NULLITÀ DI PROTEZIONE E SELEZIONE DEGLI ATTI IMPUGNATI

Albina Candian
Prof. ord. di Diritto privato comparato nell'Università degli Studi di Milano

CORTE DI CASSAZIONE

4 novembre 2019, n. 28314, sez. un.
Rigetta App. Brescia, 21 novembre 2013

Contratti di borsa - Intermediazione finanziaria - Contratto quadro - Nullità per difetto di forma scritta - Deducibilità da parte del solo investitore - Conseguenze - Operatività in suo favore degli effetti sostanziali e processuali dell'accertamento - Eccezione di buona fede dall'intermediario - Ammissibilità - Condizioni.
(t.u.f., art. 23, comma 3°)

La nullità per difetto di forma scritta contenuta nell'art. 23, comma 3, del d.lgs. n. 58 del 1998 può essere fatta valere esclusivamente dell'investitore, con la conse- guenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno alla luce della complessiva esecuzione degli ordini conseguiti alla conclusione del contratto qua- dro (1).

Fatti di causa. — 1. Il Tribunale di Mantova ha accolto la domanda proposta da R.F., volta a far dichiarare la nullità di due contratti d'investimento in obbligazioni argentine stipulati il (*Omissis*) con condanna della intermediaria (*Omissis*) alle restituzioni dovute in relazione a tali investimenti. La nullità degli ordini di acquisto era derivata dal difetto di forma scritta del contratto quadro stipulato tra le parti del giudizio. Il Tribunale, peraltro, ha accolto anche la domanda riconvenzionale proposta dalla banca convenuta, avente ad oggetto la restituzione di cedole riscosse in forza di operazioni in esecuzione del contratto quadro ritenuto affetto da radicale nullità. All'esito dell'operata compensazione l'investitore è stato condannato al pagamento della differenza residua a debito.

2. La Corte d'Appello, investita dell'impugnazione dal R., in parziale riforma della pronuncia di primo grado, ha affermato, in primo luogo che sussiste il difetto di legittimazione dell'appellante R. in relazione all'ordine del 4/5/99 relativo a 35000 obbligazioni (*Omissis*) del controvalore di 35.840.668, formulato dalla madre dell'appellante dal momento che la stessa ha agito in nome proprio e non in rappresentanza del figlio. Al riguardo è stata esclusa la prova della "contemplatio domini" con la conseguenza che unica obbligata verso l'intermediaria deve ritenersi la mandataria senza rappresentanza. Il mandante non ha il potere in questa ipotesi di esercitare azioni contrattuali quali quella di risoluzione del contratto che rimangono in capo al mandatario.

Deve escludersi anche che vi sia stata una ratifica valida desumibile dallo "attestato di eseguito" proveniente dalla banca che trova giustificazione per l'esclusiva titolarità del c/c in capo all'appellante.

2.1. Nel merito, è vero che la nullità D.Lgs. n. 58 del 1998, *ex* art. 23, comma 3, può essere fatta valere soltanto dal cliente, ma una volta dichiarata, si ripercuote

su tutte le operazioni eseguite in attuazione dell'atto negoziale viziato. La nullità di protezione non determina anche il potere dell'investitore di limitazione degli effetti della nullità soltanto ad alcuni degli ordini secondo la sua scelta. L'invalidità si espande sull'intero rapporto ed investe tutti gli ordini di acquisto. Pertanto, in forza, della normativa in materia d'indebito, il cliente è tenuto a restituire alla banca i titoli acquistati, le cedole riscosse ed ogni altra utilità, così come la intermediaria è tenuta a restituire alla banca l'importo erogato per l'acquisto dei titoli. Tuttavia, nella specie la Corte ha escluso che fosse stata proposta una domanda riconvenzionale di restituzione, ritenendo validamente introdotta in giudizio esclusivamente un'eccezione di compensazione, idonea, di conseguenza, esclusivamente a paralizzare la domanda restitutoria dell'attore.

2.2. È stato inoltre precisato che alla soluzione adottata non è di ostacolo il fatto che la banca abbia acquistato titoli da un collocatore terzo. Il venire meno del mandato ha mantenuto in capo all'intermediario la proprietà dei titoli acquistati sul mercato dal momento che la nullità del contratto di negoziazione non incide sull'acquisto tra la banca ed il terzo ma solo sull'effetto di cui all'art. 1706 c.c. del ritrasferimento automatico al mandante. Le cedole, sebbene erogate da un soggetto terzo, (nella specie lo Stato emittente) in virtù della nullità del contratto quadro originario, rimangono di proprietà della banca, non essendosi perfezionato l'acquisto dei titoli nella sfera giuridica del cliente.

2.3. È stata dichiarata inammissibile perché proposta per la prima volta in appello la domanda del R., volta ad ottenere il danno da mancata rendita riguardante sia gli utili e i dividendi sulle cedole la cui restituzione era stata disposta dal Tribunale, sia quelli maturandi nel periodo successivo all'incasso dell'ultima cedola.

2.4. È stata confermata la statuizione del Tribunale riguardante la decorrenza degli interessi dovuti all'investitore con decorrenza dalla domanda, non essendovi prova della malafede della intermediaria. L'indebito sorge dalla mancata sottoscrizione del contratto quadro da parte della banca, nella copia dimessa in causa (non oggetto d'impugnazione) e tale mancanza non può che ritenersi frutto di mero errore.

3. Avverso tale pronuncia ha proposto ricorso per cassazione R.F. affidato a sei motivi. Non ha svolto difese la parte intimata. La parte ricorrente ha depositato memoria.

4. La prima sezione civile ha rimesso alle S.U. di questa Corte la questione sollevata nel secondo motivo di ricorso 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, tuttavia, dall'accertamento del difetto di forma del contratto quadro. Il punto controverso riguarda 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.

DIRITTO. - RAGIONI DELLA DECISIONE. — 5. Nel primo motivo di ricorso viene dedotta la violazione degli artt. 1292, 1388, 1704 e 1705 c.c. e art. 61 reg.

Consob n. 11522 del 1998 in relazione alla ritenuta carenza di legittimazione attiva del ricorrente in relazione all'operazione del 4/5/99. Afferma il ricorrente che il contratto d'intermediazione e quello di conto corrente erano cointestati a lui ed a sua madre. Ciascuno di essi, secondo quanto stabilito nel contratto poteva impartire ordini di acquisto titoli. Da ciò conseguiva che essi, anche singolarmente, agivano anche in rappresentanza dell'altro cointestatario ed avevano entrambi legittimazione ad agire in giudizio a tutela dei propri investimenti.

Inoltre l'attestato di eseguito recava l'espressa dizione "Vi informiamo di avere eseguito (...) la seguente operazione da voi disposta". Secondo quanto stabilito nell'art. 61 Reg. Consob tale informazione viene fornita all'investitore e non ad altri. Doveva pertanto trovare applicazione l'art. 1704 c.c. in relazione alla ratifica e non l'art. 1705 c.c. oltre che l'art. 1399 c.c.. Infine, anche applicando l'art. 1705 c.c. il credito derivante dall'azione di nullità poteva essere esercitato dal mandante.

6. Nel secondo motivo viene dedotta la violazione dell'art. 23 t.u.f. in relazione all'accoglimento dell'eccezione riconvenzionale di compensazione formulata dalla intermediaria. In primo luogo il ricorrente rileva che l'accertamento della nullità dell'intero contratto quadro è stata richiesta in via meramente incidentale e strumentale alla declaratoria di nullità dei due ordini sopra identificati. Tale limitazione risulta legittima in quanto gli ordini hanno una propria autonoma valenza negoziale che postula la formazione di un consenso ad hoc per la loro esecuzione mediante la prestazione dell'intermediario. Al riguardo non può pretendersi, in violazione patente dell'art. 100 c.p.c., che l'investitore debba denunziare la nullità di operazioni, eseguite in perfetta buona fede e che hanno comportato un utile, con ciò aggravando il danno già subito. Ove l'investitore dovesse scegliere tra il far valere la nullità dell'intero rapporto o subire, per evitare un maggior danno, la violazione dell'intermediario, ciò farebbe venire meno il carattere protettivo della nullità ed anche la funzione di tutelare l'integrità e la correttezza del mercato.

7. Nel terzo motivo viene dedotto il vizio di ultrapetizione della sentenza impugnata, per essere stata accertata con valore di giudicato la nullità del contratto quadro laddove ne era stato chiesto l'accertamento soltanto *incidenter tantum*.

8. Nel quarto motivo viene dedotta la violazione del D.Lgs. n. 5 del 2003, art. 10, comma 2-*bis*, per l'erronea affermazione contenuta nella sentenza impugnata riguardante la asserita non contestazione dell'entità delle cedole incassate dalla intermediaria in relazione agli ordini di acquisti scaturenti dal contratto quadro nullo. I documenti da cui si desume il fatto non contestato sono gli estratti conto prodotti dalla banca che riportano genericamente accrediti ed addebiti senza alcuna distinzione tra le operazioni disposte dai singoli cointestatari o cedole o dividendi provenienti da operazioni diverse. Il ricorrente, peraltro, riportando ampi stralci del quarto motivo d'appello, precisa di aver contestato anche in relazione alla legittimazione attiva della banca la riconduzione dell'importo complessivo a titolo di cedole nel rapporto giustificato dal contratto quadro. L'effetto probante della non contestazione non può prodursi se è necessario che i fatti accertati siano integrati da ulteriori prove e se abbia ad oggetto solo fatti secondari. L'applicazione illegittima del principio di non contestazione ha determinato nella specie l'alterazione della regola di giudizio fissata nell'art. 2697 c.c..

9. Nel quinto motivo viene dedotta la violazione degli artt. 820, 1148 e 2033 c.c. in relazione al dedotto obbligo dell'investitore di restituire le cedole riscosse in buona fede nel corso del rapporto. Il ricorrente aveva già prospettato il rilievo in questione precisando che le cedole nella specie erano state pagate dagli emittenti dei titoli e non dalla banca con la conseguenza che la stessa difettava di legittimazione. L'affermazione, secondo la quale, con la declaratoria di nullità i titoli restavano di proprietà della banca non faceva venire meno la conseguenza che il pagamento delle cedole era stato effettuato in buona fede al soggetto che in virtù del possesso del titolo figurava esserne il proprietario. Le norme sopra indicate stabiliscono il principio secondo il quale il possesso di buona fede fa sì che i frutti riscossi siano dovuti solo dal giorno della domanda e non dal momento della loro materializzazione. Il giudice d'appello ha errato nel dare rilievo invece che al possesso di buona fede alla titolarità delle obbligazioni. Essendo stata esclusa la malafede della banca doveva a maggior ragione essere esclusa la malafede del cliente. La corte d'Appello ha erroneamente ritenuto la banca legittimata alla ripetizione di indebito oggettivo.

