

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO

in

**“DIRITTO DELLE PERSONE, DELLE
IMPRESE E DEI MERCATI” - XXXVI CICLO**

Le nullità selettive

Coordinatore

Ch.mo Prof. Massimo Miola

Tutor

Ch.mo Prof. Enrico Minervini

Candidata

Dott.ssa Giorgia Balletti

Anno Accademico 2022/2023

INDICE

Introduzione	4
---------------------	----------

Capitolo I

LE NULLITÀ DI PROTEZIONE

- 1. Origini dell'istituto: esigenze di tutela del contraente debole.	10
- 2. Strumento di tutela del contraente debole operante " <i>ex post</i> ": il sistema delle nullità a legittimazione relativa.	14
- 3. Tratti identificativi delle nullità relative: natura parziale del rimedio.	18
- 4. Nullità di protezione: rimedio a legittimazione relativa e apparente inconciliabilità col potere di rilievo d'ufficio.	21
- 5. Il criterio dell'operatività a vantaggio del contraente debole delle nullità di protezione.	25
- 6. Nullità di protezione aventi ad oggetto clausole che realizzano un eccessivo squilibrio tra diritti ed obblighi a scapito del contraente debole.	27
- 7. Nullità di protezione aventi ad oggetto prescrizioni di forma.	30

Capitolo II

LE NULLITÀ SELETTIVE

- 1. Definizione di nullità selettiva. 37
- 2. I contratti di intermediazione finanziaria. 40
- 3. Rapporto tra contratto- quadro e singoli ordini di investimento. 47
- 4. Segue: il collegamento negoziale ed il regime di propagazione degli effetti. 51
- 5. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in tema di nullità selettive. 54
- 6. La convalida del contratto nullo. 61
- 7. L'intervento delle Sezioni Unite. 67

Capitolo III

RESTITUZIONI CONTRATTUALI E NULLITÀ SELETTIVE

- 1. Inquadramento del problema. 76
- 2. Invalidità negoziali e disciplina delle restituzioni. 78
- 3. Restituzioni e nullità di protezione. 83

- 4. Autonomia negoziale in materia contrattuale.	95
- 5. Autonomia negoziale e cause di invalidità.	99
- 6. La compensazione dei crediti.	109
Conclusioni	112
Bibliografia	116
Indice della giurisprudenza	121

Introduzione

La nullità rappresenta un istituto in cui l'autonomia negoziale cede il passo alla tutela di interessi ordinamentali di carattere generale. L'eterogeneità di tale causa di invalidità contrattuale, ricavabile dall'art. 1418 c.c., ne ha consentito una evoluzione nel corso del tempo, sino all'elaborazione della figura delle nullità relative o "di protezione", i cui tratti identificativi sembrano porsi in deroga alla disciplina tradizionale di stampo codicistico. Lo studio delle nullità di protezione, forme di invalidità elaborate per garantire un efficace strumento di tutela degli interessi facenti capo al singolo contraente in posizione deteriore rispetto alla controparte negoziale, evidenzia la scelta normativa di orientare l'istituto della nullità alla gestione e tutela di nuove istanze della modernità, tra cui il tentare di ristabilire un equilibrio negoziale, che spesso soltanto in linea teorica sussiste nella contrattazione tra privati.

Gli artt. 1421 e 1422 c.c. delineano lo statuto della nullità nella legittimazione assoluta dell'azione, nel rilievo d'ufficio di tale causa di invalidità e nell'imprescrittibilità dell'azione.

La sentenza che si pronuncia sulla nullità del contratto ha effetti meramente dichiarativi di una situazione giuridica già realizzatasi, a carattere retroattivo e costituisce titolo giustificativo ai fini della proposizione dell'azione di indebito oggettivo ex art. 2033 c.c. La legittimazione a far valere la nullità del contratto in capo (anche) a terzi incontra

in ogni caso il limite della sussistenza di un interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*¹, ma dimostra la valenza ultra-individuale di tale causa di invalidità, attinente alla salvaguardia di valori che prescindono dagli interessi meramente negoziali delle parti. Con riguardo ai contratti nulli emerge nitido l'interesse dell'ordinamento a evitare che tali rapporti negoziali, caratterizzati da inefficacia originaria, possano costituire il fondamento di attribuzioni o effetti negoziali, ovvero creare qualsivoglia fenomeno di apparenza giuridica o affidamento (incolpevole) in capo a terzi.

La riferibilità della categoria della nullità ad interessi generali dell'ordinamento giustifica la rilevabilità d'ufficio da parte del giudice, il cui ambito applicativo risulta ampliato a seguito di recenti approdi giurisprudenziali. Il rilievo officioso della nullità è stato in passato, da un orientamento prevalente, coordinato con gli artt. 99 e 112 c.p.c., espressione, rispettivamente, del principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato: tale orientamento riteneva che soltanto in caso di controversia, attinente l'esecuzione di un atto, la cui validità rappresentasse un elemento costitutivo della domanda, il giudice fosse tenuto a rilevare d'ufficio la nullità.

Allo stesso modo, si escludeva il rilievo d'ufficio della nullità a fronte dell'esperimento di altre ipotesi di invalidità contrattuali (come una causa di nullità differente da quella

¹ Cfr., tra le altre, Cass., 24 settembre 2002, n. 13906, in *www.DeJure.it*, secondo cui l'interesse ad agire non può identificarsi nell'esigenza di ripristino della legalità violata, bensì nell'individuazione di un'utilità, un vantaggio concreto che l'istante può ricavare dalla sentenza dichiarativa del giudice, vantaggio che la parte vuole ottenere attraverso la proposizione della domanda giudiziale.

rilevabile d'ufficio in base allo stato degli atti), ovvero della risoluzione del contratto per inadempimento: in caso contrario, il giudice si sarebbe pronunciato *ultra petita*². Con i fondamentali arresti del 2014³, la Suprema Corte di Cassazione (nel valorizzare la riferibilità della categoria generale della nullità alla tutela di interessi generali dell'ordinamento) statuisce l'obbligo in capo al giudice del rilievo officioso della nullità in tutti i casi in cui la parte faccia valere in giudizio la validità del rapporto contrattuale (cosa che accade anche nei casi in cui venga proposta azione di annullamento, risoluzione e rescissione del contratto). L'imprescrittibilità dell'azione di nullità *ex art.* 1422 c.c. si adatta alla *ratio* ultra-individuale di tale rimedio, nonché all'inefficacia dell'atto nullo ed alla natura dichiarativa della sentenza. Il dettato codicistico conosce varie figure di nullità negoziale, palesando l'esigenza di evitare il rischio di esecuzione e, di fatto, la produzione di effetti con riguardo a contratti affetti da vizi di tale gravità da doversi considerare strutturalmente inefficaci. Può ritenersi superata l'idea di accostare l'atto negoziale nullo all'atto inesistente (inteso come carente di elementi in grado di ricondurlo alla categoria delle fattispecie contrattuali), in quanto anche un contratto caratterizzato da vizi particolarmente rilevanti può assumere le sembianze di una fattispecie negoziale in grado di fondare un legittimo affidamento in relazione alle parti coinvolte. L'art. 1418 c.c. prevede cause di nullità del contratto

² Cass., 11 marzo 1988, n. 2398, in *www.DeJure.it*.

³ Si fa riferimento alle sentenze della Suprema Corte di Cassazione, 12 dicembre 2014, nn.26242 e 26243, in *www.DeJure.it*.

orientate a colpire fattispecie negoziali illegittime e/o illegali (cioè, contrarie a specifiche disposizioni di legge) nonché illecite, ossia in contrasto con valori fondamentali dell'ordinamento.

Rientrano tra le ipotesi di nullità negoziale anche i contratti carenti degli elementi essenziali previsti *ex lege* per l'identificazione dell'atto negoziale: si fa riferimento alla nullità cd. "strutturale" *ex art. 1418, co. 2, c.c.* La stipula di fattispecie negoziali contrarie a norme imperative, ordine pubblico o buon costume (contratti illeciti) è sanzionata con la nullità, definita "virtuale", che rientra nell'ipotesi di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., nonché (*ex art. 1418, co. 2, c.c.*) di contratti affetti da causa o da motivi illeciti. La scelta di consentire l'introduzione di ulteriori ipotesi di nullità (secondo quanto previsto all'art. 1418, co. 3, c.c.) dimostra la centralità dell'istituto nel sistema privatistico. La legislazione speciale si è spinta fino al punto di sanzionare con la nullità ipotesi riconducibili alla violazione di regole di comportamento⁴ che, tradizionalmente, danno invece luogo ad un giudizio di responsabilità⁵.

