

LA NULLITÀ SELETTIVA TRA VANTAGGIO DEL CLIENTE E PARALISI DELLE RESTITUZIONI

Di Daniele Imbruglia

| 3

SOMMARIO: 1. Crisi della fattispecie e giurisprudenza creativa. 2. Il problema 3. L'ambaradan delle domande e delle eccezioni 4. La nullità protettiva e i poteri delle parti 5. L'esercizio dell'azione di nullità selettiva 6. La regola iuris: vantaggio economico e paralisi dell'effetto restitutorio 7. Conclusioni

ABSTRACT. L'articolo esamina la decisione delle Sezioni Unite n. 28314 del 4 novembre 2019, in tema di nullità del contratto ed esercizio dei rimedi da parte dell'investitore.

This article examines the decision no 28314 of 4.11.2019 of the Italian Supreme Court of Cassation, regarding void contracts and the exercise of remedies available to the customer.



1. Crisi della fattispecie e giurisprudenza creativa.

Da qualche tempo, con l'espressione "crisi della fattispecie", la migliore scienza giuridica discute la perdita e il superamento di quella tecnica normativa che ha per obiettivo la produzione di un diritto scritto che sia chiaro, completo e, quindi, idoneo a consentirne un'applicazione meccanica da parte del giudice (*optima est lex quae minimum relinquit arbitrio iudicis*)¹. Tra i fattori di quest'abbandono vi sono, anche, un'altra "crisi", quella della legislazione. Con sempre maggiore frequenza, infatti, il legislatore ordinario rende arduo, per non dire impossibile, l'applicazione meccanica dello schema normativo al fatto concreto, ad esempio, limitandosi ad affermare un certo contenuto e tacendone poi la definizione delle conseguenze per l'ipotesi di sua violazione². Tale silenzio e tale frammentarietà hanno l'effetto di aumentare lo spazio discrezionale e creativo degli interpreti, chiamati a decidere il caso³ ora risolvendo antinomie, ora colmando lacune e ora individuando essi stessi la regola di diritto⁴.

¹ Le ragioni di questo fenomeno sono numerose e la loro discussione esula da queste brevi note e dalla competenza di chi scrive. Per la sua comprensione è ineludibile la lettura dei saggi di N. IRTI (in particolare di *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 44; *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 687; *Un diritto incalcolabile*, in *ivi*, 2015, p. 11; *Un contratto «incalcolabile»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 17; *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. Soc.*, 2015, p. 801; oggi raccolti, insieme ad altri, in ID., *Il diritto incalcolabile*, Torino, 2016), nonché, per un diverso approccio, quella dei testi di S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 1033, di G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure di certezza*, in *ivi*, 2015, p. 1104, e di G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *ivi*, 2018, p. 939. Più di recente, la rivista *Ars Interpretandi* ha dedicato un intero numero (1/2019) alla discussione della crisi della fattispecie e autorevole dottrina ha descritto il "paesaggio" delle diverse opinioni attuali proprio ponendo l'attenzione su tale aspetto di logoramento del metodo tradizionale giuspotivista: A. GENTILI, *La scienza giuridica dei civilisti contemporanei*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2019, p. 39.

² M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 19.

³ D'altra parte, come si legge in N. IRTI, *Il diritto incalcolabile*, *op. cit.*, p. VIII-IX, "Insopprimibile è soltanto il momento del decidere. (...) Qualsiasi società – dalla tribù primitiva alla famiglia, dallo Stato alle comunità minori – ha bisogno di decisioni. La singola vicenda va comunque definita e chiusa nel passato: res giudicata, appunto, quale che siano i modi e i contenuti della decisione. Non ci si può attendere oltre. Possiamo immaginare (o paventare) una società, in cui non ci siano norme con rigide fattispecie, né si svolgano giudizi sussuntivi, e invece si realizzino 'valori' e 'clausole generali' e principi di giustizia materiale, ma non una società senza decisioni".

⁴ L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 6.

Tutto ciò si ripercuote, almeno in un primo momento, sul sistema a mo' di confusione e disordine ("ambaradan"). Ad esempio, all'inizio di questo secolo si discuteva la definizione delle conseguenze civilistiche per la violazione delle norme poste dal legislatore speciale a tutela dell'investitore e della stabilità del mercato finanziario. Nel silenzio del legislatore, le posizioni espresse dalla scienza e dalla giurisprudenza oscillavano tra quella favorevole a riconoscere al cliente la nullità del contratto per violazione di norma imperativa e quella invece che militava nel senso di una responsabilità per inadempiamento. In questo contesto di crisi della fattispecie, la tensione tra il silenzio del legislatore e "l'ambaradan dei rimedi" restituiva all'osservatore più attento la sensazione che il "cuore" del contratto – coincidente, per l'appunto, con i rimedi contrattuali – battesse "all'impazzata", obbedendo più "al criterio empirico del risultato sostanziale desiderato" che a un ordine prestabilito⁵. Orbene, proprio quella vicenda dimostra come capiti talvolta che, dopo questo primo momento "tumultuoso e irregolare", la giurisprudenza – grazie ad un'interpretazione "caratterizzata da rigore argomentativo e trasparenza"⁶ – riesca a riempire il vuoto lasciato dalla crisi della legislazione e affermi un ordine stabile e certo del "battito" del cuore del contratto. Ciò, infatti, avviene quando, come accaduto con le sentenze *Rordorf* del dicembre 2007⁷, essa individua una regola di decisione congrua rispetto al sistema⁸, ossia universalizzabile⁹.

⁵ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 898.

⁶ G. BENEDETTI, *Fattispecie e altre figure*, *op. cit.*, p. 1108.

⁷ Corte di Cassazione, Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 (in *Foro It.*, 2008, I, c. 784) e n. 26725 (in *Contratti*, 2008, p. 221). Le sentenze sono state ampiamente commentate: in luogo di tanti, V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 536 E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*, in *Foro it.*, 2008, I, c. 785; C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi e i rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 599; G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. contr.*, 2008, p. 104. Per comprendere l'importanza delle decisioni *Rordorf* dal punto di vista del diritto civile, è sufficiente confrontare l'attenzione che a essa attribuiscono G. D'AMICO, *Nullità non testuale* (voce), in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, 2011, p. 808 e G. VETTORI, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, pp. 774-775, o riportare quanto affermato da F. GALGANO, *Il contratto d'intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 1. per cui "la sentenza delle Sezioni unite assume una importanza che va oltre il tema specifico dell'intermediazione finanziaria; offre un contributo alla teoria generale del contratto".

⁸ Come noto, in uno con la distinzione "fortemente radicata nei principi del codice civile" tra illiceità dell'atto e illiceità del





La dinamica ora ripercorsa – di un contesto segnato dalla crisi della fattispecie, dall’ambaradan d’interpretazioni e dall’invocazione di rimedi secondo un “criterio empirico” che trova un proprio ordine in una decisione giurisprudenziale – torna alla mente con riferimento alla questione della c.d. nullità selettiva, ossia della determinazione degli effetti giuridici prodotti dall’esercizio da parte del cliente dell’azione di nullità in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli che derivi, tuttavia, dall’accertamento del difetto di forma del contratto quadro. Per un verso, si deve registrare come l’assenza di un’espressa indicazione legislativa rispetto al problema abbia comportato, anche in questo caso, una grande confusione circa gli esatti confini della domanda così azionata¹⁰. Per altro verso,

comportamento (sulla connessa distinzione tra regole di validità e regole di comportamento si vedano, S. ROMANO, *Buona fede (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 680-682; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 104; G. D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 43; sulla distinzione quanto alle conseguenze della violazione delle due diverse regole si vedano, invece, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1961, p. 28; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981 (rist.), p. 171; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa*, 1997, p. 9; N. IRTI, *Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell’atto*, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 2765), le Sezioni Unite del dicembre 2007, infatti, ricondussero le regole sull’intermediazione mobiliare nei termini di obblighi imperativi di comportamento integranti *ex lege* il contratto di intermediazione, riconoscendo all’investitore una azione, peraltro esperibile anche in ipotesi di contratto concluso, di responsabilità contro l’intermediario. Per l’affermazione della responsabilità quale forma di tutela contro la violazione delle regole di comportamento, si veda, in luogo di tanti, G. D’AMICO, *Regole*, cit., p. 56-57 e G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, p. 915. Per l’orientamento dottrinale che ammette il rimedio risarcitorio per le lesioni occorse nella fase delle trattative anche in presenza di un contratto valido, si vedano A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto: le fasi del procedimento*, Milano, 1966, p. 26; G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei contratti di distribuzione fra imprese. Diritto dei contratti e regole di concorrenza*, Milano, 1983, p. 113; G. FERRARINI, *Gestione fiduciaria, nuove forme di investimento, tutela degli investitori*, in *Banca borsa*, 1982, p. 240; ID., *Investment banking, prospetti falsi e culpa in contrahendo*, in *Giur. Comm.*, 1988, p. 585; E. MINERVINI, *Errore sulla convenienza economica del contratto e buona fede precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 943; M. MANTOVANI, *«Vizi incompleti» del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 135; R. SACCO – [G. De NOVA], *Il contratto*, in *Trattato dir. civ. Sacco*, Torino, 2016, p. 1199.

