tuttavia, che, secondo le Sezioni Unite, la buona fede, in questa materia, non va interpretata in senso meramente soggettivo, cioè non implica il solo riscontro dell'intento dolosamente preordinato a determinare effetti pregiudizievoli per la controparte. Tutto al contrario, «al fine di modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio effettivo delle parti contrattuali di fronte all'uso selettivo delle nullità di protezione, è necessario anche (...)» compiere una indagine di stampo prettamente oggettivo⁴⁰. Si impone, cioè, «un esame degli investimenti complessivamente eseguiti» dalle parti del rapporto contrattuale. Le Sezioni Unite indicano anche come vada condotto tale esame: si tratta di effettuare una comparazione tra gli investimenti oggetto dell'azione di nullità derivante dal vizio di forma del contratto quadro e gli investimenti esclusi dalla domanda giudiziaria. Solo per tale via sarebbe possibile riscontrare se permanga o meno un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionario.

All'esito dell'illustrato esame, dunque, possono darsi due situazioni diverse.

⁴⁰ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., paragrafo 22.3.

Se gli ordini non colpiti dall'azione di nullità selettiva hanno prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*, si versa in un'ipotesi di arbitrario esercizio del rimedio in forma selettiva, non giustificato alla luce del principio di buona fede. Se, al contrario, gli ordini non colpiti dall'azione di nullità selettiva hanno prodotto risultati positivi, ma inferiori all'entità del pregiudizio determinato nel *petitum*, allora, entro il limite del pregiudizio subito dall'investitore, l'azione non contrasta con la buona fede.

In questa prospettiva, il problema dell'uso selettivo della nullità ha ragione di porsi solamente nella prima ipotesi, perché è in quel solo caso che la peculiare modalità di esercizio del rimedio determina un sacrificio economico sproporzionato a carico dell'intermediario. Tale situazione non è tollerata dall'ordinamento, contrastando con i principi costituzionali di solidarietà e di uguaglianza sostanziale. Sicché, la diretta operatività di questi ultimi esige, per il tramite della buona fede in materia contrattuale, che la nullità di protezione operi «anche in funzione di riequilibrio endocontrattuale»⁴¹.

Lo strumento processuale concretamente idoneo a ripristinare l'equilibrio è rappresentato, secondo le Sezioni Unite, dall'*exceptio doli generalis*⁴². Viene, dunque, in considerazione una figura già patrocinata da taluni orientamenti giurisprudenziali, come visto in precedenza, benché ora venga chiamata a operare in un orizzonte interpretativo affatto diverso. Limitatamente all'ipotesi da ultimo descritta, l'intermediario può opporre un'eccezione – oggetto di specifica allegazione – diretta a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva. In particolare, quando il *petitum* è pari o inferiore ai vantaggi conseguiti dall'investitore, l'effetto impeditivo

dell'eccezione è integrale, mentre quando i vantaggi sono di esito inferiore al pregiudizio determinato dal *petitum*, l'effetto impeditivo è solamente parziale.

Così statuendo, le Sezioni Unite escludono che l'intermediario possa avvalersi degli effetti processuali e sostanziali diretti dell'azione di nullità selettiva, essendogli è preclusa la possibilità di agire in via riconvenzionale o autonoma per ottenere le restituzioni di cui agli artt. 1422 e 2033 cc... Il rimedio, infatti, opera solo a favore dell'investitore. Nel contempo, tuttavia, gli stessi principi costituzionali sottesi al regime protettivo della nullità impongono di riequilibrare il rapporto, laddove l'esercizio arbitrario del rimedio, da parte dell'investitore, realizzi uno squilibrio al contrario, non giustificato dall'ordinamento.

4. Primi spunti di riflessione.

Innumerevoli sono gli spunti di riflessione offerti dalla sentenza in commento, a partire dalla ribadita centralità del ruolo della buona fede in materia contrattuale, nonché dallo stretto legame tra la stessa e il peculiare statuto della nullità di protezione. Ma soprattutto ci preme segnalare la soluzione offerta alla questione della legittimità dell'uso selettivo della nullità e il suo possibile impatto sull'evoluzione dell'istituto.

A questo riguardo, ci sembra possibile svolgere due ordini di considerazioni.