Tra le ipotesi di nullità testuali maggiormente significative rientrano le citate nullità di protezione, costituenti terreno elettivo per la elaborazione del concetto di nullità con funzione selettiva.

⁴ Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *www.DeJure.it*, ribadisce la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, ove soltanto le prime comportano la caducazione del contratto, salvi casi espressi in cui il legislatore elevi il rispetto di regole di comportamento alla validità del vincolo negoziale.

⁵ Si allude, in particolare, alla previsione, a pena di nullità, dell'obbligo di registrazione del contratto di locazione ad uso abitativo a carico del locatore (art.13, co. 1, l.n.431/1998).

Le nullità di protezione derogano alla disciplina generale codicistica della nullità: in particolare, sono azionabili soltanto da una delle parti del rapporto negoziale, in quanto operanti soltanto a vantaggio di uno dei contraenti. Elaborate come strumento di tutela di posizioni giuridiche soggettive caratterizzate da una limitata forza contrattuale, coprono settori particolarmente rilevanti nella prassi. Il dibattito sull'effettiva natura delle nullità di protezione non si è fatto attendere: non mancano orientamenti dottrinali inclini a ricondurre tale ipotesi di invalidità nell'alveo dell'annullabilità. Il requisito dell'“operatività a vantaggio” del contraente debole delle nullità di protezione ha trovato una nuova elaborazione nell'arresto delle Sezioni Unite⁶ in materia di contratti di intermediazione finanziaria conclusi in violazione del requisito (a pena di validità) della forma scritta *ex art. 23 del t.u.f.* In quel caso, si è ritenuto compatibile col sistema giuridico il riconoscimento della facoltà (in capo al contraente debole) di direzionare l'azione di nullità tramite la scelta dei singoli ordini di investimento (tutti viziati da nullità, derivata dalla carenza di forma scritta del contratto-quadro) da caducare, nonché nella disponibilità della disciplina generale in materia di restituzioni dell'indebito oggettivo *ex art. 2033 c.c.*, quasi a ricondurre la categoria delle nullità di protezione al di fuori del sistema generale di tale forma di invalidità.

La considerazione che, pur nella sua eterogeneità, tale causa di invalidità assume delle caratteristiche comuni, operanti per tutte le ipotesi previste anche da discipline di settore,

⁶ Cass., 4 novembre 2019, n. 28314, in *www.DeJure.it*

deve orientare l'interprete nell'esaminare la tipologia dei poteri in concreto esperibili dai privati.

Con riguardo alle nullità di protezione ci si soffermerà sulla facoltà di selezionare le singole clausole contrattuali affette da vizio di nullità riconosciuta in capo al contraente debole, nella considerazione che il ruolo del legislatore in materia di nullità negoziali continua a mantenere la sua centralità, rispetto alla tendenza giurisprudenziale a valorizzare gli ambiti applicativi dell'autonomia negoziale (tramite il principio di solidarietà *ex art. 2 della Costituzione*).

Capitolo I

LE NULLITÀ DI PROTEZIONE

1. Origini dell'istituto: esigenze di tutela del contraente debole.

Il codice del '42 fa riferimento ad un sistema contrattualistico in cui le parti negoziali identificano centri di interesse dotati di pari potere in sede di conclusione dell'accordo, e nella elaborazione dello schema negoziale. Si tratta di un modello negoziale poco frequente nella prassi: in ogni rapporto contrattuale è possibile individuare una parte che detiene maggior potere negoziale rispetto all'altra, anche nei casi in cui la posizione di vantaggio non derivi da un bagaglio di conoscenze superiori rispetto alla controparte. In fase di conclusione del rapporto negoziale può manifestarsi una disparità di potere contrattuale tra le parti, nelle ipotesi in cui il testo negoziale risulta predisposto da uno dei contraenti, e si arriva alla conclusione del rapporto per adesione della controparte.

In tali casi, quindi, il regolamento negoziale non è il risultato di una vera e propria contrattazione tra le parti, ed il legislatore sceglie di dare rilevanza alla sussistenza di uno squilibrio negoziale, tramite la predisposizione di strumenti di tutela a vantaggio del contraente-non predisponente. Si va dal prevedere l'operatività di condizioni generali di contratto predisposte unilateralmente solo se conosciute dalla controparte, all'approvazione specifica per iscritto di clausole particolarmente svantaggiose per una delle parti (art. 1341 c.c.); viene anche riconosciuta la prevalenza delle clausole oggetto di contrattazione rispetto al contenuto

negoziale predisposto da uno dei contraenti ed incompatibile con esse (art. 1342 c.c.).

Sono i primi interventi normativi volti a disciplinare rapporti tra soggetti non del tutto equi ordinati, sicuramente distanti dai modelli contrattuali che hanno dato il via all'elaborazione delle nullità a legittimazione relativa. Gli originari meccanismi di tutela elaborati per tali contratti, più che introdurre strumenti di effettivo riequilibrio delle posizioni negoziali, evitano alla parte non predisponente il cd. "effetto-sorpresa", al fine di renderla edotta rispetto al contratto che andrà a stipulare.

Con lo sviluppo della contrattazione di massa, a partire dagli anni '90, emerge in maniera evidente la stabile presenza sul mercato di soggetti che stipulano rapporti negoziali per la realizzazione di interessi contrapposti, in posizione di genetico squilibrio tra loro: cioè, parti di un modello contrattuale strutturalmente asimmetrico.

Ciò accade perché i protagonisti del mercato si suddividono, in linea di massima, in due categorie, ossia in contraenti che stipulano per la realizzazione di interessi personali (in relazione ai quali si fa generico riferimento alla figura del consumatore) e coloro che concludono rapporti negoziali nella loro veste imprenditoriale - professionale. La presenza di rapporti asimmetrici sussiste anche nella contrattazione tra professionisti: si pensi ai rapporti di subfornitura, in cui una delle imprese stipulanti è in rapporto di dipendenza economica rispetto all'altra, in quanto l'intero apparato produttivo risulta predisposto per la conclusione di rapporti

commerciali con la controparte⁷. Nel prosieguo della trattazione ci si soffermerà sui rapporti intercorrenti tra professionisti e soggetti che stipulano per la realizzazione di scopi personali (i cd. contratti *business to consumer*), in quanto è in tale ambito che risulta quanto mai evidente la necessità di predisporre strumenti di tutela per il riequilibrio del potere negoziale a favore del contraente debole-consumatore, funzionale al corretto svolgimento del mercato concorrenziale.

La figura del consumatore, in quanto tale, ha minor potere nella contrattazione con la controparte professionista, perché risulta sfornito della competenza necessaria, *in primis*, alla stipula consapevole di rapporti negoziali operanti in settori ove è richiesto un più o meno ampio bagaglio di conoscenze tecniche⁸. Nei contratti stipulati tra consumatore e professionista, l'obiettivo di riequilibrio delle posizioni negoziali passa dalla predisposizione di strumenti di tutela di vario genere, con un dato in comune: rappresentano istituti operanti secondo logiche differenti rispetto al modello tradizionale codicistico⁹.

Un vincolo alla contrattazione privata nei rapporti asimmetrici è rappresentato dalla previsione di prescrizioni di forma poste a carico del professionista.

In tal caso, la forma *ad substantiam* risulta predisposta per esigenze ulteriori rispetto a quelle di certezza o di responsabilizzazione del consenso, tipiche del modello

⁷ Trattasi, in tali casi, di asimmetria cd. "economica".

⁸ Si pensi al settore bancario e di attività d'investimento.

⁹ La scelta di predisporre una disciplina generale del consumatore, infatti, ha reso necessaria l'introduzione di un Capo apposito all'interno del c.c., in attuazione della direttiva 1993/13/CEE.

codicistico.

Gli obblighi formali previsti dalla legge nei contratti tra professionista e consumatore rappresentano un rimedio alle asimmetrie informative, e risultano funzionali alla formazione di un consenso maggiormente consapevole.

Trattasi di strumento di tutela *ex ante*, in grado di incidere nella fase della contrattazione e di formazione del regolamento negoziale. In altri casi, il legislatore sceglie di affidare al contraente debole mezzi di tutela in grado di incidere in un momento successivo alla conclusione del contratto, tramite la rimodulazione del contenuto negoziale eccessivamente squilibrato a suo svantaggio: si parla di nullità a legittimazione relativa o “di protezione”. Le nullità relative rappresentano un rimedio a carattere caducatorio, di regola a struttura parziale, predisposto con l’obiettivo di incidere sui termini della contrattazione e del contenuto negoziale, orientato alla salvaguardia della stabilità del rapporto negoziale.