⁹ Su tali requisiti della decisione creativa si vedano L. MENGONI, *L’argomentazione*, op. cit., p. 12 e M. TARUFFO, *Legalità*, op. cit., p. 22 e p. 25.

¹⁰ Sulla questione si vedano, tra i tanti, D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010; 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, p. 2333; G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell’eserci-*

zio selettivo della nullità relativa, in *Banca borsa*, 2014, 612; S. PAGLIANTINI, *Usi (e abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, 679; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell’ordinanza di remissione alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa*, 2017, p. 828; C. SARTORIS, *Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza Bankia S.A. della Corte di Giustizia*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 9; D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contratti*, 2017, 393; ID., *Nullità selettive: la “particolare rilevanza” di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corriere giur.*, 2019, p.177.

zio selettivo della nullità relativa, in *Banca borsa*, 2014, 612; S. PAGLIANTINI, *Usi (e abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, 679; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell’ordinanza di remissione alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa*, 2017, p. 828; C. SARTORIS, *Clausola (abusiva) di risoluzione anticipata e poteri del giudice nella sentenza Bankia S.A. della Corte di Giustizia*, in *Pers. merc.*, 2019, p. 9; D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contratti*, 2017, 393; ID., *Nullità selettive: la “particolare rilevanza” di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corriere giur.*, 2019, p.177.

¹¹ Corte di Cassazione, ord., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Foro it.*, 2019, I, c. 980 con nota di S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*. L’ordinanza è stata ampiamente commentata: in particolare, si vedano le note di F. BICHIRI, *La nullità selettiva nei contratti di investimento - La questione alle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2019, 355; F. GRECO, *L’esercizio selettivo della nullità: tra protezione dell’investitore e «sfruttamento “opportunistico” della normativa di tutela»*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 152; D. MAFFEIS, *Nullità selettive*, op. cit., 177; G. PETTI, *L’esercizio selettivo dell’azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2019, 285; M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle sezioni unite*, in *Corriere giur.*, 2019, 173; C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l’investitore?*, in *Giur. It.*, 2019, 765; F. TONINI, *L’invalidità «selettiva» del contratto di investimento rimessa alle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 48. Come noto, la questione sollevata dall’ordinanza 23927/2018, cit., era stata già oggetto di altra ordinanza (Corte di Cassazione, Sez. I, ord. 17 maggio 2017, n. 12390, su cui, per tutti, U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, op. cit., p. 828), ma la discussione della questione era stata assorbita da quella sulla validità del contratto c.d. monofirma (Corte di Cassazione, Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Foro it.*, 2018, I, c. 937 con nota di C. MEDICI, *Contratti di investimento monofirma: l’avallo delle sezioni unite*; in *Contratti*, 2018, 133, con commenti di G. D’AMICO, *La «forma» del contratto-quadro ex art. 23 t.u.f. non è prescritta ad substantiam actus*, e di S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un’informazione materializzata? Le sezioni unite ed una interpretazione normalizzatrice dell’art. 23 t.u.f.*; in *Giur. it.*, 2018, 569 con nota di A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il «balletto» delle forme*.

¹² Corte di Cassazione, Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 23. Tra i primi commenti alla sentenza in esame, si vedano le osservazioni di D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell’investitore nel processo*, di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e “le nullità selettive” nell’ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica* (entrambe in www.dirittobancario.it, 2019), di R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d’investimento finanziario*,

te discute la decisione dei giudici di merito di estendere, su richiesta dell'intermediario, l'effetto di caducazione anche agli ordini di acquisto non impugnati dal cliente in citazione, perché produttivi di un rendimento per lui favorevole, e che, peraltro, ammontavano a un importo persino maggiore di quelli oggetto della sua domanda¹³.

6 Dopo avere posto in luce il problema (§2) e il variegato panorama di posizioni sul punto (§3), nonché, ovviamente, il contenuto della decisione (§4, §5, §6) già ampiamente discussa da altri, mi soffermerò sul passaggio che riconosce all'intermediario convenuto la facoltà di paralizzare

www.questionegiustizia.it (2020), di A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 32; di D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *ivi*, p. 160; di S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *ivi*, p. 163; di C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *ivi*, p. 176; di S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *ivi*, p. 169; di Id., *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *questa rivista*, 2019, p. 123; C. SARTORIS, *La sentenza delle Sezioni Unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede*, in *ivi*, p. 69; di G. VETTORI, *Nullità selettiva e riequilibrio effettivo: l'evoluzione della buona fede*, in *ivi*, p. 21; di A. IULIANI, *Le nullità selettive al vaglio delle Sezioni Unite, ovvero: dell'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in corso di pubblicazione e che ho potuto consultare per la cortesia dell'Autore.

¹³ Dinnanzi al Tribunale di Mantova, la dichiarazione di nullità del contratto quadro per difetto di sottoscrizione dell'intermediario è domandata dall'attore sì da poi ottenere la nullità di certi ordini impartiti in esecuzione di quell'accordo invalido e quindi la restituzione delle somme così investite (oltre centoquarantamila euro). Nel giudizio così azionato dall'investitore l'istituto di credito convenuto si difende eccependo, in via riconvenzionale, la caducazione di tutte le operazioni poste in essere in esecuzione del rapporto inerente al contratto quadro di cui la controparte aveva domandato la dichiarazione di nullità e, quindi, la restituzione di tutti i titoli ancora nella disponibilità del cliente, nonché delle somme versate all'attore in esecuzione del contratto nullo per vizio di forma (quasi trecentomila euro). Il giudice virgiliano dichiara la nullità del contratto quadro rilevando il difetto di sottoscrizione del contratto da parte dell'intermediario e, poi, accoglie le domande restitutorie di entrambe le parti, condannando, per effetto della compensazione delle opposte ragioni di credito, l'attore al pagamento dell'indebitato, ossia la differenza tra il suo credito determinato dalla caducazione degli ordini da lui selezionati e quanto da lui dovuto in conseguenza della caducazione di tutti gli altri ordini inerenti al contratto di investimento privo di forma. La decisione del Tribunale di Mantova viene in parte impugnata dall'attore dinnanzi alla Corte di Appello di Brescia, la quale conferma la compensazione tra i crediti delle parti, ma revoca la condanna dell'attore al pagamento dell'eccedente (e, ciò, sul rilievo che la difesa della convenuta non aveva avanzato una formale domanda di pagamento di quanto dovuto).

la dinamica restitutoria invocando l'eccezione di buona fede (§7).

2. Il problema

L'esercizio da parte del cliente dell'azione di nullità in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli che derivi, tuttavia, dall'accertamento del difetto di forma del contratto quadro ex art. 23, comma I, d.lgs. 58/1998 (nel prosieguo, T.u.f.) muove da due presupposti.

Innanzitutto, viene in rilievo la struttura bifasica del rapporto d'investimento, il quale come noto è caratterizzato da una prima fase dominata dal contratto quadro, c.d. "contratto di investimento", e una seconda fase segnata, invece, dalla vera e propria esecuzione dei singoli ordini di acquisto e vendita. Per quanto necessaria, la prima fase non determina alcuno spostamento patrimoniale per le parti. Il contratto di investimento è, difatti, unicamente funzionale alla costituzione di un vincolo obbligatorio e alla disciplina di un rapporto (modalità delle operazioni, costi, durata del servizio, etc.). I singoli ordini d'investimento sono eseguiti, sulla base delle istruzioni impartite dal cliente all'intermediario, solo in una fase successiva alla sottoscrizione del contratto quadro. Il rapporto sussistente tra il contratto e questi atti è descritto in vario modo dalla dottrina¹⁴. Secondo un'autorevole tesi, il primo contratto è da definire nei termini di un contratto normativo che regola il rapporto tra il professionista (intermediario) con il cliente (investitore) mentre gli ordini di acquisto impartiti dal cliente costituirebbero proposte dirette all'intermediario¹⁵. Per contro, altri hanno sostenuto la natura mista, a metà tra mandato e conto corrente, del contratto d'investimento e che l'ordine del cliente alla banca è "un atto unilaterale esecutivo del mandato"¹⁶. Com'è noto, anche la giurisprudenza – e così le Sezioni Unite nella sentenza in commento – appare recentemente propensa a leggere detta sequenza di atti nei termini di un "contratto quadro", che è accostato alla figura del mandato, e di successive operazioni che costituiscono

¹⁴ *Ex multis*, G. BERTI DE MARINIS, *La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli formali imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1344.