10. Nel sesto motivo viene dedotta la violazione degli artt. 1147, 1338 e 2033 c.c. nonché del D.Lgs. n. 59 del 1998, art. 23 in relazione al rigetto della domanda attorea di pagamento degli interessi sulla somma investita dalla data degli investimenti anziché dalla domanda. Il difetto di sottoscrizione del contratto quadro da parte della banca porta a ritenere accertato che la stessa fosse a conoscenza dell'invalidità dello stesso e degli ordini relativi ai titoli argentini con la conseguenza dell'indebito originario in relazione ai pagamenti per i loro acquisti. L'obbligo di forma è posto ad esclusiva tutela del cliente e costituisce il primo livello di tutela dell'asimmetria informativa. Ne consegue la presunzione di consapevolezza della banca che a colmare tale squilibrio è tenuta.

11. La questione di cui sono state investite le Sezioni Unite è affrontata nel secondo motivo di ricorso. Il contrasto che si è determinato all'interno della prima sezione riguarda, come già rilevato, la legittimità della limitazione degli effetti derivanti dall'accertamento della nullità del contratto quadro ai soli ordini oggetto della domanda proposta dall'investitore, contrapponendosi a tale impostazione, quella, ad essa alternativa, che si fonda sull'estensione degli effetti di tale dichiarazione di nullità anche alle operazioni di acquisto che non hanno formato oggetto della domanda proposta dal cliente, con le conseguenze compensative e restitutorie che ne possono derivare ove trovino ingresso nel processo come eccezioni o domande riconvenzionali.

12. Prima di esaminare il secondo motivo di ricorso è necessario affrontare il terzo motivo relativo al vizio di ultrapetizione, nel quale sarebbe incorsa la sentenza impugnata per aver ritenuto che l'accertamento della nullità del contratto quadro avesse valore di giudicato. Al riguardo deve osservarsi che la parte ricorrente ha affermato che l'accertamento della nullità del contratto quadro era stata richiesta soltanto "incidenter tantum", ed esclusivamente al fine di far valere l'invalidità degli ordini di acquisto indicati nella domanda. Secondo questa prospettazione, l'eccezione di compensazione, accolta dalla Corte d'Appello, è viziata da extrapetizione perché fondata sull'accertamento con valore di giudicato, della nullità del contratto quadro, e sulla conseguente invalidità di tutti gli ordini di acquisto con efficacia *ex tunc*.

13. La censura non è fondata. In primo luogo deve rilevarsi che l'accertamento "incidenter tantum" può riguardare soltanto un rapporto diverso da quello dedotto in giudizio che si ponga come mero antecedente logico della decisione da adottare. La giurisprudenza di legittimità ha individuato le caratteristiche distintive di tale accertamento, ad efficacia esclusivamente endoprocessuale, rispetto a quello con valore di giudicato, attraverso gli orientamenti relativi al regolamento di competenza sui provvedimenti di sospensione del processo, la cui legittimità è stata limitata agli accertamenti giurisdizionali che si pongano in relazione di pregiudizialità tecnica o giuridica con quello o quelli inerenti il processo sospeso. Alla luce dei principi indicati, l'accertamento ha valore di giudicato quando riguarda un presupposto giuridico eziologicamente collegato con la domanda tanto da costituirne premessa ineludibile. Ulteriore caratteristica distintiva è l'attitudine ad avere rilievo autonomo ed efficacia che può propagarsi oltre il perimetro endoprocessuale. (Cass.14578 del 2005, nella quale è stato escluso che l'accertamento della proprietà di un muro in una causa di risarcimento dei danni dovuta al suo crollo potesse essere idonea alla formazione giudicato, trattandosi di rapporto diverso da quello dedotto in giudizio e 16995 del 2007).

Nella fattispecie dedotta nel presente giudizio l'accertamento della nullità del contratto quadro costituisce il presupposto non solo logico ma tecnico-giuridico della domanda oltre ad essere stato posto a base da parte dell'intermediario, dell'eccezione riconvenzionale di compensazione.

13.1. L'attitudine al giudicato dell'accertamento relativo alla nullità del contratto quadro e la conseguente infondatezza della censura prospettata nel terzo motivo, non esclude, tuttavia, la necessità di affrontare la correlata questione, relativa alla legittimazione ad agire dell'intermediario, in via di azione o di eccezione, al fine di far valere gli effetti della nullità del contratto quadro anche in relazione ad ordini di acquisto diversi di quelli indicati nella domanda. Tale profilo costituisce parte integrante della censura formulata nel secondo motivo e della questione sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, dovendo essere affrontata alla luce del peculiare regime delle nullità di protezione, all'interno delle quali si colloca, incontestatamente, la nullità per difetto di forma del contratto quadro, stabilita nell'art. 23 del t.u. n. 58 del 1998.

14. L'esame del secondo motivo richiede una precisazione preliminare. Nel giudizio di merito si è formato il giudicato sulla nullità del contratto quadro per difetto di forma, nonostante emerga dal ricorso (pag.8), e dalla sentenza impugnata (pag. 7 in fine) che il predetto contratto (quello del 25/8/98) sia stato sottoscritto dagli investitori (il ricorrente e sua madre). L'esistenza di un testo completo e sottoscritto da uno dei contraenti, ancorché costituisca circostanza irrilevante, in relazione all'accertamento della nullità, perché coperta da giudicato, non può essere del tutto ignorata, in relazione alla valutazione della legittimità delle diverse forme di tutela dell'intermediario determinate dall'uso selettivo delle nullità di protezione.

14.1. In particolare, deve escludersi l'applicabilità, nel caso di specie, dei principi contenuti nell'ordinanza della prima sezione civile, n. 10116 del 2018, secondo i quali l'intermediario non può legittimamente opporsi ad un'azione fondata sull'uso selettivo della nullità *ex* art. 23 t.u.f. quando un contratto quadro manchi del tutto, né attraverso l'*exceptio doli* (di cui si tratterà nei par. 18,19,20)

né, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, per effetto della sopravvenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente.

15. Si ritiene necessaria, in primo luogo, la ricognizione del quadro legislativo delle nullità di protezione non limitando l'esame soltanto alle norme del t.u.F ratione temporis applicabili, ma estendendo l'indagine ad aree contigue, in modo da avere un prospetto comparativo della peculiarità del regime giuridico di tale tipologia di nullità.

15.1. Al rapporto dedotto in giudizio si applica il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23 nella sua formulazione originaria. Il testo normativo è, infatti, entrato in vigore il 1/7/1998 ed il contratto quadro è stato stipulato nell'agosto del 1998. Gli ordini di cui si chiede la dichiarazione di nullità sono stati emessi nel 1999.

Il testo normativo ratione temporis applicabile è il seguente:

1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.

2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tal casi nulla è dovuto.

3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.

Il comma 3 non è mutato nella versione della norma attualmente vigente.

Analogo sistema di tutela del cliente si rinviene nel D.Lgs. n. 385 del 1993 (d'ora in avanti denominato t.u. bancario), sia in relazione alla previsione della nullità del contratto per difetto di forma (art. 117, commi 1 e 3, rimasti immutati), sia in relazione all'applicazione delle nullità di protezione disciplinate nell'art. 127, così formulato:

"1. Le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente.

2. Le nullità previste dal presente titolo possono essere fatte valere solo dal cliente.".

Con la modifica introdotta dal D.Lgs. n. 141 del 2010, art. 4, comma 3, l'attuale formulazione dell'art. 127, comma 4, si è conformata al regime giuridico del Codice del Consumo (D.Lgs. n. 206 del 2005) ed è la seguente: "Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice". Deve, infatti rilevarsi, che le nullità di protezione sono state introdotte nel codice civile in relazione all'inefficacia delle clausole vessatorie nei contratti conclusi con i consumatori. Al riguardo nell'art. 1469 *quinquies* c.c., *ratione temporis* applicabile, è stato previsto che "l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice". Con l'introduzione del Codice del Consumo (D.Lgs. n. 206 del 2005), e l'abrogazione delle norme codicistiche in tema di clausole vessatorie, l'art. 36, comma 3. ha esteso la tutela prevista per le clausole vessatorie alla nullità,

stabilendo che: “La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”.

15.2. Il confronto tra le norme sopra illustrate pone in luce come, pur in presenza di differenze testuali non prive di rilievo, il tratto unificante del regime giuridico delle nullità di protezione sia la legittimazione esclusiva del cliente ad agire in giudizio. Le conseguenze sostanziali di questo regime peculiare di legittimazione sono espresse nella regola normativa: la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d’ufficio dal giudice”, che, tuttavia, non è testualmente riprodotta nell’art. 23 t.u.f.. Al riguardo deve osservarsi che il rilievo officioso delle nullità di protezione deve ritenersi generalmente applicabile a tutte le tipologie di contratti nei quali è previsto in favore del cliente tale regime di protezione in considerazione dei principi stabiliti nella sentenza delle S.U. n. 26642 del 2014 così massimati: “La rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da configurarsi, alla stregua delle 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.) — che trascendono quelli del singolo”, (cfr. anche la più recente Cass., 26614 del 2018, nella quale si precisa che il rilievo d’ufficio è, tuttavia, subordinato ad una manifestazione d’interesse del legittimato). Il testo, immutato, dell’art. 23, comma 3, deve, pertanto, essere interpretato in modo costituzionalmente orientato e coerentemente con i principi del diritto eurounitario, così da non escluderne né il rilievo d’ufficio né l’operatività a vantaggio esclusivo del cliente.

Deve, tuttavia, rilevarsi che la configurazione normativa e l’elaborazione giurisprudenziale relativa alle nullità di protezione ne evidenziano la vocazione funzionale, ancorché non esclusiva, alla correzione parziale del contratto, limitatamente alle parti che pregiudicano la parte contraente che in via esclusiva può farle valere. Tale carattere è stato largamente sottolineato dalla dottrina che più autorevolmente si è occupata della loro collocazione nel sistema dei rimedi e delle disfunzioni del contratto. L’originaria destinazione all’eliminazione delle clausole inefficaci ne sottolinea tale profilo ed evidenzia le difficoltà di adattamento dello strumento in relazione alla produzione dell’effetto dell’invalidità dell’intero contratto. Questo ampliamento dell’ambito di applicazione delle nullità di protezione costituisce il nucleo problematico della questione sottoposta all’esame delle S.U. Può, infatti, rilevarsi che l’incidenza diretta sui requisiti di forma ad substantiam è prevista in particolare per i contratti bancari e per i contratti d’investimento. Per questi ultimi si pone in concreto l’interrogativo della legittimità e liceità dello strumento delle nullità cd. selettive. È la conformazione bifasica dell’impegno negoziale assunto dalle parti a determinare l’insorgenza delle criticità applicative del regime delle nullità di protezione. Il contratto quadro ha una funzione conformativa e normativa. Deve a pena d’invalidità, essere redatto per iscritto, contenendo la definizione specifica della tipologia d’investimenti da eseguire, il range di rischio coerente con il profilo del cliente e la determinazione degli obblighi che l’intermediario è tenuto ad adempiere (Cass., 12937 del 2017). Il suo perfezionamento, tuttavia, costituisce la condizione necessaria ma non sufficiente perché si realizzino tutti gli effetti scaturenti dal vincolo negoziale assunto dalle

parti. Ad esso deve seguire l'effettuazione degli investimenti finanziari, attraverso l'esecuzione degli ordini di acquisto da parte dell'intermediario. Nonostante l'impegno economico per il cliente si determini con la trasmissione degli ordini, la forma scritta, in linea generale, è imposta soltanto per il contratto quadro, salvo diversa disposizione contrattuale voluta dalle parti, perché in questo testo negoziale si cristallizzano gli obblighi dell'intermediario che il legislatore ha inteso rendere trasparenti, in primo luogo, con la predisposizione di un regolamento scritto. Tale obbligo, come specificato nella recente sentenza delle S.U. n. 898 del 2018 ha natura e contenuto funzionali e costituisce il primo, (ma non l'unico) ineliminabile strumento di superamento dello squilibrio contrattuale e dell'asimmetria informativa delle parti. L'obbligo della forma scritta, nell'impostazione funzionale prescelta dalle S.U., deve ritenersi assolto anche se il contratto quadro è sottoscritto soltanto dall'investitore, essendo destinato alla protezione effettiva del cliente senza tuttavia legittimare l'esercizio dell'azione di nullità in forma abusiva, in modo da trarne ingiusti vantaggi.