Tuttavia, sono frequenti le ipotesi di nullità relative (in particolare, quelle prescritte per il mancato rispetto di vincoli di forma) in cui l’invalidità opera tramite la caducazione totale del rapporto negoziale.

Sulle nullità di protezione aventi ad oggetto prescrizioni di forma ci si soffermerà diffusamente nel prosieguo della trattazione: è proprio con riguardo all’inconveniente della caducazione totale del rapporto d’investimento che parte degli interpreti hanno elaborato il rimedio della nullità con funzione selettiva, affidando al cliente la facoltà di individuare quali clausole negoziali far valere in giudizio ai fini della nullità.

2. Strumento di tutela del contraente debole operante “ex post”: il sistema delle nullità a legittimazione relativa.

Le nullità di protezione rappresentano una deviazione significativa rispetto al sistema tradizionale elaborato dal dettato codicistico. Esse ereditano caratteristiche tipiche delle cause di invalidità a legittimazione relativa e delle cause di invalidità a legittimazione assoluta.

La riferibilità delle nullità di protezione tra i rimedi a tutela di interessi ultra-individuali riferibili al contraente debole, l’operatività a vantaggio del consumatore e la legittimazione relativa in capo a quest’ultimo pongono, quindi, l’istituto al confine tra la nullità e l’annullabilità¹⁰.

La legittimazione relativa rappresenta la caratteristica delle nullità di protezione, che maggiormente ne segna la deviazione dalla nullità di stampo codicistico¹¹: in quanto rimedio posto a tutela di interessi generali, la nullità prescinde da un’impugnazione delle parti contrattuali, essendo azionabile da chiunque vi abbia interesse, e rilevabile d’ufficio. Allo stesso tempo, la nullità costituisce lo strumento più efficace nel perseguimento del riequilibrio del rapporto negoziale.

¹⁰ S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 34 ss. sottolinea la netta distanza tra le nullità di protezione e l’annullabilità, le prime essendo predisposte quale rimedio ad uno squilibrio genetico di posizioni negoziali, mentre l’azione di annullamento opera nel caso di vizi della volontà che rappresentano ipotesi del tutto occasionali.

¹¹ Invero, già a seguito dell’approvazione del codice del ’42, il legislatore aveva previsto singole ipotesi di nullità a legittimazione relativa: tra esse, può farsi cenno alle fattispecie, ora abrogate, di cui agli artt. 190 c.c. e 780 c.c. (rispettivamente, in materia di nullità dell’alienazione della dote e nullità della donazione a favore del figlio naturale non riconoscibile).

Ciò si coglie esaminando i primi interventi normativi posti a tutela della posizione del consumatore. Può farsi riferimento alla disciplina consumeristica introdotta nel dettato codicistico, ed in particolare all'art. 1469 *quinquies* c.c. (ora abrogato). Tale disposizione prevedeva l'inefficacia delle clausole vessatorie inserite nel contratto, con salvezza del rapporto negoziale per il resto. La vessatorietà attiene a previsioni contrattuali che realizzino un significativo squilibrio di diritti ed obblighi a scapito del contraente debole; era poi previsto il rilievo d'ufficio di tale invalidità, con operatività a vantaggio del consumatore. Il riferimento all'inefficacia delle clausole contrattuali pone il problema, in mancanza di previsione normativa espressa, di ricondurre la vessatorietà delle clausole tra le patologie causa di nullità¹², ovvero di annullabilità del contratto. La questione è stata risolta con l'approvazione del codice del consumo: il legislatore ha preso posizione prevedendo, all'art. 36 cod. cons., la nullità delle clausole vessatorie. Il riconoscimento di svariate ipotesi di nullità a legittimazione relativa permette di evidenziare come tale invalidità risulti espressione di un fenomeno a carattere eterogeneo: si è scelto di introdurre nel sistema giuridico singole discipline di settore¹³, in luogo della predisposizione di un regime giuridico unitario e comune a tutte le ipotesi di nullità di protezione previste dall'ordinamento¹⁴.

¹² L'inefficacia è caratteristica tipica del rimedio della nullità.

¹³ Per una ricostruzione degli interventi più significativi (a livello interno e comunitario) a tutela del consumatore si veda G.ALPA, P. GAGGERO, *I contratti del consumatore*, a cura di Guido Alpa, Milano, 2014, p. 827 ss.

¹⁴ Per un raffronto a livello europeo è possibile evidenziare come, nel sistema tedesco, si sia provveduto con la riforma del 2000 all'inserimento della disciplina consumeristica nel *corpus* del B.G.B., anche al fine di ridurre la frammentazione realizzatasi tramite la ricorrente approvazione di leggi

Tradizionalmente, le nullità relative rientrano nella categoria delle nullità di tipo testuale, in quanto deviazione dalla disciplina ordinaria codicistica.

La proliferazione nel corso del tempo di nullità di protezione orienta parte degli interpreti a riconsiderare la natura eccezionale e residuale di tale causa di invalidità negoziale, sino ad arrivare ad ammettere la sussistenza di uno statuto generale operante per tutte le ipotesi di nullità relativa. Si è arrivato a sostenere che, in caso di mancata indicazione espressa da parte del legislatore, la legittimazione relativa di una causa di nullità possa essere riconosciuta avendo riguardo alle finalità sottese alla previsione di tale rimedio caducatorio¹⁵.

Tale ricostruzione supera l'argomento contrario previsto dall'art. 1421 c.c., che ammette nullità a legittimazione relativa solo nei casi previsti dalla legge¹⁶. La frammentarietà dell'istituto delle nullità di protezione consente in ogni caso l'individuazione di tratti comuni, con riguardo alle funzioni sottese ed in termini di disciplina applicabile.

In primis, le nullità di protezione assumono una funzione deterrente-dissuasiva nei confronti del contraente forte:

speciali. Il sistema francese ha adottato un sistema simile a quello italiano, con la previsione di una disciplina consumeristica separata rispetto a quella codicistica: tuttavia, vi è stata una generalizzazione della disciplina in tema di clausole abusive, applicabile anche oltre i rapporti tra professionista e consumatore.

¹⁵ Si parla di nullità relativa "virtuale", cui fa espresso riferimento Cass., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit.

¹⁶ M.GIROLAMI, *Nullità di protezione*, in *Enciclopedia del diritto*, I, *Il contratto*, diretto da Giovanni D'Amico, Milano, 2021, p. 708, sostiene che la regola preclusiva di cui all'art. 1421 c.c. deve ritenersi operante solo per le nullità di stampo codicistico. L'autrice considera le nullità di protezione un istituto autonomo rispetto agli altri rimedi a carattere caducatorio, ritenendo, quindi, irragionevole applicare il limite ex art. 1421 c.c. anche alle nullità a legittimazione relativa.

l'evenienza che il contraente debole possa azionare la nullità in relazione a clausole eccessivamente squilibrate funge da stimolo per il professionista per la predisposizione di regolamenti contrattuali che esprimano un equilibrio tra le contrapposte posizioni economiche delle parti. Consapevole della fondamentale funzione di deterrenza delle nullità di protezione è anche la giurisprudenza comunitaria.

La Corte di Giustizia, nel famoso caso *Kasler*¹⁷, si sofferma sui poteri del giudice esperibili in materia di clausole vessatorie.

Si afferma che l'art. 6, par.1, della direttiva 1993/13/CEE¹⁸ deve essere interpretato nel senso di escludere un intervento del giudice con funzione di integrazione della clausola abusiva.

L'obiettivo di tale direttiva comunitaria, infatti, è la predisposizione da parte degli Stati membri di un sistema in grado di disincentivare l'inserzione di clausole abusive nei rapporti tra professionisti e consumatori: l'eventualità che il giudice possa rivedere il contenuto di tali clausole porterebbe alla vanificazione dell'effetto dissuasivo della disciplina.

Parte degli interpreti individua nel sistema delle nullità di protezione anche una componente sanzionatoria a danno del professionista, come nel caso in cui si ammetta una funzione

¹⁷ Corte di Giustizia, Árpád Kásler e Hajnalka Káslerné Rábai contro OTP Jelzálogbank Zrt, Causa C-26/13.

¹⁸ Art. 6, par.1, della direttiva 1993/13/CEE: "Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive".

selettiva degli effetti caducatori delle nullità di protezione¹⁹. Peraltro, una funzione sanzionatoria della nullità non è estranea al sistema: si pensi all'art. 1815, co. 2, c.c., operante in materia di contratti di mutuo (ma definita dalla giurisprudenza quale norma trans-tipica), che stigmatizza la previsione di tassi di interesse usurari, prevedendo la gratuità del contratto di mutuo.