¹⁵ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore, op. cit.*, p. 896, ma, già, C. CASTRONOVO, *Il diritto della legislazione nuova. La legge sull'intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa*, 1993, p. 309.

¹⁶ F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. impresa*, 2005, p. 892-893.

momento attuativo¹⁷. A prescindere da quale sia la lettura adottata del complesso rapporto d'investimento, è un dato di fatto che esclusivamente tali ordini possono concretamente determinare profitti o perdite per il cliente ed essergli, di conseguenza, vantaggiosi (e quindi oggetto di un interesse alla loro conservazione) o pregiudizievole (e quindi oggetto di un interesse alla loro rimozione che si realizza con la restituzione delle somme versate).

In secondo luogo, la possibilità di proporre una nullità c.d. selettiva deriva dalla particolare conformazione legislativa della disciplina dell'invalidità per vizio di forma del contratto di investimento¹⁸. Come noto, il dato normativo rilevante (art. 23, T.u.f.)¹⁹ prevede esplicitamente che il vizio della forma prescritta dal legislatore costituisca una causa di nullità del contratto²⁰. Al comma terzo l'art. 23,

T.u.f., in deroga alla disposizione codicistica (art. 1421 cod. civ.), dispone che la nullità possa essere fatta valere soltanto dal cliente, così da ascrivere la disposizione alla categoria delle nullità protettive²¹. Di tal modo, l'art. 23 T.u.f. lega in modo ineludibile la nullità e l'interesse del cliente. Come meglio si dirà appresso, per un verso, la nullità - che pure esiste andando soltanto dichiarata e accertata - non può essere fatta valere senza di questo (*infra*, §4.1 e §4.3) e, per altro verso, essa può essere fatta valere nei limiti di questo interesse (*infra*, §4.2).

3. L'ambaradan delle domande e delle eccezioni.

Orbene, proprio considerando il disposto del terzo comma dell'art. 23 T.u.f. nonché la più generale disposizione di cui all'art. 100 del codice di rito ("per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse"), diversi Tribunali di merito²² e una nota pronuncia della Corte di Cassazione²³ hanno accolto la domanda di nullità

¹⁷ Cass., n. 2017/26724, *cit.*; di recente, milita nella medesima direzione anche la già richiamata sentenza delle Sezioni Unite n. 898/2018.

¹⁸ Cass., 28314/2019, *cit.*, §4. Come si legge in U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, *op. cit.*, p. 842, la nullità protettiva "intrattiene con la dinamica della "selettività" un rapporto non certo occasionale, bensì proprio strutturale. È infatti la nullità di protezione, e non altre, che rende la dinamica selettiva anche solo astrattamente ipotizzabile. Fuori dalla categoria, il tema semplicemente non si dà; e anzi, all'esterno di essa la prospettiva di un'azione di nullità rigettata perché non abbastanza ampia nell'impianto oggettivo si trova addirittura incomprensibile, e proprio spaesante. Al suo interno, resta indifferente la considerazione della specifica causa che abbia condotto alla nullità (protettiva) del contratto quadro, sia essa la forma ex art. 23 t.u.f. o altra fattispecie di nullità protettiva.

¹⁹ Sul punto, si vedano, tra i tanti, S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 44; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996; G. BERTI DE MARINIS, *Forma degli ordini e dovere di diligenza e correttezza nel Testo Unico della finanza*, in *Rass. giur. umbra*, 2009, 7; G. TUCCI, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 39; I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 161; D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam*, *cit.*, p. 52; V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 415; L. DAMBROSIO, *Mancanza di forma ad substantiam ex art. 23 t.u.f.*, in *Contratti*, 2012, 520; P. BERETTA, *Il mancato rispetto della forma «ad substantiam» nel contratto-quadro d'intermediazione finanziaria*, in *Contr.*, 2015, p. 485.

²⁰ Sulla disciplina della forma prevista dalla legislazione speciale a tutela della parte debole del rapporto (consumatore, cliente, investitore, turista etc.) e la sua evoluzione rispetto alla normativa codicistica si vedano: D. VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 125; R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, p. 40; 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. 395; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo: verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; M.G. BARATELLA, *La forma scritta e i c.d. contratti*

di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale, in *Resp. civ.*, 2010, p. 688; V. SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 410; D.I. PACE, *Nullità degli ordini di negoziazione per difetto di forma e mercati finanziari*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 160; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; Id., *Neoformalismo contrattuale* (voce), in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012, p. 772; F. ADDIS, *«Neoformalismo» e tutela dell'imprenditore debole*, in *Obbl. contr.*, 2012, p. 12; R. FAVALE, *Il formalismo nei contratti dei consumatori*, in *Contr. impr. Eur.*, 2012, p. 583.

²¹ Su tale categoria di nullità si vedano i classici lavori di G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001; Id., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1019; Id., *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016; S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 693; G. FILANTI, *Nullità. III) Nullità speciali* (voce), in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 2004, p. 1; V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459; S. PAGLIANTINI, *Le forme della nullità*, *op. cit.*; A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 77; A. GORASSINI, *L'istituto codicistico della «nullità del contratto» e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 199; M. NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Il diritto civile tra principi e regole. Liber amicorum per Francesco Donato Busnelli*, II, Milano, 2008, p. 233; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria moderna della nullità relativa*, Padova, 2008; R. ALESSI, *«Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di giustizia e Sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1141.

²² *Ex multis*, Trib. Milano, 11 aprile 2008 e Trib. Udine 16 gennaio 2009 (entrambe in www.ilcaso.it).

²³ Tra la giurisprudenza di legittimità spicca sicuramente Corte di Cassazione, 27 aprile 2016, n. 8395 (in *Corriere giur.*, 2016, 1110, con nota adesiva di A. TUCCI, *Conclusione del contratto*



8

selettiva, condannando l'intermediario convenuto alla restituzione delle somme in favore dell'attore investitore e, ciò, proprio sul rilievo che l'interesse a far valere la nullità coincidesse con il travolgimento dei soli ordini svantaggiosi²⁴.

3.1. Altra parte della dottrina e della giurisprudenza – di merito e di legittimità – milita in direzione opposta, negando la possibilità di una siffatta limitazione degli effetti dell'invalidità. Tale orientamento è molto variegato, ma muove da un dato comune: esso contesta questa facoltà selettiva giacché, mercé una classica argomentazione orientata alle conseguenze, si considera iniquo dichiarare la nullità del contratto quadro e caducare unicamente gli ordini d'investimento da esso contratto dipendenti che siano svantaggiosi per il cliente. Come si dirà immediatamente, da questo comune sentire nascono diverse impostazioni, che attribuiscono ora al giudice (*infra*, §3.2 e §3.3) ora all'intermediario convenuto (§3.4) il compito di impedire all'investitore di recuperare tutte le somme investite senza al contempo restituire quanto ricevuto in forza degli ordini che ha lasciato fuori dal giudizio. Occorre rilevare come nessuna di queste tesi (§§ 3.2-3.4) riesca a spiegare l'illiceità di una simile eventualità.

3.2. Da parte di alcuni, si è negata *in toto* l'ammissibilità di una simile domanda, asserendo che essa andasse sempre respinta dal giudice perché in sé abusiva. In particolare, si è sostenuto che la funzione della norma invalidante (art. 23, T.u.f.), individuata nella certezza dei traffici e nella trasparente informazione del cliente, sia tradita dalla domanda di accertamento della nullità del contratto quadro azionata al solo fine di ottenere la dichiarazione di nullità di certi ordini e non di ogni atto di esecuzione del contratto viziato²⁵.

3.3. Sempre nella direzione dell'illegittimità milita anche quell'orientamento che, sul rilievo per cui l'azione di nullità, "complice l'unitarietà della sequenza aggregante contratto-quadro e i successivi

ordini d'investimento, non si ramifica a valle"²⁶, sostiene il respingimento della domanda selettiva per sua intrinseca contraddittorietà e manifesta illogicità²⁷. Quest'argomentazione esalta il nesso d'interdipendenza tra il contratto quadro e i singoli atti (*simul stabunt simul cadent*). Essa è portata alle estreme conseguenze da chi legge nella selezione degli ordini da caducare l'implicita volontà del cliente di mantenere il restante rapporto contrattuale e, pertanto, afferma la paralisi della domanda, rilevandovi una tacita convalida del contratto quadro²⁸. Invero, quest'ultima tesi è stata respinta²⁹ dalla dottrina più attenta³⁰, la quale ha rilevato come, tra le altre cose, sia incomprendibile il modo in cui "la convalida tacita di taluni ordini (appunto, quelli estranei all'azione) possa condurre alla convalida (tacita anch'essa, si dovrà concedere) di quelli oggetto dell'azione di nullità, e cioè di quelli in relazione ai quali si esprime, proprio nell'atto in cui si ravvisa la fonte della convalida tacita, la volontà opposta: e cioè della volontà non già conservativa, bensì ablativa"³¹.

