

CARMELA ROBUSTELLA

Professore ordinario di diritto dell'economia presso l'Università di Foggia

carmela.robustella@unifg.it

**LA CLAUSOLA GENERALE DI BUONA FEDE COME
CRITERIO ARGINANTE L'USO ARBITRARIO DEGLI
STRUMENTI DI TUTELA**

**THE GENERAL CLAUSE OF GOOD FAITH AS A CRITERION
LIMITING THE ARBITRARY USE OF PROTECTION INSTRUMENTS**

SINTESI

Nella giurisprudenza ci si è posto il problema di comprendere quale sia il rapporto intercorrente tra la nullità dell'accordo quadro e gli effetti di tale nullità sui singoli ordini di investimento e, soprattutto, se sia legittimo e lecito esercitare il rimedio della nullità di protezione in modo "selettivo". Tale problematica è stata posta con particolare enfasi proprio nei contratti di intermediazione finanziaria per la peculiare conformazione e articolazione del rapporto intercorrente tra intermediario e investitore, che è scandita su un duplice livello di contrattazione. L'articolo indaga la natura e la struttura di siffatti rapporti e l'azione correttiva del giudice, proponendo alcune soluzioni innovative.

ABSTRACT

In case law, the problem has arisen of understanding what is the relationship between the nullity of the framework agreement and the effects of this nullity on individual investment orders and, above all, whether it is legitimate and licit to exercise the remedy of nullity of protection in "selective" way. This problem has been placed with particular emphasis precisely in financial intermediation contracts due to the peculiar conformation and articulation of the relationship between intermediary and investor, which is marked on a double level of negotiation. The article investigates the nature and structure of such relationships and the corrective action of the judge, proposing some innovative solutions.

PAROLE CHIAVE: accordo quadro, nullità, giudice

KEYWORDS: framework agreement, nullity, judge

Indice: 1 Premessa. - 2. I nodi interpretativi posti dalla struttura bifasica del rapporto contrattuale disciplinato dal contratto quadro. 3. La soluzione delle Sezioni Unite. Gli itinerari argomentativi del Supremo Collegio. 3.1 La nullità selettiva e la sua presunta compatibilità con lo statuto giuridico delle nullità di protezione. - 3.2 La vis espansiva dell'operatività a vantaggio della nullità delle clausole abusive alle ipotesi di nullità dell'intero contratto. - 4. Il temperamento della clausola generale di buona fede sul risultato dell'azione di nullità selettiva. - 5. Considerazioni conclusive. Una possibile opzione ricostruttiva alternativa a quella tracciata dalle Sezioni Unite.

1. Premessa

La nullità comminata per l'inosservanza della forma scritta nei contratti bancari e di investimento, di cui agli artt. 117, 127 TUB e 23 TUF, come è noto, è ascrivibile alla categoria delle nullità di protezione, in quanto nullità stabilita principalmente a tutela dell'interesse del cliente- investitore. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹, a completamento di un complesso percorso interpretativo condotto sulla base dell'analisi funzionale dell'art. 23 TUF e della nullità in esso comminata, hanno statuito la piena validità del contratto quadro monofirma, recante la sottoscrizione dal solo investitore, poiché, avuto riguardo alla funzione propria della norma e agli interessi dalla stessa protetti, il consenso dell'intermediario, ai fini della formazione dell'accordo, può desumersi da comportamenti concludenti, quali appunto la consegna del documento negoziale, la raccolta della firma del cliente e l'esecuzione del contratto, sicché, in tali circostanze, il requisito della forma scritta del contratto bancario e/o di investimento può ritenersi soddisfatto.

In questo importante arresto, dunque, il Supremo Collegio ha ritenuto di abbandonare la tradizionale logica dell'invalidità come difetto di un elemento della fattispecie, per adottare un criterio di carattere procedimentale, incentrato sulla verifica del raggiungimento dello scopo cui la previsione del requisito formale è preordinato.

¹ Cass, SS.UU., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Dejure.it*

Contestualmente al problema del rispetto degli oneri formali prescritti dalla normativa di settore per i contratti del mercato finanziario, negli ultimi anni si è assistito a un crescente interesse della giurisprudenza di legittimità anche sulla correlata tematica delle conseguenze, di natura sostanziale e processuale, che la declaratoria di nullità del contratto quadro produce sulle singole operazioni di investimento eseguite dall'intermediario su disposizione del cliente. In particolare, si è posto il problema di comprendere quale sia il rapporto intercorrente tra la nullità dell'accordo quadro e gli effetti di tale nullità sui singoli ordini di investimento e, soprattutto, se sia legittimo e lecito esercitare il rimedio della nullità di protezione in modo "selettivo"².

Tale problematica si è posta con particolare enfasi proprio nei contratti di intermediazione finanziaria per la peculiare conformazione e articolazione del rapporto intercorrente tra intermediario e investitore, che è scandita su un duplice livello di contrattazione. Il primo, consistente nella conclusione del contratto quadro, destinato a svolgere una funzione *in primis* (i) normativa, poiché in esso vengono specificati "i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate", ma anche (ii) conformativa, essendo esso destinato a regolare anche il secondo livello della contrattazione, ossia lo svolgimento delle successive operazioni di investimento (attraverso la conclusione dei relativi contratti), che l'intermediario eseguirà nell'interesse dell'investitore (art. 21, comma 1, lett. A) TUF).

Le operazioni di investimento in questione risulteranno, pertanto, legate al contratto quadro, secondo l'impostazione che in questa sede si ritiene preferibile, in una sorta di collegamento negoziale³ unilaterale e necessario: unilate-

2 Sul tema della forma dei contratti del mercato finanziario e del correlato problema dell'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità nei contratti di investimento, sia consentito rinviare a C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020.

3 Così, già, B. INZITARI-V. PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, 19, i quali hanno osservato che «mentre tutti gli eventi che colpiscono il contrat-

rale⁴, perché non sussiste una reciprocità nella trasmissione dei vizi da un negozio all'altro, nel senso che le vicende del negozio dipendente (singoli ordini) non si trasmettono al negozio principale⁵ (contratto quadro); necessario, perché il vincolo di accessorietà del negozio dipendente è imposto dalla stessa struttura negoziale voluta dalla disciplina legislativa primaria e secondaria e, in particolare, dal combinato disposto dell'art. 23 TUF e art. 37 Reg. Consob. In forza di detto collegamento, pertanto, l'intermediario non potrebbe dare esecuzione

to "a monte" travolgono il contratto "a valle", non vale il meccanismo inverso e così, gli eventi che colpiscono il contratto normativo si ripercuotono sugli ordini di acquisto che in questo trovano la propria fonte e che di questo sono esecuzione, mentre quelli che colpiscono un singolo ordine di acquisto, producono i propri effetti solo su questo su nessun altro». Questa impostazione trovava la propria argomentazione di fondo nella precedente formulazione dell'art. 30, comma 1, del Reg. Consob n. 11522/1998, che, nello stabilire che gli intermediari autorizzati non potevano fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto, secondo la dottrina in esame, sanciva il principio di necessaria dipendenza dei singoli organi degli investitori dal contratto quadro. Recentemente, la Cassazione ha confermato questa ricostruzione. V., Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, cit., che ha definito la struttura del servizio di investimento, articolato nel contratto quadro e nei successivi ordini di investimento, come una «sequenza che - in ragione di un razionale disegno di ispirazione unitaria e inteso ... a proteggere la posizione dell'investitore (nello sviluppo del principio costituzionale di tutela del risparmio di cui all'art. 47 Cost.) - viene a svolgersi lungo più fasi in consecuzione tra loro».

4 Nel collegamento unilaterale, solo uno dei negozi subisce l'influenza dell'altro e sarà condizionato alle sorti dell'altro, perché lo presuppone, non a caso si suole parlare a riguardo anche di rapporto di accessorietà o ausiliarità che lega il primo contratto al secondo. Vedi, in tal senso, F. MESSINEO, voce "Contratto collegato", in *Enc. Dir.*, X, Milano, 1962, p. 52. Nel collegamento bilaterale, invece, si allude all'interdipendenza tra contratti, nel senso che un contratto dipende dall'altro e viceversa. allorquando due contratti vengono posti in essere al fine di realizzare una determinata finalità unitaria, possibile soltanto sulla base della combinazione di essi: sicché si realizza una stretta interdipendenza funzionale tra di loro, di modo che, senza l'uno, cade l'altro. Nel collegamento unilaterale, invece, solo uno dei due contratti è condizionato dalle sorti dell'altro, poiché lo presuppone, mentre non accade il contrario (si pensi al rapporto tra negozio accessorio di garanzia e negozio principale).

Sulla effettiva utilità di una distinzione tra collegamento unilaterale e bilaterale, v. R. SCOGNAMIGLIO, voce "Collegamento negoziale", in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, p. 377, il quale reputa tale distinzione di scarso interesse, valida soprattutto all'esclusivo fine di evidenziare come il collegamento possa anche operare in una sola dimensione.

5 Non sembra potersi dubitare, infatti, che il singolo ordine di investimento possa essere dichiarato nullo per un vizio specifico che lo inficia (si pensi, ad esempio, alla nullità, eccezionale, peraltro, da entrambe le parti, del singolo ordine di investimento per il mancato rispetto della forma scritta convenzionalmente pattuita nel contratto quadro, ex art. 1352 c.c. Cfr., Cass., 2 agosto 2016, n. 16053, in *www.dirittobancario.it*), ma, in siffatte circostanze, la nullità dell'ordine non si propagerà anche al contratto quadro. Ove, invece, sia il contratto quadro ad essere inficiato da un vizio di nullità, l'invalidità di quest'ultimo si propaga (secondo l'impostazione che si sposterà nel presente lavoro) a tutti i singoli ordini di investimento eseguiti a valle del medesimo. La stessa logica ricorre anche nelle ipotesi di risoluzione del contratto di investimento, nel caso in cui l'intermediario si renda inadempiente agli obblighi imposti dalla normativa legislativa-

agli ordini in assenza di un contratto quadro e la caducazione di quest'ultimo renderebbe i primi acefali.

2. I nodi interpretativi posti dalla struttura bifasica del rapporto contrattuale disciplinato dal contratto quadro

Ebbene, proprio la struttura contrattuale bifasica che contraddistingue le operazioni contrattuali relative alla prestazione di servizi di investimento, come si diceva, ha determinato, all'interno del processo, l'insorgenza di “criticità applicative del regime delle nullità di protezione”⁶.

Una volta statuita la validità del contratto-quadro sottoscritto dal solo cliente, secondo il condivisibile approccio funzionalistico adottato dalle Sezioni Unite del 2018, i contratti di intermediazione finanziaria sono tornati nuovamente all'attenzione dei giudici di legittimità per l'esame di una questione, anch'essa di grande rilevanza pratica, e in qualche modo connessa alla prima, relativa alla legittimità della pretesa giudiziaria dell'investitore diretta a limitare gli effetti dell'accertamento della nullità del contratto quadro alle sole operazioni di investimento dalle quali sia derivato un pregiudizio economico.

Risolta, dunque, “a monte” la questione relativa alla validità del contratto quadro per difetto di sottoscrizione dell'intermediario, la riflessione dei giudici

va e regolamentare. All'investitore è riconosciuta la possibilità di risolvere autonomamente i singoli ordini di investimento eseguiti a valle del contratto quadro, senza necessità di coinvolgere il contratto quadro di investimento. Sotto questo profilo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità è consolidato. Cfr. *ex multis*: Cass., 16 aprile 2018, n. 9382, in www.diritto bancario.it, in cui molto chiaramente si statuisce che le singole operazioni, in quanto contratti autonomi, benché esecutivi del contratto quadro, possono essere oggetto di risoluzione, in caso di inosservanza di doveri informativi nascenti dopo la conclusione del contratto quadro, indipendentemente dalla risoluzione di quest'ultimo, atteso che il momento negoziale delle singole operazioni non può rinvenirsi nel contratto quadro, senza che la risoluzione del singolo contratto esecutivo integri una risoluzione parziale del contratto quadro. L'obbligo di informazione “attiva”, circa la natura, i rischi e le implicazioni della singola operazione, così come quello che impone all'intermediario di astenersi dal compiere operazioni inadeguate, si collocano in epoca successiva alla stipula del contratto quadro e pertanto, a fronte di un loro inadempimento, è possibile dichiarare la risoluzione del singolo ordine impartito dall'intermediario. In questa direzione anche Cass., 9 febbraio 2018, 3261, www.ilcaso.it; Cass., 31 agosto 2017, n. 20617, *ivi*; Cass., 23 maggio 2007, n. 12937, *ivi*; Cass., 27 aprile 2016, n. 8394, *ivi*. Recentemente, nella giurisprudenza di merito, cfr. App. Venezia, 18 giugno 2019, n. 2550. 6 Così, Cass., SS.UU., 4 novembre 2019, n. 28314, in www.diritto bancario.it

e degli operatori del diritto si è spostata “a valle”, ossia sulla sorte degli ordini di investimento attuativi di un contratto quadro nullo per vizio di forma, al fine di valutare se l’uso “selettivo” dell’azione di nullità possa in concreto determinare un impiego abusivo e opportunistico della normativa posta a tutela dell’investitore.

La questione ha acquisito sempre maggiore rilevanza proprio in considerazione del fatto che l’articolo 23 TUF impone la forma scritta, a pena di nullità, esclusivamente per il contratto quadro e non anche per i singoli ordini di investimento eseguiti a valle, per cui la nullità di questi ultimi potrà essere accertata solo in via mediata o riflessa, e, dunque, sulla base del presupposto della nullità del contratto quadro. Conseguentemente, la giurisprudenza, con il prezioso contributo della dottrina, si è preoccupata di verificare se il cliente –in considerazione della sua legittimazione esclusiva all’azione- possa agire in giudizio per far dichiarare invalide solo alcune operazioni di investimento (quelle infruttuose) eseguite a valle del contratto quadro amorfo e ottenere, per tale via, la restituzione, ex art. 2033 c.c., delle sole somme investite in relazione ad esse. Su tale ultima questione sono state, infatti, sollevate plurime perplessità, in considerazione del fatto che la dichiarazione di nullità del contratto quadro, che rappresenta un necessario presupposto perché l’intermediario possa legittimamente prestare servizi di investimento in favore del cliente, dovrebbe estendersi a colpire tutte le restanti operazioni contrattuali effettuate nel corso del rapporto di intermediazione finanziaria e compiute in base ad esso.

Proprio in tale ultima prospettiva, si è posto poi l’ulteriore problema di verificare se la banca convenuta in giudizio per la nullità del contratto quadro possa domandare, a sua volta, in via riconvenzionale, la restituzione di quanto versato al cliente in relazione alle operazioni eseguite sulla base del contratto quadro nullo o se, invece, possa solo paralizzare, in tutto o in parte, l’azione del

cliente, eccedendone l'inammissibilità in quanto volta a abusare giudizialmente di uno strumento giuridico di protezione⁷.

Ulteriori nodi problematici sono stati segnalati con riferimento alla possibilità di configurare in questa materia, nella prospettiva di assicurare una tutela effettiva degli interessi dell'investitore, dei rimedi restitutori asimmetrici, pur nella consapevolezza che l'art. 23 TUF non contempra alcuna deroga esplicita al principio generale della ripetibilità delle prestazioni eseguite in forza di un contratto nullo, ex art. 2033 c.c.

Nel presente contributo si affronterà, dunque, lo spinoso problema dell'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità nei contratti di intermediazione finanziaria, che da alcuni anni costituisce oggetto di serrato dibattito tra gli interpreti. Più in particolare l'attenzione sarà appuntata sulla possibile estensione degli effetti della dichiarazione di nullità del contratto quadro alle operazioni di investimento che non hanno formato oggetto della domanda giudiziale di nullità e sui limiti di tale estensione.

Sul tema, che si presenta di stringente attualità, è mancata una sostanziale unanimità di vedute sia nella dottrina che più specificatamente si è occupata dell'argomento, sia nella giurisprudenza, tanto di merito che di legittimità, che non è riuscita a fornire soluzioni univoche e appaganti.

La complessità della materia ha, dunque, reso necessario l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite⁸.

⁷ In proposito la giurisprudenza di merito aveva già da tempo segnalato che un eccessivo rigore nella lettura della prescrizione formale contenuta nell'art. 23 t.u.f., potesse aprire ad un uso opportunistico del diritto da parte del cliente il quale, pur dopo molto tempo di fruttuosa esecuzione del contratto, si risolveva a dedurre la nullità *ab origine* del contratto-quadro per difetto formale, al solo fine di richiedere la restituzione del capitale investito in relazione alle operazioni andate in default. Cfr., tra le tante, Trib. Torino, 7 marzo 2011, in *www.ilcaso.it*. In dottrina, v., per tutti, D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, p. 33.