3. Tratti identificativi delle nullità relative: natura parziale del rimedio.

Delineate le funzioni comuni sottese alle nullità di protezione, si pone il problema di individuarne le caratteristiche tipiche, data l'eterogeneità e la frammentarietà dell'istituto.

La finalità comune al sistema delle nullità relative (ossia, il riequilibrio di una contrattazione tra parti dotate di differente potere negoziale) consente di individuarne i tratti distintivi. La natura di tale nullità è (generalmente) parziale, la legittimazione è relativa, ed opera soltanto a vantaggio della parte nel cui interesse è posta la causa di nullità. Segno della peculiarità dell'istituto è anche la rilevabilità d'ufficio di tale causa di invalidità: sulla questione ci si soffermerà in seguito, dando conto dei recenti approdi giurisprudenziali che meglio chiariscono il potere dell'autorità giudiziaria in tal senso.

¹⁹ C. SARTORIS, *Nullità di protezione e interesse ad agire*, Milano, 2022, p. 58, individua una finalità sanzionatoria anche nella sottoposizione dell'imprenditore forte alla scelta del consumatore di agire per la caducazione totale o parziale della clausola vessatoria.

L'esigenza di riequilibrio del rapporto, con salvezza del contratto ed eliminazione delle previsioni eccessivamente svantaggiose per il contraente debole, individua nella natura parziale delle nullità di protezione una delle caratteristiche tipiche²⁰.

Sulla natura parziale delle nullità di protezione occorre soffermarsi, non solo perché comporta una significativa deviazione dalla disciplina codicistica.

La parzialità di tale forma di invalidità negoziale è obiettivo che, in taluni casi, parte degli interpreti tende a perseguire anche nelle ipotesi in cui il legislatore abbia previsto una nullità di protezione di natura totale: ciò è avvenuto in materia di intermediazione finanziaria, in cui tramite la figura della nullità selettiva si è cercato di far salvo parte del rapporto di investimento. Il codice del '42 adotta la regola generale secondo cui le singole clausole contrattuali affette da nullità non comportano la caducazione totale del rapporto negoziale: il contratto rimane valido ed efficace, epurato degli elementi colpiti da tale causa di invalidità²¹. Tale disposizione è ispirata al principio di conservazione del contratto ed è considerata un'ipotesi di invalidità parziale cd. "volontaria".

²⁰ In tal senso è orientata gran parte della dottrina. Sottolinea S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit., p.56, come la natura parziale delle nullità di protezione si adatti all'interesse del contraente debole a far salvo il rapporto negoziale: prevedere l'invalidità dell'intero rapporto rischierebbe di disincentivare il consumatore ad azionare la tutela. Peraltro, Cass., 4 novembre 2019, n.28314, cit., ammette la nullità con funzione selettiva al fine di adattare il sistema di invalidità per violazione della forma scritta, che comporterebbe la caducazione totale del rapporto negoziale, con l'esigenza di salvaguardare la stabilità del rapporto negoziale.

²¹ Nullità parziale definita "oggettiva" in quanto la causa di invalidità colpisce elementi attinenti al regolamento negoziale, da distinguersi dalla nullità cd. "soggettiva" in cui il vizio investe una delle parti di un contratto plurilaterale (art. 1420 c.c.).

Tenendo conto della centralità che assume, in materia contrattuale, la volontà delle parti espressa nell'accordo negoziale, il co. 1 dell'art. 1419 c.c. prevede la caducazione totale del contratto nei casi in cui la clausola invalida assuma valore essenziale. Pertanto, sia in materia di contratti asimmetrici che con riguardo a rapporti negoziali riconducibili al modello tradizionale di stampo codicistico, si riconosce l'operatività del principio di conservazione del contratto.

Allo stesso tempo, la regola generale della nullità parziale in materia di nullità relative non può dirsi ricavata da quanto previsto dall'art. 1419 c.c.²². In tal caso, la disciplina delle nullità di protezione deroga alla regola generale in materia di nullità parziale *ex art. 1419 c.c.*: il giudice dichiara la nullità della singola parte del contratto ovvero della singola clausola che realizza un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi a scapito del contraente debole, senza effettuare il giudizio sull'essentialità della clausola secondo la volontà ipotetica delle parti, per due ragioni. *In primis*, perché ricostruire una volontà ipotetica comune alle parti ai fini di un giudizio di essentialità della clausola risulta difficilmente praticabile, in quanto in tali rapporti negoziali i contraenti agiscono per scopi del tutto differenti.

Inoltre, qualora dovesse ritenersi ammissibile un giudizio sull'essentialità della clausola, verrebbe disinnescato il sistema di tutela a favore della parte debole. Il professionista, infatti, potrebbe eccepire il mancato interesse

²² Ossia, tramite l'operatività della disciplina generale codicistica con riguardo ai contratti col consumatore, in quanto compatibile e non derogata da disposizioni speciali di legge.

alla stipula del rapporto negoziale in assenza di quella clausola (particolarmente gravosa per la controparte) colpita da nullità parziale, arrivando ad inficiare l'intero rapporto negoziale.

Il contraente forte potrebbe quindi beneficiare della nullità a suo vantaggio, con riguardo a vizi negoziali che risultano generati da una contrattazione non consentita dall'ordinamento²³. Si tratta, pertanto, di una nullità parziale per previsione di legge, orientata alla tutela della posizione giuridica soggettiva di una delle parti e in cui non possono ricorrere valutazioni che attengano agli interessi, di entrambi i contraenti, emergenti dal regolamento negoziale. La natura parziale del rimedio della nullità di protezione si adatta a tutelare nella maniera più incisiva la posizione del contraente debole: in caso contrario, quest'ultimo sarebbe tenuto a scegliere tra l'esecuzione del contratto come delineato dal professionista e la rinuncia alla stipula del rapporto.

4. Nullità di protezione: rimedio a legittimazione relativa e apparente inconciliabilità col potere di rilievo d'ufficio.

La riferibilità delle nullità di protezione alla tutela della posizione negoziale del contraente debole ne comporta la classificazione tra i rimedi a legittimazione relativa²⁴.

²³ Per gli stessi motivi non è ammessa la validità di eventuali "patti sulla nullità totale", in quanto si concreterebbero in una rinuncia *ex ante* al diritto a far valere la nullità parziale del rapporto contrattuale, in violazione dell'art. 143, co. 1, cod. del cons.

²⁴ Tuttavia, I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012, p. 34, evidenzia come la regola della legittimazione relativa delle nullità di protezione non rappresenti la scelta adeguata ove il vizio del contratto pregiudichi anche interessi di terzi.

Dall'idea del legislatore di tutelare il contraente posto in posizione deteriore nel rapporto negoziale deriva, di riflesso, l'inoppugnabilità del contratto viziato da nullità di protezione da parte del professionista. In caso contrario, il professionista potrebbe beneficiare di cause di invalidità che sanzionano le modalità di esercizio del potere contrattuale di quest'ultimo: sia nei casi in cui non abbia rispettato requisiti di forma *ad substantiam*, sia nei casi in cui abbia predisposto un regolamento negoziale eccessivamente squilibrato a svantaggio della controparte debole.

In quanto causa di invalidità elaborata per la salvaguardia di interessi (seppur seriali) di parte, la legittimazione relativa delle nullità di protezione tiene conto dei casi in cui il contraente debole abbia interesse a mantenere il rapporto negoziale nei termini in cui sia stato originariamente stipulato col professionista.

A voler ricostruire una categoria generale delle nullità di protezione, ovvero ammettendo forme di interpretazione estensiva o analogica delle discipline settoriali a cause di invalidità che risultino funzionali alla tutela di categorie specifiche di contraenti, la legittimazione relativa rappresenta, quindi, il tratto caratteristico di tale forma di invalidità negoziale²⁵. Le nullità a legittimazione relativa, pertanto, costituiscono deroghe all'art. 1421 c.c. Allo stesso tempo, la funzionalizzazione della posizione del consumatore-contraente debole alla tutela di interessi

²⁵ Peraltro, è possibile evidenziare come il legislatore, nel prevedere nullità di protezione, generalmente individua espressamente il requisito della legittimazione relativa, essendo, invece, frequente la mancata indicazione espressa di altri caratteri delle nullità di protezione, come il rilievo d'ufficio.

pubblici, attinente a valori fondamentali dell'ordinamento²⁶, dimostra la riferibilità di tale ipotesi di invalidità alla categoria della nullità.

In tal senso, il potere di rilievo d'ufficio delle nullità a legittimazione relativa assume un significato rilevante: escluderne l'ammissibilità renderebbe arduo ricondurre le nullità di protezione in tale causa di invalidità, essendone già limitata la legittimazione a farle valere. Si arriverebbe finanche a pregiudicare l'*intentio legis* sottesa all'introduzione di cause di nullità.