Deve, pertanto, rilevarsi, come già nella sentenza delle S.U. n. 898 del 2018, siano state adombrate le criticità applicative che possono derivare dall'adozione del regime giuridico delle nullità di protezione per forme d'invalidità che colpiscano l'intero testo contrattuale. L'opzione, fortemente funzionalistica, adottata dalle S.U. nella conformazione dell'obbligo della forma scritta, contenuto nell'art. 23 t.u. n. 58 del 1998, è determinata dall'esigenza di non trascurare l'applicazione dei principi di buona fede e correttezza anche nell'esercizio dei diritti in sede giurisdizionale. Nell'affrontare il quesito posto dall'ordinanza di rimessione, il Collegio ritiene di dover dare continuità al richiamo contenuto nei principi elaborati nella sentenza n. 898 del 2018, al fine di verificare se può configurarsi un esercizio del diritto a far valere, da parte dell'esclusivo legittimato, le nullità di protezione in un modo selettivo o se tale esercizio possa ed in quali limiti qualificarsi abusivo o contrario al canone, costituzionalmente fondato, della buona fede.

15.3. Per poter svolgere l'indagine sopra delineata occorre in primo luogo definire l'ambito effettivo della deroga ai principi generali riguardanti il regime d'invalidità dei contratti desumibile dal peculiare regime giuridico delle nullità protettive. Sarà necessario, inoltre, verificare se possa configurarsi una disciplina generale comune a tutte le nullità di protezione, salvo differenze di dettaglio ove previste da una normativa specifica di settore o se vi sia la coesistenza di differenziate forme di nullità di protezione, ciascuna dotata di un proprio statuto giuridico autonomo eventualmente anche in relazione all'esercizio selettivo dell'azione di nullità.

16. Il regime giuridico della legittimazione a far valere tale forma di nullità contrasta con il disposto dell'art. 1421 c.c.: le nullità di protezione, sia che investano singole clausole sia che riguardino l'intero contratto non possono essere fatte valere che da una sola parte, salvo il rilievo d'ufficio del giudice nei limiti indicati dalle S.U. nella pronuncia n. 26442 del 2014, proprio in applicazione del principio solidaristico e costituzionalmente fondato, della buona fede. La legittimazione dell'altra parte è radicalmente esclusa, trattandosi di nullità che operano al fine di ricomporre un equilibrio quanto meno formale (S.U. 26442 del 2014) tra le parti. Tale esclusione è il frutto della predeterminazione legislativa della

posizione di squilibrio contrattuale tra le parti in relazione ad alcune tipologie contrattuali.

Con riferimento ai contratti d'investimento, lo squilibrio che viene ad emersione giuridica ha carattere prevalentemente conoscitivo-informativo, fondandosi sull'elevato grado di competenza tecnica richiesta a chi opera nell'ambito degli investimenti finanziari. I rimedi volti a limitare od a colmare l'asimmetria informativa, riconosciuta come elemento caratterizzante l'intervento correttivo del legislatore, non sono riconducibili soltanto alle nullità di protezione. Proprio in funzione dell'effettiva attuazione del principio di buona fede, la nullità di prote- zione, applicata in via generale ed indifferenziata ad esclusivo vantaggio del cliente, opera sul requisito della forma (peraltro in chiave funzionale, come chiarito da S.U. 898 del 2018) del contratto quadro ma non in relazione a tutti gli obblighi informativi dell'intermediario, essendo la gran parte di essi conformati sul profilo del cliente e sul grado di rischiosità contrattualmente assunto. Ristabilito l'equilibrio formale con il testo contrattuale scritto, la condizione soggettiva dell'investitore e le scelte d'investimento connotano peculiarmente gli obblighi informativi dell'intermediario ed incidono sullo scrutinio dell'adempimento del- l'intermediario ai fini del risarcimento del danno o della risoluzione del contratto, tenendo conto in concreto della buona fede del cliente al momento della discovery delle sue caratteristiche d'investitore e del suo grado di conoscenza delle dinami- che degli investimenti finanziari (S.U. 26724 del 2007). 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 predeterminazione legislativa delle nullità di prote- zione predisposte a suo esclusivo vantaggio, in funzione di riequilibrio generale ed astratto delle condizioni negoziali garantite dalla conoscenza del testo del con- tratto 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.

17. Ritiene, pertanto, il Collegio, che la questione della legittimità dell'uso selettivo delle nullità di protezione nei contratti aventi ad oggetto servizi d'investimento debba essere affrontata assumendo come criterio ordinante l'applicazione del principio di buona fede, al fine di accertare se sia necessario alterare il

regime giuridico peculiare di tale tipologia di nullità, sotto il profilo della legittimazione e degli effetti, per evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto.

17.1. Per svolgere in modo esauriente tale indagine è necessario, in primo luogo, illustrare le opzioni alternative che si confrontano in dottrina e sono rappresentate in due pronunce della prima sezione civile, la n. 8395 del 2016 e la n. 6664 del 2018.

17.1.1. Il nucleo centrale della divergenza risiede proprio nella diversa declinazione dell'ambito di operatività delle nullità di protezione, in relazione alla correlazione tra legittimazione e propalazione degli effetti. Ove si ritenga che il regime di protezione si esaurisca nella legittimazione esclusiva del cliente (o nella rilevabilità d'ufficio, nei limiti precisati nel par.15.2) a far valere la nullità per difetto di forma, una volta dichiarata l'invalidità del contratto quadro, gli effetti caducatori e restitutori che ne derivano possono essere fatti valere da entrambe le parti. Il principio, posto a base dell'accurata requisitoria dell'Avvocato Generale, è stato così espresso in Cass. n. 6664 del 2018: "una volta che sia privo di effetti il contratto d'intermediazione finanziaria destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti in quanto esso sia dichiarato nullo, operano le regole comuni dell'indebito (art. 2033 c.c.) non altrimenti derogate. La disciplina del pagamento dell'indebito è invero richiamata dall'art. 1422 c.c.: accertata la mancanza di una *causa adquirendi* - in caso di nullità (...) 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".

17.1.2. L'opinione radicalmente contraria si fonda invece sull'operatività piena, processuale e sostanziale, del regime giuridico delle nullità di protezione esclusivamente a vantaggio del cliente (nella specie dell'investitore), anche ove l'invalidità riguardi l'intero contratto. L'intermediario non può avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, che ne possono scaturire a suo vantaggio, dal momento che il regime delle nullità di protezione opera esclusivamente in favore dell'investitore. Il contraente privo della legittimazione a far valere le nullità di protezione può, di conseguenza, subire soltanto gli effetti della dichiarazione di nullità selettivamente definiti nell'azione proposta dalla parte esclusiva legittimata, non potendo far valere qualsiasi effetto "vantaggioso" che consegua a tale declaratoria. L'indebito, così come previsto nell'art. 1422 c.c., può operare solo ove la legge non limiti con norma inderogabile la facoltà di far valere la nullità ed i suoi effetti in capo ad uno dei contraenti, essendo direttamente inciso dallo "statuto" speciale della nullità cui si riferisce. Le nullità di protezione sono poste a presidio esclusivo del cliente. Egli *ex lege* ne può trarre i vantaggi (leciti) che ritiene convenienti. La selezione degli ordini sui quali dirigere la nullità è una conseguenza dell'esercizio di un diritto predisposto esclusivamente in suo favore. Una diversa interpretazione del sistema delle nullità di protezione condurrebbe all'effetto, certamente non voluto dal legislatore, della sostanziale abrogazione dello speciale regime d'intangibilità ed impermeabilità proprio delle nullità di protezione (Cass., 8395 del 2016). In particolare, con

riferimento alla tipologia contrattuale oggetto del presente giudizio, l'investitore, ove fosse consentito all'intermediario di agire *ex* art. 2033 c.c., non potrebbe mai far valere il difetto di forma di alcuni ordini in relazione ad un rapporto di lunga durata che abbia avuto parziale esecuzione, perché le conseguenze economico patrimoniali sarebbero per lui verosimilmente quasi sempre pregiudizievoli, così vanificandosi la previsione legale di un regime di protezione destinato ad operare a suo esclusivo vantaggio.

18. Vi è una terza opzione che rinviene nel principio della buona fede, variamene declinato, lo strumento più adeguato, per affrontare il tema dell'uso eventualmente distorsivo dello strumento delle nullità di protezione in funzione selettiva, perché, senza alterarne il regime giuridico ed in particolare l'unilateralità dello strumento di tutela legislativamente previsto, consente, per la sua adattabilità al caso concreto, di ricostituire l'equilibrio effettivo della posizione contrattuale delle parti, impedendo effetti di azioni esercitate in modo arbitrario o nelle quali può cogliersi l'abuso dello strumento di "protezione" ad esclusivo detrimento dell'altra parte. Già nelle ordinanze interlocutorie n. 12388, 12389 e 12390 del 2017, nelle quali la questione della legittimità dell'uso selettivo della nullità era subordinata a quella principale relativa alla validità, sotto il profilo del requisito di forma, del contratto quadro sottoscritto dal solo investitore, era stata prospettata l'esperibilità dell'*exceptio doli generalis*, al fine di paralizzare l'uso selettivo della nullità, ritenendo centrale nell'esaminare la questione, il rilievo della buona fede "come criterio valutativo della regola contrattuale". Nell'ordinanza interlocutoria n. 23927 del 2018, dalla quale è scaturito il presente giudizio, anche alla luce degli orientamenti, ancorché non univoci che sono intervenuti *medio tempore* (Cass., 6664 e 10116 del 2018) è stata posta in evidenza la questione della compatibilità tra il peculiare regime delle nullità protettive nei contratti d'intermediazione finanziaria e l'opponibilità della "eccezione di correttezza e di buona fede", in funzione della individuazione di un punto di equilibrio tra le esigenze di garanzia degli investimenti dei privati in relazione alla collocazione dei propri risparmi (art. 47 Cost.) e la tutela dell'intermediario anche in funzione della certezza dei mercati in materia d'investimenti finanziari.