⁸ Corre l'obbligo di segnalare che la questione relativa alla presunta contrarietà a buona fede delle c.d. nullità selettive era stata già rimessa all'attenzione delle Sezioni Unite, con tre ordinanze coeve, attraverso le quali la Prima Sezione aveva stimolato l'intervento dei giudici del massimo ufficio giudiziario al fine di impedire che la nullità del contratto-quadro per difetto di forma scritta potesse essere opportunisticamente utilizzata dall'investitore per abusare di una posizione di vantaggio conferita dalla legge ad altri fini. Tuttavia, in quella occasione, le Sezioni

Ed infatti la prima Sezione della Cassazione⁹, dopo aver evidenziato la rilevanza e la delicatezza della questione attinente all'uso selettivo della nullità nel diritto dell'intermediazione finanziaria, ha rimesso all'esame delle Sezioni Unite la “questione di massima di particolare importanza” concernente la possibilità per l'investitore di fare un uso “selettivo” della nullità del contratto quadro, limitando gli effetti di tale accertamento solo ad alcune delle operazioni (quelle sfavorevoli) poste in essere in esecuzione del rapporto di intermediazione finanziaria.

La Cassazione a Sezioni Unite¹⁰, dal canto suo, esaminando *funditus* le questioni attinenti all'uso selettivo della nullità del contratto quadro, ha ritenuto legittima la condotta processuale dell'investitore che agisce nei confronti dell'intermediario al fine di ottenere la declaratoria di nullità solo di alcuni ordini di acquisto di strumenti finanziari eseguiti sulla base di un contratto quadro nullo, ritenendo tale condotta, di per sé, non contrastante con lo statuto normativo delle nullità di protezione¹¹. Nondimeno, il Supremo Collegio ha avuto cura di precisare che l'uso selettivo della nullità del contratto quadro deve esse-

Unite, una volta statuita l'irrilevanza del difetto di sottoscrizione dell'intermediario e la conseguente validità del contratto c.d. monofirma, hanno ritenuto assorbita la questione concernente l'esercizio selettivo, da parte dell'investitore, della nullità del contratto quadro. Cfr. Cass., 17 maggio 2017, n. 12388, 12389, 12390, in *Società*, 2017, 1248, con nota di G. AFFERNI. Si segnala l'articolato commento di U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive»*. *A proposito dell'ordinanza di rimessione alle sezioni unite 12390/17*, cit., p. 828 ss.

9 L'ordinanza di rimessione alla quale si allude è Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Foro it.*, 2019, 975 ss., con nota di PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 46 ss. e di F. TONINI, *L'invalidità 'selettiva' del contratto di investimenti rimessa alle Sezioni unite*; in *Corr. Giur.* 2019, 172 ss., con nota di M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni unite* e di D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la “particolare importanza” di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*; in *Giur. it.*, 2019, 763 ss., con nota di C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?* e di F. BICHIRI, *La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle Sezioni unite*; A. DALMARTELLO, *L'uso selettivo della nullità nei contratti di intermediazione finanziari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civili*, a cura di C. GRANELLI, 2019, 446.

10 Cass., SS. UU., 4 novembre 2019 n. 28314, cit.

11 Per una analoga impostazione, cfr., U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”*. *A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite n. 12390/2017*, cit., 828 ss., il quale, mostrando adesione all'orientamento favorevole all'uso selettivo della nullità, afferma che «il modulo della 'selettività' propone una dinamica effettuale pienamente coerente con lo statuto che connota il paradigma legale della nullità protettiva”.

re modulata e conformata dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente, sì che l'intermediario «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».

Nel contesto della pronuncia, dunque, il principio di buona fede si manifesta, di per sé, come “criterio strutturale” in grado di guidare l'interprete nella valutazione del carattere abusivo della domanda di nullità formulata in modo selettivo da parte dell'investitore. L'estensione si pone, dunque, nel solco del “territorio operativo”: l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale non deve comportare effetti distorsivi, estranei alla *ratio* riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di protezione è stato introdotto.

Viene così a emergere – netta – l'impostazione di fondo della decisione. L'uso selettivo della nullità *non è di per sé* contrario al canone di buona fede, ben potendo l'investitore limitare la domanda di nullità alle sole operazioni di investimento non redditizie eseguite sulla base di un contratto quadro nullo per difetto di forma. La pronuncia, tuttavia, non si ferma qui. Prosegue per osservare che quando l'azione di nullità utilizzata in forma selettiva determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato all'intermediario, a quest'ultimo è riconosciuta la titolarità di «un'eccezione qualificabile come di buona fede idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva», il cui fondamento poggia sui «principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale, di derivazione costituzionale», i quali operano «come strumenti di riequilibrio effettivo endocontrattuale».

A prima lettura, dunque, la decisione così tracciata, pur nel riconoscibile sforzo di individuare una soluzione al contrasto interpretativo, appare orientata alla logica del compromesso, attenta cioè a contemperare le opposte esigenze che si registrano in materia di intermediazione finanziaria: garantire gli investi-

menti operati dai privati con i loro risparmi (art. 47 Cost.) e salvaguardare, allo stesso tempo, la posizione dell'intermediario contro sacrifici economici sproporzionati, in nome di un interesse più generale alla certezza dei rapporti sui mercati finanziari.

Si tratta, com'è intuibile già da queste prime note introduttive, di una pronuncia ricca di spunti ricostruttivi che, tuttavia, sul piano dogmatico, non sembra convincere. Il che, per la verità, non viene per nulla a diminuire l'importanza della decisione, che schiude, con sfumature diverse, tematiche complesse che si collocano sul crinale tra diritto e processo.

3. La soluzione delle Sezioni Unite. Gli itinera argomentativi del Supremo Collegio

Come si è accennato, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 28314/2019, sono tornate ad interpretare il testo dell'art. 23 TUF, esaminando *funditus*, attraverso un approccio sistematico ed evolutivo, la questione relativa all'esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche connesse al comportamento selettivo dell'investitore nel rilievo della nullità.

La soluzione offerta dal Supremo Collegio, come si vedrà, si mostra articolata e consente, almeno *prima facie*, di affermare che è stata fornita una risposta risolutiva alla *vexata quaestio* della legittimità dell'uso selettivo della nullità da parte dell'investitore.

Ed in effetti, il Supremo Collegio mette sin da subito in evidenza che l'uso selettivo della nullità del contratto quadro «non contrasta in via generale con lo statuto normativo delle nullità di protezione» e, conseguentemente, l'investitore potrà azionare la sua pretesa giudiziaria limitandola ai soli ordini che lo hanno in concreto pregiudicato, potendo, invece, mantenere quelli che hanno generato delle plusvalenze e che, proprio per questo motivo, non ha interesse ad impugnare. A seguito della declaratoria di nullità delle operazioni selezionate, l'investitore avrà quindi il diritto alla restituzione delle somme impiegate negli investimenti impugnati, mentre l'intermediario «alla luce del peculiare

regime delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c. ».

All'esito dell'arresto dei giudici in sede nomofilattica, lo statuto normativo delle nullità di protezione – caratterizzato, come è noto, da peculiari elementi di specialità rispetto alla nullità di diritto comune, con specifico riguardo alla modalità unidirezionale di attivazione del rimedio – viene dotato anche di un singolare, quanto inedito, regime restitutorio unilaterale, caratterizzato da una portata sanzionatoria-punitiva per l'intermediario, al quale viene negata la possibilità di avvalersi delle conseguenze restitutorie dirette della nullità del contratto, attribuendo, in questo modo, all'investitore una insolita *soluti retentio*, pur in assenza nell'art. 23 TUF di una espressa deroga all'art. 2033 c.c. e non ricorrendo i presupposti applicativi dell'art. 2035 c.c.

Di conseguenza, secondo la lettura della Cassazione, solo l'investitore potrà beneficiare degli effetti diretti della nullità, mentre l'intermediario, privato della tutela obbligatoria del *solvens sine causa*, nei confronti dell'*accipiens*, non potrà agire per la ripetizione dell'indebitato di quanto prestato sulla base del titolo nullo. Tuttavia, precisa ancora la Cassazione, se dalla domanda diretta a colpire solo alcuni ordini di acquisto dovesse determinarsi, alla luce di una valutazione complessiva degli investimenti eseguiti, un sacrificio economico in danno all'intermediario, quest'ultimo potrà sollevare un'eccezione qualificabile come di buona fede idonea a paralizzare (totalmente o parzialmente) le pretese restitutorie dell'investitore.

La Corte precisa, inoltre, che tale eccezione sarà opponibile solo nei «limiti del *petitum* azionato» e sarà potenzialmente in grado di ridurlo fino ad azzerarlo del tutto, qualora «*gli investimenti relativi agli ordini non coinvolti dall'azione abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore*». Più precisamente, se all'esito di una valutazione complessiva dell'andamento del rapporto di intermediazione finanziaria, dovesse risultare che le perdite subite nelle operazioni contestate

con l'azione di nullità siano “compensate”, in tutto o in parte, dai vantaggi economici derivanti dalle operazioni di investimento estromesse dall'iniziativa processuale dell'investitore, all'intermediario è accordata la possibilità, attraverso l'eccezione di buona fede, di paralizzare la domanda restitutoria sollevata dall'investitore¹², in una sorta di inedita *compesatio lucri cum danno* operante, tuttavia, all'interno del perimetro dell'azione di ripetizione dell' indebito oggettivo, che secondo i principi fondanti del nostro ordinamento, è accordata dalla legge, ai sensi dell'art. 1422 c.c., ad entrambe le parti al fine di ottenere la restituzione di quanto indebitamente prestato in esecuzione del contratto nullo.

Quanto alle argomentazioni addotte per l'assunzione di un livello lontano da quanto l'ordinamento esiga, la decisione sembra muoversi, a guardarla nel suo complesso, in una combinazione tra principi generali del sistema e ricerca equitativa tra contrapposte esigenze che vengono in rilievo. Da un lato, garanzia degli investimenti privati, e, dall'altro, tutela dell'intermediario, ricorrendo alla clausola generale di buona fede come criterio arginante l'uso arbitrario dello strumento di tutela. In questa prospettiva, dunque, la buona fede viene a svolgere una importante funzione di riequilibrio strutturale del rapporto tra le parti, diventando strumento nella disponibilità del giudice per sindacare direttamente l'equilibrio contrattuale.

All'esito di un percorso argomentativo articolato, di cui si darà conto a breve, le Sezioni Unite enunciano il seguente principio di diritto: «da nullità per difetto di forma scritta, contenuta nell'art. 23, comma 3, del D.Lgs. n. 58 del 1998 (TUF), può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano sol-

12 Sul punto la sentenza è chiara: «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*» (§ 23)

tanto 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».

Il ragionamento seguito dal Supremo Collegio per arrivare a statuire il principio di diritto testè richiamato si snoda lungo due direttrici di fondo, che riproducono essenzialmente i principali argomenti che hanno costituito oggetto di ampio dibattito sia in dottrina che in giurisprudenza e che hanno posto significativi problemi di ordine sistematico.

La prima direttrice ruota attorno al tema della natura della nullità relativa di protezione, in particolare al suo inquadramento teorico e al delicato rapporto intercorrente tra il profilo attinente alla legittimazione ad agire in giudizio riservata al solo cliente e l'estensione degli effetti che da tale esercizio naturalmente conseguono.

La seconda direttrice, che poi conduce alla soluzione individuata dal Supremo Collegio per risolvere le problematiche concrete, ruota intorno al concetto di buona fede oggettiva.

La Suprema Corte, nella sua autorevolezza nomofilattica, cerca di fornire una soluzione definitiva al tema controverso dell'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità del contratto quadro anche alle operazioni di investimento che non hanno formato oggetto della domanda giudiziale, attraverso il ricorso al criterio oggettivo della buona fede, che viene utilizzato come strumento in grado di correggere eventuali eccessi di protezione in favore dell'investitore. Così statuendo, tuttavia, come vedremo, il Supremo Collegio si dirige verso un territorio insidioso, soprattutto nella misura in cui si individua nel criterio della buona fede oggettiva un parametro univoco e coerente in grado di conformare, sul piano quantitativo, gli effetti del *petitum* restitutorio.

Nelle pagine seguenti, per comodità espositiva, si analizzerà la decisione seguendo idealmente le due direttrici evocate.

3.1 La nullità selettiva e la sua presunta compatibilità con lo statuto giuridico delle nullità di protezione

Il punto di partenza del telaio motivazionale delle Sezioni Unite è rappresentato da alcune significative considerazioni sul regime giuridico delle nullità di protezione.

In particolare, il Supremo Collegio, chiamato a pronunciarsi sull'esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche derivanti dall'azione di nullità selettiva proposta dall'investitore, ha ritenuto preliminarmente opportuna una ricognizione del quadro normativo esistente in materia di nullità di protezione, non ritenendo sufficiente limitare l'analisi alla sola disciplina contenuta nell'art. 23 TUF. L'indagine, pertanto, viene estesa anche ad aree contigue, così da avere un prospetto comparativo il più possibile completo del peculiare regime giuridico applicabile alle diverse forme di invalidità presenti nei codici di settore.

All'esito della suddetta ricognizione sistematica e operato il confronto tra l'art. 23 TUF e le disposizioni di cui agli artt. 117 TUB, 127 TUB e 36 Cod. cons., la Corte, da un lato, individua nella legittimazione ad agire in giudizio ristretta a solo contraente debole il tratto unificante del regime giuridico applicabile alle nullità di protezione; dall'altro, si sofferma sulle "conseguenze sostanziali" che da tale peculiare regime di legittimazione ristretta discendono, e che sono riconducibili alla regola normativa per cui "la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice".

Di qui, dunque, la costruzione, in via pretoria, di uno statuto normativo comune applicabile alle diverse ipotesi di nullità di protezione presenti nei codici di settore, tutte accomunate, secondo la Cassazione, dai seguenti tratti caratteristici: i) possono essere fatte valere soltanto dal contraente debole del rapporto; ii) possono essere rilevate d'ufficio dal giudice, ma sempre nell'interesse

esclusivo del contraente debole; iii) operano esclusivamente a vantaggio della parte protetta.

Benché nell'art. 23 TUF si faccia riferimento solo alla legittimazione ad agire ristretta al solo investitore e non vi sia alcun esplicito riferimento né al rilievo dell'operatività della nullità di protezione a esclusivo vantaggio della sola parte protetta, né a quello della rilevabilità d'ufficio della stessa - espressioni testualmente presenti solo negli artt. 36, comma 3, cod. cons. e nell'art. 127 TUB - il Supremo Collegio, attraverso un'interpretazione correttiva "costituzionalmente orientata" e ritenuta coerente con i "principi di diritto eurounitario", non esita a estendere anche a quest'ultima disposizione i due summenzionati tratti peculiari.

La Cassazione sembra voler portare a compimento, in questo modo, la costruzione dello statuto generale delle nullità di protezione già avviata dai giudici nomofilattici nel 2014¹³, i quali, come è noto, dopo aver definitivamente

13 Il riferimento è alle sentenze gemelle Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 2624 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, c. 922 ss., con nota di F. DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; in *Corr. giur.*, 2015, I, p. 70 ss., con note di V. CARBONE, *"Porte aperte" delle sezioni unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, e di I. PAGNI, *Nullità del contratto - Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*; in *Corr. giur.*, 2015, II, 225 ss., con nota di C. CONSOLO -F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 299 ss., con nota di N. RIZZO, *Commento a Cassazione Sezioni Unite 26242 del 2014*; in *Dir. civ. cont.* 15 marzo 2015, p. 6 ss., con nota di F. RUSSO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità nel sistema delle eccezioni secondo le Sezioni Unite (nota in margine a Cass., sez. un., 26242 e 26243 del 12 dicembre 2014)*; M. GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 t.u.b. (con obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, p. 1616; S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass., 26242 e 26243/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime incomprensioni interpretative*, in *Pers. e merc.*, 2015, 2, p. 216 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le Sezioni Unite e il rilievo officioso delle nullità*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, p. 197 ss.; A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2015, I, p. 944 ss.; I. DELLI PRISCOLI, *Rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione, contraente "debole" e tutela del mercato*, in *Giur. Comm.*, 2015, II, p. 978; I. PRISCO, *Sui limiti alla rilevabilità d'ufficio della nullità: punti fermi e nodi da sciogliere dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Rass. Dir. civ.*, 2014, p. 573; L. GALANTI, *Nullità contrattuale tra giudicato esterno e giudicato implicito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2015, p. 1359 ss.; G. VERDE, *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 748 ss. Attraverso l'importante intervento nomofilattico si è affermato, per la prima volta, che il giudice ha il potere di rilevare d'ufficio tutte le nullità e, dunque, anche quelle di protezione, essendo il regime del rilievo officioso coesistente alla tutela di interessi e valori fondamentali, quali il corretto funzionamento del mercato nonché «l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli», che costituisce appunto il tratto specifico delle nullità in questione. Si è affermato, in altri termini, che la specialità che caratterizza le nullità di protezione si

escluso il carattere eccezionale delle nullità di protezione rispetto al regime della nullità generale, hanno affrontato e risolto la questione processuale relativa alla estensione della rilevabilità *ex officio* del giudice a tutte le nullità, e, dunque, anche a quelle di protezione, ritenendola ammissibile, in quanto naturale e necessario complemento del regime protettivo, strumentale alla salvaguardia dei valori fondamentali dell'ordinamento¹⁴.

riflette non solo sulla disciplina sostanziale, ma anche su quella processuale, poiché anch'esse sono volte a tutelare interessi generali, non solo particolari, che coincidono con l'interesse al complessivo equilibrio contrattuale e con il rispetto delle regole di mercato.