Il legislatore, infatti, sceglie di prevedere cause di invalidità per tutelare la posizione di una delle parti negoziali in cui si identificano interessi generali dell'ordinamento: in caso contrario, sarebbe bastato prevedere ulteriori cause di annullabilità del contratto, che comunque tengono conto dei casi in cui l'accordo non si sia formato correttamente per vizi riferibili ad una delle parti negoziali. Si tratta, in ogni caso, di due caratteristiche (legittimazione relativa e rilievo d'ufficio) apparentemente inconciliabili, che si fondono in un unico istituto. Ribadendo la compatibilità tra la categoria della nullità ed i rimedi posti a tutela di una specifica posizione giuridica soggettiva sono intervenute le Sezioni Unite, che si sono soffermate nel dettaglio sui poteri del giudice in materia di nullità di protezione²⁷. Superata l'inconciliabilità della rilevanza d'ufficio in relazione a cause di invalidità a legittimazione relativa²⁸, in quanto

²⁶ In materia consumeristica, la tutela del contraente debole risulta funzionale all'uguaglianza formale delle parti negoziali (art. 3 Cost.) ed alla libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.).

²⁷ Cass., 12 dicembre 2014, nn. 26242-26243, cit.

²⁸ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 3ª edizione, Milano, 2019, p.579; G. VETTORI, *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*,

categoria posta tutela di interessi generali identificabili nella posizione del contraente debole, le Sezioni Unite ricostruiscono il rilievo d'ufficio adattandolo alla funzione protettiva delle nullità relative. Statuiscono che il giudice ha un vero e proprio obbligo di rilevare cause di nullità relative che emergano all'interno del rapporto contrattuale asimmetrico: il contraente debole, per la sua inesperienza, potrebbe non essere consapevole della sussistenza di una causa di invalidità negoziale operante a suo vantaggio²⁹.

Adeguare il rilievo d'ufficio alle nullità di protezione comporta, inoltre, che tale potere debba essere esercitato dal giudice nell'interesse della parte debole del rapporto, e che l'effettiva declaratoria di nullità sia legata alla scelta del consumatore di volersene avvalere. Anche a livello sovranazionale, la giurisprudenza comunitaria ritiene necessario, in ossequio al principio di effettività della tutela, il rilievo d'ufficio delle nullità di protezione: ove si ammettesse che la nullità della clausola abusiva debba essere fatta valere dal consumatore con specifica domanda, ci si porrebbe in violazione della direttiva comunitaria 93/13/CEE, secondo cui le clausole abusive non vincolano il consumatore³⁰. Si vedrà come la riferibilità delle nullità di protezione alla tutela degli interessi del contraente debole ha rappresentato il viatico per ammettere l'esercizio dell'azione di nullità con funzione selettiva, affidando, cioè, al soggetto legittimato la scelta delle clausole del rapporto negoziale da

⁴edizione, Milano, 2021, p.145, evidenzia la differenza tra rilievo d'ufficio della nullità e dichiarazione della stessa; G.CIAN- A. TRABUCCHI *Commentario breve al codice civile*, 15^a ed., Milano, 2022, p.1550;

²⁹ In senso conforme, Cass., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.

³⁰ Corte di Giustizia, Pannon GSM Zrt. c. Ersébet Sustikné Györfi, Causa C-243/08.

invalidare, direzionando gli effetti della nullità sino a consentire una deroga alla disciplina generale sulle restituzioni.

5. Il criterio dell'operatività a vantaggio del contraente debole delle nullità di protezione.

Le nullità di protezione rappresentano un rimedio ad effetto caducatorio elaborato per la tutela della parte posta in posizione deteriore nel rapporto negoziale. Pertanto, può ritenersi implicita la considerazione che operino a vantaggio del contraente debole³¹, assunto ricavabile dalla legittimazione relativa di tale causa di invalidità: il punto controverso è identificare la portata di tale affermazione³². Si parte dalla valutazione di un dato significativo, ossia che il legislatore soltanto in alcuni casi indica espressamente tale criterio: a titolo esemplificativo, può farsi riferimento agli artt. 36 del cod. cons. e 127 del t.u.b.

Trattasi di un termine dal significato incerto e, in mancanza di indicazioni da parte del legislatore, rimangono irrisolte non poche questioni. Occorre chiedersi se tale criterio assuma significato autonomo rispetto a quello ricavabile dal senso letterale del termine, ossia di identificare le nullità relative come rimedi posti a protezione della parte debole del

³¹ C. SARTORIS, *Nullità di protezione e interesse ad agire*, cit., p. 300, considera connaturato alle nullità di protezione il criterio dell'operatività a vantaggio del contraente debole, in quanto strumento idoneo al perseguimento dell'effettività della tutela.

³² Si pensi che anche il rimedio dell'annullabilità può ritenersi posto a vantaggio di una delle parti, in quanto azionabile dal soggetto che ha stipulato il contratto affetto da vizi della volontà.

rapporto e, quindi, azionabili solo da parte di quest'ultima. Nel caso in cui si affidi una valenza ulteriore a tale criterio, rimane aperta la questione se debba ritenersi operante soltanto nei casi in cui sia espressamente previsto *ex lege*. A prescindere dalla portata che si scelga di affidare a tale requisito, può sostenersi che rappresenta una caratteristica delle nullità di protezione, e che quindi opera a prescindere da una previsione normativa espressa. Al più, l'operatività a vantaggio del contraente debole delle nullità di protezione rappresenta un dato in grado di orientare l'autorità giudiziaria nella rilevazione d'ufficio di tale causa di invalidità³³: tale potere giurisdizionale, come accennato, è funzionale all'interesse della parte tutelata. La questione, tuttavia, non può dirsi risolta, in quanto la giurisprudenza più recente mostra di valorizzare tale requisito affidandogli una portata autonoma, spesso andando oltre il dato normativo. In particolare, la Suprema Corte, nella pronuncia a Sezioni Unite³⁴ che ha aderito all'orientamento favorevole all'esperibilità del rimedio di nullità con funzione selettiva, considera connaturato al sistema delle nullità di protezione l'operatività di tale causa di invalidità a vantaggio del contraente debole, affidandogli una portata ulteriore rispetto all'identificazione con il requisito della legittimazione relativa.

Viene stabilito che la facoltà di direzionare gli effetti della nullità riconosciuta in capo al contraente debole derivi dalla considerazione che la nullità di protezione debba sempre

³³ In tal senso, A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p.33.

³⁴ Cass., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.

produrre effetti favorevoli per la parte protetta³⁵. Pertanto, nel ritenere sussistente il requisito dell'operatività delle nullità di protezione a vantaggio del contraente debole anche in assenza di previsione normativa espressa, la Suprema Corte ne riconosce una portata autonoma, al fine di ammettere deroghe alla disciplina generale in materia di effetti derivanti dalla declaratoria di nullità del contratto. Con tale pronuncia la giurisprudenza mostra di aderire all'orientamento che ammette la disposizione, da parte del contraente debole, delle conseguenze della sentenza dichiarativa: ciò al fine di adattare gli effetti della nullità avente ad oggetto il mancato rispetto di prescrizioni di forma con l'interesse alla stabilizzazione del rapporto negoziale, epurato degli elementi pregiudizievoli. Tenuto conto dei requisiti comuni alle nullità di protezione, occorre esaminare le varie tipologie di rimedi a legittimazione relativa previsti dall'ordinamento.

6. Nullità di protezione aventi ad oggetto clausole che realizzano un eccessivo squilibrio tra diritti ed obblighi a danno del contraente debole.

L'elaborazione del concetto di nullità con funzione selettiva ha avuto un contesto di riferimento specifico, ossia, come accennato, la nullità relativa avente ad oggetto il mancato rispetto di prescrizioni di forma. Le nullità di protezione, infatti, possono classificarsi a seconda delle modalità con cui il legislatore scelga di tutelare il contraente debole nell'ottica

³⁵ Tra le teorie che affidano un significato autonomo al criterio dell'operatività delle nullità di protezione a vantaggio del contraente debole, A. BARENGHI, *Il diritto dei consumatori*, Milano, 2017, p.275: in particolare, secondo l'autore, il giudice può dichiarare la nullità della clausola nei casi in cui tale soluzione risulti conforme all'interesse del consumatore.

del riequilibrio della contrattazione. Tra i rimedi a carattere caducatorio posti a tutela del consumatore emergono quelli che prevedono un intervento sulle clausole che realizzano un eccessivo squilibrio tra diritti ed obblighi a svantaggio del contraente debole.