19. La dottrina non ha prospettato soluzioni univoche, formulando indicazioni variamente assimilabili a quelle che hanno caratterizzato gli orientamenti giurisprudenziali sopra illustrati. Come riscontrato anche nel confronto tra le due ordinanze interlocutorie che hanno posto alle S.U. la questione della legittimità dell'uso selettivo delle nullità di protezione, il principio di buona fede non è stato preso in considerazione in modo univoco. Si è affermato che attraverso la formulazione dell'*exceptio doli generalis* si possa impedire in via generale l'uso selettivo delle nullità di protezione, in quanto dettato esclusivamente dall'intento di colpire gli investimenti non redditizi (la tesi viene prospettata seppure in via ipotetica nelle ordinanze interlocutorie n. 12388,12389 12390 del 2017). In questa lettura l'azione di nullità, ove sia diretta a colpire alcuni soltanto degli ordini eseguiti, viene ritenuta intrinsecamente connotata da un intento opportunistico che va oltre la funzione di protezione voluta dal legislatore. Rispetto alla tesi illustrata nel par. 17.1.1, la differenza si può cogliere nell'effetto esclusivamente paralizzante conseguente alla formulazione dell'eccezione, rimanendo preclusa all'intermediario l'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito.

La tesi esposta postula che l'uso selettivo delle nullità di protezione determini sempre la violazione del canone di buona fede. L'investitore, ove intraprenda l'azione, si pone nella condizione di produrre un pregiudizio economico ingiustificato all'altra parte dovuto alla natura potestativa ed unilaterale della selezione operata. L'*exceptio doli*, così configurata, ricorrerebbe sempre in via generale ed astratta e deriverebbe dall'uso della nullità selettiva, ancorché astrattamente lecito. La tesi viene criticata per la sua assolutezza perché, pur non escludendo la formale applicazione dello statuto normativo delle nullità di protezione, ne trascura la funzione di reintegrazione di una preesistente condizione di squilibrio strutturale che permea le fattispecie contrattuali nelle quali trova applicazione e d'inveramento del sistema assiologico fondato sui principi di uguaglianza, solidarietà e tutela del risparmiatore ritraibili dalla Costituzione. Inoltre, con tale impostazione, si trascura la strutturale vocazione delle nullità protettive ad un uso selettivo, ancorché non arbitrario, in quanto correlato alla operatività a vantaggio esclusivo di uno dei contraenti.

20. Nel solco dell'applicazione in chiave riequilibratrice del principio di buona fede si collocano posizioni intermedie che, partendo dalla legittimità dell'azione di nullità cd. selettiva da parte del cliente, ovvero di una domanda formulata in relazione ad alcuni ordini d'investimento, ritengono che da parte dell'intermediario possa essere fatta valere l'*exceptio doli generalis* ove l'esercizio del diritto da parte dell'investitore sia avvenuto in malafede attraverso una valutazione che deve essere svolta in concreto secondo parametri oggettivi e soggettivi sui quali, tuttavia, non si riscontra unitarietà di vedute.

Viene escluso, al riguardo, che il possibile conflitto tra la specifica istanza di solidarietà costituita dal regime peculiare delle nullità di protezione e quella che scaturisce dal principio di affidamento, possa trovare una soluzione, stabilendo un criterio di prevalenza applicabile in ogni ipotesi, tenuto conto che la dinamica selettiva è ipotizzabile esclusivamente nelle nullità di protezione. L'affidamento, che costituisce il nucleo costitutivo della nozione di buona fede, ha un sicuro ancoraggio costituzionale nell'art. 2 Cost.. Le nullità di protezione, come evidenziato da S.U. 26242 del 2014, fondano l'inderogabilità del loro statuto, contrassegnato dall'operatività a "vantaggio" del cliente, non solo sull'art. 2 ma anche sull'art. 3 (essendo finalizzate a rimuovere il primo grado dell'asimmetria informativa) e sull'art. 41 cui si aggiunge, per l'intermediazione finanziaria, la tutela del risparmio (art. 47 Cost.). Poiché le nullità di protezione costituiscono, dunque, una diretta attuazione di principi costituzionali, tale qualificazione non è priva di conseguenze in relazione alla concorrente operatività del principio di buona fede come criterio arginante l'uso arbitrario dello strumento di tutela. Ne consegue 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*. L'eccezione, secondo una delle tesi in campo, può essere proposta per paralizzare l'azione volta a far valere le nullità di protezione in funzione selettiva, tutte le volte che l'investitore ponga in essere una condotta soggettivamente connotata da malafede o frode ovvero preordinata alla produzione di un pregiudizio per l'intermediario, non ravvisandosi alcuna incompatibilità tra l'esercizio dell'azione di nullità e la predetta

eccezione ma solo la necessità di un adeguato bilanciamento da svolgersi secondo il paradigma contenuto nell'art. 1993 c.c., comma 2, e art. 2384 c.c., comma 2, individuabile nel non potere agire, neanche attraverso l'esercizio di un proprio diritto, arrecando intenzionalmente danno all'altra parte. Lo statuto protettivo dell'investitore non può determinare a suo vantaggio, un regime di sostanziale irresponsabilità ed esonerarlo dal controllo della conformità del suo agire, in quanto la regola di buona fede, assiologicamente espressiva del dovere di solidarietà costituzionale e costituente il tessuto connettivo dei rapporti contrattuali, impone tale verifica di conformità purché svolta in concreto.

In conclusione, secondo questa prospettazione, occorre verificare se l'azione è stata preordinata alla produzione di un pregiudizio per l'altro contraente.

21. La tesi sopra illustrata si espone a rilievi critici per aver limitato l'opponibilità dell'*exceptio doli* alla valutazione della buona fede soggettiva così da escludere ogni rilevanza alla oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio di una sola controparte contrattuale. Al fine di poter svolgere un giudizio comparativo che tenga conto anche della eventuale violazione della buona fede sotto il profilo oggettivo del pregiudizio arrecabile ad una sola delle parti, si è fatto ricorso alla categoria dell'abuso del diritto, in relazione al quale non è sufficiente che una parte del contratto abbia tenuto una condotta non idonea a salvaguardare gli interessi dell'altra, quando tale condotta persegua un risultato lecito attraverso mezzi legittimi, essendo, invece, configurabile allorché il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono attribuiti (Cass., 15885 del 2013; 10568 del 2018). Non è configurabile un abuso che derivi soltanto dall'aver voluto conseguire un proprio vantaggio economico mediante uno strumento di tutela previsto dall'ordinamento che, peraltro, deriva, dall'attivazione di uno statuto di tutela inderogabile, essendo necessario che il fine dell'azione sia incoerente rispetto a quello legale in funzione del quale è stato attribuito il diritto di agire (Cass., 29792 del 2017, in relazione alla configurabilità dell'abuso del diritto potestativo dei soci di una società di capitali che rappresentino un terzo del capitale sociale, di chiedere il differimento dell'assemblea ove dichiarino di non essere stati sufficientemente informati) o determini effetti del tutto sproporzionati rispetto al fine di tutela per cui si è agito.

22. Alla luce delle considerazioni svolte, ritiene il Collegio, in risposta al quesito formulato nel par. 17, di dovere, preliminarmente, escludere entrambe le opzioni che prescindono del tutto dalla considerazione del principio di buona fede o perché negano la legittimità dell'uso selettivo delle nullità di protezione fino al riconoscimento del diritto a richiedere la ripetizione dell'indebito in relazione agli investimenti non selezionati dall'investitore ma travolti dalla nullità del contratto quadro, o perché ne considerano legittima l'azione senza alcun limitazione, ritenendo tale soluzione l'unica coerente con l'operatività ad esclusivo vantaggio del cliente delle nullità di protezione. In contrasto con le tesi criticate, il Collegio reputa che la questione della legittimità dell'uso selettivo delle nullità di protezione nei contratti aventi ad oggetto servizi d'investimento, possa essere risolta ricorrendo, come criterio ordinante, al principio di buona fede, da assumere,

tuttavia, in modo non del tutto coincidente con le illustrate declinazioni dell'*exceptio doli generalis* e dell'abuso del diritto.

22.1. Al riguardo si ritiene di dover ribadire che, in relazione ai contratti d'investimento che costituiscono l'oggetto del presente giudizio, della dichiarata invalidità del contratto quadro, ancorché accertata con valore di giudicato, come già rilevato nei par.13 e 13.1, può avvalersi soltanto l'investitore, sia sul piano sostanziale della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso.

22.2. L'uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro non contrasta, in via generale, con lo statuto normativo delle nullità di protezione ma la sua operatività deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente. 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. Deve rilevarsi, tuttavia, l'insufficienza anche della esclusiva valorizzazione della buona fede soggettiva, ove ravvisabile solo se si dimostri un intento dolosamente preordinato a determinare effetti pregiudizievoli per l'altra parte.

22.3. Al fine di modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio effettivo delle parti contrattuali di fronte all'uso selettivo delle nullità di protezione, non può mancare un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato. In questa ultima ipotesi deve ritenersi che l'investitore abbia agito coerentemente con la funzione tipica delle nullità protettive, ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere. Pertanto, per accertare se l'uso selettivo della nullità di protezione sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario, si deve verificare l'esito degli ordini non colpiti dall'azione di nullità e, ove sia stato vantaggioso per l'investitore, porlo in correlazione con il *petitum* azionato in conseguenza della proposta azione di nullità. Può accertarsi che gli ordini non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio confluito nel petitum. In tale ipotesi, può essere opposta, ed al solo effetto di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati, l'eccezione di buona fede, al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso. Può, tuttavia, accertarsi che un danno per l'investitore, anche al netto dei rendimenti degli investimenti relativi agli ordini non colpiti dall'azione di nullità, si sia comunque determinato. Entro il limite del pregiudizio per l'investitore accertato in giudizio, l'azione di nullità non contrasta con il principio di buona fede. Oltre tale limite, opera, ove sia oggetto di allegazione, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede. Ne consegue che, se, come nel caso di specie, i rendimenti degli investimenti non colpiti dall'azione di nullità superino il *petitum*, l'effetto impeditivo è integrale, ove invece si determini un danno per l'investitore, anche all'esito della comparazione con gli altri

investimenti non colpiti dalla nullità selettiva, l'effetto paralizzante dell'eccezione opererà nei limiti del vantaggio ingiustificato conseguito.