3.4. Non solo. La discussione sulle conseguenze dell'azione di nullità selettiva non si esaurisce nelle posizioni che la negano *in toto* e che riconoscono al giudice il potere di respingere la domanda selettiva come proposta dal cliente. Tra gli interpreti, infatti, non è mancato chi ha ritenuto che la scelta

²⁶ S. PAGLIANTINI, *Usi (e abusi) di una concezione teleologica della forma*, op. cit., p. 691.

²⁷ Trib. Como, 7 marzo 2012, in www.ilcaso.it, dove si legge che "[l]art. 23 TUF consente, infatti, al cliente di scegliere se far valere la nullità derivante dal difetto di forma del contratto "quadro", ma non gli attribuisce anche la facoltà di determinarne gli effetti a seconda della natura (favorevole o meno) dell'operazione di investimento successiva alla stipula del contratto e cioè, in concreto, di salvare gli ordini di acquisto rivelatisi pregiudizievoli. (...) è logico ritenere che l'eliminazione di una disciplina convenzionale considerata pregiudizievole si riverbera su tutti gli atti ed i rapporti che, in seguito e nell'ambito di essa, sono sorti".

²⁸ *Ex multis*, Trib. Verona, 23 marzo 2010, in www.ilcaso.it, dove la "volontà" di giovare del contratto-quadro è desunta da quella di "conservare a tutti gli effetti titoli fruttuosi e le somme di cui alle numerose e proficue cedole incassate nella consapevolezza della (causa di) nullità del contratto-quadro".

²⁹ Sul tema si veda anche Corte di Cassazione, 22 marzo 2013, n. 7283, in *Mass. Foro it.*, 2013, 233, dove, discutendo della possibile convalida di operazioni eseguite in assenza di un contratto di investimento scritto, la Cassazione afferma che "se tali operazioni sono da considerarsi nulle, per difetto di un indispensabile requisito di forma richiesto dalla legge a protezione dell'investitore, è evidentemente da escludere che se ne possa predicare la ratifica tacita. Quando il legislatore richiede la forma scritta per meglio tutelare una delle parti del contratto, sarebbe manifestamente contraddittorio ammettere che quel difetto di forma sia rimediabile mediante atti privi anch'essi di forma scritta".

³⁰ G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso*, op. cit., p. 621.

³¹ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, op. cit., p. 835-836.

e formalismo di protezione nei servizi di investimento e in *Contratti*, 2016, 1089, con nota critica di S. GIULIANI, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*, dove appunto si legge che "l'investitore ex articolo 99 e 100 c.p.c. può selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo agli acquisti (o più correttamente i contratti attuativi del contratto quadro) di prodotti finanziari dai quali si è ritenuto illegittimamente pregiudicato, essendo gli altri estranei al giudizio".

²⁴ In dottrina, favorevole al riconoscimento di questo potere selettivo dell'investitore sono, tra gli altri, D. MAFFEIS, *La forma responsabile*, op. cit., 403; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*, op. cit., p. 828; F. GRECO, *L'esercizio selettivo della nullità*, op. cit., p. 161; C. SARTORIS, *Nullità selettiva*, op. cit., 770.

²⁵ G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo*, op. cit., p. 617 e 623-624.





del cliente di domandare l'accertamento di una nullità selettiva del contratto quadro al solo fine di ottenere la caducazione di alcuni degli ordini eseguiti consenta all'intermediario di ampliare l'oggetto del giudizio e quindi il novero degli ordini da colpire. Sul curioso rilievo per cui l'interesse dell'investitore non potrebbe "operare come criterio di selezione dell'ordine da invalidare"³², quest'altro orientamento afferma che, una volta dichiarata la nullità ex art. 23 T.u.f., non vi sarebbero limiti alla possibilità per l'intermediario di domandare l'estensione del giudizio (*rectius*, degli effetti restitutori connessi alla nullità del contratto quadro) agli ordini che il cliente aveva lasciato fuori³³. Nonostante l'opinione contraria della maggioranza delle pronunce di merito³⁴, anche la Cassazione ha dato seguito a questa lettura affermando, in più occasioni, che la pronuncia di nullità domandata dal cliente ex art. 23 T.u.f. dia "fondamento alla domanda del *solvens* di restituzione della prestazione rimasta senza causa". Pertanto, la perdita di effetti in senso lato del contratto d'intermediazione finanziaria destinato a regolare la cornice in cui si collocano i successivi rapporti tra le parti (c.d. contratto quadro) determinerebbe l'applicazione delle regole comuni di cui al titolo sesto e settimo del quarto libro del codice civile (artt. 2033-2042 c.c.), alle quali la restrizione della legittimazione attiva di cui al terzo comma dell'art. 23 T.u.f. non parrebbe derogare³⁵.

Questo riconoscimento per il soggetto escluso dalla legittimazione attiva alla nullità dell'art. 23 T.u.f. del potere di estendere – ora nella forma della domanda riconvenzionale ora nella forma dell'eccezione di compensazione – gli effetti della

dichiarazione di nullità domandata dal cliente non ha comunque persuaso ampia parte della dottrina³⁶. Anche Autori critici dell'uso selettivo della nullità hanno contestato le pronunce che, come quella che ha dato origine alla vicenda dinanzi alle Sezioni Unite, hanno accolto la domanda riconvenzionale dell'intermediario, rilevando come la formula legislativa per cui "la nullità può essere fatta valere solo dal cliente" stia a dire che "degli effetti che produce di diritto la nullità del contratto si possa avvalere solo ed esclusivamente il contraente protetto, e non terzi"³⁷.

3.5. Infine, occorre segnalare un ulteriore orientamento, invero il più condivisibile, il quale ha il pregio di non muovere dall'assunto che l'accoglimento della domanda selettiva sia un qualcosa di ontologicamente iniquo³⁸. Seguendo quest'ultimo indirizzo, l'azione di nullità selettiva sarebbe invero ammissibile, giacché logica conseguenza della conformazione della nullità di protezione all'interesse del soggetto protetto³⁹. Al contempo, il suo esercizio non sarebbe sottratto ad ogni valutazione e l'intermediario potrà paralizzare, mediante la proposizione di una *exceptio doli* calibrata secondo le specificità del rapporto tra intermediario e cliente, l'azione selettiva del cliente che non sia giustificata dallo "scopo di tutela della norma invalidante"⁴⁰. A titolo di esempio, questa dottrina ammette che l'intermediario possa opporsi all'azione di nullità selettiva proposta ex art. 23 T.u.f. dal cliente che scientemente si era fatto sostituire al momento della sottoscrizione del contratto o che volontariamente distrugga la copia del contratto ricevuta per posta⁴¹. In tale ipotesi, di tutta evidenza si realizza un conflitto tra il diritto fondato dal cliente a chiedere la nullità degli ordini eseguiti in assenza di un valido contratto di investimento e l'affidamento dell'intermediario circa un comportamento leale dell'investitore.

³² A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore*, op.cit., p. 2350-2351.

³³ Tra la dottrina che si è spesa in tal senso, si veda anche A. TUCCI, *Conclusioni del contratto e formalismo di protezione*, op. cit., 1124, per il quale occorrerebbe distinguere l'azione di nullità dagli effetti della nullità: mentre la prima è, *ex lege*, riservata al cliente, i secondi sono nella disponibilità di entrambi di modo che "ove il cliente abbia introdotto nel processo il vizio consistente nell'assenza di un valido contratto quadro, ben potrà l'intermediario ottenere la restituzione delle prestazioni eseguite in esecuzione di (altri) contratti "a valle", affetti dal medesimo vizio, essendo questo un effetto della nullità, dedotta (o eccepita) dal cliente, sempre che l'intermediario abbia cura di formulare una domanda ad hoc", nonché G. PETTI, *L'esercizio selettivo*, op. cit., p. 288 e F. TONINI, *L'invalidità «selettiva» del contratto*, op. cit., p. 51. Tra la giurisprudenza di merito, in senso favorevole all'accoglimento della domanda riconvenzionale proposta dall'intermediario è invece Trib. Milano, 29 aprile 2015 in *Banca borsa*, 2016, p. 282 con nota critica di G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente e interessi meritevoli di tutela*.

³⁴ Tra le tante, si veda Trib. Torino, 12 febbraio 2007, in www.ilcaso.it.