In tal senso, occorre far riferimento all'art. 36, cod. cons. Nella categoria delle nullità di protezione che intervengono ai fini del riequilibrio del contenuto negoziale pattuito dalle parti, la nullità di protezione di cui all'art. 36 cod. cons. risulta significativa, perché rappresenta il superamento del rimedio della mera inefficacia delle clausole vessatorie a favore di un intervento (azionabile dal contraente debole) in grado di ridefinire *ex post* il complessivo rapporto negoziale. La scelta di prevedere una disciplina consumeristica autonoma rispetto alla precedente regolamentazione dei rapporti tra professionista e consumatore all'interno del codice civile coglie la distanza di tale categoria contrattuale rispetto al modello tradizionale codicistico: *ex art.* 38 cod. cons., si applicano le disposizioni del codice del '42 nei casi in cui non sia previsto diversamente dal codice del consumo³⁶.

Dimostra, peraltro, l'attenzione del legislatore con riferimento ad una tipologia contrattuale sempre più diffusa, che non riceverebbe adeguata tutela in riferimento ad un modello negoziale, quale quello codicistico, che considera le controparti negoziali in condizioni paritarie nell'esercizio del potere contrattuale.

³⁶ Si vedrà se le differenze tra i rapporti riconducibili al modello codicistico rispetto ai contratti asimmetrici conclusi tra consumatore e professionista possano giustificare significative deviazioni dalla disciplina generale delle restituzioni a seguito di declaratoria di nullità.

Lo squilibrio negoziale a svantaggio del soggetto dotato di minor potere negoziale si identifica nel concetto di vessatorietà, che il legislatore sceglie di definire facendo riferimento a concetti giuridici indeterminati ed elastici quali il significativo squilibrio e la contrarietà a buona fede³⁷. Le clausole negoziali che rientrano in tale definizione sono da ritenersi invalide in quanto frutto della supremazia negoziale del contraente forte rispetto alla controparte³⁸.

Peraltro, con riguardo ad alcune clausole particolarmente gravose per il contraente debole³⁹, opera una presunzione di vessatorietà vincibile tramite prova contraria; vi è anche un elenco di clausole da considerarsi vessatorie anche se oggetto di specifica trattativa⁴⁰. Come visto in precedenza, l'art. 36 cod. cons. prevede espressamente l'operatività di tale causa di invalidità a vantaggio del contraente debole, e il suo rilievo d'ufficio. Quindi, rappresenta uno dei casi in cui il legislatore individua espressamente gli elementi che caratterizzano la categoria delle nullità di protezione: ossia, la riferibilità del rimedio alla tutela della posizione di uno dei contraenti e, allo stesso tempo, il valore ultra-individuale della patologia che comporta il rilievo d'ufficio dell'invalidità.

La natura parziale di tale ipotesi di nullità di protezione

³⁷ A. BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, cit., p.241, rimarca l'incisività del ruolo giudiziario in materia: il legislatore nella disciplina consumeristica ha introdotto un controllo giudiziale di merito a carattere generale sul contenuto convenzionale del contratto, elaborando una forma di nullità "atipica".

³⁸ Infatti, si esclude la vessatorietà di clausole oggetto di specifica trattativa individuale (art. 34, co. 4, cod. cons.).

³⁹ Come tali, chiara manifestazione della supremazia negoziale del contraente forte.

⁴⁰ Si fa riferimento, rispettivamente, alle clausole appartenenti alla cd. "lista grigia" (art. 33, co. 2, cod. cons.) ed alla cd. "lista nera" (art 36, co. 2, cod. cons.).

salvaguarda il rapporto negoziale, con riequilibrio delle posizioni negoziale a tutela del contraente debole. Rappresentando una disposizione normativa esaustiva della disciplina delle nullità di protezione, può assumere la valenza di norma di riferimento in materia di nullità a legittimazione relativa, con particolare riguardo ai casi in cui il legislatore scelga di tutelare il contraente debole con un successivo intervento sul tessuto negoziale teso a riequilibrare la sproporzione tra diritti ed obblighi (inizialmente svantaggiosa per il contraente debole) contenuta nel regolamento contrattuale predisposto dal professionista⁴¹.

7. Nullità di protezione aventi ad oggetto prescrizioni di forma.

Altro rimedio a favore del contraente debole è la previsione di invalidità negoziali in caso di mancato adempimento, da parte del professionista, di prescrizioni di forma.

Il codice del '42 accoglie il principio di libertà delle forme⁴², richiedendo una determinata forma negoziale solo nei casi in

⁴¹ Parte degli interpreti arriva a considerare l'art. 36 cod. cons. come la disposizione normativa di riferimento in tema di nullità di protezione; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e interesse ad agire*, cit., p.244.

A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, cit., p.33.

In particolare, M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali- Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 362, prospetta un'applicazione diretta di tale disciplina alle ipotesi di nullità relativa previste nella disciplina consumeristica, nonché l'estensione analogica alle ulteriori ipotesi di nullità di protezione introdotte da leggi speciali. A favore dell'operatività per analogia della disciplina contenuta all'art. 36 cod. cons. anche S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 106 ss., secondo cui le regole della legittimazione relativa e della nullità parziale non vanno considerate come eccezionali deviazioni al sistema comune.

⁴² Contrario ad una rigida contrapposizione tra la regola della libertà delle forme (quale espressione dell'autonomia negoziale) e l'eccezione delle prescrizioni formali previste dalla legge *ad substantiam*, in quanto previsioni

cui lo prevede espressamente la legge a pena di nullità (art. 1325, co.1, n.4, c.c.).

La possibilità di stipulare in via generale negozi a forma libera non esclude che occorra una modalità di esteriorizzazione del rapporto contrattuale, al fine di ammettere la sussistenza di un negozio valutabile quale accordo tra le parti⁴³. Il principio di libertà delle forme risulta funzionale a garantire la speditezza dei traffici commerciali: nel raggiungimento di un equo temperamento tra esigenze di responsabilizzazione e ponderazione del consenso, e di limitazione del ricorso ad un formalismo negoziale, si pone la scelta di limitare i contratti formali a quei rapporti destinati ad incidere in maniera rilevante sulla sfera giuridica dei soggetti⁴⁴, come nei casi di negozi aventi ad oggetto diritti reali immobiliari⁴⁵, a tutela di esigenze di certezza delle situazioni giuridiche. Lo sviluppo della contrattazione di massa ha fatto emergere una rinnovata attenzione sull'utilizzo del requisito della forma scritta nel contratto.

A partire dagli anni Novanta inizia a manifestarsi, anche a seguito delle prescrizioni imposte a livello comunitario⁴⁶, l'esigenza di imporre vincoli di forma *ad substantiam actus* al fine di consentire un riequilibrio (quantomeno

in grado di pregiudicare la libertà contrattuale, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1999, p.22 ss.

⁴³ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p.243.

⁴⁴ Con riguardo alle giustificazioni sottese alle prescrizioni di forma, aventi ad oggetto svariati profili dell'attività contrattuale, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 43 ss.

⁴⁵ R. CALVO, *Diritto civile*, 2, *Il contratto*, 2^a edizione, Bologna, 2020, p.106.

⁴⁶ A titolo esemplificativo, può farsi riferimento alla Direttiva 2014/ 65/ UE che ha introdotto rilevanti modifiche alla disciplina interna in materia di servizi di investimento. Gli interpreti parlano di neo-formalismo di stampo comunitario.

tendenziale) delle posizioni giuridiche dei contraenti. In tali casi, il requisito formale viene imposto a tutela della parte pregiudicata da asimmetrie informative⁴⁷.

Che le prescrizioni di forma siano poste a tutela di uno solo dei contraenti è dimostrato dalla sanzione, in caso di mancato rispetto dell'obbligo formale, della nullità a legittimazione relativa, azionabile dal contraente debole⁴⁸.

Il legislatore, pertanto, appresta meccanismi di tutela *ex ante*, in grado di incidere sulla formazione del rapporto negoziale, a differenza dei casi in cui intervenga *ex post*, sempre con la sanzione della nullità, avverso la predisposizione di clausole che realizzano un eccessivo squilibrio di diritti e obblighi a scapito del contraente debole. La scelta di intervenire sulle modalità di conclusione del rapporto contrattuale è finalizzata ad incentivare la formazione di un consenso maggiormente consapevole in capo al contraente debole, non fornito delle informazioni necessarie per la completa comprensione del tipo di negozio che va a stipulare: esigenze di trasparenza ed informazione del contraente debole, che si ripercuotono positivamente sull'andamento del mercato concorrenziale⁴⁹.