23. La soluzione della questione sottoposta all'esame del Collegio può, in conclusione, così essere sintetizzata.

Anche in relazione al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 3, il regime giuridico delle nullità di protezione opera sul piano della legittimazione processuale e degli effetti sostanziali esclusivamente a favore dell'investitore, in deroga agli artt. 1421 e 1422 c.c. L'azione rivolta a far valere la nullità di alcuni ordini di acquisto richiede l'accertamento dell'invalidità del contratto quadro. Tale accertamento ha valore di giudicato ma l'intermediario, alla luce del peculiare regime giuridico delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma *ex* artt. 1422 e 2033 c.c.. I principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale, di derivazione costituzionale (artt. 2,3,41 e 47 Cost., quest'ultimo con specifico riferimento ai contratti d'investimento) sui quali le S.U., con la pronuncia n. 26642 del 2014, hanno riposto il fondamento e la ratio delle nullità di protezione operano, tuttavia, anche in funzione di riequilibrio effettivo endocontrattuale quando l'azione di nullità, utilizzata, come nella specie, in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. Limitatamente a tali ipotesi, l'intermediario può opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini. L'eccezione sarà opponibile, nei limiti del *petitum* azionato, come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore. Ove il *petitum* sia pari od inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo dell'azione restitutoria promossa dall'investitore sarà integrale. L'effetto impeditivo sarà, invece, parziale, ove gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel petitum.

L'eccezione di buona fede operando su un piano diverso da quello dell'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non è configurabile come eccezione in senso stretto non agendo sui fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti. Deve essere, tuttavia, oggetto di specifica allegazione.

24. La soluzione della questione di massima di particolare importanza rimessa all'esame delle S.U. può essere risolta alla luce del seguente principio di diritto:

"La nullità per difetto di forma scritta, contenuta nel D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 3, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro".

25. Ne consegue, in relazione al secondo motivo di ricorso, che deve essere confermata, con correzione della motivazione *ex* art. 384 c.p.c., u.c., la statuizione

contenuta nella pronuncia impugnata, alla luce del principio di diritto di cui al par. 24. (*Omissis*).

(1) Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati (*).

SOMMARIO: 1. Il *thema decidendum* ed il suo contesto normativo. — 2. I contrasti di giurisprudenza che le Sezioni Unite sono state chiamate a comporre. — 3. La soluzione intermedia individuata dalle Sezioni Unite. — 4. Le opzioni metodologiche sottostanti alle diverse soluzioni. — 5. Le argomentazioni ripudiate dalla Corte e quella accolta.

1. L'arresto delle Sezioni Unite della Cassazione compone con una motivazione apparentemente compromissoria una divergenza che si era manifestata nella giurisprudenza di legittimità e di merito, con abbondante contorno di prese di posizione dottrinali. Il *thema decidendum* riguarda i rimedi derivanti dall'accertamento della nullità del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento di cui all'art. 23 d.l. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.). Il testo dell'articolo citato è stato più volte ritoccato dal legislatore e la specifica versione applicabile al caso esaminato dalle Sezioni Unite non è esattamente quella attualmente in vigore, ma ai fini della questione affrontata le variazioni testuali sono poco rilevanti.

Piuttosto è da notare che l'arresto in commento si rivolge ad una ipotesi di nullità per difetto di forma del contratto di prestazione di servizi di investimento (cosiddetto: contratto-quadro) che non è più sostanzialmente attuale in virtù di un *revirement* giurisprudenziale attuato dalla sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898 (1), ove oltre a ribadire che l'art. 23 t.u.f., laddove parla di forma scritta a pena di nullità, si riferisce ai contratti-quadro e non ai singoli servizi di investimento o disinvestimento, la cui validità non è di regola soggetta ai requisiti formali, si è sancito,

---

(*) In fase di correzione di bozze sono stati pubblicati alcuni contributi di cui non si è potuto tenere conto nella stesura della presente nota. In particolare si veda: MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 160; MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, ivi, 163; PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione* ex fide bona, ivi, 169; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, ivi, 176; GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, ivi, 154; 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, I, 32.

(1) Cass., 16 gennaio 2018, n. 898, in questa *Rivista*, 2018, II, 267, con nota di MIRONE, CHIARELLA, e commentata altresì da MEDICI, *Contratti di investimento monofirma: l'avallo delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2018, I, 928 e MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo « informativo »*, ivi, 1283; LA ROCCA, *« Interessi contrapposti » e « conseguenze opportunistiche » nella sentenza delle sezioni unite sulla sottoscrizione del contratto*, ivi, 1289; D'AMICO, *La « forma » del contratto quadro* ex *art. 23 t.u.f. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contr.*, 2018, 138; PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le sezioni unite ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 t.u.f.*, ivi, 143; AMAGLIANI, *Nota breve a margine di sez. un. 16 gennaio 2018, n. 898*, ivi, 149; DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il « balletto » delle forme*, in *Giur. it.*, 2018, 569; COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle sezioni unite*, ivi, 572; TICOZZI, *Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione*, ivi, 579; BRIGANTI, *Forma del contratto*, in *Notariato*, 2018, 191; NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le sezioni unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti, è valido*, in *Società*, 2018, 485, DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle sezioni unite: oltre il contratto « monofirma »*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, I, 658; SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, ivi, 2018, 5, 741.

ponendo termine ad un lungo dibattito, che il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal medesimo testo legislativo, è rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente-investitore, sicché è sufficiente la sola sottoscrizione di quest'ultimo, mentre non è necessaria la sottoscrizione dell'intermediario, il cui consenso si può desumere alla stregua dei suoi comportamenti.

In altri termini, si può assumere che ai fini del *thema decidendum* il diritto legislativo non è sostanzialmente variato, ma il diritto giurisprudenziale sì.

Nel procedimento che ha condotto all'arresto in commento, è però accaduto che il cliente, seguendo una via ampiamente tracciata da contenziosi precedenti, abbia impugnato alcuni ordini di investimento, ascrivibili al contratto-quadro concluso a monte in assenza dell'apposizione della firma dell'istituto di credito e che i giudici di merito, seguendo l'indirizzo prevalente (2) prima della sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 898/2018, lo abbiano dichiarato nullo per difetto di forma scritta; ma è accaduto anche che la banca convenuta non abbia proposto appello sul punto, peraltro piuttosto discusso (3), sicché in tema di nullità del contratto quadro cosiddetto monofirma si è formato il giudicato interno costringendo le Sezioni Unite a giudicare come se tale ipotesi di nullità fosse ancora attuale, mentre nella realtà non lo è più.

A parte un qualche riflesso che questa anomala vicenda processuale ha comportato sulla decisione in esame, in particolare rendendo insostenibile l'argomento per cui la nullità in questione si colleghi ad una negligenza dell'intermediario di cui lo stesso debba essere considerato consapevole, è da osservare che ciò ha consentito alla Corte di Cassazione di esprimersi sulla dibattuta questione di diritto relativa alla selezione degli atti derivati da contratto nullo allo stato, per così dire, puro, senza tener conto cioè della ben più limitata incidenza che la stessa esercita attualmente sul contenzioso banca cliente. Benché nel testo della motivazione le Sezioni Unite non nascondano l'ambizione di emanare un arresto giurisprudenziale avente valenza nomofilattica per tutte le nullità di protezione, è quindi da osservare che il principio di diritto cui pone capo si adatta solo alla fattispecie composta da un rapporto di mandato strutturato in forma bifasica e rispetto alla quale il cliente critichi unicamente il vizio, normalmente di forma, del contratto quadro per proporre, poi, azioni (selettive) di ripetizione di quanto pagato per l'esecuzione di alcuni ordini.

2. I termini della questione affrontata sono noti (4) ed anche ben sintetizzati nel testo della motivazione, pertanto si può qui riassumerli brevemente.

L'art. 23 t.u.f., dispone, nel suo nucleo essenziale rimasto invariato, che i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento siano redatti in forma scritta ed un esemplare del documento sia consegnato al cliente, il quale pertanto ha la possibilità di

---

(2) Cfr. Cass., 3 gennaio 2017, n. 36; Cass., 19 maggio 2016, n. 10331; Cass., 27 aprile 2016, n. 8396; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068.

(3) Cfr., ad es., Trib. Milano, 21 febbraio 2012, in *www.ilcaso.it*.

(4) In tema si può fare rinvio ai numerosi commenti che hanno accompagnato l'ordinanza di rimessione della prima sezione; cfr. PETTI, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle sezioni unite (Nota a Cass. civ., sez. I, ord. 2 ottobre 2018, n. 23927)*, in *Contr.*, 2019, 28; RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 2019, 173; MAFFEIS, *Nullità selettive: la « particolare importanza » di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, ivi, 2019, 177; BICHIRI, *La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2019, 355; SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, ivi, 2019, 765; GRECO, *L'esercizio selettivo della nullità: tra protezione dell'investitore e « sfruttamento "opportunistico" della normativa di tutela »*, in *Resp. civ. e prev.*, 2019, 152; PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una nullità selettiva*?, in *Foro it.*, 2019, I, 980.

essere edotto delle regole che disciplinano il rapporto con l'intermediario prima di impartire i singoli ordini di investimento. È pacifico che l'imposizione di una forma scritta *ad substantiam* ha di mira la parziale correzione delle asimmetrie informative che pongono il cliente in posizione deteriore rispetto all'intermediario ed in definitiva di proteggere la parte cosiddetta debole del rapporto contrattuale. Perciò il difetto di forma scritta è espressamente sanzionato con la nullità, ma si precisa che tale nullità può essere fatta valere solo dal cliente. Non è dubbio quindi che il rimedio consistente nel proporre l'azione di accertamento della nullità è aperto unicamente al cliente e non all'intermediario.

È parimenti indubbio che i singoli ordini di investimento che il cliente impartisce alla banca sono esenti da requisiti di forma, salvo che il contratto quadro disponga una forma convenzionale, ma la loro validità dipende dalla validità ed efficacia del contratto quadro antecedente, in quanto il legislatore non permette che servizi di investimento vengano prestati in assenza di un quadro giuridico certo che li regoli compiutamente.

In questo contesto si è posto il dilemma che la Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere.

Nelle prassi infatti accade che decorso un certo lasso di tempo dalla stipulazione ed impartiti ed eseguiti un certo numero di ordini di investimento, il cliente si avveda che il contratto quadro presenta difetto di forma (5) e perciò agisce per farne accertare la nullità, e sino a qui *nulla quaestio*: l'azione è aperta unicamente a lui. All'accertamento della nullità del contratto quadro consegue ovviamente la invalidità dei singoli ordini che sono stati nel frattempo impartiti ed eseguiti, sicché all'accertamento della loro invalidità consegue ulteriormente la ripetizione dell'indebito, ovvero la restituzione delle prestazioni già eseguite. Ed anche qui si rimane nella logica consequenziale di carattere elementare, con la precisazione che nella più parte dei casi il cliente chiede la restituzione della intera provvista versata all'intermediario per l'esecuzione del singolo ordine di investimento impartito.