14 Per lungo tempo la dottrina si è interrogata sulla tendenziale incompatibilità delle nullità a legittimazione relativa con il potere officioso del giudice di rilevarle, sembrando, almeno *prima facie*, contraddittorio rendere, da un lato, la parte debole arbitra della sorte del contratto e, dall'altro, attribuire al giudice il potere di sostituirsi ad essa nella valutazione circa la caducazione o la conservazione del vincolo. In argomento, cfr., G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, cit., p. 141. In senso analogo, G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit. 189, il quale ha indagato *funditus* tale incompatibilità. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. Un., 11 novembre 1974, n. 3508, in *Giur. it.*, 1971, 815, che aveva rilevato una incompatibilità logica tra il carattere relativo della nullità e il rilievo officioso della nulla da parte del giudice. Purtuttavia, l'introduzione da parte dello stesso legislatore di ipotesi di nullità relative rilevabili d'ufficio dal giudice ha imposto una rimediazione della questione da parte degli studiosi. Così, è stato efficacemente affermato, con specifico riferimento alle nullità relative di protezione, che la supposta contraddizione e incompatibilità tra la legittimazione riservata e la rilevabilità d'ufficio si mostra più apparente che reale: la rilevabilità d'ufficio della nullità relativa non implica l'arbitraria sovrapposizione della valutazione del giudice a quella, eventualmente difforme, compiuta dal soggetto legittimato, ma è, all'opposto, prevista in funzione di una migliore protezione dell'interesse del contraente nell'ipotesi in cui quest'ultimo non si accorga della possibilità di azionare lo strumento rimediabile. La rilevabilità d'ufficio è, dunque, parte integrante dello statuto della nullità e non vi è ragione di distinguere, sotto questo aspetto, la nullità di diritto comune e le nullità di diritto privato europeo. Anche in questo secondo ambito, ed a prescindere dalla presenza o meno di una previsione espressa nella fattispecie, il giudice ha il dovere del rilievo officioso a tutela della parte protetta dalla nullità, anche se è rimessa alla decisione della parte la scelta di avvalersene o meno, sulla base di una valutazione compiuta nel proprio esclusivo interesse. Tutto ciò ha trovato una significativa conferma in Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 2624 e 26243, cit., secondo la quale la rilevabilità d'ufficio della nullità non è affatto disfunzionale all'attuazione dell'interesse prioritariamente protetto, che ne risulta, invece, all'opposto rafforzato, poiché si accorda, in questo modo, al contraente destinatario della normativa di protezione uno strumento di difesa aggiuntivo da esercitare nella dinamica del processo. Come è stato ricordato dall'organo di nomofilachia, accanto alla protezione dell'interesse del contraente ritenuto debole da parte del legislatore, la nullità relativa ha lo scopo anche di assicurare la protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Si è pure chiarito, ai fini della soluzione del quesito circa l'ammissibilità del rilievo officioso di tale ipotesi di nullità, che la risposta positiva a tale quesito risulta funzionale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il cor-

Oggi le Sezioni Unite tornano sull'individuazione dei tratti distintivi delle nullità protettive¹⁵, evidenziando un'ulteriore caratteristica peculiare delle stesse: non più solo legittimazione relativa e rilevabilità d'ufficio, seppur condizionata all'interesse concreto del contraente debole, ma anche operatività ad esclusivo vantaggio del cliente *degli effetti della nullità del contratto*¹⁶. Ed è, come vedremo, proprio la caratteristica dell'operatività della nullità a vantaggio del solo contraente protetto che finisce per avere un peso determinante nella intelaiatu-

retto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.), atteso che lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese. Con la suddetta pronuncia, la Cassazione si allinea all'orientamento della Corte di Giustizia Europea, la quale, sempre più frequentemente, al fine di garantire effettività della tutela del consumatore, è intervenuta a chiarire l'estensione dei poteri del giudice di rilevare d'ufficio la nullità. Cfr. Corte giust. UE, 14 giugno 2012, C-618/10, in cui si riconosce il potere del giudice di rilevare d'ufficio, in qualsiasi fase del procedimento, la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto, in relazione ad una domanda di ingiunzione, anche prima dell'eventuale opposizione del consumatore; analogamente Corte giust. UE, 17 dicembre 2009, C-227/08, secondo cui in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali il giudice può dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto rientrando nell'ambito di applicazione di tale direttiva nel caso in cui il consumatore non sia stato informato del suo diritto di recesso, anche qualora detta nullità non sia mai stata fatta valere dal consumatore; e Corte di giust. UE, 4 giugno 2009, in causa C-243/08, in cui si è affermato che il diritto dell'Unione riconosce al giudice nazionale non già la semplice facoltà, ma l'obbligo di esaminare d'ufficio la natura abusiva delle clausole inserite dai professionisti nei contratti con i consumatori, e, in quanto nulle, non applicarle, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga. Con questa pronuncia, i giudici di Lussemburgo, hanno evidenziato la finalità protettiva del contraente debole perseguita da tali nullità – che diventa perciò arbitro delle sorti del contratto- e hanno statuito che il giudice, nell'esercizio dei suoi poteri officiosi, ha il compito di avvisare il consumatore dell'intenzione di dichiarare la natura abusiva della clausola, onde permettere a quest'ultimo di opporsi. Cfr., in dottrina, S. MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*, cit., p. 1115 ss.; R. ALESSI, *"Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 147. S. OTTONI, *Clausole abusive e giurisdizione: competenza delle Corti e poteri d'ufficio dei giudici nazionali*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, 45

15 Considera la pronuncia resa a sezioni Unite in materia di nullità selettive il secondo pilastro del percorso giurisprudenziale d'identificazione del regime delle nullità di protezione, nell'ambito di un più ampio processo interpretativo avviato dalla Suprema Corte nel 2014 sul rilievo officioso del vizio, A. DALMARTELLO, *«La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 33. Anche C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur., civ. comm.*, 2020, p. 176 ss., individua un primo profilo di interesse della sentenza nel tentativo di costruire, in via giurisprudenziale, uno statuto normativo delle nullità di protezione, per mezzo dell'interrogativo volto a stabilire se «si possa configurare 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 anche in relazione all'esercizio selettivo dell'azione

ra argomentativa che sorregge la soluzione offerta dal Supremo Collegio. Ché, da un lato, si riconosce all'investitore la possibilità di azionare il rimedio della nullità anche selettivamente, decidendo, sulla base del proprio interesse e in considerazione della lesione asseritamente subita, quali tra i diversi ordini di investimento effettuati caducare e quali, viceversa, conservare¹⁷; dall'altro, si statuisce che degli effetti processuali e sostanziali della nullità possa avvantaggiarsi solo l'investitore, negando, in tal modo, all'intermediario la possibilità di avvalersi degli effetti caducatori e restitutori che naturalmente conseguono, almeno in base alle regole di diritto comune dettate in materia di ripetizione dell'indebitto oggettivo, dalla pronuncia di nullità del contratto.

Si delinea, in questo modo, un regime giuridico delle nullità di protezione profondamente diverso rispetto a quello di matrice codicistica, statuendosi che «della dichiarata invalidità del contratto quadro, ancorché accertata con valore di giudicato... può avvalersi soltanto l'investitore, sia sul piano sostanziale della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso»¹⁸, nonostante tale *favor contractus* mal si concili, come vedremo, non solo con una lettura rigorosa dell'art. 23 TUF, che non contiene alcuna deroga esplicita al principio della ripetibilità delle prestazioni eseguite in for-

di nullità». L'A, pur precisando che la sentenza non sembra fornire una risposta esplicita al riferimento interrogativo, in essa emerge comunque chiaramente l'indicazione verso la costruzione di una disciplina generale comune a tutte le ipotesi di nullità di protezione, in grado di differenziarsi da quello proprio delle nullità in generale.

16 Si sofferma sul passaggio della motivazione che valorizza la caratteristica dell'operatività delle nullità di protezione a vantaggio del solo cliente, A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 95 ss., il quale, partendo dall'assunto che l'operatività a vantaggio rappresenta lo scheletro strutturale delle nullità di protezione, indaga sui limiti alla capacità espansiva della regola «in sé stessa aperta» della operatività della nullità soltanto a vantaggio del contraente protetto.

17 Chiaro a riguardo il recitativo della Cassazione nel §19. In particolare, nel respingere la tesi che rinviene nell'uso selettivo della nullità di protezione sempre e comunque una violazione del canone di buona fede, la Cassazione non manca di rilevare che così statuendo si finisce per trascurare «la strutturale vocazione delle nullità protettive a un uso selettivo, ancorché non arbitrario, in quanto correlato alla operatività a vantaggio esclusivo di uno dei contraenti».

18 Cfr. § 22.1 del recitativo della Cassazione.

za del contratto quadro nullo per difetto di forma, ma anche con i principi generali di diritto sostanziale e processuale vigenti nel nostro ordinamento.

A tal proposito, infatti, vale la pena di evidenziare che, nonostante le innegabili peculiarità che connotano il regime giuridico delle nullità di protezione¹⁹, queste ultime costituiscano, almeno secondo la dottrina maggioritaria²⁰, nonché la giurisprudenza delle stesse Sezioni Unite della Corte di Cassazione²¹,

19 Il modello rimediabile riconducibile alle nullità di protezione, pur nella eterogeneità dei contesti applicativi in cui le stesse sono comminate - che ha reso conseguentemente arduo ogni tentativo compiuto dalla dottrina di operarne una *reductio ad unum* -, si caratterizza per dei tratti del tutto peculiari che lo differenziano rispetto alle nullità di diritto comune. Le prime, infatti, a differenza delle seconde, sono congegnate in modo da elidere i consueti caratteri dell'assolutezza della legittimazione ad agire e dell'inefficacia assoluta del contratto. È ormai opinione pressoché indiscussa che l'introduzione nel nostro sistema giuridico di queste peculiari forme di nullità abbia minato alle fondamenta la concezione monolitica e unitaria della nullità contrattuale consegnataci dalla tradizione. Quest'ultima, infatti, intesa come categoria radicale di invalidità (e, come tale, caratterizzata dall'assoluta inidoneità alla produzione di effetti (art. 1423 c.c.), da una legittimazione processuale a far valere la nullità, mediante esercizio di una azione imprescrittibile (art. 1422 c.c.), allargata a chiunque ne abbia interesse e rilevabile d'ufficio dal giudice ((art. 1421), appunto perché rimedio che reagisce contro difetti che intaccano interessi di carattere generale o pubblico), è sempre stata contrapposta al rimedio dell'annullabilità che può, invece, essere esercitato giudizialmente solo dalla parte nel cui interesse la causa di annullamento è stabilita, è rimedio che protegge solo il contraente colpito dal vizio e che diventerà, pertanto, arbitro della sorte del contratto, che, almeno fino alla domanda costitutiva di annullamento, è destinato a produrre tutti gli effetti cui è preordinato.

20 G. D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 740 ss; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, 13 ss; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 163 ss; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit., p. 437 ss.

21 Così Cass. Sez. Un. 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., recentemente richiamate da Cass., 22 novembre 2019, n. 30555, in www.dirittoegustizia.it, che osserva che i giudici di nomofilachia hanno offerto gli strumenti interpretativi per rendere compatibili le peculiarità del regime delle nullità relative con le regole generali dettate dal codice civile in tema di nullità. In proposito si è opportunamente ricordato che, accanto alla protezione dell'interesse del contraente ritenuto debole dal legislatore, la nullità relativa ha lo scopo anche di assicurare la protezione di un interesse generale tipico della società di massa, così che la legittimazione ristretta non comporterebbe alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici e personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità. Si è pure chiarito, ai fini della soluzione del quesito circa l'ammissibilità del rilievo officioso di tale ipotesi di nullità, che la risposta positiva a tale quesito risulta funzionale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.), atteso che lo squilibrio contrattuale tra le parti altera non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese.

una *species* del più ampio *genus* della nullità²² e che, dunque, benché possano essere fatte valere soltanto da una delle parti, conservino le caratteristiche di vizio radicale, che rende il contratto assolutamente inidoneo a produrre effetti giuridici approvati dall'ordinamento. Ne consegue, pertanto, che la sentenza dichiarativa della nullità pronunciata dal giudice, appunto perché diretta ad accertare siffatta inidoneità con efficacia *ex tunc*, autorizzerà conseguentemente, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito, ex art. 2033 c.c, il ripristino tra le parti dello *status quo ante*, eliminando dal mondo del diritto, «l'apparenza del diritto causato dal contratto, in quanto nullo»²³.

Se così è, dunque, appare difficile sostenere, almeno in una prospettiva *de jure condito*, che il giudicato sulla *quaestio nullitatis*, anche quando si tratti di nullità di protezione, non abbia quale logica e inevitabile conseguenza quella di attribuire alle parti stesse il diritto alla restituzione di quanto prestatato in esecuzione

22 Cfr. Cass. Sez. Un. 12 dicembre 2014, n. 26242, cit., secondo cui «[l]a rilevabilità officiosa delle nullità negoziali deve estendersi anche a quelle cosiddette di protezione, da considerarsi, alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di giustizia, come una “*species*” del più ampio “*genus*” rappresentato dalle prime, tutelando le stesse interessi valori fondamentali -quali il corretto funzionamento del mercato (articolo 41, Cost) e l'uguaglianza almeno formale tra contraenti forti e deboli(art. 3 Cost)- che trascendono quelli del singolo». Non condivide questa conclusione, A. GENTILI, *La “nullità di protezione”*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 77, il quale osserva che «la nullità di protezione non è una nullità speciale, ma solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, già nota ai codici, in cui interagiscono fra loro l'interesse del privato e l'interesse generale; [...] la nullità di protezione non è una categoria unitaria, se non nella misura in cui è un genere comune, che accoglie però diverse specie e quindi diverse discipline; [...] in ciascuna specie di nullità di protezione, attese le caratteristiche del caso, la disciplina dipende dalla possibilità di realizzare l'interesse generale senza detrimento dell'interesse privato protetto». All'esito del recente intervento reso a Sezioni Unite in materia di nullità selettive, anche A. A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, cit, pp. 97-98, si domanda se si possa ancora discorrere, come fanno più arresti della Suprema Corte, di rapporto di genere a specie «o se non si debba piuttosto riconoscere che si tratti di sistemi paralleli (...) l'uno solo di misura applicativa più estesa dell'altro».

23 Così testualmente S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, cit., p. 164, il quale, inoltre, sottolinea «l'incondivisibilità della conclusione cui oggi pervengono le sezioni unite, che pur affermando che il giudicato investe la *quaestio nullitatis* sul contratto quadro, ne circoscrivono, poi, le conseguenze, ma a parere di chi scrive senza un solido fondamento normativo, anzi in distonia con i principi generali del diritto processuale e sostanziale, assumendo che di tale giudicato può avvalersi soltanto l'investitore 'sia sul piano sostanziale (*rectius*: processuale) della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso”.

del contratto nullo, secondo i principi regolanti l'indebito oggettivo ex art. 2033 c.c. Se il rapporto tra nullità assoluta e nullità di protezione non è di regola a eccezione, ma, al più, di specie a genere, allora le norme codicistiche andranno applicate nella misura in cui le stesse siano compatibili con la speciale *ratio* delle nullità di protezione.

Non sembra, inoltre, che la formula legislativa per cui la nullità operi solo a vantaggio del contraente debole, contenuta nell'art. 36 cod. cons. e, dal 2010, estesa anche all'art. 127, comma 3, TUB, possa autorizzare l'interprete a spostare il baricentro della tutela dalla legittimazione relativa della nullità alla disponibilità *ex uno latere* degli effetti della dichiarazione di nullità, finendo, in questo modo, per accordare alla sola parte protetta il beneficio esclusivo degli effetti della dichiarazione di nullità del contratto²⁴.