La prima considerazione concerne una riflessione sullo stato dell'arte del rimedio della nullità. Le Sezioni Unite chiariscono che la selettività, lungi dal concretare, necessariamente, un'ipotesi di abuso del diritto o di comportamento di mala fede, rappresenta un connotato strutturale delle nullità di protezione e, in particolare, di quelle fattispecie in cui la nullità non è graduabile in forma parziale, ma opera come invalidità totale del contratto⁴³. È l'esigenza di assicurare un'adeguata ed effettiva protezione all'investitore che giustifica, in questi casi, il particolare atteggiarsi del rimedio, nella consapevolezza che, diversamente ragionando, non sarebbe possibile garantire la conservazione dell'operazione negoziale complessa nelle parti in cui questa non gli abbia arrecato un pregiudizio.

⁴¹ Cfr. Cass., Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit., par. n. 23.

⁴² Già prima della pronuncia della sentenza in commento, era stato autorevolmente osservato che «la mera invocazione di effetti selettivi da parte del cliente non può giustificare di per sé – pena lo svuotamento e la vanificazione della nullità di protezione e della connessa tutela giurisdizionale (...) - la proposizione da parte dell'intermediario dell'*exceptio doli generalis*». Questo, tuttavia, non significa che vi sia una tutela incompatibilità tra tale eccezione e la nullità di protezione: «a siffatta conclusione potrebbe, invero, pervenirsi solo postulando che la disciplina in discorso comporti l'esenzione del cliente dalla soggezione ai canoni della buona fede e della correttezza (...). il che certamente non è, atteso che il *proprium* dogmatico della struttura normativa di protezione non è certo esonerare il cliente dal controllo della conformità del suo agire, alla stregua di una regola del rapporto tra privati – applicabile a entrambe le parti del rapporto – assiologicamente collocata ai livelli apicali dell'ordinamento (art. 2 Cost.), ma piuttosto quello di consentire un'applicazione in concreto della clausola di buona fede coerente con l'indicazione normativa proveniente dalle norme conformative dello statuto delle nullità protettive». Così A. VALITUTTI, *Nullità selettiva*, cit., p. 9 ss.

⁴³ Cfr. U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive"*. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, cit., p. 828, il quale ha osservato che è solo «la nullità di protezione, e non altre, che rende la dinamica selettiva anche solo astrattamente ipotizzabile». Ancora, l'A. osserva che la selettività «propone una dinamica effettuale pienamente coerente con lo statuto che connota il paradigma legale della nullità protettiva».





Sotto questo profilo, ci sembra di poter sostenere che la selettività sia inquadrabile come un corollario della relatività della nullità: proprio perché il rimedio è attivabile solo su istanza dell'investitore - e, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, opera, anche implicitamente, a suo vantaggio - quest'ultimo si vede riconosciuto, altresì, il potere di direzionarne gli effetti a singole porzioni dell'operazione negoziale. Solo in questo modo si garantisce che l'operatività del rimedio concretizzi una tutela effettiva per l'investitore; il quale, altrimenti, stretto nell'alternativa tra subire la nullità totale del contratto quadro e, a cascata, dei singoli ordini, oppure, rimanere vincolato a un rapporto pregiudizievole, finirebbe per essere dissuaso dal far valere le tutele spettantigli.

L'analisi dell'argomento funzionale prospettato dai giudici evidenzia, inoltre, la necessità, per gli studiosi, di interrogarsi sul problema (di sistema) del corretto inquadramento della disciplina della nullità di protezione. A riguardo, due sono gli aspetti meritevoli di essere indagati, secondo le indicazioni della Suprema Corte: da un lato, occorre definire l'ambito effettivo della deroga ai principi generali sul regime dell'invalidità dei contratti; dall'altro lato, occorre verificare se possa configurarsi una disciplina generale comune a tutte le nullità di protezione o se possano coesistere differenziate forme di nullità protettive, ciascuna dotata di un proprio statuto giuridico autonomo, anche in relazione all'esercizio selettivo dell'azione di nullità.

In particolare, sotto quest'ultimo profilo, ci pare necessario avviare una riflessione circa la possibilità che sia il modulo selettivo a segnare un vero e proprio *discrimen* tra le varie fattispecie di nullità. La domanda da porsi, a questo punto, è se la selettività operi per le sole ipotesi di nullità protettive, ma necessariamente totali (come quelle per difetto di forma); ovvero se essa sia ipotizzabile anche rispetto alle nullità necessariamente parziali, in quanto relative a singole clausole del regolamento contrattuale⁴⁴.