Il principio dispositivo cui è informato il processo civile, fa però si che spetti all'attore formulare il proprio *petitum* rendendo l'oggetto sostanziale del processo sempre e solo il diritto fatto valere in giudizio (6) e quindi di scegliere quali atti di esecuzione del contratto nullo impugnare, con l'effetto che le conseguenze restitutorie implicate nella azione di impugnazione per nullità dell'atto di esecuzione di un ordine nullo si produrranno unicamente in riferimento a quanto impugnato ed a quanto domandato in giudizio.

Sennonché è inevitabile che nella esecuzione di un contratto relativo alla prestazione di servizio di investimento si generino flussi di dare ed avere scanditi anche nel tempo, in quanto un investimento finanziario, come pare sia accaduto nel caso esaminato nell'arresto in commento, normalmente genera in un certo arco di tempo guadagni per il cliente investitore; ad esempio. derivanti dal pagamento di interessi su titoli obbligazionari (o, il che è lo stesso, dalla corresponsione di dividendi azionari). E ciò ovviamente rimane vero anche quando l'operazione di investimento finisce con il naufragare nella mancata restituzione del capitale investito e quindi si chiude in perdita.

---

(5) In realtà quasi sempre si è trattato di difetto di sottoscrizione da parte dell'interme- diario, perché le procedure bancarie non prevedono che il proprio funzionario il quale material- mente stipula il contratto sottoscriva il documento contrattuale (normalmente perché non ne ha il potere) e per conseguenza quando si riteneva che fossero necessarie entrambe le sottoscrizioni, la mancanza di forma *ad substantiam* corrispondeva al *quid quod plerumque accidit.* Dopo la pronuncia della Cassazione n. 898/2018, i casi in cui la *causa petendi* è costituita dal difetto di forma si sono ovviamente rarefatti.

(6) Cfr. PROTO PISANI, *Oggetto del processo e oggetto del giudicato nelle azioni contrattuali,* in *Foro it.,* 2016, V, 325.

Da ciò il primo interrogativo, circa la possibilità che il processualistico principio dispositivo comporti la facoltà dell'attore di separare, ai fini restitutori conseguenti all'accertamento della nullità della fonte negoziale, i flussi di dare da quelli in avere e per conseguenza domandare la restituzione dei primi, trascurando i secondi.

Poiché però è normale che gli ordini di investimento siano molteplici e possano dare origine a contabilità separate all'interno del medesimo portafoglio, ci si può ulteriormente chiedere se il cliente nel quantificare le domande restitutorie conseguenti all'accertamento della nullità possa selezionare le operazioni di investimento che al momento della proposizione della azione siano per lui passive, trascurando quelle che, al contrario, hanno dato risultati economicamente soddisfacenti.

I due interrogativi sono ovviamente correlati, ma è bene distinguerli perché le due ipotesi possono dare origine a divergenze di valutazione giuridica ove all'azione dispiegata dal cliente, l'intermediario reagisca proponendo unicamente una eccezione di compensazione.

In ogni caso, sino a qui sembrerebbe tutto molto semplice essendo ovvio, da un lato, che ogni attore ha la facoltà di conformare la propria domanda giudiziale come meglio ritiene, ed è parimenti ovvio che il convenuto ha la simmetrica facoltà di conformare come meglio crede le proprie difese e quindi anche le proprie domande, o eccezioni, riconvenzionali. Conformazione ampiamente discrezionale che, su entrambi i lati, comprende la possibilità di proporre domande subordinate.

Sicché, anche nel caso in cui si debba fare applicazione di una norma che espressamente prevede la legittimazione limitata a proporre l'accertamento della nullità di un negozio giuridico che si ponga come fonte di obbligazioni, rimarrebbe che anche la parte cui è preclusa tale azione possa ben formulare nello stesso procedimento domanda logicamente subordinata all'accoglimento *ope judicis* della avversa domanda di accertamento della nullità del contratto quadro. Infatti come del resto è stato lumeggiato in un precedente arresto della stessa Corte di legittimità (7), data la natura bifasica della fonte delle reciproche obbligazioni, la quale contempla sia la stipulazione di un valido contratto quadro sia, subordinatamente alla validità ed efficacia di esso, di specifici negozi attuativi, il venir meno del primo priva di causa giustificativa l'esecuzione dei secondi e per ulteriore conseguenza priva di causa giustificativa le relative attribuzioni patrimoniali. Il che comporta in ultima analisi l'applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo, con il conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco, subordinato alla domanda di parte, avente ad oggetto, da un lato, le somme versate dal cliente alla banca per eseguire l'operazione e, dall'altro lato, i titoli consegnati dalla banca al cliente e gli altri importi ricevuti a titolo di frutti civili o di corrispettivo per la rivendita a terzi.

Si noti quindi che in questa impostazione, le articolazioni delle conseguenze restitutorie vengono a dipendere dalla formulazione delle domande, o eccezioni, dell'attore e del convenuto. Il primo potrà evitare di criticare il contratto quadro e circoscrivere la propria azione alle singole operazioni di investimento, allegando e provando che esse sono viziate (ad esempio, per violazione degli obblighi informativi il cui intermediario è gravato, oppure perché eccedenti il profilo di rischio concordato, o che avrebbe dovuto essere concordato), ed in tal caso anche le repliche del convenuto saranno parimenti circoscritte alle singole operazioni impugnate dall'attore, non essendo egli ammesso a far valere i vizi delle altre e meno che meno quelli del contratto quadro. Il secondo potrà svolgere in detti limiti una domanda riconvenzionale per recuperare l'eventuale saldo positivo a suo favore, o la proprietà dei titoli registrati a nome del cliente; oppure potrà limitarsi a dispiegare una eccezione di compensazione,

---

(7) V. Cass., 16 marzo 2018, n. 6664.

ed, in questa ipotesi, tutto ciò che è stato acquisito dal cliente in forma di *res*, anche immateriale, non potrà essere oggetto di compensazione.

Sennonché simile linearità di soluzione semplificatoria dalla quale tutta la problematica esaminata dalla Corte risulta azzerata, è tuttavia posta in crisi da due fattori.

In primo luogo, un orientamento generale seguito dalla giurisprudenza sembra trascurare il valore del principio dispositivo con conseguente appannamento del carattere necessariamente idiosincratico della formulazione del *petitum*, anche a costo di imbarcarsi in disquisizioni molto sofisticate sulla qualificazione in termini di opportunismo della selezione delle operazioni gestorie operata dall'investitore; quando in realtà il tema germoglia dalla pretesa immunità restitutoria delle operazioni vantaggiose che sarebbe attribuita al cliente *ex lege*, o, meglio, per via interpretativa.

In secondo luogo, e principalmente, la linearità suddetta deve confrontarsi con i caratteri delle nullità di protezione, specialmente con quelli sviluppati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione (8) in tema di contratti con i consumatori (9).

Al riguardo non è particolarmente rilevante l'affiancarsi della rilevabilità *ex officio* delle nullità di protezione, attualmente sancita anche dal testo dell'art. 36, comma 3°, cod. consumo, che è un semplice rafforzativo della posizione processuale del soggetto favorito, quanto le finalità intrinseche alla attribuzione della legittimazione attiva esclusivamente a favore del cliente che sarebbe tratto caratterizzante della categoria delle nullità di protezione. Il regime dei queste ultime dovrebbe quindi essere inteso come operante esclusivamente a vantaggio dell'investitore, con il corollario apparente secondo cui la nullità può essere attivata da quest'ultimo anche limitatamente ad alcuni degli ordini di acquisto a mezzo dei quali è stato data esecuzione al contratto viziato (10) — donde il nomignolo di nullità selettive —, ed il corollario effettivo per cui così come l'intermediario non è ammesso a far valere in giudizio la nullità disposta a favore del cliente non potrebbe nemmeno agire con le azioni consequenziali all'accertamento della nullità conseguito dal legittimato.

Benché questa impostazione appaia subito piuttosto debole, sia perché impone all'intermediario una sensibile limitazione al suo diritto di difesa in giudizio senza poter invocare un testo legale che espressamente gli neghi il diritto sostanziale ponendosi, almeno di primo acchito, in contrasto con l'art. 24 Cost.; sia perché surrettiziamente introduce nel diritto contrattuale una inedita figura di nullità "quantistica" (11) che può esserci e non esserci nello stesso luogo e nello stesso momento.

Ma di ciò in seguito.

Il fatto è che prendendo per buona l'impostazione cui si è fatto cenno, si è voluto replicarvi sostenendo che la selezione dei rapporti finanziari operata dal cliente investitore tra quelli economicamente a lui favorevoli, i cui effetti sarebbero mantenuti, e quelli per lui non redditizi i cui effetti dovrebbero invece essere eliminati, integra un abuso del diritto attribuito al cliente, con la conseguenza che l'azione selettiva del cliente-attore incapperebbe nel relativo divieto.

Più sottilmente si è argomentato che la stessa azione potrebbe essere paralizzata mediante una *exceptio doli generalis* (anche se in questo contesto si tratterebbe più precisamente di una *replicatio doli*), per approdare infine alla tesi del contrasto con la

---

(8) Cfr. ALESSI, *« Nullità di protezione » e poteri del giudice tra corte di giustizia e sezioni unite della corte di cassazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 1141.

(9) Cfr. SCODITTI, *Le nullità di protezione*, in *Libro dell'anno del diritto-Encicl. giur. Treccani*, Roma, 2014; MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità « selettive ». A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite n. 12390/2017*, in questa *Rivista*, 2017, I, 828.

(10) Cfr. Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Corr. giur.*, 2016, 1110, ed in *Contr.*, 2016, 1094.

(11) Evito di ricorrere all'aggettivo « relativa » per non suscitare confusione con l'espres- sione « nullità relativa », la quale, come è noto, evocava una invalidità simile all'annullabilità.

buona fede, clausola generale che si configura come la barca di Caronte che, secondo il Poeta, « tutti li accoglie ».

3. Riassunto lo stato della questione al momento dell'intervento delle Sezioni Unite, si può egualmente riferire in termini telegrafici che passate in rassegna le diverse impostazioni che hanno avuto seguito in giurisprudenza con il supporto delle argomentazioni svolte in sede di commenti dottrinali, l'arresto in commento opta a favore della soluzione intermedia secondo la quale l'uso selettivo dell'azione di nullità del contratto non contrasta in via generale con lo statuto normativo delle nullità di protezione e conseguentemente non può essere impedito assumendo che la selettività in sé integri un abuso e nemmeno che essa si esponga ad una *replicatio doli*; tutti rimedi che si sostanzierebbero in una abrogazione del regime giuridico ontologicamente selettivo delle nullità di protezione. Piuttosto, sostiene la Corte, e la soluzione è consegnata al principio di diritto che viene enunciato al termine della motivazione, è ammissibile l'eccezione di buona fede. Muovendo infatti dall'assunto implicito per cui il criterio di buona fede impone una valutazione complessiva della condotta delle parti nella esecuzione del rapporto, si deve verificare l'esito economico complessivo degli atti di esecuzione del contratto quadro (detti anche « ordini ») e porlo in relazione al *petitum* azionato dall'attore-cliente. Ove da tale verifica si accerti che le operazioni non colpite da nullità abbiano prodotto un risultato economico superiore al pregiudizio confluito nel *petitum*, si può ammettere l'eccezione di buona fede per non consentire all'investitore di conseguire un vantaggio ingiustificato a detrimento dell'intermediario. Esito analogo si produce tuttavia anche in riferimento alle ipotesi in cui la complessiva esecuzione degli ordini abbia prodotto un risultato economico sfavorevole al cliente, operandosi in questo caso unicamente una riduzione del *petitum*.