In effetti, a voler essere coerenti col sistema, tale formula andrebbe interpretata nel senso che l'operatività della nullità è rivolta ad esclusivo vantaggio della parte protetta, nel senso che solo quest'ultima avrà il vantaggio, rispetto alla controparte, di decidere se agire o meno per farla valere. Attraverso il restringimento della legittimazione a far valere in giudizio la nullità, del resto, il legislatore tende a impedire un utilizzo "abusivo" della patologia negoziale da parte del contraente forte, in danno a quello protetto, rimettendo il rilievo del vizio alla volontà della sola parte debole del rapporto.²⁵ Così, il contraente protetto diventerà arbitro delle sorti del contratto, che potrà decidere di caducare, esercitando il diritto all'azione a lui riservata o conservare, eseguendo un

24 E' questo il passaggio della motivazione che ha sollevato le maggiori critiche nei primi commentatori. Cfr. A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, cit., p. 156 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, cit., 179, secondo il quale il percorso argomentativo intrapreso dalla Cassazione, diretto a estendere la regola della legittimazione esclusiva del cliente a far valere la nullità, sancita dall'art. 23, comma 3, TUF, al piano della disciplina delle azioni di ripetizione conseguenti la nullità, appare particolarmente arduo. Analogamente S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, cit., p. 163; M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, ivi, p. 154 ss; A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione*, cit., A. IULIANI, *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, cit., p. 277 ss. 25 Cfr. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità relative e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 15

contratto che presenta un assetto di interessi difforme rispetto a quello imposto dalla legge.

Se, dunque, unilaterale è, senz'altro, la possibilità di dedurre in giudizio il vizio di nullità che inficia il contratto, si ritiene che le conseguenze che discendono dalla declaratoria di nullità non possano che essere quelle ordinarie, bilaterali e reciproche. Il rimedio demolitorio determinerà, conseguentemente, il sorgere di reciproci obblighi restitutori, ciascuno dei quali andrà fatto valere mediante apposita domanda giudiziale, sia che si tratti di nullità di diritto comune, sia che si tratti di nullità speciali²⁶.

E, purtuttavia, come si diceva, non è questa la conclusione alla quale giunge la Cassazione nella sentenza resa a Sezioni Unite, la quale, all'esito di un percorso argomentativo piuttosto articolato, dopo aver postulato in premessa una dimensione unitaria delle nullità di protezione e valorizzato il portato della regola della operatività a vantaggio della nullità di protezione - considerata regola direttamente discendente dalla "legittimazione esclusiva del cliente ad agire in giudizio"- finisce per affermare che il carattere relativo della nullità non operi solo sul piano della legittimazione ad agire in giudizio per farla accertare, ma anche su quello, diverso, delle modalità attraverso cui tale nullità opera (i.e. a vantaggio di chi).

Ne consegue che l'investitore avrà non solo la disponibilità dell'azione di nullità relativa, ma anche la disponibilità degli effetti dell'azione, pur in assenza di una specifica previsione che legittimi una tale interpretazione.

Si finisce così, assai discutibilmente, per conferire alla disciplina delle nullità di protezione una "eversività" tale da recidere qualsiasi legame con la disciplina della nullità negoziale contenuta nell'impianto generale del codice civile (di cui residuerebbe, a ben vedere, soltanto il *nomen*).

26 Cfr., in proposito i rilievi di S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, cit., p. 163

3.2. La vis espansiva dell'operatività a vantaggio della nullità delle clausole abusive alle ipotesi di nullità dell'intero contratto

A tal riguardo, non pare inopportuno ricordare che la previsione dell'operatività della nullità a vantaggio del contraente debole, che è stata introdotta per la prima volta nell'art. 1469-*quinques*, comma 3, c.c., poi trasfusa nell'art. 36, comma 3, cod. cons.²⁷, è la peculiare formula legislativa utilizzata dal legislatore per dare concretezza al meccanismo di protezione predisposto a tutela del consumatore nelle ipotesi in cui nel contratto siano inserite clausole abusive.

Questo sintagma, a ben vedere, è il riflesso dello speciale modello protettivo di invalidità negoziale delineato dal legislatore europeo, che punta non alla

27 L'art. 36, espressamente rubricato "nullità di protezione" ha sostituito, modificandolo, il disposto dell'art. 1469-*quinques*, c.c., che disponeva l'inefficacia delle clausole vessatorie, prevedendone espressamente la sanzione della nullità. L'originaria previsione di inefficacia della clausole vessatorie contenuta nell'art. 1469-*quinques* c.c., risultato del travagliato percorso parlamentare che ha portato al recepimento della direttiva 93/93 CEE, aveva prodotto una regolamentazione ibrida e, per certi versi, contraddittoria, della sanzione comminata per le clausole vessatorie, e sollevato numerose incertezze interpretative. L'inefficacia delle clausole vessatorie era stata, infatti, intesa da una parte degli interpreti come inefficacia in senso stretto (cfr., per tale orientamento, i rilievi di: A. ORESTANO, *I contratti con i consumatori e le clausole abusive nella direttiva comunitaria: prime note*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1992, p. 493; F. GALGANO, *La clausola di gradimento, i patti parasociali e la categoria dell'inefficacia del contratto*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 895; M. BIANCHINI, *Art. 1469-quinques (Inefficacia)*, in *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, a cura di A. BERENGHI, Napoli, 1996, p. 83; M. BIN, *Clausole vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contr. Impr./eur.*, 1996, p. 450; G. ALPA, *I contratti dei consumatori. Diritto comunitario e modellazione del codice civile*, in *Vita not.*, 1996, p. 1140); da altri come nullità (Cfr., F. GUARRACINO, *Inefficacia e nullità delle clausole vessatorie*, in *Contr. Imp. /eur.*, 1997, p. 647; A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, cit., p. 290; M. NUZZO, *Art. 1469 quinques*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C. M. BIANCA – F. BUSNELLI, Padova, 1999, p. 858; R. QUADRI, "Nullità e tutela del "contraente debole", in *Contr. Impr.*, 2001, p. 1159; S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto (Note a margine dell'articolo 1469 quindi questo, comma 1 e 3, c.c.)*, in *Rass. dir.civ.*, 1997, p. 659; E. ROPPO, *Il contratto*, Milano 2001, p. 918; G. PASSAGNOLI, *Art. 1469 quinques, commi 1,3 e 5*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999, p. 182). La modifica della denominazione del rimedio in favore della nullità contenuta nell'art. 36 cod. cons. ha avuto l'indiscusso pregio di superare, una volta per tutte, le incertezze interpretative che la denominazione del rimedio in termini di inefficacia aveva originariamente generato. Del resto, nella direzione della nullità si era schierato chiaramente anche il Consiglio di Stato, nel parere emesso in sede consultiva per gli atti normativi sull'originario Schema di decreto legislativo recante il "Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di consumatori – Codice del consumo", sostenendo strenuamente la necessità di riqualificare la sanzione dell'invalidità delle clausole vessatorie in termini di nullità (Cfr. Cons. Stato, sez. cons., 20 dicembre 2004, n. 11602/04, in *Foro it.*, 2005, III, c. 348)

demolizione, ma alla conservazione del contratto, pur se in una versione corretta e conformata. Cosicché, per il tramite del rimedio, si “neutralizzano” gli effetti della clausola abusiva e il contratto, “mondato” dalla parte viziata, rimane valido per il resto. Si è ritenuto, in questo modo, di salvaguardare il preminente interesse tutelato da siffatte nullità, ossia quello del contraente dotato di minore capacità di influire sul contenuto del contratto, assicurandogli in ogni caso i beni o servizi oggetto del contratto di cui lo stesso necessita.

Sebbene il riferimento letterale alla «operatività delle nullità di protezione a vantaggio del consumatore» sia apparso sin da subito poco limpido e apparentemente pleonastico²⁸, la dottrina prevalente, constatata l'inadeguatezza degli approdi ermeneutici raggiunti attraverso l'interpretazione letterale della disposizione e prediligendo una interpretazione di tipo sistematico attenta a cogliere la *ratio legis* della stessa, ha ritenuto che il legislatore, attraverso tale inciso, abbia voluto alludere alla legittimazione ad agire riservata esclusivamente in favore del contraente “debole” del rapporto contrattuale. Attraverso la previsione che la nullità operi solo a vantaggio del consumatore, il legislatore ha, in altri termini, strutturato questa forma di invalidità come strumento sanzionatorio per il contraente “forte” e protettivo per il contraente “debole”²⁹.

28 Il riferimento letterale all'operatività della nullità soltanto a vantaggio del consumatore contenuta nell'art. 36, comma 3, cod. cons., anche a causa della estrema superficialità attraverso la quale il legislatore domestico ha recepito la direttiva 93/13/CEE, ha generato inevitabilmente dubbi interpretativi: anzitutto si è posto in evidenza il contenuto apparentemente pleonastico della disposizione, in considerazione del fatto che, trattandosi di clausole vessatorie che per definizione svantaggiano il consumatore rispetto al professionista, l'eliminazione delle stesse dal contratto non avrebbe potuto che risolversi in un vantaggio per il contraente protetto. Cfr., per tali rilievi, G. CIAN, *Il nuovo capo XIV-bis (titoli II, libro IV) del codice civile, sulla disciplina dei contratti con i consumatori*, in *Studium iuris*, 1996, 417. Altra dottrina, A. GENTILI, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, p. 403, ha revocato in dubbio che la norma introduca una legittimazione relativa, dal momento che il terzo comma dell'art. 36, non specifica, come in altri casi, che la nullità può essere fatta valere solo dal contraente debole, ma utilizza la diversa formula legislativa per cui la stessa opera “soltanto a vantaggio del consumatore”; il che, a livello letterale, sembra significare che la sentenza che accerta la nullità non farà cadere né tutto il resto, né gli effetti della clausola favorevoli al consumatore ed è, dunque, di per sé, asseverazione della operatività necessariamente parziale, non della legittimazione necessariamente relativa.

29 Le nullità c.d. relative sono ascrivibili ad un istituto antico, presente già nel codice civile del 1865, ivi importato dal *Code civil* francese, poi sostituito, nel codice civile del 1942, dal rimedio dell'annullabilità, sulla scia della Pandettistica tedesca. Osserva in proposito F.SARTORI, *L'istitu-*

Tutto ciò trova una significativa conferma sul piano della disciplina contenuta nell'art. 36 cod. cons., che, sin dalla rubrica, evidenzia la finalità protettiva perseguita dalla nullità in esso comminata, statuendo che si considerano vessatorie, e dunque nulle, le clausole che determinano «a danno del consumatore un significativo *squilibrio* di diritti e degli obblighi derivanti dal contratto». Posto che la previsione di clausole abusive nel contratto costituisce il prodotto più eloquente dell'esercizio abusivo della libertà contrattuale del professionista, che finisce poi per riflettersi nel contenuto del contratto sotto forma di debolezza del consumatore, il legislatore interviene con una disciplina che punta a colpire solo la singola clausola, espungendola *tout court* dal regolamento contrattuale, tenendo in vita il contratto per il resto. L'art. 36 cod. cons. introduce, in altre parole, una ipotesi di nullità parziale c.d. necessaria³⁰ destinata, da un lato, a colpire esclusivamente la clausola iniqua, dall'altro a consentire che il contratto resti valido per il resto, garantendo, in questo modo, il raggiungimento del livello di tutela del consumatore indicato nella direttiva comunitaria³¹, attraverso il

to della nullità relativa nel settore finanziario: dalla teoria alla pratica, in *Rivista di diritto bancario*, Ottobre 2002, p. 1, nt.1: che «Il modello italiano è ... sensibilmente diverso in tema di nullità relativa dal modello francese (J. Ghestin, *Le contract*, in *Traité de droit civil*, Parigi, 1980, p. 646, ss.) in cui l'annullabilità viene denominata *nullité relative* e dove la [...] legittimazione opera come spartiacque tra *nullité absolue* e *nullité relative*. L'Inghilterra e gli Stati Uniti (*common law*) utilizzano una accezione di nullità (*voidness*) ed un'accezione di annullabilità (*voidableness*), così diverse dalle nostre, che risulta impossibile compiere dei paragoni. L'unica cosa che si nota è che nella *common law* è quasi impossibile ricondurre tutti i tipi di invalidità a due soli modelli concettuali; ogni caso concreto può essere affetto da un'invalidità particolare, quindi è molto facile ammettere la figura della nullità relativa. Specie in Inghilterra si nota un pullulare di rimedi soprattutto per quanto riguarda la annullabilità. Per la nullità sembra esserci una sola figura. Negli Stati Uniti le elaborazioni dottrinali del diritto hanno raggiunto un livello più avanzato rispetto all'Inghilterra. Sembrano esserci solo tre rimedi: nullità, annullabilità per vizio del consenso e annullabilità per incapacità di un contraente. In Germania (per la *Common Law* e la situazione tedesca si veda GALLO P., *Nullità e annullabilità in diritto comparato*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1995, vol. XII, pagg. 310 e ss.) la situazione è più simile a quella anglosassone che a quella continentale: vengono utilizzati i concetti pandettistici della *Nichtigkeit*, operante ipso iure e rilevabile d'ufficio, e della *Anfechtbarkeit*, impugnabile dalla parte e che il giudice deve necessariamente dichiarare». Su tali rilievi vedi inoltre G. GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze del mercato e nuova cultura del contratto conformato*, cit., pp. 606-607.

30 Secondo la fortunata e efficace denominazione coniata da G. PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, cit., *passim*

31 Cfr. M. SERIO, *Profili comparatistici delle clausole vessatorie*, in *Enr. e dir. priv.*, 1998, p. 104 ss. per un approfondimento sulle prescrizioni del legislatore comunitario e le varie soluzioni adottate

«riequilibrio» dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto, alla luce della regola secondo la quale la nullità della clausola opera solo *a vantaggio del consumatore*.

Sulla base di queste considerazioni, dunque, se è certamente condivisibile il richiamo operato dalla Cassazione, nella sentenza resa a Sezioni Unite, all'art. 36 cod. cons., in quanto norma primigenia delle nullità di protezione, è anche vero che nella esegesi della disposizione avrebbe dovuto tenere maggiormente in considerazione il contesto in cui la regola della operatività a vantaggio disposta dall'art. 36 cod. cons. è chiamata ad operare. Detta regola è, infatti, stata introdotta con il precipuo obiettivo di eliminare dal regolamento contrattuale eventuali clausole abusive inserite dal professionista, assicurando, al contempo, al soggetto tutelato la possibilità di conservare il contratto, posto che la caducazione dello stesso avrebbe potuto essere disfunzionale all'attuazione dell'interesse prioritariamente protetto. Il legislatore ha assicurato, in questo modo, effettività a forme di tutela pensate e prospettate a beneficio di una sola parte contraente³².

Coerentemente con questa impostazione, si statuisce che la nullità di singole clausole viziate non determina la caducazione dell'intero contratto in concreto stipulato, ma soltanto lo stralcio delle clausole stesse, consentendo al contratto di rimanere valido per il resto³³. Sotto questo aspetto, dunque, la nullità

dagli Stati membri.

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

33 Cfr., M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova 2008, p. 323, la quale osserva che «[s]e è vero, infatti, che riservare il rilievo della nullità al solo contraente protetto esclude "abusi" di controparte, è altret-

parziale c.d. necessaria assurge a rimedio in grado di realizzare un assetto contrattuale più equo. In tale contesto, può apprezzarsi, dunque, il binomio inscindibile che il legislatore ha voluto creare tra nullità protettiva e riequilibrio del contratto, perché è proprio la regola della operatività a vantaggio (*degli effetti della nullità della clausola*) a rendere possibile il “riequilibrio” dell'assetto contrattuale “alterato” dalla predisposizione unilaterale di clausole vessatorie e che si realizza attraverso l'eliminazione delle clausole stesse dal regolamento contrattuale.

Se questa, dunque, è la finalità della norma, la regola dell'operatività della nullità a vantaggio contenuta nell'articolo 36 Cod. cons., sembra essere stata introdotta al precipuo scopo di consentire la conservazione del contratto a prescindere dall'apprezzamento della volontà ipotetica delle parti³⁴, contrastando,

tanto vero che se alla legittimazione attiva non si accompagnasse anche la necessaria parzialità, il contraente protetto si troverebbe prigioniero della logica del ‘prendere o lasciare’. È evidente che se il contraente debole invocasse la nullità della clausola viziata in assenza di qualunque precisazione normativa, la controparte potrebbe verosimilmente appellarsi al fatto che “non avrebbe concluso quel contratto senza la parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”, costringendo così il giudice a decretare la totale cancellazione del negozio, in applicazione dell'art. 1419, comma 1, c.c., e divenendo praticamente arbitra delle sorti del negozio, contrariamente a quanto vorrebbe la *ratio* della legislazione *de qua*» Cfr. S. MAZZAMUTO, *L'inefficacia delle clausole abusive*, in *Eur. dir. priv.* 1998, p. 46, per il quale disposta una nullità parziale necessaria, non sarebbe stato nemmeno necessario prevedere una legittimazione all'azione solo relativa (peraltro connessa alla rilevabilità d'ufficio). Afferma, infatti, che se in astratto si ipotizzasse una nullità necessariamente parziale, ma rilevabile da chiunque, la tutela del contraente protetto sarebbe comunque adeguata, poiché sembra difficile prospettare un utilizzo strumentale del rimedio ad opera della parte che finirebbe per veder modificato a proprio detrimento il regolamento negoziale. In altre parole, legittimazione relativa e nullità parziale, rispondono certo ad esigenze diverse (evitare esercizi abusivi dell'azione e perdita dell'affare), ma se questa regola, a rigore, sventa il rischio dell'abuso, la legittimazione relativa, da sola, non è sempre tranquillizzante per il contraente protetto che tema la perdita dell'affare intrapreso. In termini analoghi anche S. MONTICELLI, *Dall'inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto* cit., p. 577; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 152 e ss.