⁴⁷ Tra gli autori che riconoscono la funzione protettiva dei vincoli di forma; G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, in *Banca borsa titoli di credito*, II, 2016, p. 283 ss.; ID., *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013, p.168 ss.; I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio cit.*, p.17; C. SARTORIS, *Nullità di protezione e interesse ad agire*, cit., p.97.

⁴⁸ G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, cit., p.179 sottolinea l'efficacia e la compatibilità con esigenze di effettività della tutela la previsione di nullità relative in caso di inosservanza di vincoli formali a tutela del contraente debole.

⁴⁹ C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020, p.8.

L' emersione della contrattazione asimmetrica permette di valorizzare, quindi, un'ulteriore funzione che svolgono le prescrizioni di forma. Inoltre, la frequente ricorrenza di contratti stipulati tra professionista e consumatore coglie un'evoluzione del concetto di forma negoziale, non costituente più ipotesi eccezionale nelle contrattazioni, e come tale finalizzata al perseguimento di obiettivi che spesso esulano dalla mera esigenza di certezza, cui si riconnettono i negozi a forma vincolata individuati dall'art. 1350 c.c.⁵⁰.

Nei casi dubbi, quindi, l'interprete è tenuto a valutare le finalità che il legislatore è volto a perseguire con determinate prescrizioni di forma, per verificare se tale requisito debba ritenersi previsto ai fini della validità o meno del rapporto negoziale⁵¹. Il concetto di forma funzionale permette, pertanto, di ricomprendere nella categoria delle nullità di protezione quelle ipotesi di invalidità poste a tutela del contraente debole, anche in caso di dato normativo non univoco⁵².

Le prescrizioni di forma a pena di nullità previste nella legislazione speciale risultano sempre più frequenti. È necessario anche dar conto di un ulteriore dato: spesso i vincoli formali attengono non solo all'obbligo di redazione

⁵⁰ Per una breve ricostruzione del percorso evolutivo del requisito della forma si veda, tra i vari, D. RUSSO, *Dimensione del vizio, nullità "selettiva" e conformazione dei negozi*, Napoli, 2020, p. 112 ss.

⁵¹ In particolare, Cass., 17 settembre 2015, n. 18214, in *www.DeJure.it*. In tal senso, la Suprema corte elabora il concetto di forma funzionale, secondo un ragionamento simile a quello condotto per l'elaborazione della categoria delle nullità virtuali di protezione.

⁵² La valorizzazione del principio di forma funzionale consente, a titolo esemplificativo, di ricondurre la nullità ex art. 72 cod. cons. tra le nullità poste a tutela del contraente debole, anche in assenza di previsione espressa della legittimazione relativa. Stessa soluzione con riguardo alla nullità prevista all'art. 2 della legge sulla subfornitura.

del contratto in forma scritta a pena di nullità, ma si realizzano anche nella previsione di obblighi informativi a carico del professionista tali da incidere sulla predisposizione del regolamento negoziale (in questo caso si parla di forma – contenuto).

Di regola, il mancato rispetto di obblighi informativi di contenuto si traduce nella violazione di regole di comportamento idonee alla instaurazione di un giudizio di responsabilità, ed eventuale condanna al risarcimento del danno.

Rappresenta una significativa deviazione dal sistema la scelta del legislatore di elevare regole di condotta a requisiti previsti a pena di nullità del contratto: la giurisprudenza più recente è ferma nel riconoscere che, in mancanza di previsione espressa, la violazione di obblighi informativi non incida sulla validità del rapporto negoziale, ma costituisca il fondamento per un giudizio di responsabilità⁵³. Tra le ipotesi in cui il legislatore prevede il requisito della forma scritta a pena di nullità è opportuno far riferimento alla legislazione in materia bancaria e di intermediazione finanziaria, settori dotati di alto grado di tecnicismo, nei quali le esigenze di informazione dei contraenti non professionisti si pongono in maniera accentuata.

In particolare, l'art. 117, co.3, del t.u.b. dispone l'obbligo della forma scritta a pena di nullità del contratto, con consegna di un esemplare al cliente: tale previsione si collega con quanto disposto all'art. 127, co. 2, del t.u.b., ove

⁵³ Si veda, in particolare, Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit., pronunciatasi in tema di obblighi informativi di cui all'art. 21 del t.u.f.: in tale circostanza è stata esclusa la nullità del contratto, in quanto la violazione di tali obblighi non è stata espressamente sanzionata dal legislatore con la nullità del contratto.

è prevista espressamente l'operatività di tale causa di nullità solo a vantaggio del cliente, ed il rilievo d'ufficio dell'invalidità.

Anche l'art. 23 del t.u.f. prevede l'obbligo di forma scritta, a pena di nullità, dei contratti d'investimento e la consegna di un esemplare al cliente: si fa espresso riferimento alla legittimazione relativa ma non al requisito dell'operatività a vantaggio del contraente debole.

Le nullità di protezione che dettano prescrizioni di forma hanno tendenzialmente un dato in comune: costituiscono ipotesi di nullità relativa, che comportano la caducazione totale del rapporto negoziale, derogando ad una delle caratteristiche ricorrenti nelle nullità di protezione. Tale considerazione risulterà di particolare rilevanza quando si andrà ad esaminare il fenomeno delle nullità di protezione con funzione selettiva.

Tra le disposizioni normative che impongono in capo al professionista l'adempimento di obblighi informativi all'interno del contratto, e sanzionate con la nullità del vincolo contrattuale, può farsi riferimento alla disciplina bancaria. In particolare, l'art. 117 del t.u.b. impone obblighi informativi in capo al professionista, con conseguente nullità parziale (nel caso di cui al co. 6) ovvero totale (co. 8) in caso di violazione di tale disposizione. Anche in tema di intermediazione finanziaria il legislatore prevede, a carico del professionista, l'adempimento di prescrizioni informative, alcune delle quali idonee ad incidere sulla validità del negozio: si fa riferimento all'art. 30, co. 7, del t.u.f., ove è prevista espressamente la nullità totale (a legittimazione relativa) del rapporto negoziale. Il riferimento

a forme di nullità di protezione poste a presidio di contratti a forma vincolata risulta necessario per la disamina della categoria delle nullità selettive. L'esercizio del potere, da parte del contraente debole, di selezionare le clausole negoziali da invalidare con riguardo a rapporti negoziali viziati da nullità relative è stato, infatti, individuato in materia di contratti di intermediazione finanziaria⁵⁴. Esaminare le ipotesi più significative di nullità di protezione aventi ad oggetto prescrizioni di forma pone in evidenza il problema di consentire alla parte legittimata a farle valere anche la scelta di salvaguardare parte del rapporto negoziale, una volta azionato il rimedio d'invalidità. Il legislatore, infatti, non prevede espressamente tale potere in capo al contraente debole. Dovrà valutarsi l'ambito operativo dell'autonomia negoziale rispetto al ruolo che il legislatore detiene in materia di nullità di protezione, nonostante che tale categoria di invalidità negoziale non sia più considerata come eccezionale.

Pertanto, ove si ammettesse la disposizione degli effetti della nullità negoziale al fine di evitare la caducazione totale di contratti carenti di forma scritta *ad substantiam*, occorrerà valutare se tale soluzione sia compatibile con altre tipologie di nullità di protezione, ossia quelle tradizionalmente orientate ad intervenire in via parziale per la caducazione di contratti asimmetrici.

⁵⁴ In tal senso Cass., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.

Capitolo II

LE NULLITÀ SELETTIVE

1. Definizione di nullità selettiva.

Discorrere di nullità con funzione selettiva impone la delimitazione del contesto di riferimento. Nel capitolo precedente ci si è soffermati sui tratti identificativi della nullità a legittimazione relativa o di protezione, in quanto è a partire da tale particolare rimedio che può, eventualmente, trovare cittadinanza la nullità con funzione selettiva.

L'esercizio in giudizio della facoltà di selezionare le clausole negoziali (tutte affette da nullità) da dichiarare nulle (rendendole definitivamente inefficaci) è riconosciuto quale ulteriore meccanismo di tutela del contraente debole, in relazione a vizi negoziali sanzionati con nullità di protezione.

La nullità con funzione selettiva quindi, secondo il suo significato letterale, consente al legittimato l'individuazione delle clausole negoziali da invalidare, almeno nei casi in cui la vicenda contrattuale risulti caratterizzata da singoli rapporti contrattuali dotati di un grado di autonomia gli uni dagli altri. Gli interpreti, infatti, affrontano il problema dell'azione di nullità con funzione selettiva prescindendo dai casi in cui il legittimato agisca in giudizio al fine di far valere l'invalidità di singole clausole vessatorie, secondo il modello elaborato dall'art. 36 cod. cons.