Come è agevole rilevare il percorso argomentativo sviluppato nell'importante arresto in commento parte dal riconoscimento che la proposizione di domande restitutorie selettive derivanti dall'accertamento della nullità del contratto quadro, è legittima e conforme allo scopo protettivo perseguito dal legislatore. Coerentemente si sostiene che l'intermediario non è legittimato a far valere le conseguenze dell'accertamento dell'invalidità del contratto quadro, anche se tale accertamento acquista valore di giudicato, posto che le nullità di protezione operano, anche sostanzialmente solo a vantaggio della parte protetta; con ciò discostandosi dalla soluzione individuata dalla Cass. n. 6664/2018, la quale, come predetto, aveva limitato la facoltà di impugnazione unilaterale alla sola azione di accertamento della nullità senza perciò intaccare la facoltà dell'intermediario convenuto di proporre in via riconvenzionale i rimedi restitutori *ex* artt. 1422 e 2033 c.c. rispetto alle utilità erogate a favore del cliente nel corso della esecuzione del rapporto nel caso in cui si accerti ad iniziativa di quest'ultimo la nullità del contratto fonte del rapporto complessivo.

Tuttavia accolta in linea di principio l'opposta tesi secondo la quale è conforme allo spirito delle nullità di protezione riservare al solo cliente-investitore l'esercizio non soltanto dell'azione di accertamento della nullità del contratto quadro, ma anche delle azioni conseguenti, la Corte, mediante il medio logico della valutazione complessiva di buona fede, perviene ad un esito che sotto il profilo economico-pratico non è affatto lontano da quello cui è pervenuta la Cass. n. 6664/2018, presentando rispetto a quest'ultima la sola variante per cui è ammessa in capo all'intermediario convenuto solo l'eccezione riconvenzionale e non l'azione riconvenzionale. Variante che può sembrare maiuscola sotto il profilo formale, ma in realtà minuscola sotto quello sostanziale poiché nella prassi gli intermediari consapevoli delle difficoltà di esecuzione dei loro crediti, normalmente limitano la propria difesa all'eccezione di compensazione.

Si dovrebbe quindi concludere che una volta di più « much ado about nothing » e che si è tornati per vie tortuose ad un esito già raggiunto?

Non completamente come si argomenterà qui di seguito, considerando prima i presupposti di metodo da cui si dipartono le diverse impostazioni e, poi, la selezione degli argomenti che la Corte ha effettuato esercitando appieno la propria funzione nomofilattica.

4. Nell'arresto in commento si sono confrontate tra loro due soluzioni interpretative di un testo legale che nella sua formulazione letterale è piuttosto chiaro in quanto prescrive, forse tuzioristicamente, che in caso di inosservanza della forma *ad substantiam* il contratto quadro è nullo, ma, « la nullità può essere fatta valere solo dal cliente ».

Se dunque si segue un approccio di tipo letterale è difficile ammettere la stringa linguistica: « la nullità può essere fatta valere solo dal cliente », significhi: « solo il cliente ha diritto di ripetere ciò che ha pagato ».

Egualmente un approccio sistematico rende arduo superare la serie di ostacoli che in vari punti fratturano la coerenza logica del percorso argomentativo che conduce ad assegnare le azioni di ripetizione dell'indebito al solo cliente. Ciò ad iniziare dalla constatazione per cui l'arresto in commento, come del resto tutti gli altri in siffatta materia, assume che i singoli ordini che il cliente impartisce all'intermediario non abbiano autonomia causale rispetto al contratto quadro; sicché travolto quest'ultimo dalla sua accertata nullità, tutti gli ordini di investimento o disinvestimento eseguiti in base ad esso difettano di causa ed i relativi addebiti ed accrediti risultano automaticamente non dovuti, con conseguente attivazione delle azioni di ripetizione dell'indebito. La prospettazione alternativa che riconosce l'autonomia dei singoli ordini in quanto costituiti da una proposta seguita da accettazione mediante esecuzione *ex* art. 1327 c.c., è normalmente ripudiata in quanto comporterebbe l'abrogazione della protezione offerta all'investitore dal testo dell'art. 23 t.u.f., compiendo una carambola la cui illogicità non abbisogna di sottolineature (12). Ma se così è, diviene contraddittorio pervenire al medesimo esito cui si perverrebbe in base alla tesi ripudiata partendo invece da quella accolta.

Sempre sotto il profilo della coerenza sistematica è da osservare, riprendendo gli argomenti esposti nell'arresto in commento al n. 13, che una volta accertata l'invalidità del contratto quadro non è possibile salvare la validità degli ordini non impugnati, sostenendo il carattere meramente incidentale dell'accertamento a monte. Infatti delle due l'una: o il singolo ordine impugnato viene criticato in base a ragioni che attengono ad esso ed allora si muta semplicemente di scenario globale e si entra in tutt'altro contesto in cui la selezione delle nullità è tendenzialmente del tutto lecita; oppure non si allegano ragioni di critica al singolo ordine impugnato, ma se ne fa dipendere la invalidità da quella accertata a monte, ed allora non si può pretendere di conferire a questo accertamento valore incidentale.

Ancora, se ci si limita ad un esame esegetico sistematico non si può evitare di osservare che la previsione secondo cui « la nullità può essere fatta valere solo da.. » attiene alla legittimazione attiva a sollevare in giudizio la questione della nullità della fonte del rapporto, sicché da essa non si possono trarre conseguenze attinenti alla assegnazione, o rassegnazione, definitiva di diritti sostanziali. Infatti, anche sotto un

---

(12) Sul piano processuale il discorso si semplifica facendo riferimento alla *causa petendi* dispiegata dall'attore; se l'attore critica — come è occorso nel caso giunto all'attenzione delle sezioni unite — il contratto quadro e da questo fa derivare la nullità anche degli atti di esecuzioni, il problema non si pone. Diversamente accade ove l'attore eviti di criticare il contratto quadro, come è indubbiamente suo diritto evitare di fare, e svolga la propria *causa petendi* in relazione ai pretesi vizi del singolo atto di esecuzione. Ma qui siamo fuori dal problema delle nullità selettive e, piuttosto, si entra nel campo della selezione delle nullità, che nel caso delle nullità di protezione rimane poco problematico anche quando debba confrontarsi con le teorizzazioni estreme della Cassazione nella pronuncia n. 26242 del 2014.

profilo costituzionale, il legislatore processuale può legittimamente graduare i rimedi, dando, ad esempio, la precedenza alla tutela di un interesse e costringendo il portatore dell'interesse antagonista a rinviare la tutela del proprio diritto, purché il sacrificio che così gli è imposto sia un sacrificio transeunte e reversibile, cui possa porre riparo in un successivo giudizio (13). Per imporre ad un soggetto un sacrificio patrimoniale defini- tivo occorre una norma sostanziale espressa, la quale possa essere soggetta a scrutinio di proporzionalità e di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost.; scrutinio che non si può sperare di scansare prendendo scorciatoie processualistiche, perché, al contrario, in tal caso si viola anche l'art. 24 Cost.

In realtà la tesi secondo la quale la previsione di cui all'art. 23 t.u.f. è una nullità di protezione che pertanto è destinata ad operare in tutte le sue fasi ad esclusivo vantaggio anche sostanziale del cliente, si può sostenere unicamente adottando un metodo interpretativo di tipo fortemente teleologico, detto anche funzionale. Senza poter entrare nei dettagli di un tema che per essere tematizzato richiederebbe lo spazio espositivo di alcuni volumi, si può però osservare come esistano diverse accezioni del funzionalismo interpretativo.

Secondo le indicazioni più universalmente autorevoli (14) se l'interpretazione finalistica vuole mantenersi all'interno di un ordinamento giuridico costituzionalmente caratterizzato dal modo di essere di una democrazia rappresentativa, occorre in primo luogo che la sua dazione di senso ai testi legali si collochi all'interno di una cerchia di significati che il testo può linguisticamente supportare ed, in secondo luogo, che essa sviluppi, o, meglio, concretizzi una scelta di politica del diritto che sia predefinita, almeno nelle sue linee portanti, dal legislatore parlamentare, o da altri corpi rappre- sentativi, come normalmente accade nei sistemi giuridici cosiddetti multilivello.

Un esempio di questa accezione del funzionalismo interpretativo si coglie agevol- mente nella sentenza delle Sezioni Unite n. 898/2018 cui l'arresto in esame dichiara di essersi ispirato.

All'estremo opposto si collocano le interpretazioni funzionalistiche che in un modo o nell'altro sviluppano programmi di politica del diritto che corrispondo agli auspici dell'interprete e che, grazie a giochi linguistici ed artifici tratti dalla retorica persuasiva, si sganciano considerevolmente dal tenore letterale dei testi legali, ai quali può essere attribuito un senso che linguisticamente e sistematicamente esso non può veicolare senza subire addizioni importanti mediante una sua modellizzazione in ambito superiore. Naturalmente come quest'ultime accezioni si sposino con i canoni di una democrazia rappresentativa o con quelli del positivismo giuridico rimane una questione aperta.

Qui però ci si deve limitare ad accennare a queste formidabili tematiche meto- dologiche, essendo sufficiente indicare la necessaria consapevolezza della loro esistenza senza tentare di prendervi partito e tanto meno di risolverle.

In ogni caso, su questo sfondo si può riprendere il filo del discorso analitico per segnalare che l'unica via dotata di un minimo di coerenza logica che consente di collegare il testo legislativo di partenza con la esclusione del diritto dell'intermediario ad agire con azioni di ripetizione rispetto a rapporti eseguiti in adempimento di un contratto dichiarato nullo, consiste nel risalire dalla norma alla categoria delle nullità di protezione e dotare quest'ultima nozione di una finalità sanzionatoria, o come si suole dire, ricalcando malamente concetti di analisi economica, deterrente.

Infatti, solo dotando le nullità di protezione di una funzione punitiva, volta, in sintesi, a premiare l'investitore denunciante ed a sanzionare l'intermediario che ha sbagliato, si può legittimare non solo e non tanto la selettività delle domande del primo,

---

(13) Cfr. Corte cost. n. 25/1992.