³⁵ Corte di Cassazione, 16 marzo 2018, n. 6664 in *Foro it.*, 2018, I, c. 3246 e, in senso analogo, Corte di Cassazione, 24 aprile 2018, n. 10166 in www.italgiure.giustizia.it/sncass/.

³⁶ In dottrina, sono concordi nel ritenere l'inammissibilità di un simile potere riconvenzionale C. SARTORIS, *Nullità selettiva*, op. cit., p. 771; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 835.

³⁷ G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso*, op. cit., p. 618.

³⁸ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 828.

³⁹ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 848: "la prospettiva di conservare la sola parte di operatività la cui rimozione non va in danno del cliente costituisce un risvolto applicativo *interno* alle logiche di funzionamento che informano la nullità di protezione. Tanto è palese il rapporto di continuità corrente tra l'idea di una nullità che opera *se è a vantaggio* e una nullità che opera *se e nella misura in cui è a vantaggio*: la seconda non esseno altro che uno svolgimento logico della prima, in cui è concettualmente contenuta".

⁴⁰ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 841.

⁴¹ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 851.

4. La nullità protettiva e i poteri delle parti.

In questo contesto, sicuramente “tumultuoso e irregolare” e in seno al quale a venire in discussione è la stessa legittimità delle domande e delle eccezioni incardinate e sollevate dalle parti, le Sezioni Unite sono intervenute con una decisione che, muovendo sulla scorta della dottrina da ultimo citata (*supra*, §3.5), ha il merito di delimitare i poteri delle parti rispetto alla scelta dell’investitore di selezionare gli ordini da portare in giudizio. La pronuncia articolata il suo orientamento in due passaggi.

4.1. Il primo concerne i poteri processuali in presenza di un difetto nel contratto di investimento della forma prevista dalla legge. Esso muove dalla riconduzione dell’art. 23 T.u.f. nella categoria della nullità di protezione (artt. 117, 127 T.u.b.; art. 36, cod. cons., etc.) e si sofferma, innanzitutto, sul ruolo del giudice. Dalla qualifica nei termini di una nullità protezione discende che, secondo la pronuncia in commento, la disciplina dell’art. 23 T.u.f. sia compatibile tanto con un potere officioso di rilevare la nullità per vizio di forma, quanto con la circostanza che della dichiarazione ablativa si avvantaggi esclusivamente il cliente⁴². Questi due aspetti, peraltro, si combinano. Il potere officioso del giudice di rilevare la nullità del contratto di investimento per vizio di forma conosce un limite nell’interesse del cliente: essa, difatti, non può venir dichiarata d’ufficio in assenza di una manifestazione di volontà espressa, da parte dell’investitore, di avvalersene⁴³.

4.2. Tanto chiarito rispetto ai poteri del giudice, le Sezioni Unite si soffermano poi su quelli dell’investitore e, quindi, sulla facoltà di domandare la dichiarazione di nullità del contratto di investimento per difetto di forma al solo fine di ottenere la caducazione degli ordini di acquisto che non gli avevano sortito profitto nonché la restituzione delle corrispondenti somme investite. A tal proposito, esse statuiscono che l’uso selettivo della nullità del contratto quadro “non contrasta, in via generale, con lo statuto normativo delle nullità di protezione”⁴⁴. La scelta di riconoscere la legittimità dell’azione sul rilievo che l’interesse del cliente alla nullità sussiste proprio in relazione agli ordini che si siano rivelati

pregiudizievole merita grande attenzione⁴⁵. Forte dell’appiglio normativo fornito dal terzo comma dell’art. 23 T.u.f. nonché dall’art. 100 del codice di rito, essa estende la rilevanza dell’operatività a vantaggio propria dalle fasi di “attivazione del vizio”⁴⁶ e di incidenza sul contratto⁴⁷, alla fase successiva alla nullità, delle restituzioni⁴⁸ la cui disciplina viene ad essere riscritta secondo il linguaggio rimedi⁴⁹ e

⁴⁵ Tale passaggio è severamente criticato, tra gli altri, da S. MONTICELLI, *La nullità selettiva*, cit., p. 165, il quale ribadisce l’impostazione secondo la quale la rilevanza del criterio dell’operatività a vantaggio si esaurisce nella fase di legittimazione dell’azione e da C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite*, cit., p. 179, per il quale il risultato raggiunto dalle Sezioni Unite avrebbe richiesto un intervento normativo. Rispetto a tale seconda osservazione è agevole porre a mente come la lettera del codice nulla dice in merito alle pretese restitutorie da nullità (sul punto, si veda G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto e restituzioni*, in questa rivista, 2010, p. 100-101: “conseguenze tra le parti della nullità del contratto sono date, in larga misura, per scontate nella disciplina codicistica, tanto è forte la suggestione che, anche sul legislatore, ha esercitato l’idea della irrilevanza del contratto nullo, la cui radicale ed originaria inefficacia costituirebbe un corollario logico, ancor prima che giuridico della figura”).

⁴⁶ A. GENTILI, *La «nullità di protezione»*, cit., p. 117.

⁴⁷ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op cit., p. 846.

⁴⁸ Su tale aspetto, è evidente, occorre meditare in modo attento e rigoroso, al fine di avvicinare la decisione in commento a quell’importante filone che da tempo si reinterroga sulla disciplina restitutoria della nullità del contratto, sottoponendo a esame critico il rapporto tra inefficacia del contratto e restituzioni, indagando la tenuta e i limiti della affermazione tradizionale per cui le seconde sarebbero – sempre – regolate dalla disciplina legale sul pagamento di indebito (artt. 2033-2040 c.c.) e, per il solo caso in cui la prestazione dovuta dal contratto poi caducato fosse di un *facere*, da quella dell’arricchimento senza causa (artt. 2041-2042 c.c.). Il riferimento va ai lavori di A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 309; D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999; E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010; G. PASSAGNOLI, *Invalidità del contratto*, cit., p. 100; L. GUERRINI, *Le restituzioni contrattuali*, Torino, 2012; A. NICOLUSSI, *Le restituzioni de iure condendo*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 783; M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un’analisi critica del diritto applicato*, in *Contr. Impr.* 2018, p. 1120).

⁴⁹ A riprova di quanto osservato alla nota precedente, la tesi che afferma il “nesso funzionale” tra restituzioni e rimedio contrattuale primario è già sostenuta in dottrina: E. BARGELLI, *Il sinallagma*, cit., p. 472-473 (cui *adde*, M. DELLACASA, *Restituzioni e regime*, cit., p. 1123, nonché per un pionieristico spunto, U. BRECCIA, *La ripetizione dell’indebito*, Milano, 1974, p. 242). Sulla figura dei rimedi, la scienza civilistica ha offerto importanti studi, divenuti veri e propri classici riferimenti: U. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, a cura di R. Sacco, Torino, 2001, p. 105; A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341; ID., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, *ivi*, 2007, p. 2; ID., *Rimedi e dintorni*, in *ivi*, 2015, p. 703 D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, in *ivi*, 2005, p. 605; L. NIVARRA, *Rimedi un nuovo ordine del discorso civilistico?*, in *ivi*, 2015, p. 583; S. MAZZAMUTO, *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *ivi*, 2007, p. 585; ID., *La prospettiva dei rimedi in un sistema di civil law: il caso italia-*

⁴² Cass., 28314/2019, cit., §15.2. Per quanto concerne la rilevanza officiosa della nullità di protezione si veda, in luogo di tanti, Corte di Cassazione, Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242 in *Foro it.*, 2015, I, c. 862, dove si legge che essa “sembra costituire il *proprium* anche delle nullità speciali”. Su tale decisione si veda, in luogo di tanti, il commento di N. RIZZO, *Il rilievo d’ufficio della nullità preso sul serio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 315.

⁴³ Corte di Cassazione, 22 ottobre 2018, n. 26614 (in *Vita not.*, 2019, p. 174), richiamata dalle Sezioni Unite (28314/2019, cit., §15.2).

⁴⁴ Cass., 28314/2019, cit., §22.2.



quindi di effettiva tutela dell'interesse protetto⁵⁰. Nel confermare l'indirizzo patrocinato dalla pronuncia n. 8395/2016 e nell'affermare la continuità logica tra nullità di protezione e nullità selettiva, tale risultato, peraltro, sgombra il campo da quelle letture che, identificando ogni azione di nullità selettiva con una condotta abusiva o in mala fede (*supra*, §3.2), finiscono con il trascurare la "strutturale vocazione" delle nullità protettive ad un uso selettivo "correlato alla operatività a vantaggio esclusivo di uno dei contraenti"⁵¹.