Cfr. G. PASSAGNOLI, *Commento sub artt. 36-38*, in *Codice del consumo, Commentario*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2007, p. 385: «Vi è poi, sul piano del trattamento, il carattere della necessaria parzialità della nullità che è sottratta all'applicazione tanto del primo quanto del secondo comma dell'art. 1419 cod. civ.». Sulla necessaria parzialità cfr. P.M. PUTTI, *La nullità parziale – Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002; A. D'ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “Massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusive e integrazione del contratto*, in *Contratti*, 2013, p. 22; ID, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova 2008; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *I rimedi*, cit., p. 130 e ss.;

34 DI MARZIO, *La nullità del contratto*, cit., 41: «Una nuova figura di nullità parziale, non riconducibile al primo comma dell'art. 1419 (che detta la regola del giudizio di nullità parziale) ma

in questo modo, l'operatività dell'art.1419, primo comma, c.c., che, come è noto, stabilisce che la nullità parziale importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte colpita da nullità; e, al contempo, risulta funzionale anche ad impedire l'operatività dell'art. 1419, comma 2, c.c., considerato che la esclusione della nullità totale è sancita, benché non vi sia sostituzione automatica della clausola nulla con una norma imperativa disciplinante la stessa materia presa in considerazione dalla clausola viziata³⁵. Tutto ciò trova, peraltro, una significativa conferma nella relazione illustrativa al codice del consumo, nella parte in cui si puntualizza che i meccanismi di «riequilibrio» delle asimmetrie di forza contrattuale sono basati su «nullità di protezione», rilevabili, anche d'ufficio, ma solo a vantaggio del contraente debole»³⁶.

nemmeno al secondo comma (che esclude la nullità totale del contratto quando la clausola nulla deve essere sostituita automaticamente da una norma imperativa di legge che disciplina positivamente la stessa materia della clausola viziata)». L'esclusione della nullità totale è sancita benché non vi sia sostituzione automatica della clausola nulla con una disciplina imperativa legislativamente predeterminata. Cfr. al riguardo G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 203; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., p. 405.

35 Sulle differenti tecniche attraverso le quali la nullità parziale necessaria può operare cfr. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., 202 ss; cfr. anche S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 201 ss.

36 Del resto, l'art. 6 della Direttiva 93/13/CEE, recepito nell'art. 36 cod. cons. sancisce esclusivamente la non vincolatività della clausola. Sul punto cfr. Corte giust., 21 gennaio 2015, Sez. I, c. 482/13, c. 484/13, c. 485/13, c. 487/13 che ha ripetutamente sancito che il disposto di cui all'art. 6 della direttiva 93/13/Cee del Consiglio del 5 aprile 1993, introduce il principio secondo cui il contratto contenente una clausola vessatoria rimane vincolante nella sua restante parte, nonostante la nullità della singola clausola, essendo esclusa qualsiasi sostituzione automatica delle clausole nulle con norme legislative di tipo dispositivo o qualsiasi etero correzione del regolamento negoziale. In linea di principio, il contratto deve sussistere, infatti, senz'altra modifica che non sia quella risultante dalla soppressione delle clausole abusive, purché, conformemente alle norme di diritto interno, una simile sopravvivenza del contratto sia giuridicamente possibile. Normative nazionali che permettessero l'integrazione del contratto sarebbero in contrasto con il dato normativo della direttiva e vanificherebbero la realizzazione dell'obiettivo di lungo termine di cui all'art. 7 della medesima, ossia dissuadere l'inserimento di clausole abusive nei contratti B2C nelle politiche di mercato dei professionisti. Solo la mera caducazione della clausola è in grado di riequilibrare la situazione di inferiorità in cui versa il consumatore rispetto al professionista. Residua un solo caso in cui detta regola generale subisce una deroga: ove il contratto concluso tra consumatore e professionista non possa sussistere dopo l'eliminazione della clausola abusiva, con conseguente grave pregiudizio del consumatore, pertanto sarebbe compatibile con il diritto dell'Unione una regola di diritto nazionale che permetta al giudice di avviare alla nullità della suddetta clausola sostituendo a quest'ultima una disposizione di

In questa prospettiva, quindi, anche il potere officioso del giudice di rilevare d'ufficio la nullità deve essere conformato alla regola per cui la nullità opera a vantaggio del consumatore e, dunque, in questa direzione anche il giudice sarà chiamato a uniformare i propri poteri officiosi alla salvaguardia dell'interesse prioritariamente protetto dalla previsione di nullità. Quest'ultimo, pertanto, dovrà limitare i suddetti poteri, laddove la declaratoria di nullità della clausola appaia in *concreto* pregiudizievole per il destinatario della normativa in questione o, addirittura, sia da questi non voluta. Se in tali ultime circostanze, infatti, il giudice rilevasse d'ufficio la nullità tradirebbe lo spirito della legge, sacrificando i preminenti e concreti profili di protezione dell'interesse del consumatore all'astratta tutela dell'interesse pubblico. Quest'ultimo obiettivo, infatti, seppur sotteso a qualsiasi previsione di nullità (tradizionale o speciale), appare in quelle c.d. di protezione in posizione subordinata rispetto alla finalità di tutela in concreto dell'interesse del soggetto destinatario della protezione.

Se, dunque, la “fucina” su cui si è costruito il modello della operatività a vantaggio della nullità di protezione è la nullità parziale c.d. necessaria della clausola abusiva, l'estensione della regola stessa alle ipotesi in cui la nullità di protezione colpisca l'intero contratto inevitabilmente comporterà difficoltà di adattamento. Di ciò mostra consapevolezza la stessa Corte di Cassazione nel momento in cui precisa che «l'originaria declinazione all'eliminazione delle clausole inefficaci (...) evidenzia le difficoltà di adattamento dello strumento in relazione alla produzione dell'effetto dell'invalidità dell'intero contratto»³⁷. E tuttavia, tale “criticità applicativa del regime delle nullità di protezione” viene superata con un *coup de théâtre* dalle Sezioni Unite, interpretando in maniera correttiva gli effetti che discendono dalla dichiarazione di nullità del contratto quadro e, in particolare, impedendo all'intermediario di avvalersi degli effetti reintegrativi conseguenti alla pronuncia di nullità.

diritto nazionale di natura suppletiva.

37 Cfr. § 15.2

In altri termini, la Cassazione sembra voler dire che quando non si è alla presenza di una nullità che colpisce la singola clausola, ma di una nullità che travolge l'intero rapporto, il meccanismo di riequilibrio delle posizioni contrattuali - che nella nullità parziale necessaria opera attraverso la neutralizzazione degli effetti della clausola nulla, mediante espulsione della stessa dal regolamento contrattuale - opera incidendo direttamente sul regime restitutorio, rendendolo asimmetrico. Nel nuovo statuto normativo delle nullità di protezione di conio giurisprudenziale, in altri termini, le nullità di protezione si mostrano speciali non solo rispetto all'art. 1421, c.c., ma anche rispetto all'art. 1422 c.c., poiché solo in questo modo la nullità di protezione potrà effettivamente operare a vantaggio del contraente protetto³⁸.

Si tratta di una interpretazione indubbiamente suggestiva, che, sebbene abbia l'indiscusso merito di assicurare una tutela più efficace per l'investitore, in assenza di un chiaro indice normativo atto a suffragare una simile interpretazione non sembra possa condividersi.

L'art. 23 Tuf, infatti, si limita a prevedere che la nullità possa essere fatta valere esclusivamente dal cliente e ciò induce a ritenere che il meccanismo protettivo pensato dal legislatore in favore dell'investitore sia circoscritto al piano della sola legittimazione ad agire per la declaratoria di nullità³⁹. Sebbene condivisibili siano i timori espressi da chi⁴⁰ sostiene che la neutralità della disciplina

38 Sul punto, incisivamente, S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*, in, *Contratti*, 2020, 22; ID, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 170, il quale osserva che le Sezioni Unite, consapevoli del fatto che la legittimazione relativa non ha, da sola, la capacità di neutralizzare la reciprocità restitutoria dell'indebito ricevuto, hanno finito per proclamare una specialità delle nullità di protezione tanto rispetto all'art. 1421 che all'art. 1422 c.c., poiché solo una deroga all'art. 1422 c.c. diviene «consustanziale ad un'effettività della nullità di protezione». L'a., mostra di condividere il percorso argomentativo seguito dalle Sezioni Unite, sostenendo al riguardo che «[è] piuttosto vero che delle nullità speciali, il cui ripetere non sia a sua volta di protezione, stilizzano delle nullità il cui tasso di effettività della tutela decresce fin quasi a svaporare».

39 Non condivide questa conclusione, A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività al vantaggio. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU.*, n. 28314/2019, p. 101 ss.

40 Si allude ancora al pensiero espresso da PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni*, cit., 91-92 in cui si precisa che «se la nullità protettiva è una figura premiale per il cliente, diventa conseguente parametrare le regole "secondarie" della restituzione, in virtù del loro "forte nesso

delle restituzioni possa dare luogo a fenomeni di *over deterrence*, finendo per impattare sull'incentivo a domandare la nullità da parte del consumatore, e, quindi, sul suo interesse ad agire, è pur vero che l'introduzione di limiti all'esercizio dell'azione di ripetizione delle prestazioni eseguite sulla base di un contratto nullo non può essere prerogativa del giudice, ma del solo legislatore. Pur volendo costruire la figura della nullità di protezione come figura premiale per il cliente, si ritiene che questa premialità debba essere necessariamente circoscritta alla sola possibilità per il contraente protetto di essere arbitro della sorte del contratto, non potendosi invece estendere anche alle regole che governano la materia delle restituzioni, alle quali verrebbe, in questo modo, attribuita una portata sanzionatoria che è alla stessa completamente estranea.

Il nostro sistema di diritto privato si regge, infatti, sul generale principio della necessaria causalità delle attribuzioni patrimoniali, in virtù del quale non sono consentiti spostamenti o trasferimenti di ricchezza da un soggetto ad un altro che non siano sorretti da una valida e idonea giustificazione causale, ragion per cui chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato⁴¹. Da ciò consegue, pertanto, che il nesso di sinallagmaticità fra le obbligazioni restitutorie può essere spezzato solo in presenza di una espressa previsione normativa, che sottenda la volontà del legislatore di costruire la tutela restitutoria in chiave asimmetrica e, dunque, sanzionatoria-punitiva⁴².

funzionale con le vicende del contratto" [Bargelli], in maniera conformativa e non contro lo scopo di protezione della norma violata: qui il combinato disposto degli artt. 117, c. 1-3 e 127, c. 2 ». Donde la prospettazione, «secondo lo sperimentato canone interpretativo della riduzione teleologica », di un art. 2033 c.c. che non opererebbe nella parte in cui prevede l'obbligo di restituzione della prestazione eseguita dal contraente protetto, e ciò quale « riflesso necessitato di un atteggiarsi funzionale della tutela restitutoria, la quale, se venisse a congegnarsi secondo lo schema neutro dell'art. 2033 c.c. , finirebbe per produrre uno scambio in senso inverso disincentivante o tale comunque da scoraggiare l'azionarsi della nullità » .

41 Cfr. G. D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 778 ss. Diversamente, S. PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni secondo un recente arresto dell'ABF*, in MAUGERI E PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori*, Torino, 2013, 84 ss.

42 Le disposizioni normative che sottendono la volontà del legislatore di costruire la tutela restitutoria in chiave meramente punitiva o afflittiva, ricomprendono sia norme in cui il legislatore prevede un vero e proprio divieto (o preclusione) della pretesa restitutoria a carico del con-

Quel che si intende dire – in altre parole – è che proprio la colorazione « neutra »⁴³ dello schema previsto dall'art. 2033 c.c. avrebbe dovuto indurre la Cassazione ad una maggiore ponderazione nel sovvertimento di principi generali, privando l'intermediario del diritto a ripetere quanto prestato in esecuzione del contratto nullo e impedendo, in questo modo, la legittima reintegrazione della propria sfera patrimoniale⁴⁴.

traente non reputato meritevole dall'ordinamento, sia norme in cui si riconosce il diritto a una delle parti contraenti di ripetere più dell'eccedenza non consentita dall'ordinamento. In entrambe i casi, tuttavia il legislatore mostra chiaramente di voler sanzionare uno dei soggetti dello scambio (sia questi il *solvens* ovvero *accipiens*). In questa direzione, è possibile richiamare, nell'ambito della disciplina del credito al consumo, l'art. 125 bis, comma 9, TUB il quale, per l'ipotesi di nullità del contratto, prevede che il consumatore debba restituire le sole somme utilizzate, da corrispondersi a rate e con la stessa periodicità convenuta contrattualmente "o, in mancanza, in trentasei rate mensili", con esclusione, dunque, degli interessi maturati; l'art. 167, comma 2, cod. ass. priv. obbliga soltanto l'impresa assicuratrice alla restituzione dei premi pagati, tenendo indenne l'assicurato dall'obbligo di restituire, in quanto irripetibili, gli indennizzi e le somme eventualmente corrisposte dall'impresa o semplicemente ancora dovute dall'impresa agli assicurati; l'art. 9, comma 1, L. n. 192/1998 che, nell'ipotesi di invalidità per vizio di forma, riconosce al subfornitore – in misura analoga a quanto dispone l'art. 2126 c.c. in favore del lavoratore – il diritto a ricevere, per le prestazioni già effettuate, il corrispettivo pattuito; l'art. 1815, comma 2, c.c. che nel sancire che "se sono pattuiti interessi usurari la clausola è nulla e non sono dovuti interessi", sanziona l'intermediario che applicato interessi usurari, trasformando il mutuo da oneroso in gratuito e avvantaggia il mutuatario che potrà continuare a godere della somma mutuata -depurata da quanto previsto a titolo di interessi- sino al termine stabilito e secondo l'originario piano di ammortamento. In proposito cfr. i rilievi di A. IULIANI, *Le Sezioni unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, cit., p. 279, il quale ha, condivisibilmente, osservato, che «qualunque tentativo di applicare analogicamente la disciplina prevista da tali norme sarebbe, invero, destinato a scontrarsi con due ostacoli insormontabili. Il primo deriva dalla forza espansiva della disciplina generale, di cui si dovrebbe dimostrare l'inadeguatezza prima di affermare un passaggio per così dire diretto della disciplina di un altro diritto secondo»; il secondo ostacolo «proviene dal carattere eccezionale di tali fattispecie le quali, invero, manifestano una spiccata finalità sanzionatoria, accordando, in deroga alla disciplina generale della nullità, soltanto al consumatore la possibilità di domandare la restituzione di quanto prestato, "rompendo perciò una delle logiche del sistema"». Osserva, inoltre, Dambrosio l'art. 67 septiesdecies, comma 5, cod. cons. il quale

43 L'espressione è di U. BRECCIA, voce *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 4, il quale opportunamente sottolinea l'assoluta indipendenza dell'azione di ripetizione rispetto a quella di nullità. Tale indipendenza implica che l'azione restitutoria da contratto nullo "non è un mero riflesso materiale dell'azione diretta a far dichiarare la nullità del contratto", perché ha la sua fonte in un fatto distinto (la prestazione non dovuta), che la legge non qualifica né in termini di validità, né di invalidità, ma assume quale "neutro" presupposto di una serie di effetti singolari, "le cui sorti dipendono anche dall'esercizio nel termine ordinario di prescrizione di una vera e propria pretesa a sé stante".

44 In proposito, è doveroso un riferimento, seppur breve, al dibattito sviluppatosi sia in dottrina che in giurisprudenza sui controversi rapporti tra l'azione diretta ad accertare la nullità e

Una siffatta reintegrazione può essere negata – lo si ripete – solo in presenza di una espressa previsione del legislatore, e solo se si ipotizza un atteggiamento di tipo sanzionatorio e punitivo di quest'ultimo nei confronti del contraente che ha diritto alla restituzione. Una siffatta volontà legislativa, tuttavia, non è in alcun modo riscontrabile nell'art. 23 TUF.