(14) Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton and Oxford, 2005.

ma, più pregnantemente, la privazione di rimedi restitutori imposta al secondo, nonostante il dato incancellabile per cui i flussi erogati a favore del cliente risultano privi di causa giustificativa.

Senza indugiare sulle criticità di una impostazione che conduce a sanzionare chi ha sbagliato senza darsi carico di indicare dove sta il presupposto invocato (nel caso esaminato dalla Corte, l'unico « sbaglio » è consistito nel non impugnare un capo di una sentenza che poi è risultato errato; ma se questa fosse la colpa, sono da temere sfracelli indesiderati), è da considerare che in una ottica premiale da un lato e sanzionatoria dall'altro, indirettamente mutuata dalla logica che presiede alla disciplina anti-trust, non dovrebbero poter aver ingresso né le repliche basate sulla nozione di abuso del diritto, né quelle in cui si invoca *l'excepio doli generalis*, e su questi aspetti l'arresto in commento sembra aver trovato parole definitive.

Vediamo meglio i dettagli.

5. Agli esordi della tematica delle nullità selettive nelle aule giudiziarie, una sorta di riflesso tratto da un filone giurisprudenziale molto evidenziato nella comunicazione professionale forense ha indotto le difese degli intermediari convenuti ad eccepire il divieto di abuso del diritto. Divieto che in campo processuale ha avuto la sua più nota epifania nell'ipotesi di frazionamento dei crediti nati dal medesimo rapporto obbligatorio, mediante la proposizione di una pluralità di domande creditorie (15).

Sennonché, come del resto ha avuto modo di precisare la Corte di legittimità nella materia suddetta (16), l'ipotesi di frazionamento del credito rientra nel novero dei casi di abuso del processo, solo quando manchi un apprezzabile interesse dell'attore a procedere in tal senso e tale frazionamento si risolva unicamente in un aggravamento della posizione del debitore (oltre che, ma questa dato è più incerto, in contrasto con il principio del giusto processo sotto il profilo del buon funzionamento degli organi di giustizia), ed, inoltre, tale ristretta ipotesi di abuso, anche ove sia riscontrata, non è sanzionabile con la comminatoria di improponibilità delle domanda in mancanza di una specifica norma che autorizzi tale grave sanzione (17), ma trova il suo contraltare nell'applicazione di istituti processuali ordinari, quali la riunione dei procedimenti o sul piano della liquidazione delle spese di lite, da riguardarsi « come se il procedimento fosse stato unico fin dall'origine » (18).

In realtà l'ipotesi del frazionamento del credito derivante da un unico rapporto obbligatorio non ha nulla a che spartire con l'ipotesi delle domande selettive di cui si è trattato in questa nota. E ciò non solo nell'ottica della sanzione in cui diviene ovvio che nessun abuso è configurabile poiché l'attore agisce nel solco delle finalità della norma e non in suo contrasto, ma anche nell'ottica liberale che considera evidente l'interesse dell'attore a conformare il proprio *petitum* in contemplazione del vantaggio che ne può ricavare e insensata l'idea che lo stesso debba effettuare la compensazione nella propria domanda prima che la controparte la eccepisca.

Del resto, se si considera che nell'ipotesi in esame la necessità di sollevare la questione del divieto di abuso, non si collega alla selettività delle domande dell'attore, ma dall'impedimento imposto *ope interpretationis* di proporre domande ed eccezioni subordinate di carattere riconvenzionale, si comprende quanto la categoria dell'abuso di diritto sia fuori posto.

---

(15) In tema cfr., da ultimo, Cass., 4 settembre 2019, n. 22107; Cass., 8 ottobre 2018, n. 24698; Cass., 24 settembre 2018, n. 22502; Cass., 13 agosto 2018, n. 20714; Cass., 15 febbraio 2018, n. 3738; Cass., 9 febbraio 2018, n. 3226.

(16) Cfr. *ex multis* Cass., sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726; Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4090 e 4091.

(17) Cfr. in Cass., sez. un., 16 febbraio 2017, n. 4091.

(18) V. Cass. n. 10634/2010; Cass. n. 10488/2011; Cass. n. 9488/2014.

Del pari, ma sostanzialmente per le stesse ragioni, non sembra che sia appropriata l'idea secondo la quale il convenuto può invocare *l'exceptio doli generalis* (19) per paralizzare l'azione selettiva svolta dall'attore. Al riguardo giova osservare che le Sezioni Unite hanno sostanzialmente respinto questa prospettazione argomentando dal fatto che non possono scorgersi i connotati della malizia o della frode nell'esercizio selettivo dell'azione di nullità, con ciò riecheggiando alcuni precedenti della stessa corte di legittimità (20) che hanno dato a tale figura, dai confini indubbiamente incerti e flessibili (21), una configurazione piuttosto restrittiva. In realtà però l'*exceptio doli generalis* è figura del diritto comune europeo introdotta nel diritto civile italiano grazie alla giurisprudenza stessa, e nel suo contesto è poco sostenibile che l'*exceptio* non si rivolga anche ad ipotesi niente affatto connotate dalla malizia, o dalla frode; infatti una delle ipotesi ricorrenti è quella che collega l'*exceptio* al divieto di *venire contra factum proprium*.

Ma, di nuovo, il punto è che nel contesto del problema in esame, l'*exceptio doli* non è chiamata a reagire ad una condotta dell'attore, ma a quella del giudice il quale, visti gli artt. 2, 3, 41 e 47 Cost. fa divieto al convenuto di esperire le azioni ed eccezioni riconvenzionali che si fondano sul medesimo rapporto e sul medesimo presupposto giuridico. Sennonché rivolta al giudicante l'*exceptio doli generalis*, specie nella variante della *replicatio*, è sicuramente fuori contesto.

A ben vedere la soluzione individuata dalle Sezioni Unite non incorre nelle stesse criticità logiche appena lumeggiate, perché fa ricorso al principio di buona fede oggettiva, come temperamento della regola secondo la quale della accertata invalidità del contratto può avvalersi anche sul piano sostanziale, ovvero sul piano delle conseguenze restitutorie, unicamente l'investitore. La buona fede interviene quindi a temperamento del divieto imposto all'intermediario a far valere le sue ragioni, consentendo, per via di eccezione, di proporre un esame degli investimenti complessivamente eseguiti in esecuzione del contratto nullo, in modo tale che ove dal calcolo complessivo del dare ed avere emerga che i rendimenti positivi superino quelli negativi azionati dall'investitore la sua domanda dovrà essere azzerata, e nel caso in cui invece i rendimenti negativi superino quelli positivi, la domanda selettivamente proposta dall'investitore sarà comunque ridotta in contemplazione dei vantaggi ricevuti.

Benché questo percorso argomentativo sia sicuramente meno incoerente di quelli posti sotto il segno del divieto di abuso e dell'*exceptio doli generalis*, non si può evitare di osservare come si tratti di percorso tortuoso, al termine del quale si ritrova la regola di diritto giurisprudenziale secondo la quale anche se la nullità di protezione opera, in ipotesi, a solo vantaggio dell'investitore, tuttavia quando il contratto dichiarato nullo abbia generato flussi sia positivi che negativi, l'intermediario è ammesso a svolgere una innominata eccezione di compensazione.

Risultato assai probabilmente ragionevole e quindi accettabile, ma non si può evitare di rimarcare come esso transiti dal ribadire una concezione dell'azione di nullità che viene governata dai giudici piuttosto che dalle parti e da una configurazione della

---

(19) Su cui cfr. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Enc. giur.*, Roma, XIII, 1997, ed in questa *Rivista*, 1998, I, 147, in cui vedi anche VENOSTA, *Note sull'*exceptio doli generalis, 1989, II, 529.

(20) Cfr. Cass., 7 marzo 2007, n. 527 su cui cfr. ROMEO, *Exceptio doli generalis* ed *exceptio doli specialis*, in *Contr.*, 2007, 971; FARACE, *La corte di cassazione ritorna all'antica distinzione tra exceptio doli generalis exceptio seu praesentis ed exceptio doli specialis seu praeteriti* e, da ultimo, Cass., sez. un., 4 novembre 2019, n. 28314.

(21) Cfr. MERUZZI, *L'*exceptio doli *dal diritto civile al diritto commerciale*, Padova, 2005; AA.VV., *L'eccezione di dolo generale. Applicazioni giurisprudenziali e teoriche dottrinali*, a cura di L. Garofalo, Padova, 2006; RANIERI, *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, 326 ss.

nullità stessa come sanzione che viene irrogata oggettivamente e quantificata secondo gli stessi criteri che governano il gioco della roulette.

Abstract

Nel commento alla sentenza delle Sezioni Unite che ha offerto una soluzione equilibrata, anche se non poco arabescata, ad un contrasto di giurisprudenza circa le c.d. nullità selettive, si mette in rilievo come lo scioglimento di tale contrasto giunga dopo la presa di posizione delle stesse Sezioni Unite che con la sentenza n. 898/2018 hanno disinnescato le cause più frequenti di contenzioso, stabilendo la validità dei contratti quadro monofirma. Ripreso il tema indipendentemente da tale precedente, per ragioni di giudicato interno, la Corte ha soppesato il pro e il contro delle tesi contrapposte giungendo ad una soluzione pragmaticamente ragionevole. Nel commento si sottolinea come il problema affrontato non attenga alla possibilità dei clienti attori di utilizzare selettivamente la nullità del contratto quadro, ma al divieto imposto agli intermediari di svolgere domande riconvenzionali, in procedimento non cautelare. Pertanto va considerato il tema del diritto, ampiamente costituzionalizzato, di difesa, che non può essere limitato senza addurre ragioni di rango costituzionale. Si pone anche in rilievo come la soluzione cui perviene la Corte sia sostanzialmente rispettosa di tale principio ed operativamente assai vicina a quella espressa in un precedente arresto della stessa Corte che aveva escluso, per ragioni eminentemente logiche, che l'accertamento della nullità del contratto quadro possa operare selettivamente.

The decision issued by the Corte di cassazione a Sezioni Unite *has given a balanced solution, even if a rather convoluted one, to a judicial split regarding the so-called selective nullity. The comment highlights that the answer to this debate has been given just after the very same Court defused, with the decision no. 898/2018, the most frequent cases of litigation by establishing the validity of single-signature framework contracts. Nonetheless, this recent holding could not be taken into consideration in deciding the case, because the* Cassazione *had not been specifically asked to make a review of this question. The Court weighed the pros and cons of the opposing arguments and gave a pragmatically reasonable solution. The comment would also like to stress that in this opinion the point is not the possibility for the clients to selectively claim the nullity of the framework contract, but the prohibition imposed on intermediaries to make counterclaims. Therefore, the issue of the largely constitutionalized right of defence should be taken into account: it is a right which cannot be limited without opposite constitutional arguments. It should also be pointed out that the solution reached by the Court is substantially respectful of this principle and operationally very close to that expressed in a precendent of the same Court which had excluded, for eminently logical reasons, that the nullity of the framework contract could operate selectively.*