⁴⁴ Altrove, ci si è chiesti, infatti, se costituisca una forma di uso selettivo della nullità ammissibile la possibilità di selezionare la nullità di singole fattispecie di una medesima clausola abusiva dal contenuto complesso. Sia consentito rinviare a quanto analizzato altrove: C. SARTORIS, *Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri di giudice nella sentenza Bankia S.A. della Corte di Giustizia*, in *Pers. e merc.*, 2019, 3, p. 9 ss., dove si osservava che la richiesta della banca-mutuante di dichiarare solo parzialmente abusiva la clausola di risoluzione anticipata del mutuo sembra configurare una forma di selezione degli effetti del rimedio. Per tale via, non solo il contratto continuerebbe a conservare la sua validità, ma anche la singola clausola contestata potrebbe sopravvivere nel suo complesso, una volta espunta la singola proposizione abusiva. In quella occasione, tuttavia, ci sembrava che una richiesta del genere fosse da rigettare non tanto per l'illegittimità in sé del modulo della selettività,

La delicatezza del tema è evidente. A seconda delle risposte che si riterrà di dare a tali questioni, muterà sensibilmente il modo di ricostruire l'istituto della nullità.

La seconda considerazione da svolgere riguarda la definizione dei limiti all'ambito di operatività del modulo della selettività. A riguardo, l'aspetto che ci pare più interessante evidenziare non è soltanto quello di aver individuato nella buona fede in senso oggettivo lo spazio di azione del rimedio. Più ancora, ci sembra che l'attenzione vada posta sul fatto che la *ratio* protettiva del rimedio finisce per conformare anche il ruolo della buona fede. Nonostante il rapporto contrattuale in esame sia strutturalmente asimmetrico, l'obbligo di correttezza si impone a carico di entrambe le parti; così come al professionista è precluso abusare della propria libertà (e forza) contrattuale, allo stesso modo l'investitore deve esercitare l'azione a sua protezione in modo leale e rispettoso dell'altrui affidamento.

Non solo, ma la *ratio* protettiva del rimedio conforma anche i limiti alla operatività del modulo selettivo. Chiarita la possibilità, per l'intermediario, di tutelarsi con l'*exceptio doli generalis*, ne va evidenziato il ridotto ambito di applicazione. Come è stato acutamente osservato, «*il diritto di selezionare le nullità – in conformità alla disciplina della nullità di protezione, ma anche alla stregua dell'interesse ad agire, ai sensi degli artt. 99 e 100 cod. proc. Civ. - non disattiva l'eccezione di dolo generale, ma ne restringe i presupposti applicativi, in conformità al principio di inopponibilità di eccezioni se non in presenza dell'agire in malafede del soggetto nei cui confronti l'eccezione è proposta (...)*⁴⁵». Con l'ulteriore precisazione che non basta la buona fede in senso soggettivo per attivare la reazione processuale dell'intermediario, ma occorre il riscontro, all'esito di una ponderazione tra costi e benefici, di un effettivo margine di profitto per l'investitore, superiore

ta, quanto piuttosto perché essa proveniva da soggetto diverso da quello protetto dalla Direttiva 1993/13/CE. La Corte di Giustizia, invece, fondava il rigetto della questione sulla ritenuta illegittimità di forme di "rimodellamento" del contenuto del regolamento contrattuale mediante tecniche di graduazione della efficacia del rimedio, con ciò, tuttavia, contraddicendo quanto affermato successivamente, circa la possibilità di modificare il contratto da cui sia stata espunta una clausola abusiva essenziale attraverso l'integrazione della lacuna con una regola legale di diritto dispositivo (Corte di Giustizia, Grande Sezione, 26 marzo 2019, cause riunite C-70/17 e C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria S.A./Bankia S.A.*, in www.curia.europa.eu; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 424 ss, con nota di A. IULIANI, *L'abusività delle clausole di risoluzione anticipata nel quadro dell'armonizzazione giudiziale del diritto europeo*). In tema, si veda anche: S. PAGLIANTINI, *Post-vessatorietà ed integrazione del contratto nel decalogo della CGUE*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 3, p. 561 ss.

⁴⁵ Così A. VALITUTTI, *Nullità selettiva*, cit., p. 9-10.

al pregiudizio lamentato nel *petitum* della domanda giudiziale.