4.3. Infine, le Sezioni Unite si soffermano sui poteri dell'intermediario convenuto in giudizio dal cliente in virtù di un'azione di nullità selettiva. Orbene, sempre in osservanza del dettato extracodificistico, le Sezioni Unite prendono le distanze dalle tesi volte a riconoscere all'intermediario la facoltà di ampliare, per il tramite della domanda riconvenzionale o dell'eccezione di compensazione, il novero degli ordini oggetto del giudizio incardinato ex art. 23 T.u.f. (*supra*, §3.4) e affermano che dell'accertamento della nullità del contratto quadro – domandato dal cliente o rilevato dal giudice d'ufficio - non possa avvalersi, "in via riconvenzionale od in via autonoma", l'intermediario⁵².

In conclusione, la ricostruzione dei poteri processuali delle parti rispetto all'ipotesi di una azione di nullità c.d selettiva è sviluppata dalle Sezioni Unite esaltando lo statuto normativo della c.d. nullità di protezione e della strutturale centralità che in essa riveste l'interesse della parte protetta. Esso segna, in positivo, la misura degli ordini che possono essere caducati, individuando la nullità verso cosa possa essere fatta valere. Al contempo, esso rileva

in negativo, giacché tale interesse segna, altresì, il limite al potere del giudice di rilevare *motu proprio* la nullità del contratto e, di per sé, impedisce alla controparte di approfittare del difetto di forma (che, detto per inciso, è, salvo rare eccezioni, conseguenza della stessa condotta dell'intermediario che predispone il contratto e che esegue gli ordini)⁵³.

5. L'esercizio dell'azione di nullità selettiva.

Il secondo passaggio fondamentale della pronuncia è quello relativo all'esame della questione della nullità selettiva in relazione al perimetro di esercizio, da parte del cliente, dell'azione di nullità ex art. 23 T.u.f. La circostanza per cui il legislatore abbia inteso correggere il rapporto tra le parti impedendo all'intermediario di far valere il vizio della forma per il contratto quadro da lui predisposto (*supra*, §4.3) e, al tempo stesso, abbia ammesso la facoltà dell'investitore di agire selezionando solo alcuni degli ordini eseguiti (*supra*, §3.2) non solleva l'esercizio di una siffatta azione da ogni sindacato⁵⁴. Il punto non può certo destare sorpresa, giacché l'idea di una posizione soggettiva il cui esercizio sia sottratto a un qualunque giudizio non appartiene al nostro ordinamento, se non con riguardo ai diritti fondamentali.

Mentre la chiave di volta del ragionamento teso all'affermazione della legittimità dell'azione di nullità selettiva è stata la riconduzione dell'art. 23 T.u.f. nel novero delle nullità declinate *ex lege* in funzione della protezione dell'interesse di una parte del rapporto contrattuale, la valutazione del suo esercizio muove dal rilievo per cui tutta la disciplina posta a tutela dell'investitore e del risparmio (art. 47, Cost.) sia interamente colorata dal rispetto dei doveri di correttezza e trasparenza (art. 21, T.u.f.)⁵⁵.

no, in *Contr. impr.*, 2019, p. 831; G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *questa rivista*, 2017, p. 16; V. SCALISI, *Lineamenti di una teoria assiologica dei rimedi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 1045.

⁵⁰ Sul punto, si veda S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità*, cit., p. 171 (ma, già, ID., *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019, I, 981), il quale, correttamente, avvicina la soluzione adottata dalle Sezioni Unite alla giurisprudenza europea in materia di clausole abusive. Sul canone dell'effettività della tutela nella decisione del giudice, si vedano: 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, p. 72; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge-Antwerp-Portland, 2014, p. 91-92 e, volendo, D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela: una casistica*, in *questa rivista*, p. 95-96 e ID., *Effettività della tutela e ruolo del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 989.

⁵¹ Cass., 28314/2019, cit., §22.2: "Ove si ritenga che l'uso selettivo delle nullità di protezione sia da stigmatizzare ex se, come contrario alla buona fede, solo perché limitato ad alcuni ordini di acquisto, si determinerà un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione, dal momento che si stabilisce un'equivalenza, senza alcuna verifica di effettività, tra uso selettivo delle nullità e violazione del canone di buona fede".

⁵² *Contra*, S. MONTICELLI, *La nullità selettiva*, cit., p. 164.

⁵³ Come si legge in R. RORDORF, *Buona fede*, cit., "[c]he la si condivide o meno" la decisione in commento "tende a dare alla nullità relativa una configurazione più marcata e si iscrive in una linea di tendenza normativa volta ad adoperare in chiave protettiva per la parte più debole i rimedi offerti dall'ordinamento a fronte di patologie contrattuali che l'altra parte dovrebbe essere più agevolmente in grado di evitare, non senza quindi una qualche valenza sanzionatoria a carico di quest'ultima. Si sarebbe tentati di dire che si cerca così di accentuare la dissimmetria legale delle rispettive posizioni delle parti, quanto ai rimedi azionabili in presenza di vizi negoziali, per bilanciare l'opposta situazione di dissimmetria delle medesime parti nella fase della stipulazione e dell'esecuzione del contratto". Per una lettura rigorosa e critica di questo passaggio, si veda, invece, A. IULIANI, *Le nullità selettive al vaglio delle Sezioni Unite*, cit.

⁵⁴ Cass., 28314/2019, cit., §22.

⁵⁵ Cass., 28314/2019, cit., §16: "Deve, pertanto, ritenersi che il principio di buona fede e correttezza contrattuale, così come sostenuto dai principi solidaristici di matrice costituzionale, operi, in relazione agli interessi dell'investitore, mediante la

Al pari di quanto avviene per la fase precontrattuale segnata dalla “*discovery*” delle caratteristiche dell’investitore (obiettivi, capacità patrimoniale, capacità finanziaria, competenze, etc.), anche l’esercizio dei rimedi previsti dalla legge a correzione dello squilibrio esistente tra il cliente e l’intermediario è subordinato ad un obbligo di lealtà, in funzione di garanzia per l’intermediario e del suo affidamento nella corretta condotta della controparte⁵⁶. Da tale subordinazione, le Sezioni Unite fanno discendere il limite all’esercizio del rimedio della nullità selettiva: l’effetto restitutorio ad esso riconnesso diventa inesigibile, ossia paralizzabile dal convenuto, quando esso reca un ingiustificato pregiudizio all’intermediario e si pone in contrasto con il suo legittimo affidamento.

Per la valutazione del pregiudizio nei termini di un suo essere giustificato o meno, le Sezioni Unite escludono il ricorso alla buona fede c.d. soggettiva e, dunque, alla verifica circa l’intento fraudolento dell’investitore. Piuttosto, esse aprono ad una indagine che muova dall’esame degli investimenti complessivamente eseguiti⁵⁷. Difatti, si legge nella sentenza, solo alla luce dell’andamento dell’intera

predeterminazione legislativa delle nullità di protezione predisposte a suo esclusivo vantaggio, in funzione di riequilibrio generale ed astratto delle condizioni negoziali garantite dalla conoscenza del testo del contratto quadro, nonché in concreto mediante la previsione di un rigido sistema di obblighi informativi a carico dell’intermediario. Tuttavia, non può escludersi la configurabilità di 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 alle sue caratteristiche, alle sue capacità economiche e alla sua propensione al rischio. Può, pertanto, rilevarsi che anche nei contratti, quali quello dedotto nel presente giudizio, caratterizzati da uno statuto di norme non derogabili dall’autonomia contrattuale volte a proteggere il contraente che strutturalmente è in una posizione di squilibrio rispetto all’altro, il principio di buona fede possa avere un ambito di operatività trasversale non limitata soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente, in particolare se gli strumenti normativi di riequilibrio possono essere utilizzati, anche in sede giurisdizionale, non soltanto per rimuovere le condizioni di svantaggio di una parte derivanti dalla violazione delle regole imposte al contraente “forte” ma anche per arrecare un ingiustificato pregiudizio all’altra, pur se applicate conformemente al paradigma legale”.

⁵⁶ In dottrina, per una interpretazione “assiologicamente orientata” della disciplina sulla legittimazione attiva milita G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso*, op. cit., p. 621, nonché - ma, con risultati diversi - U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettiva»*, op. cit., p. 850 (“il *proprium* dogmatico della struttura normativa di protezione non s’identifica nel sottrarre il cliente al controllo di conformità del suo agire rispetto a una regola dei rapporti tra privati che si trova assiologicamente fondata ai livelli apicali dell’ordinamento (art. 2 Cost.), quanto piuttosto nel garantire un’applicazione concretizzante della buona fede che possa dirsi coerente con l’indicazione normativa promanante dalle norme che conformano lo statuto delle nullità protettive”).