Tuttavia, come vedremo nelle pagine seguenti, questo aspetto non è stato del tutto trascurato dalle Sezioni Unite, che, sul piano applicativo, si sono mo-

l'azione di ripetizione dell'indebito. Secondo un primo indirizzo interpretativo, l'azione di ripetizione deve reputarsi autonoma e distinta rispetto a quella disciplinata dagli articoli 1421 ss c.c. Conseguentemente si afferma che il rimedio previsto dall'articolo 2033 c.c. deve considerarsi rimedio di carattere generale in tutti i casi di difetto- originario o sopravvenuto- di *causa solvendi*. Ne consegue, pertanto, che le prestazioni eseguite in adempimento di un contratto, appunto perché prive di titolo, sarebbero soggette a ripetizione integrando un indebito oggettivo (A. BONFILIO-G. MARICONDA, *L'azione di nullità*, in *I contratti in generale*, a cura di G.ALPA-M. BESSONE, in *Giur. Sist. Civ. e comm*, fondata da BIGLAVI, IV, *Effetti, invalidità riduzione del contratto*, 1, Torino, 1992, p. 511 ss.). Un favore dell'autonomia dell'azione di ripetizione rispetto a quella diretta alla declaratoria di nullità si esprimono, tra gli altri, anche U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano 1974, p. 231 ss e E. MOSCATI, *Pagamento d'indebito (artt. 2081-2014)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da SCIALOJA E BRANCA, Bologna-Roma, 1981, p. 137 e 149. In giurisprudenza v., in particolare, Cass. 11 gennaio 1978, n. 102, in *Mass. Giust. Civ.*, 1978, p. 44, secondo cui l'azione di nullità (e la relativa eccezione) sono logicamente e giuridicamente ben distinte dall'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo, proposta al fine di ottenere la restituzione di quanto prestato in virtù di un negozio nullo. In considerazione della dedotta autonomia tra le due azioni, questa giurisprudenza ritiene possibile che permanga un interesse all'accertamento della nullità anche dopo la prescrizione dell'azione di ripetizione. Un diverso orientamento, invece, ritiene che la mancanza di giustificazioni nell'attribuzione patrimoniale renda nulla la prestazione e pertanto su stime che l'azione di ripetizione vada ricondotta nell'ambito delle azioni concernenti l'invalidità del negozio (cfr., in tal senso, Campagna, I «negozi di attuazione» e la manifestazione dell'intento negoziale, Milano, 1958, p. 204; P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 28; F. BENATTI, *Il pagamento con cose altrui*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1976, p. 467 ss. e p. 495, secondo il quale la ripetizione sarebbe consentita soltanto nei casi di invalidità (nullità e annullabilità) del contratto, con esclusione, dunque, delle impegnative (risoluzione e rescissione) che determinino lo scioglimento del rapporto con effetti limitati alle parti. Al richiamato orientamento hanno aderito Cass., 7 febbraio 1987, nn. 1250 e 1251, in *Mass. Giust. Civ.*, 1987, secondo cui l'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo, presupponendo l'assoluta inesistenza dell'obbligazione che il *solvens* ha materialmente adempiuto con il pagamento non dovuto, «non è in sostanza che una azione di nullità per mancanza di causa». A parere di chi scrive, deve mostrarsi assoluto apprezzamento le conclusioni formulate da U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 803, che opportunamente evidenzia che «in definitiva, l'analisi della disciplina del pagamento non dovuto sta a dimostrare che l'azione di ripetizione ha una chiara autonomia nel sistema delle pretese restitutorie. Si è detto che l'ordinamento vigente non ha preso espressamente posizione sui problemi sui quali si era tanto discusso in passato, ossia sulla configurazione della *condictio* come rimedio alla nullità del pagamento per difetto di causa e sull'efficacia provvisoria del pagamento non dovuto. Vi sono tuttavia argomenti sufficienti per affermare che la pretesa di restituzione nasce da un "fatto", che la legge non qualifica in termini di validi-

strate ben consapevoli della potenziale sostanziale “ingiustizia” dell’esito dell’azione giudiziaria “selettiva” promossa dall’investitore, una volta statuita l’impossibilità per l’intermediario di avvalersi delle conseguenze restitutorie dirette della nullità del contratto.

In particolare, al fine di evitare che l’azione di nullità selettiva promossa dall’investitore determini un ingiustificato sacrificio economico per l’intermediario, il Supremo Collegio ha individuato nel principio di buona fede un parametro in grado di scrutinare le azioni di nullità selettive legittime, da quelle invece «oggettivamente finalizzat[e] ad arrecare un pregiudizio all’intermediario» e che, proprio per questo motivo, finiscono per produrre «effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di protezione è stato introdotto».

In altri termini, una volta stabilito che l’uso selettivo della nullità *non è di per sé* contrario al canone di buona fede oggettiva, ben potendo l’investitore selezionare, tra i diversi investimenti compiuti a valere sul contratto quadro riconosciuto nullo, solo quelli non performanti al fine di farli dichiarare nulli, la Cassazione offre una lettura trasversale della clausola generale di buona fede in grado di tutelare anche le ragioni dell’intermediario all’interno del processo, attribuendo al giudice il potere di riequilibrare tra le parti la distribuzione del risultato economico della complessiva attività di investimento. In particolare, in ossequio ai «principi di solidarietà e uguaglianza sostanziale, di derivazione costituzionale», i quali opererebbero «come strumenti di riequilibrio effettivo endocontrattuale», quando l’azione di nullità, utilizzata in forma selettiva determini un sacrificio economico sproporzionato nell’altra parte, la Cassazione riconosce all’intermediario la titolarità di «un’eccezione qualificabile come di buona fede idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell’azione di nullità selettiva».

tà ovvero di invalidità, bensì assume quale “neutro” presupposto di una serie di effetti singolari»

La Cassazione precisa, inoltre, che tale eccezione⁴⁵ sarà opponibile solo nei «limiti del *petitum* azionato» e sarà potenzialmente in grado di ridurlo progressivamente - fino ad azzerarlo del tutto- nelle ipotesi in cui, a fronte di una valutazione complessiva dell'andamento del rapporto di intermediazione finanziaria, le perdite relative alle operazioni contestate siano “compensate”, in parte o in tutto, dai vantaggi economici derivanti dalle operazioni di investimento non coinvolte nella azione di nullità, in una sorta di inedita *compesatio lucri cum danno* applicata, tuttavia, all'interno del perimetro di operatività dell'azione di ripetizione dell'indebito conseguente all'accertamento della nullità del contratto quadro.

La soluzione proposta dalle Sezioni Unite presto il fianco, come si vedrà, a numerose osservazioni critiche, specie di carattere argomentativo e applicativo, in parte dovute all'oscillazione, nell'articolato apparato argomentativo della decisione, fra logica restitutoria e risarcitoria della pretesa dell'investitore: il frequente richiamo nella motivazione ai concetti di “danno”, “pregiudizio”, “ingiustificato sacrificio economico”, “ingiustificato vantaggio” generano un senso di disorientamento, poiché introducono all'interno dell'operatività della tutela restitutoria elementi tipici di quella risarcitoria, rievocando l'operatività della *compensatio lucri cum danno*. Il suddetto principio, la cui operatività, peraltro, si mostra tutt'altro che pacifica- è, infatti, tipicamente utilizzato nell'ambito del diritto della responsabilità civile per valutare, ai fini della quantificazione e liquidazione del danno, la situazione patrimoniale del danneggiato prima e dopo

45 La Cassazione, inoltre, fornisce importanti indicazioni sulla qualificazione della eccezione di buona fede eccezionale dall'intermediario, statuendo che essa, «operando su un piano diverso dall'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non è configurabile come eccezione in senso stretto non agendo su fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti ». Sulla questione se l'eccezione di buona fede sia rilevabile d'ufficio o sia eccezionale solo su istanza di parte, v., V. PISAPIA, *Nullità selettiva: l'applicazione, da parte dell'ACF, dei principi espressi dalle Sezioni Unite*, in www.dirittobancario.it, il quale, partendo dalla distinzione tra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato e dai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Cassazione per individuare le une e le altre, soffermandosi sulla regola generale per cui tutte le eccezioni sono rilevabili d'ufficio, salvo che non siano eccezioni in senso stretto, conclude che l'eccezione di buona fede per abuso della nullità selettiva deve ritenersi rilevabile d'ufficio.

l'evento, nella prospettiva di evitare che un evento lesivo possa apportare a quest'ultimo un vantaggio economico che vada oltre il risarcimento del danno subito. Sicché, se dall'illecito deriva per il danneggiato non solo un danno, ma anche un vantaggio, di quest'ultimo occorrerà tener conto riducendo proporzionalmente il risarcimento.

Ebbene, le Sezioni Unite sembrano muoversi con la stessa logica compensativa che caratterizza la teoria c.d. differenziale⁴⁶, logica che, nel caso in esame, viene tuttavia applicata attraverso il richiamo alla clausola generale di buona fede, per stabilire se l'esercizio selettivo della nullità sia o meno espressione di uno *ius abutendi* dell'investitore e, quindi, se l'esito dell'esercizio dell'azione abbia determinato un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario. In altri termini, una volta privato l'intermediario del diritto a domandare la restituzione delle cedole, queste ultime diventeranno l'elemento da prendere in considerazione per verificare se l'azione di nullità selettiva abbia prodotto un ingiustificato arricchimento per l'investitore, legittimando l'intermediario a paralizzare, attraverso l'eccezione di buona fede, la pretesa restitutoria dell'investitore stesso.

4. Il temperamento della clausola generale di buona fede sul risultato dell'azione di nullità selettiva

Nelle pagine precedenti si è detto che i giudici di legittimità, dopo aver preliminarmente operato una ricognizione del quadro normativo esistente in materia di nullità di protezione, e averne individuato, da un lato, i tratti caratterizzanti e, dall'altro, l'ambito effettivo di deroga ai principi generali dettati in tema di invalidità dei contratti, statuiscono espressamente la possibilità riconosciuta all'investitore di domandare, sulla base di una propria valutazione di convenienza, la nullità di singoli ordini di investimento e la restituzione delle som-

46 Secondo la teoria del rapporto differenziale, l'integrità del ristoro deve emergere da un raffronto tra la situazione patrimoniale del soggetto prima dell'evento lesivo e dopo l'evento lesivo.

me in essi impiegate, non riscontrando in siffatto esercizio selettivo elementi di contrasto con il regime giuridico delle nullità di protezione. Si afferma, conseguentemente, che in materia di contratti di investimento, l'unico legittimato ad agire per eccepire il vizio è l'investitore e che solo quest'ultimo potrà avvantaggiarsi della declaratoria di nullità del contratto quadro. L'intermediario, dal canto suo, non potrà avvalersi degli effetti diretti di tale nullità, benché la stessa sia accertata con valore di giudicato, e non è, pertanto, legittimato ad agire né in via riconvenzionale, né in via autonoma, ex artt. 1422 e 2033 c.c.

Nonostante la perentorietà di tale ultimo assunto, tuttavia, il Supremo Collegio si mostra ben consapevole del fatto che l'uso selettivo della nullità, alle suddette condizioni, possa favorire possibili comportamenti opportunistici da parte dell'investitore, consentendogli di trarre dalla disciplina protettiva accordata a suo favore dei vantaggi ingiustificati: ed in effetti, se egli, da un lato, può recuperare il risparmio impiegato negli investimenti non performanti e dall'altro trattenere le somme corrispondenti all'incremento del risparmio investito nelle altre operazioni non contestate, è evidente che, una volta recisa la *restitutio in integrum*, si finisce per riconoscere all'investitore il diritto a trattenere un ingiustificato arricchimento. Avvedutasi di ciò, la Cassazione avverte, quindi, la necessità di introdurre un correttivo, tanto più in considerazione del generale divieto operante nel nostro ordinamento di arricchimento senza causa a spese altrui. Il correttivo, come si diceva, è individuato nel principio di buona fede.

In questa prospettiva, in particolare, la Corte di Cassazione precisa che l'esercizio selettivo della nullità, pur se astrattamente legittimo, dovrà comunque essere modulato e conformato dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente.

Si tratta, probabilmente, dell'aspetto più interessante della pronuncia, poiché le Sezioni Unite ricorrono all'ausilio della clausola generale di buona fede per "stemperare" l'eccesso di tutela oggettivamente accordata all'investitore dal meccanismo restitutorio unilaterale che la stessa Cassazione ha posto alla

base della soluzione interpretativa. Si statuisce, conseguentemente, che la protezione accordata al contraente debole potrà e dovrà operare solo entro il limite del “ragionevole sacrificio dell’altro contraente”, senza mai condurre, quindi, a un ingiustificato arricchimento del soggetto protetto⁴⁷.

Il Supremo Collegio, infatti, dopo aver percorso, respingendoli, gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che avevano utilizzato il principio di buona fede - nelle due differenti declinazioni di buona fede oggettiva e soggettiva - per paralizzare l’uso eventualmente abusivo dello strumento della nullità di protezione, riconosce al suddetto principio un «ambito di operatività trasversale, non limitato soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente», ma idoneo anche ad accordare un sistema di tutela all’intermediario, tutte le volte in cui l’uso selettivo dello strumento della nullità comporti per quest’ultimo un pregiudizio ingiustificato, che finisce per produrre «effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto».

Facendo, quindi leva sui principi di solidarietà e di uguaglianza di matrice costituzionale (artt. 2,3, 41 e 47 Cost.), di cui le nullità di protezione sarebbero

47 Osserva in proposito, A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, cit., 158, che «la decisione in commento si inquadra nell’alveo di quella tendenza della giurisprudenza recente, soprattutto di legittimità, all’applicazione diretta di principi e clausole generali, anche superando la “formalità della disposizione” normativa». In questa direzione, prima ancora, G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e “le nullità selettive” nell’ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in Riv. dir. banc., 2019, 3, il quale osserva che «la soluzione accolta dalla Corte costituisce espressione di quella sempre più diffusa tendenza... a spostare i criteri della decisione giudiziaria al di sopra della legge». Pur partendo da una prospettiva differente, v. anche D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell’investitore nel processo*, cit., 2, il quale, indagando sulle ragioni che hanno condotto la Cassazione alla creazione della «regola giuridica paradossale» della sottrazione algebrica dei utili dalle perdite, avverte «la sensazione che la buona fede sia una narrazione, buona a condurre alla creazione giurisprudenziale di qualsiasi regola operativa, più o meno prevedibile». Non condivide questa impostazione A.A. DOLMETTA, *All’essenza della nullità di protezione: l’operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. S.S.U.U., n. 28314/2019, cit., 107, nt. 34, il quale ritiene che le riferite critiche «mescolino un po’ troppo frettolosamente i due piani del discorso, pur tra loro oggettivamente ben distinti» e osserva che «un conto è l’estraneità al tema della nullità di protezione della clausola generale di buona fede oggettiva, come posta «a protezione» dell’impresa offerente beni e servizi sul mercato (e che, nel concreto, si è disinteressata dei doveri imposte dalla legge). Un altro è il ricorso –in quanto tale- alle clausole generali e ai compiti che la vigenza delle stesse impone alla decisione del giudice»

diretta promanazione, il giudice di nomofilachia afferma che quando l'azione di nullità utilizzata in forma selettiva determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte, «l'intermediario potrà opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini». L'azione, tuttavia, sarà opponibile solo nei limiti del *petitum* azionato, mettendo così al riparo l'investitore dal rischio di dover restituire all'intermediario, una volta sollevata con successo la relativa eccezione, somme eventualmente eccedenti rispetto al pregiudizio effettivamente subito.

In questa prospettiva, dunque, al fine di accertare se l'esercizio selettivo dell'azione di nullità sia stato oggettivamente finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario, occorrerà analizzare il rapporto di intermediazione finanziaria nel suo complesso e, in particolare, appuntare l'attenzione sull'esito degli investimenti non contestati nell'azione di nullità, per poi verificare quale sia il saldo complessivo tra le operazioni finanziarie impugnate e quelle non contestate: se il saldo è negativo per l'intermediario, ossia se le perdite relative alle operazioni contestate e confluite nel *petitum* sono elise integralmente dai vantaggi patrimoniali conseguiti dall'investitore, l'intermediario potrà opporre l'eccezione di buona fede, allo scopo di paralizzare integralmente gli effetti restitutori dell'azione di nullità promossa dall'investitore; l'effetto paralizzante di tale eccezione sarà, invece, parziale (e opererà nei limiti del vantaggio ingiustificato) quando gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità, pur avendo prodotto risultati positivi, risultino di entità inferiore alle perdite oggetto della domanda restitutoria.