⁵⁷ Cass., 28314/2019, cit., §§19-21.

operazione di investimento sarà possibile comprendere, in termini che le Sezioni Unite definiscono come oggettivi, univoci e coerenti, se l’investitore selezionando gli ordini da caducare in forza della nullità del contratto quadro abbia impiegato il rimedio ex art. 23 T.u.f. conformemente alla “funzione tipica delle nullità protettiva, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere”⁵⁸.

Come per la ricostruzione dei poteri processuali delle parti (§4.3), anche l’affermazione sui limiti del potere dell’investitore di agire in giudizio selezionando gli ordini interessati dalla nullità del contratto quadro ex art. 23 T.u.f. merita condivisione, giacché non vi è ragione di sottrarre il suo esercizio dalle regole di governo dei consociati⁵⁹.

6. La regola *iusuris*: vantaggio economico e paralisi dell’effetto restitutorio.

A differenza del legislatore che detta la regola per casi futuri ed eventuali, quando il giudice costruisce la regola diritto egli ha sempre davanti a sé un caso concreto (quello dedotto in giudizio) e il dato normativo. Orbene, come detto in principio, la domanda azionata nel giudizio oggetto del ricorso deciso dalla sentenza in commento selezionava un insieme di ordini il cui ammontare aveva un importo inferiore a quello degli ordini che, sebbene effettuati in esecuzione del medesimo contratto quadro nullo per vizio di forma, l’investitore aveva lasciato fuori dal giudizio. Tale circostanza assume rilievo perché, secondo le Sezioni Unite, essa reca un pregiudizio ingiustificato all’intermediario. Pertanto, detta circostanza integra una delle ipotesi di superamento del limite entro cui è ammissibile l’esercizio dell’azione di nullità selettiva, così da rendere possibile per l’intermediario convenuto l’opposizione

⁵⁸ Cass., 28314/2019, cit., §22.

⁵⁹ Il percorso argomentativo seguito dalla Corte di legittimità pare ricalcare, come approccio di fondo, quello adottato nel noto *arrêt* delle Sezioni Unite sul tema delle prestazioni usuarie sopravvenute; cfr. Corte di Cassazione, Sez. Un., 19 ottobre 2017, n. 22972, in *Corriere Giuridico*, 2017, p. 1484, con nota di S. PAGLIANTINI, *L’usurarietà sopravvenuta e il canone delle SS.UU.: ultimo atto?* e di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e il De Profundis per l’usura sopravvenuta* nonché F. PISTELLI, *L’usura sopravvenuta di fronte alle Sezioni Unite*, in *Pers. merc.*, 2018, p. 29. In quella sede, i giudici hanno avuto modo di precisare che “la *pretesa del mutuante di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato* [non] può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di tale soglia, contraria al dovere di buona fede nell’esecuzione del contratto”, ma – e qui sta il punto – “particolari modalità di tale esercizio [nel senso, di diritti validamente convenuti nel contratto] possono risultare “*scorrette in relazione alle circostanze del caso*”.

dell'eccezione di buona fede per impedire l'effetto restitutorio (*supra*, §5).

Difatti, l'azione di nullità *ex art. 23 T.u.f.* con cui si domanda la caducazione di soltanto alcuni degli ordini eseguiti in esecuzione del contratto quadro da dichiarare nullo realizzerebbe la "funzione tipica delle nullità protettiva, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere" solo quando permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato. Superato questo limite algebrico, l'azione, secondo le Sezioni Unite, andrebbe oltre la "funzione tipica delle nullità protettiva, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere" e, appunto perché lesiva dell'affidamento dell'intermediario a che l'investitore impieghi i rimedi a sua disposizione in modo corretto e tipico, consentirebbe al convenuto di, eccezionalmente, paralizzare e impedire l'effetto restitutorio connesso alla domanda di nullità.

Lo strumento di questa paralisi è rappresentato dalla facoltà per l'intermediario di opporre un'eccezione, oggetto di specifica allegazione e qualificabile come di buona fede, idonea a impedire gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini. Tale eccezione di buona fede sarà opponibile ogni qualvolta gli ordini lasciati fuori dall'azionata domanda di nullità selettiva abbiano comportato vantaggi economici per l'attore. L'effetto impeditivo proprio dell'eccezione sarà integrale quando l'ammontare delle somme di cui si chiede la restituzione è inferiore ai vantaggi conseguiti in forza degli ordini lasciati fuori dal giudizio. Al contrario, la dinamica paralizzante sarà parziale negli altri casi. In conclusione, secondo le Sezioni Unite l'azione di nullità selettiva legittima la restituzione delle somme versate solo quando dal confronto tra ordini selezionati in giudizio e ordini lasciati fuori permane un pregiudizio, così che la domanda sia coerente con l'idea che la nullità operi a suo esclusivo vantaggio⁶⁰.

7. Conclusioni.

In ogni sistema, il verificarsi di una crisi induce alla ricerca di un meccanismo alternativo. La crisi della fattispecie che segna l'attuale momento porta con sé la possibilità di un diverso modo di affermare una *regola iuris* che decida il caso, senza che ciò significhi necessariamente arbitrio o irrazionalità⁶¹. Affinché, nonostante il vuoto lasciato dalla fattispe-

cie, la decisione possa dirsi giusta soluzione per il caso sottoposto al giudice occorre, lo si è visto (*supra*, §1), che il ragionamento seguito dall'interprete nel porre la regola sia un qualcosa di universalizzabile e che la norma invocata sia quella adatta al caso. Il giudice che faccia ricorso ad un argomento orientato alle conseguenze fallisce nel suo intento di fornire una decisione giusta quando non riesce a spiegare, "nel, e attraverso il, sistema", la regola *iuris* adottata. Non è sufficiente applicare un meccanismo noto e consolidato (come, nel nostro caso, l'eccezione paralizzante della buona fede quale limite alla esigibilità della fondata pretesa), ma è necessario che l'applicazione di quell'istituto a quel caso sia corretta: "nessuna decisione si può definire giusta, in nessun senso del termine, se si fonda su una scelta erronea della norma applicabile o su un'interpretazione errata, invalida o scorretta di tale norma"⁶².

Orbene, fermo restando il giudizio positivo in merito alla ricostruzione operata sui poteri processuali delle parti rispetto ad un'azione di nullità selettiva (*supra*, §4) e alla individuazione di un limite di lealtà nell'esercizio di detta azione (*supra*, §5), non appare completamente condivisibile la *regola iuris* (eccezione di buona fede paralizzante gli effetti restitutori) individuata dalla Cassazione con riferimento alla domanda selettiva che lascia fuori operazioni di investimento vantaggiose per l'attore e che si traduce nella paralisi degli effetti restitutori dell'azione (§6).

Tale giudizio negativo non è dettato unicamente dal rilievo, già immediatamente formulato, per cui la regola individuata dalle Sezioni sia viziata da un limite pratico, rappresentato dalla difficoltà di un'accurata verifica in concreto del risultato economico degli investimenti non contestati⁶³. Ciò che meno si condivide della decisione risiede, piuttosto, nel riconoscimento all'intermediario della facoltà di paralizzare, mercé l'eccezione di buona fede, gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini.

Il fondamento di questa eccezione sfugge. A differenza delle ipotesi note e consolidate in cui, attese certe circostanze che si sono verificate in quel dato contesto, la pretesa del singolo è (possibile ma) non esigibile così da legittimare il ricorso alla figura della paralisi dell'azione quale soluzione, *ex fide bona*, al contrasto tra l'esercizio del diritto fondato

⁶² M. TARUFFO, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 320. Si veda, anche G. ZACCARIA, *Il giudice, cit.*, p. 464-465.

⁶³ Sul punto, si vedano le esatte osservazioni critiche di G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le "nullità selettive"*, *op. cit.*; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva, cit.*, p. 168 e C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite, cit.*, p. 181.

⁶⁰ Cass., 28314/2019, *cit.*, §23.

⁶¹ Sul punto, evidentemente centrale nella attuale dibattito civilistico, si legga il contributo di G. ZACCARIA, *Il giudice e l'interpretazione*, in *Pol. dir.*, 2006, p. 468-470.



e il legittimo affidamento della controparte all'altrui coerenza e correttezza⁶⁴, stavolta non è chiaro quale interesse protetto dall'ordinamento si opponga all'accoglimento della pretesa restitutoria con cui l'investitore, domandando "tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire", intende recuperare le somme perse in forza di un titolo che è nullo. In altre parole, la scelta delle Sezioni Unite di applicare l'eccezione di buona fede idonea a impedire l'effetto restitutorio proprio della nullità alla domanda selettiva che lascia fuori operazioni vantaggiose per l'investitore è criticabile giacché non se ne ravvedono i presupposti. In particolare, non si comprende quali siano i termini del conflitto che s'intende risolvere con l'impedire (*rectius*, paralizzare) la restituzione delle somme⁶⁵. Difatti, riesce

⁶⁴ Più ampiamente, D. IMBRUGLIA, *La regola di tolleranza*, in *Riv. dir. priv.*, 2019, p. 75. Per la visione della buona fede quale criterio di giudizio prescelto dal nostro ordinamento (art. 1375 c.c.) "per dare regola ai rapporti autonomi" si da "contenere le conseguenze dello *strictum ius* sul piano della conciliazione degli interessi delle parti secondo una misura che non è suscettibile di determinazione aprioristica, ma che si determina, di volta in volta, in base alle caratteristiche particolari del caso concreto" si vedano, rispettivamente, R. SACCO, *Cos'è la buona fede oggettiva?*, in AA.VV., *Il principio di buona fede*, Milano, 1987, p. 47 e U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, XVI, I, Milano, 1974, pp. 5, 27 e 39. A titolo di esempio di questa dinamica paralizzante si veda la giurisprudenza in materia di clausola risolutiva espressa che colpisce con la paralisi dell'esercizio di quella pretesa che sia divenuto incoerente con la condotta precedente (Corte di Cassazione, ord., 6 giugno 2018, n. 14508, in *Imm. prop.*, 2018, p. 639 con nota di B. TUNESI, *I risvolti della tolleranza nell'ambito della clausola risolutiva espressa*) o pretestuoso rispetto alle concrete e specifiche circostanze (come è l'attuazione della clausola risolutiva prevista dalle parti per l'ipotesi in cui la licenziataria non avesse comunicato l'estratto conto semestrale alla concedente e ciò anche in presenza dell'emissione di un'unica fattura in quel semestre, onde sarebbe stato "ragionevole" ritenere che l'esistenza di questo unico documento, emesso l'ultimo giorno del primo semestre, fosse da comunicare con il semestre successivo (Corte di Cassazione, 23 novembre 2015, n. 23868, in www.italgiure.giustizia.it e su cui si vedano le esatte critiche di F. PIRAINO, *Il controllo giudiziale di buona fede sulla clausola risolutiva espressa*, in *Contratti*, 2016, p. 662).

⁶⁵ Se si confronta il risultato raggiunto dalle Sezioni Unite con i casi forniti dalla migliore dottrina a esempio dei reali limiti dell'esercizio dell'azione di nullità selettiva (*supra*, §3.5), si ha una conferma della evidente debolezza della soluzione adottata. Difatti, mentre non vi può essere dubbio circa il fatto che il comportamento, immaginato da quella dottrina, di chi scientemente si fa sostituire al momento della sottoscrizione del contratto-quadro in modo tale da poterlo impugnare in caso di esito negativo del successivo investimento si pone in contrasto con l'affidamento dell'intermediario circa la veridicità e la lealtà dell'identità di chi compare all'atto della sottoscrizione del contratto, non si comprende l'agire in giudizio per recuperare somme perse in titoli nulli quale interesse protetto dall'ordinamento leda. In questo senso, il richiamo alla tutela dell'affidamento dell'intermediario, in tesi leso dalla domanda selettiva, spiazza, giacché non è dato sapere in che modo questi possa aver creduto (creato affidamento in) che l'investitore

difficile accettare la tesi per cui il pregiudizio subito dall'intermediario dall'accoglimento della domanda restitutoria sottesa alla nullità selettiva sia ingiustificato e contrario a buona fede⁶⁶. In questo senso, lascia perplessi l'idea per cui un'azione che, se accolta, consente all'investitore di aumentare il proprio patrimonio recuperando somme perse in forza di un titolo nullo possa tradire o disattendere la funzione tipica della nullità protettiva "ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere"⁶⁷. L'incertezza circa il fondamento dell'eccezione di buona fede e sull'individuazione del conflitto che giustifica la soluzione paralizzante dell'effetto impeditivo delle restituzioni non è di poco conto. Difatti, aderendo alla lettura delle Sezioni Unite di una nullità selettiva privata dell'effetto restitutorio, si finisce con il restringere le ipotesi in cui fare sostanzialmente valere la nullità oltre il limite fissato dal legislatore, il quale mai subordina l'effetto restitutorio (e, quindi, l'interesse all'accertamento e alla declaratoria della nullità del contratto)⁶⁸ alla differenza algebrica tra i titoli selezionati e quelli conservati⁶⁹.

avesse interesse a recuperare meno di quanto ha perso in forza di un titolo nullo (come è l'ordine di investimento in esecuzione di un contratto quadro privo della forma prescritta dal legislatore).

⁶⁶ In tal senso, si veda anche R. RORDORF, *Buona fede, cit.*, il quale rileva come non sia "ben chiaro perché potrebbe essere contrario a buona fede il pretendere la restituzione di quanto versato in relazione a quegli ordini prescindendo dall'esito degli altri. Una volta ammesso che la nullità di protezione travolge solo gli effetti sfavorevoli al contraente protetto, è naturale che egli possa legittimamente selezionare le operazioni rilevatesi per lui negative, allo scopo di ottenere la ripetizione di quanto versato in relazione ad esse, e non è facile comprendere in qual senso possano risultare contrarie al canone della buona fede le modalità con cui egli in concreto lo faccia".

⁶⁷ Sul punto, si veda D. MAFFEIS, *Nullità selettive, op. cit.*, p. 178, dove si legge: "Ma naturalmente se si affermerà il principio secondo cui l'investitore può rivolgersi al giudice se esercita il diritto di difesa ma non se gli conviene, noi domani avremo un indizio grave dell'esistenza di un principio generale che vieta a qualunque contraente di rivolgersi al giudice non per esercitare il diritto di difesa, che è ciò che in questa lettura farebbero i contraenti buoni, ma perché gli conviene, che è ciò che farebbero i contraenti cattivi. E la sua domanda sarebbe inammissibile per il difetto di questa - inedita - quarta condizione dell'azione - dopo interesse e legittimazione ad agire e possibilità giudica - rappresentata dalla meritevolezza dell'interesse ad agire". Nella stessa direzione, ma in termini più generali, è la nota posizione di M. TARUFFO, *Abuso del processo*, in *Contr. impr.*, 2015, p. 832.

⁶⁸ Sul punto, si veda Cass. Civ., 9 aprile 2003, n. 5575 in *Arch. Civ.*, 2004, p. 237.

⁶⁹ Sul punto, si veda la critica di A. IULIANI, *Le nullità selettive al vaglio delle Sezioni Unite, cit.*; peraltro, anche chi considera la decisione come "ragionevole" riconosce che si tratta di una conclusione che "palesamente costituisce una integrazione giurisprudenziale di un testo normativo che non la contempla" (R. RORDORF, *Buona fede, cit.*).

La sensazione che lascia la lettura della sentenza è che le Sezioni Unite, dopo avere correttamente ricostruito la legittimità dell'azione di nullità selettiva dalla speciale conformazione dell'art. 23 T.u.f., siano cadute nello stesso errore dell'orientamento che contesta quell'azione perché ritiene iniqua la conseguenza (*i.e.*, che l'investitore recuperi delle somme perse in esecuzione di un contratto senza al contempo restituire quanto ricevuto) e articola una soluzione distinguendo tra il piano della nullità (dove l'interesse del cliente è sovrano assoluto) e quello degli effetti restitutori (dove l'interesse del cliente incontra il limite del sacrificio economico dell'intermediario)⁷⁰. Al pari di quella lettura, anche la sentenza in commento non riesce a spiegare le ragioni giuridiche di questa pretesa iniquità che giustificherebbe la rottura della corrispondenza tra domanda di nullità ed effetti restitutori. Il risultato è quello di avvicinare la soluzione adottata a quel pericoloso filone di decisioni con cui il giudice, “in modo arbitrario”, sanziona “comportamenti delle parti che, per qualche ragione estranea alla applicazione delle norme processuali specifiche, sono considerati come “scorretti””⁷¹. Il tempo dirà se questa limitazione alla restituzione delle somme versate in forza di ordini nulli perché privi di un valido contratto quadro resisterà o se, invece, la giurisprudenza correggerà il tiro, ora meglio giustificando l'eccezione paralizzante ora ripristinando il nesso tra restituzione e nullità selettiva⁷².

⁷⁰ In modo esatto, D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato*, cit., p. 161, osserva che la regola affermata dalle Sezioni Unite sia, a ben vedere, regola, l'unica che, nelle condizioni date, consente al suo autore di conseguire un risultato che egli percepisce come giusto evitando di avallare un risultato che all'opposto egli percepisce come ingiusto.

⁷¹ M. TARUFFO, *Abuso*, op. cit., p. 845.

⁷² In senso analogo, dubita della “reale capacità nomofilattica” propria di questa decisione, A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione*, cit., p. 36.