In altri termini, all'esito del confronto tra le perdite subite nelle operazioni che hanno formato oggetto dell'azione di nullità e i vantaggi conseguiti nelle altre operazioni finanziarie non contestate, l'azione selettiva dell'investitore non contrasterà con la buona fede, e, dunque, non integrerà un utilizzo improprio della tutela approntata dall'ordinamento, se il pregiudizio confluito nel *pe-*

titum supera i vantaggi patrimoniali conseguiti nelle altre operazioni di investimento: in tali circostanze l'intermediario dovrà restituire il differenziale tra i vantaggi conseguiti in altre operazioni di investimento e le perdite subite dall'investitore nelle operazioni contestate; se, invece, il pregiudizio confluito nel *petitum* risulterà pari o inferiore ai vantaggi economici conseguiti dall'investitore in altre operazioni di investimento, l'effetto paralizzante dell'eccezione di buona fede opposta dall'intermediario sarà integrale e nulla dovrà essere restituito all'investitore. In ogni caso, come è stato efficacemente osservato⁴⁸, il ricorso alla regola algebrica «della sottrazione dei guadagni dalle perdite (...) deve ridurre il *petitum* dell'investitore eventualmente fino a zero, ma non deve mai invertire il segno della condanna».

Così sintetizzato il percorso argomentativo della sentenza, è possibile muovere qualche rilievo critico sull'utilizzazione della regola della buona fede come criterio per realizzare, in via giudiziaria, il giusto equilibrio fra gli interessi delle parti di fronte all'uso selettivo della nullità di protezione.

Il Supremo Collegio, come si è accennato, rifiuta in radice l'operatività dell'*exceptio doli*, invocata nelle due differenti declinazioni operative di buona fede oggettiva e soggettiva proposte dalla dottrina. Viene innanzitutto respinta l'idea, censurabile per la sua assolutezza, che la impugnazione selettiva di alcuni ordini di investimento giustifichi di per sé l'opponibilità dell'*exceptio doli generalis*, poiché una simile prospettazione svuoterebbe di significato la previsione della nullità *ex* articolo 23 del Tuf, determinando, in questo modo, un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità di protezione. L'idea che la Cassazione recisamente respinge, in altre parole, è quella di una asettica equivalenza, senza alcuna verifica di effettività, tra l'uso selettivo delle nullità e la violazione del canone di buona fede.

48 D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni agli investimenti che impugna*, *Nuova giur. civ. Comm.*, 2020, 161, il quale si mostra fortemente critico verso la regola aritmetica basata sulla buona fede elaborata dalla Cassazione.

La Corte, respinge, parimenti, in termini perentori anche la tesi che fa leva sulla valorizzazione della buona fede soggettiva e che ritiene *l'exceptio doli* un rimedio opponibile dall'intermediario tutte le volte in cui si dimostri un intento dell'investitore dolosamente preordinato alla produzione di effetti per lo stesso pregiudizievole. Attraverso il paradigma contenuto negli artt. 1993 c.c. e 2384, secondo comma, c.c. una parte della dottrina⁴⁹ ha, giustamente, individuato nel divieto di agire intenzionalmente a danno dell'altra parte, neppure attraverso l'esercizio di un proprio diritto, un limite operativo all'esercizio selettivo della nullità da parte dell'investitore, da contrastarsi con lo strumento dell'*exceptio doli*.

Nel pensiero della Corte, in altre parole, l'accertamento dell'illegittimità dell'esercizio selettivo della nullità non può essere né il risultato di una valutazione del tutto aprioristica e preconcepita, basata unicamente sulla circostanza che l'investitore abbia limitato la domanda di nullità e la conseguente domanda restitutoria solo ad alcune operazioni di investimento, né il risultato di una verifica preordinata a far emergere una condotta dell'investitore connotata da mala fede o frode, escludendo così ogni rilevanza alla oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio di una sola parte contrattuale.

Accantonato il rimedio dell'*exceptio doli*, la Cassazione preferisce percorrere, in definitiva, una terza via, impiegando il canone della buona fede in una dimensione più ampliata, ossia come strumento per sottoporre a scrutinio il risultato dell'esercizio selettivo della nullità, al fine di verificare se lo stesso sia "equo" e "equilibrato". Al principio di buona fede, viene, così, attribuito «un ambito di operatività trasversale», funzionale non solo alla definizione di sistema di protezione del cliente, ma anche a evitare che gli strumenti approntati dall'ordinamento per tutelare la parte debole, seppure applicati conformemente

49 Così A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., 48; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità selettive. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit. 851.

al paradigma legale, possano arrecare un pregiudizio ingiustificato alla controparte.

Si finisce, in questo modo, per adottare una nozione di buona fede” ibrida”, attraverso la quale è possibile riequilibrare il rapporto tra le parti, tutte le volte in cui si accerti che l’esercizio selettivo della nullità abbia determinato a carico dell’intermediario un sacrificio economico sproporzionato, percepito come “ingiusto”. In questa prospettiva, attraverso la clausola generale di buona fede si consente al giudice un intervento correttivo direttamente sul *quantum* delle restituzioni patrimoniali domandate dall’investitore⁵⁰, tutte le volte in cui si accerti, all’esito di una valutazione complessiva degli investimenti effettuati, che quest’ultimo abbia promosso un’azione di nullità selettiva al solo fine di riversare sull’intermediario in modo “ingiustificato” l’esito infausto di una o più operazioni di investimento, senza aver tenuto in opportuna considerazione anche i vantaggi conseguiti nell’ambito di quello stesso rapporto di intermediazione finanziaria. Ciò consentirà, quindi, di “vistare” come ingiusto il lucro che l’investitore abbia voluto trarre dall’esercizio selettivo della nullità a discapito dell’intermediario, sostanziandosi in un ingiustificato arricchimento. A quest’ultimo è, pertanto, riconosciuta la possibilità di sollevare l’eccezione di buona fede per paralizzare l’azione di nullità selettiva.

In questo modo, come è stato osservato⁵¹, la pronuncia mette «in forma un’eccezione (non di dolo ma) di slealtà perché l’investitore ricorrente, che abbia maturato un incremento patrimoniale superiore, abusa del suo diritto a ripetere». In altri termini, ciò che si condanna è la condotta dell’investitore che, pur avendo maturato, nel corso del rapporto di intermediazione finanziaria dei

50 Cfr. S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, cit., p. 47, il quale giustamente osserva che la novità della sentenza sta nel fatto di aver esteso il regime di protezione accordato al cliente anche allo statuto dell’indebitato, non potendo, la legittimazione ristretta ad agire avere la virtù di anestetizzare la reciprocità restitutoria dell’indebitato ricevuto. Ciò è chiaramente percepibile nel § 17.1.2 della sentenza in esame nella parte in cui si precisa che l’indebitato ««è direttamente inciso dallo “statuto” speciale della nullità cui si riferisce»

51 S. PAGLIANTINI, *Le stagioni delle nullità selettive (e del “di protezione”)*, cit., 12.

rendimenti economici pari o superiori alle perdite subite, ciononostante decida di agire per l'accertamento della nullità del contratto quadro al mero scopo di neutralizzare dette perdite, "abusando", in questo modo, del suo diritto alla ripetizione dell'indebito, che naturalmente consegue alla declaratoria di nullità dell'operazione di investimento contestata. In questa prospettiva, dunque, alla clausola generale di buona fede viene attribuita una funzione di riequilibrio economico endocontrattuale, in grado di incidere unicamente sul diritto dell'investitore alle restituzioni patrimoniali da contratto caducato e, in più in particolare, sull'entità della pretesa restitutoria confluita nel *petitum*. Tale conclusione, tuttavia, non persuade per una duplice ragione.

La prima. La clausola generale di buona fede, come è noto, è normalmente deputata alla verifica della conformità delle contrattazioni ai canoni di correttezza imposti dall'ordinamento all'autonomia contrattuale, che impone un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost. e che si sostanzia nell'obbligo di ciascuna parte di regolare il proprio comportamento in modo da tutelare anche l'interesse dell'altra parte, non essendo ammessa una soddisfazione tipicamente egoistica dei propri interessi.

In altri termini, la violazione del canone di buona fede non è riscontrabile nell'esercizio in sé considerato dei diritti scaturenti dal contratto, bensì nelle particolari modalità di tale esercizio, che siano appunto scorrette in relazione alle circostanze del caso concreto⁵². Da questo punto di vista, il richiamo alla

52 Concepiscono la buona fede come strumento che determina un limite alla esigibilità del diritto di credito, in quanto espressione di una condotta abusiva nell'attuazione del rapporto obbligatorio: L. MENGONI, voce "Responsabilità contrattuale" (*dir. vig.*), in *Enc. dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 1090; l'impostazione di Mengoni è ripresa da O. CLARIZIA, *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Napoli, 2012, 98 ss. Sul tema v. anche U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, nel Trattato IUDICA-ZATTI, Giuffrè, 1991, 491 ss.; C. ROMEO, *I presupposti sostanziali della domanda di adempimento*, Giuffrè, 2008, 135 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, 2015, 452. In questo senso l'inesigibilità assume la funzione di contrasto nei confronti di una pretesa creditoria in concreto abusiva, in quanto avanzata nel disprezzo del sacrificio degli interessi del debitore che siano preminenti sul piano assiologico e cioè preminenti in base alla tavola di valori che formano l'ordinamento nella sua legalità costituzionale nei confronti di una pretesa creditoria in concreto.

buona fede operato dalla Cassazione appare non del tutto persuasiva⁵³, perché essa è regola volta a presidiare la corretta esecuzione del rapporto e non può essere considerata uno strumento di modifica surrettizia dell'equilibrio contrattuale, ossia uno strumento di perequazione di prestazioni economicamente squilibrate, quale finisce invece per diventare nella prospettazione fatta propria dalla Cassazione⁵⁴. Il sindacato del giudice secondo il parametro della buona fede dovrebbe, quindi, consistere esclusivamente nella verifica della correttezza della pretesa restitutoria azionata dall'investitore e confluita nel *petitum*, quale ne sia la misura, al fine verificare se l'esercizio giudiziale del diritto alla restituzione delle somme che si assumono indebitamente percepite dall'intermediario sia l'espressione di un vero e proprio abuso del diritto da parte dell'investitore. Il criterio enunciato dalla Cassazione, ossia la regola algebrica della sottrazione del valore complessivo degli ordini andati a buon fine dal valore complessivo degli ordini che hanno invece generato perdite per il cliente, può essere uno dei criteri, non certamente l'unico, per individuare la ricorrenza di un abuso del diritto da parte dell'investitore. In altri termini, non può ritenersi sufficiente l'applicazione di una regola matematica basata su un semplice processo di calcolo algebrico per stabilire se l'uso selettivo delle nullità di protezione sia stato finalizzato ad arrecare un pregiudizio all'intermediario, disvelando un comportamento opportunistico e, dunque, contrario a buona fede, del cliente che agisce per recuperare le somme investite negli investimenti rivelatisi infruttiferi.

La seconda. La soluzione individuata dalla Suprema Corte, grazie all'ingresso in scena della buona fede, si mostra anche contraddittoria rispetto

53 Cfr., R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *www.questionegiustizia.it*, 7 gennaio 2020, 6, il quale, molto efficacemente, definisce il richiamo alla buona fede operato dalla Cassazione come un «*passerpartout*, cui l'interprete si affida per cavarsi d'impaccio in presenza di nodi interpretativi assai intricati, evitando così scelte troppo nette».

54 Per un interessante studio sull'utilizzo delle clausole generali nelle decisioni del giudice amministrativo, si rinvia a L. PERFETTI, *Per una teoria delle clausole generali in relazione all'esercizio dei poteri pubblici. Il problema dell'equità*, in *Giur.it.*, 2012, 1213 ss.

alle premesse argomentative dalle quali il Supremo Collegio ha preso le mosse: se, come la Suprema Corte ha statuito, la disciplina delle nullità di protezione è diretta non solo ad accordare all'investitore la legittimazione esclusiva all'esercizio dell'azione di nullità, ma anche il diritto, altrettanto esclusivo, di agire in ripetizione delle prestazioni eseguite nelle operazioni di investimento che abbiano prodotto nella sfera giuridica dello stesso una perdita, (prospettando, quindi, un regime delle nullità di protezione corredato da una tutela restitutoria asimmetrica), davvero non si comprende per quale motivo poi dovrebbe considerarsi contraria a buona fede la pretesa restitutoria dell'investitore quantificata nella perdita effettivamente subita negli investimenti infruttiferi, dovendo, invece, preoccuparsi di non pregiudicare le ragioni dell'intermediario⁵⁵.

La sensazione che chiaramente si avverte, in altre parole, è che la Cassazione una volta imboccata la via della legittimità dell'uso selettivo della nullità e dopo aver ammesso che gli effetti della accertata nullità si producono esclusivamente a beneficio della parte protetta, attraverso l'operatività di un regime restitutorio asimmetrico, non abbia avuto il coraggio di percorrerla fino in fondo proprio a causa del risultato palpabilmente iniquo, ingiusto, irragionevole al quale l'esercizio selettivo della nullità, alle condizioni suindicate, inevitabilmente conduce. Se, come ha statuito la Cassazione, le nullità di protezione sono speciali tanto rispetto all'art. 1421 c.c. che all'art. 1422 c.c., e se, quindi, siffatte nullità, oltre a derogare alla regola della legittimazione assoluta, sono corredate anche da un regime restitutorio asimmetrico – attribuendosi al solo investitore il diritto alla ripetizione delle prestazioni eseguite in base al titolo nullo e ren-

55 Osserva, in proposito, R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti di investimento finanziario*, cit., che «una volta ammesso che la nullità di protezione travolge solo gli effetti sfavorevoli al contraente protetto, è naturale che egli possa legittimamente selezionare le operazioni rivelatisi per lui negative. Allo scopo di ottenere la ripetizione di quanto versato ad esse, non facile comprendere in quale senso possano risultare contrari al canone della buona fede le modalità con cui egli in concreto lo faccia». Le stesse perplessità sono manifestate da D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *dirittobancario.it*, 2019, 2, secondo il quale «non è chiaro però come e perché una sottrazione aritmetica costituisca applicazione della regola di buona fede».

dendo, simmetricamente, irripetibili quelle eseguite dall'intermediario - è evidente che una simile prospettazione finisca per legittimare l'arricchimento dell'investitore a spese dell'intermediario, inquadrando la tutela restitutoria conseguente alla declaratoria di nullità del contratto quadro come pena privata, costruita in chiave punitiva-afflittiva per una delle parti contraenti.

In altri termini, una volta reciso il nesso di interdipendenza fra obbligazioni restitutorie scaturenti da contratto nullo, l'effetto sostanziale che inevitabilmente si produrrà è quello di autorizzare l'investitore a trattenere l'indebito vantaggio dalla situazione di sopravvenuto difetto del titolo, sicché davvero non si comprende perché poi quest'ultimo dovrebbe preoccuparsi di verificare che la pretesa restitutoria azionata sia contenuta nel differenziale tra guadagni percepiti e perdite subite per non pregiudicare le ragioni dell'intermediario. È proprio questo l'effetto che si determina nell'aver attribuito al solo investitore il diritto a ripetere quanto ha eseguito in base al titolo nullo e nell'aver negato, invece, tale diritto all'intermediario⁵⁶.

E, purtuttavia, è proprio questo effetto ad essere considerato "indesiderato" e ad essere sottoposto a controllo da parte dei giudici della Cassazione, i quali, in una sorta di eterogenesi dei fini, ricorrono al *passe-partout* giuridico universale della buona fede per far emergere l'eventuale "iniquità" dell'esito dell'azione di nullità selettiva esercitata dal cliente e riequilibrare le posizioni contrattuali in campo; ma la regola operativa enunciata dalla Cassazione, proprio perché chiaramente orientata alla ricerca di una soluzione di compromesso

⁵⁶ Cfr. in proposito, G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e "le nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, cit., 2, che si mostra molto critico, chiedendosi, invece, se sia davvero corretto evocare il principio di buona fede come meccanismo di riequilibrio delle posizioni delle parti contrattuali, « in una vicenda che in realtà con il contratto non ha a che fare, dal momento che la premessa di tutto il discorso è che un rapporto contrattuale non vi è più-ed anzi non vi è mai stato, appunto perché esso non è stato validamente concluso»

fra contrapposte esigenze, appare fortemente sbilanciata sul versante di un insoddisfacente pragmatismo⁵⁷.

Invece di “scomodare” il canone della buona fede, a parere di chi scrive, la Cassazione avrebbe potuto raggiungere lo stesso risultato, facendo applicazione delle regole che governano l’esercizio dell’azione di nullità e quella dell’indebito oggettivo, regole che avrebbero consentito di pervenire comunque ad una soluzione in grado di evitare gli effetti indesiderabili dell’esercizio della nullità c.d. selettiva per vizio di forma del contratto di investimento (i.e. arrecare «un ingiustificato sacrificio economico» all’intermediario).

5. Considerazioni conclusive. Una possibile opzione ricostruttiva alternativa a quella tracciata dalle Sezioni Unite

Una soluzione ricostruttiva coerente con le regole di diritto sostanziale e processuale sottese all’azione di nullità e dell’indebito oggettivo dovrebbe, anzitutto, mantenere ferma la differenza tra la legittimazione a far valere la nullità di protezione, *ex art. 23 TUF* e gli effetti che automaticamente discendono dall’esercizio di tale azione, effetti che sono determinati direttamente dalla legge e che sono i medesimi di quelli della nullità assoluta. In questa prospettiva,

⁵⁷ Così, SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 8. Parla di «pragmatismo salomonico» anche M. GIROLAMI, *L’uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, cit., p. 158, che, tuttavia, ritiene da apprezzarsi in un giudice. Le stesse perplessità sono manifestate da G. GUIZZI, *op. loc. ult. cit.*, il quale osserva che la Cassazione sembra non tenere in opportuna considerazione la peculiarità del rapporto che viene originato dal contratto quadro, assimilando, del tutto impropriamente, la posizione del cliente e dell’intermediario a quella delle parti di un contratto di scambio, “dove la neutralizzazione degli spostamenti patrimoniali eseguiti in base al titolo dichiarato nullo si realizza attraverso reciproche partite di dare e di avere, allora anche in tutto o in parte compensabili e suscettibili di essere definite attraverso il pagamento di un saldo”. Anche TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, cit., il quale osserva che la soluzione individuata dalla Cassazione presta il fianco a rilievi critici proprio alla luce della speciale disciplina dei servizi di investimento, giacché si «basa su un modello ricostruttivo delle operazioni investimento eccessivamente stilizzato e non idoneo a descrivere lo svolgimento del servizio di negoziazione, ma, semmai, per certi aspetti, quello della gestione di portafogli. In effetti, la giurisprudenza vede nelle singole operazioni di investimento e di disinvestimento in strumenti finanziari la mera esecuzione di un contratto di mandato, fra intermediari cliente, in virtù del quale quest’ultimo impartisce ordini primo, che li segue, in contropartita diretta, ovvero ricercando la controparte contrattuale nel mercato. L’a., non condivide, tuttavia, la qualificazione del contratto quadro in termini di mandato (v. nt. 82).

considerando la struttura del contratto di investimento articolato secondo lo schema di un contratto quadro base, dal quale traggono fondamento e legittimazione i singoli ordini di investimento, dovrà necessariamente statuirsi che:

1) la nullità del primo determinerà anche quella dei secondi e l'investitore non avrà alcuna possibilità di governare, quantunque abbia circoscritto la domanda di nullità a singole operazioni di investimento, la propagazione degli effetti della nullità del contratto quadro su tutti i contratti a valle, essendo effetti prodotti direttamente dalla legge. In questo scenario non sarebbe neanche necessario scomodare l'operatività della nullità di protezione⁵⁸. Se, infatti, la nullità dell'ordine deriva dall'art. 23 del Tuf e per dichiararla occorre dichiarare la nullità del contratto quadro, va da sé che ciò determinerà la nullità di tutte le operazioni compiute in base ad esso e per l'investitore si porrà il serio problema delle conseguenze dell'estensione degli effetti restitutori derivanti dalla assenza di un titolo giustificativo per lo spostamento patrimoniale.

2) non sembra che l'uso selettivo della nullità del contratto quadro, possa dirsi, di per sé, sempre e necessariamente abusivo. Si ritengono pienamente condivisibili, sotto questo aspetto, le affermazioni del Supremo Collegio quando statuisce che l'esercizio selettivo della nullità non contrasti di per sé con lo statuto giuridico delle nullità di protezione. Proprio in virtù della legittimazione ad agire ristretta al solo investitore, infatti, deve ritenersi assolutamente fisiologica la selezione, da parte di quest'ultimo, del rilievo della nullità ai soli acquisti (o più correttamente ai contratti attuativi del contratto quadro) di prodotti finanziari dai quali ritenga di essere stato illegittimamente pregiudicato e che quindi invochi le relative conseguenze restitutorie solo limitatamente a quest'ultime. Cosciché, nel mero utilizzo selettivo della nullità non è possibile intravedersi *a priori* alcuna condotta contraria a buona fede dell'investitore, ponendosi, all'opposto, all'interno del paradigma legale delle nullità di protezione.

58 M. GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, cit., p. 156

Attraverso il mero impiego selettivo della nullità, inoltre, l'investitore dà concretezza –in sede processuale- al vantaggio che l'ordinamento, dal punto di vista del diritto sostanziale, gli riconosce, riservandogli la legittimazione esclusiva all'azione. Sotto questo profilo, la formulazione di una domanda di nullità selettiva si caratterizza quale naturale proiezione dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c., in conformità con il principio della domanda (art. 99 c.p.c.); né, a ben vedere, sarebbe ragionevole ipotizzare che il rispetto della buona fede possa imporre all'investitore l'impugnazione di tutte le operazioni eseguite dall'intermediario, anche di quelle andate a buon fine.

Appare, dunque, pienamente condivisibile l'opinione secondo cui ⁵⁹ il modello della selettività suggerisca una dinamica pienamente coerente con lo statuto delle nullità protettive e, proprio per questo motivo, l'esercizio selettivo della nullità di protezione non possa ritenersi di per sé censurabile, autorizzando, sempre e comunque, l'intermediario ad avvalersi del rimedio dell'*exceptio doli*, perché non è riscontrabile alcuna difformità tra fattispecie astratta e fattispecie concreta.

Tuttavia, non si ritiene altrettanto condivisibile, anche all'esito della lettura in chiave funzionale della nullità di protezione, di cui all'art. 23 TUF, l'apodittico assunto dei giudici di legittimità secondo cui l'investitore, una volta che abbia deciso liberamente di azionare selettivamente il rimedio della nullità del contratto, diventi anche arbitro dei consequenziali effetti, attribuendogli una legittimazione esclusiva anche per l'esercizio dell'azione di ripetizione delle prestazioni rimaste prive di una legittima causa di attribuzione a seguito dell'intervenuta sentenza di nullità.

Né sembra, a parere di chi scrive, che dalla regola della “operatività a vantaggio” delle nullità di protezione, intesa come regola generale valida per tutte le nullità di protezione, possano trarsi conseguenze in grado di suffragare

59 MALVAGNA U., *Nullità di protezione e nullità “selettive”. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, 828 ss.

una simile interpretazione. Le nullità di protezione operano a vantaggio della parte debole del rapporto, in quanto sono poste a servizio dell'interesse concreto dello stesso. Esse, da un lato, attribuiscono solo al contraente protetto la possibilità di agire in giudizio per attivare il rimedio, consentendo, nonostante la nullità della clausola, di considerare il contratto valido per il resto; dall'altro, impongono anche al giudice, nella prospettiva del singolo scambio, di conformare i propri poteri officiosi all'interesse concreto del solo contraente protetto, proprio perché la nullità non può operare a svantaggio di quest'ultimo.

Da ciò consegue che la nullità dei singoli ordini di investimento, motivata sul presupposto della nullità del contratto quadro, può essere dedotta esclusivamente dall'investitore, ma la dichiarazione di nullità del contratto quadro, travolgendo, rendendoli inefficaci, tutti gli ordini di acquisto effettuati sulla base di esso, comporterà il sorgere di un obbligo restitutorio (a carico di entrambe le parti) delle prestazioni eseguite in sua esecuzione⁶⁰. Questi obblighi restitutori sorgono, come si è detto, automaticamente a carico delle parti, essendo venuto meno, con efficacia *ex tunc*, il titolo e la causa giustificativa delle prestazioni eseguite.

In altri termini, l'unidirezionalità della legittimazione a esercitare il rimedio non può implicare, automaticamente, anche un'unidirezionalità degli obbli-

60 Vero è che, come osserva PAGLIANTINI S, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 47, tutto questo potrebbe disincentivare l'investitore ad agire in giudizio per esercitare il suo diritto all'azione e che nell'ultimo biennio la Corte di Giustizia europea ci abbia abituati a sentenze protese a individuare una serie di "accorgimenti" per non disincentivare l'impugnativa del consumatore quando vengono in rilievo ipotesi di nullità di protezione, ma non si ritiene che la Cassazione, costruendo un regime restitutorio asimmetrico *ad hoc* per le nullità di protezione, derogatorio tanto dell'art. 1421 che 1422 c.c., abbia fatto applicazione dei principi statuiti dalla Giustizia Europea. Si ritiene, invece, che si sia spinta ben al di là del consentito, forzando oltre il lecito il dato normativo dell'art. 23 TUF. Quest'ultima norma, al fine di garantire l'attuazione effettiva dell'interesse dell'investitore, accorda solo a quest'ultimo la possibilità di scegliere se far valere o meno il vizio di forma del contratto quadro, ma la protezione accordata a quest'ultimo non si spinge fino al punto di consentirgli un utilizzo arbitrario dello strumento invalidante a lui accordato, interferendo con le regole generali che disciplinano le conseguenze della nullità contrattuale. In altre parole, dall'analisi del disposto dell'art. 23 TUF non si rinviene un regime restitutorio riservato al solo investitore, e ciò dovrebbe indurre ad applicare le regole di diritto comune, in quanto non derogate dalla disciplina di settore.

ghi restitutori, poiché questi ultimi, come si è detto, discendono direttamente dall'assenza di una ragione giustificatrice del pagamento, non potendosi ravvisare nella disciplina dell'indebito oggettivo il perseguimento di alcuna finalità protettiva del contraente in posizione di debolezza nell'ambito del rapporto contrattuale. Non si può, in conclusione, non tenere in debito conto che l'attribuzione esclusiva a una delle parti della facoltà di far valere la nullità del contratto non può incidere in alcun modo anche sulla fonte dell'obbligazione restitutoria di quanto ricevuto *sine causa*, poiché quest'ultima opera su un piano distinto dal precedente, seppur ad esso collegato⁶¹.

Se, dunque, il fondamento della disciplina della ripetizione dell'indebito, *ex art. 2033 c.c.*, risiede nell'assenza di un rapporto giuridico tra le parti, trovando il diritto a ripetere la prestazione la sua causa di giustificazione nell'inesistenza di un dovere alla prestazione, ovvero nel difetto effettivo della causa del pagamento (*causa acquirendi*), ne deriva, quale logico corollario, che l'intermediario potrà proporre una domanda riconvenzionale di condanna alla restituzione delle somme⁶² o, quantomeno, sollevare un'eccezione di compensazione contro la pretesa restitutoria azionata del cliente per paralizzare gli effetti patrimoniali dell'accoglimento della domanda, ben potendo il soggetto convenuto in giudizio con una domanda di pagamento eccepire il proprio maggior credito, fermo

61 Così, G. PETTI, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle sezioni Unite*, in *Contratti*, 2019, p. 287. Non condivide l'impostazione di fondo, A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività al vantaggio. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019*, cit., p. 102, nt. 23, il quale, soffermandosi sulla regola dell'operatività vantaggio intesa come *focus* informante della nullità di protezione, osserva che «tale operatività ingloba (come appunto rilevano le Sezioni Unite) anche gli effetti sostanziali dell'azione, che siano conseguenza diretta della stessa. E che l'accertamento della nullità sia funzionalmente diretta anche all'azione di indebito appare difficilmente dubitabile».

62 Cfr., Cass. 16 marzo 2018, n. 6664, cit., 543, «accertata la nullità del contratto d'investimento, il venir meno della causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali comporta l'applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo, di cui agli artt. 2033 ss. c.c., con il conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco, subordinato alla domanda di parte ed all'assolvimento degli oneri di allegazione e di prova, 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, a norma dell'art. 2038 c.c., con conseguente applicazione della compensazione fra i reciproci debiti sino alla loro concorrenza?».

restando che, in concreto, l'eccezione potrà valere a paralizzare la pretesa altrui solo sino alla reciproca concorrenza.

In questo modo, venendo meno le reciproche pretese, si eviteranno due adempimenti reciproci e "incrociati".

Sia consentita, infine, un'ultima riflessione.

Anche laddove si dubitasse della legittimità di una domanda riconvenzionale sollevata dall'intermediario o della legittimità dell'eccezione di compensazione, ad avviso di chi scrive non si può non tener conto che la condotta processuale dell'intermediario dovrebbe comunque stimolare i poteri officiosi del giudice, il quale, non potendo ignorare i rilievi formulati dal contraente non protetto, dovrebbe operare una valutazione complessiva in merito all'effettiva utilità per il cliente dell'accoglimento della domanda di nullità selettiva.

In altri termini, il giudice non può non considerare che dall'accertamento della nullità del contratto quadro, che costituisce il presupposto non solo logico, ma anche tecnico-giuridico della domanda di nullità selettivamente azionata sulle singole operazioni finanziarie, conseguano degli innegabili effetti restitutori su tutta la posizione del cliente. Se si aderisce all'impostazione secondo cui la rilevabilità d'ufficio, più che dipendere dalla mera volontà del contraente debole, dipende dal suo interesse, giacché la nullità può operare solo a vantaggio di quest'ultimo, è al giudice che spetterà la valutazione ultima della convenienza, per il soggetto tutelato, dell'accoglimento o meno della domanda di nullità, anche contro la volontà espressa dal medesimo soggetto.

Del resto, l'intervento del giudice in chiave correttiva, anche con riferimento a scelte errate poste in essere dal contraente protetto dal punto di vista sostanziale e processuale, rientra proprio nella logica delle nullità di protezione. Poiché la rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione non può operare a svantaggio del contraente protetto, ciò dovrebbe indurre il giudice, nella prospettiva del singolo scambio, a operare nell'interesse del cliente (e anche, even-

tualmente, contro la volontà di quest'ultimo)⁶³, rigettando *tout court* la domanda di nullità selettiva eventualmente formulata, proprio laddove, all'esito di una valutazione complessiva dell'intera posizione del cliente, i rendimenti degli ordini non colpiti da nullità fossero superiori rispetto al *petitum*. In siffatte circostanze, infatti, la dichiarazione di nullità del contratto quadro si ritorcerebbe contro l'investitore, coinvolgendo nella declaratoria di nullità tutti gli ordini eseguiti a valle dello stesso, e, dunque, anche quelli che non hanno formato oggetto di domanda giudiziale dell'investitore: ciò autorizzerebbe entrambe le parti ad agire attivando i rimedi restitutori *ex art. 2033 c.c.*, per ripristinare la situazione antecedente alla conclusione del contratto nullo, arrecando all'investitore un pregiudizio economico ben più grave della perdita subita nelle operazioni di investimento impugnate. In questa prospettiva, dunque, proprio in considerazione del fatto che le nullità di protezione operano solo a vantaggio dell'investitore, il giudice dovrebbe rigettare la domanda di nullità selettiva azionata dall'investitore, dovendo egli individuare, in concreto, il miglior risultato utile per il contraente protetto.

Il vantaggio economico differenziale per il cliente, ricavato dall'applicazione della regola algebrica della differenza tra perdite subite e guadagni conseguiti nell'ambito del complessivo rapporto di intermediazione finanziaria, potrebbe, in questo modo, essere valutato dal giudice come supporto valutativo-argomentativo alla decisione di rigettare la domanda di nullità, poiché il suo accoglimento non opererebbe a vantaggio dell'investitore, ottenendosi, in questo modo, lo stesso effetto paralizzante di una *exceptio doli generalis*.

Diversamente, nelle ipotesi in cui gli ordini non colpiti da nullità selettiva abbiano prodotto rendimenti inferiori o pari al pregiudizio invocato nel *petitum*, il giudice potrà accogliere la domanda di nullità selettiva proposta dall'investito-

63 Così, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 21.

re, accertando preliminarmente, e con valore di giudicato, la nullità del contratto quadro.

Tale nullità, però, rendendo nulli tutti i contratti eseguiti a valle, dovrebbe poter legittimare l'intermediario a sollevare una eccezione di compensazione avente ad oggetto il controcredito vantato nei confronti dell'investitore per i titoli consegnati dalla banca al cliente e le somme versate a titolo di frutti civili o di corrispettivo per la rivendita a terzi (art. 2038 c.c.), con conseguente applicazione della compensazione fra i reciproci debiti, sino alla loro concorrenza. Si paralizzano, in questo modo, gli effetti patrimoniali dell'accoglimento della domanda di nullità selettiva sollevata dall'investitore, poiché il giudice, una volta verificati i presupposti sostanziali oggettivi del credito opposto in compensazione, dichiarerà l'estinzione del credito. L'accoglimento dell'eccezione di compensazione da parte del giudice farà venire meno le reciproche pretese, almeno fino alla reciproca concorrenza e l'intermediario, conseguentemente dovrà versare all'investitore la somma eccedente.