L'azione di nullità con valenza selettiva, a prima vista, rappresenta una forma di tutela efficace, con riguardo a rapporti asimmetrici in cui sono le prescrizioni di forma i rimedi apprestati dal legislatore per tutelare il contraente debole. Una soluzione che potrebbe risultare anche il giusto compromesso per la salvaguardia degli interessi di entrambe le parti contrattuali, per il comune interesse ad evitare la caducazione totale del rapporto negoziale e il conseguente regime delle restituzioni. Il mancato rispetto del requisito di forma *ad substantiam* impedisce il raggiungimento dell'obiettivo, per cui tale strumento di tutela è stato predisposto, ossia la formazione di un consenso maggiormente consapevole in capo al contraente debole dovuto alla trasmissione di informazioni tramite la forma scritta del contratto⁵⁵.

Si tratta di una nullità che opera necessariamente sull'intero rapporto negoziale, mentre, generalmente, le nullità a legittimazione relativa operano tramite la caducazione delle clausole del contratto eccessivamente gravose per il contraente debole, riequilibrato a favore della parte svantaggiata.

Con la nullità con funzione selettiva, quindi, si dà la possibilità al contraente debole di scegliere di evitare la caducazione dell'intero rapporto negoziale, quasi a parlare di una sorta di convalida (parziale) del contratto nullo. Il contesto di riferimento in cui è stato elaborato l'istituto della nullità con funzione selettiva è, per le modalità di

⁵⁵ Esclusi casi specifici in cui risulti accertato che il contraente debole abbia comunque acquisito *aliunde* informazioni idonee alla formazione di un consenso consapevole.

svolgimento del rapporto negoziale, l'attività di investimento.

Il rapporto contrattuale tra cliente ed intermediario finanziario prende l'avvio dalla stipula di un contratto-quadro, da cui deriva la conclusione di plurimi ordini di investimento: evidente, quindi, l'interesse a salvaguardare le operazioni andate a buon fine, anche se eseguite sulla base di vizi di forma del contratto a monte.

L'ammissibilità delle nullità di protezione con funzione selettiva in materia di intermediazione finanziaria, *in primis*, comporta la valutazione della struttura del rapporto negoziale: se, cioè, i singoli investimenti rappresentino mere attività esecutive di un rapporto negoziale, ovvero rapporti negoziali dotati di autonomia e, quindi, azionabili singolarmente.

In secondo luogo, si deve esaminare la compatibilità col sistema delle nullità in generale di strumenti negoziali di disposizione di effetti caducatori negoziali, in assenza di previsione normativa espressa. La soluzione positiva sottende la necessità di ragionare sul riconoscimento, in via generale, di una facoltà "selettiva" delle clausole affette da nullità, ove il legislatore predisponga nullità di protezione nei contratti asimmetrici⁵⁶.

⁵⁶ Tale considerazione dipende dalla circostanza che la Cassazione, nella pronuncia a Sezioni Unite del 4 novembre 2019, n. 28314, cit. che ha dato ingresso alle nullità con funzione selettiva, identifica tale facoltà con l'operatività delle nullità di protezione a vantaggio del contraente debole: occorre verificare se i principi di diritto possano applicarsi anche ad altri contesti negoziali, purché caratterizzati da asimmetrie di posizioni contrattuali.

2. I contratti di intermediazione finanziaria.

Lo squilibrio genetico tra posizioni contrattuali che emerge nel settore finanziario ha comportato l'intervento del legislatore.

L'approvazione del t.u.f. appare significativa, non soltanto per la previsione espressa di una nullità di protezione a legittimazione relativa, ma anche per la scelta di introdurre una serie di prescrizioni a carico dell'intermediario finanziario: nel prosieguo della trattazione, ci si soffermerà sui rimedi operanti in caso di mancato rispetto degli obblighi informativi previsti dalla legge, al fine di verificare il perimetro applicativo della nullità di protezione di cui all'art. 23 del t.u.f.

La distanza dell'art. 21 del t.u.f. dal modello contrattuale codicistico risulta evidente, per le modalità con cui il legislatore regola lo svolgimento dei servizi e delle attività finanziarie. Il legislatore sceglie di intervenire in materia dettando dei criteri generali di esecuzione delle attività di intermediazione finanziaria, introducendo una serie di prescrizioni a carico del professionista che specificano le regole generali di correttezza e buona fede vigenti nella fase precontrattuale, *ex* artt. 1337 e 1338 c.c.: l'art. 21, lett. a), del t.u.f., impone in capo all'intermediario obblighi di correttezza, diligenza e informazione per tutelare la posizione del cliente.

Tuttavia, vi è una previsione ulteriore: tali obblighi posti a carico del professionista (titolare della posizione di supremazia nel rapporto negoziale e che, in quanto tale, può effettivamente adempierli) sono comunque finalizzati a tutelare il buon andamento dei mercati.

La salvaguardia della posizione del contraente debole, quindi, è vista nell'ottica del raggiungimento di un equilibrio generale nella contrattazione di massa. Tali prescrizioni sono orientate a rendere consapevole il cliente del tipo di operazione oggetto della contrattazione, in modo da consentire la conclusione di contratti di investimento che risultino idonei a realizzare i suoi obiettivi. Gli obblighi informativi, peraltro, si specificano nel caso concreto, a seconda del cliente con cui l'intermediario finanziario deve contrattare.

Ciò presuppone un adeguato inquadramento del cliente da parte del professionista, che ha inizio con il tracciamento della sua profilatura. Dell'importanza di tale fase il legislatore è consapevole: alla lettera b) del co. 1 dell'art. 21 del t.u.f., è previsto l'obbligo in capo all'intermediario finanziario di acquisizione di informazioni dai clienti (i cd. obblighi di informazione passiva). Una corretta profilatura del cliente tiene conto dell'esperienza nel settore e del tipo di risultato che quest'ultimo intenda perseguire tramite il ricorso al mercato finanziario. L'inesperienza della parte debole del rapporto si registra anche nella difficoltà di selezionare le informazioni utili alla comprensione del tipo di rapporto che andrà a concludere: pertanto, è compito dell'intermediario finanziario evitare un eccesso di informazioni in grado di disorientare la controparte⁵⁷. Quanto agli specifici rimedi che il contraente debole può

⁵⁷ Tra gli altri, D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, p.5, evidenzia come tra i rischi generati dalla previsione di prescrizioni di forma vi è quello di indurre gli intermediari finanziari ad elaborare modelli negoziali eccessivamente dettagliati, con l'effetto controproducente di disorientare il contraente debole.

esercitare, in caso di violazione delle prescrizioni poste a carico dell'intermediario finanziario, è discusso se la nullità di protezione, prevista espressamente solo per la carenza di forma scritta del contratto-quadro *ex art. 23 del t.u.f.*, costituisca il rimedio di carattere generale avverso il mancato rispetto di obblighi informativi posti a tutela del cliente⁵⁸.

Il legislatore, infatti, non individua espressamente la sorte dei contratti di investimento carenti delle prescrizioni di trasparenza ed informazione di cui all'art. 21 del t.u.f. Una scelta normativa ben precisa, che non può non essere presa in considerazione: il legislatore prevede la nullità solo per la carenza di forma scritta del contratto-quadro. Allo stesso tempo, l'idea di sanzionare la mancata ottemperanza ad obblighi informativi con il giudizio di responsabilità può apparire una soluzione in grado di disincentivare il rispetto di tali prescrizioni da parte del contraente forte. Potrebbe anche dubitarsi dell'utilità di prevedere un mero obbligo di forma scritta, a pena di nullità, senza che l'invalidità colpisca anche la mancata trasmissione delle informazioni necessarie a garantire una consapevole stipulazione.

In tal senso, il requisito formale potrebbe non essere funzionale al raggiungimento degli obiettivi per i quali è stato predisposto: rischia, cioè, di assolvere esclusivamente a esigenze di certezza delle situazioni giuridiche, secondo il modello di contratto formale previsto dalla disciplina

⁵⁸ La soluzione cui si aderisce incide, peraltro, sulla possibilità di ammettere l'esercizio dell'azione di nullità con funzione selettiva anche in caso di mancato rispetto degli obblighi informativi *ex art. 21 del t.u.f.*

codicistica.

L'idea di incentivare la formazione di un consenso consapevole in capo al contraente debole, infatti, passa necessariamente dal tipo di informazioni di cui egli può disporre: essendo nella maggior parte dei casi un soggetto inesperto in materia, il contributo dell'intermediario finanziario risulta fondamentale. Uno strumento più efficace di tutela del contraente debole sarebbe costituito da previsioni formali in grado di incidere sul contenuto del regolamento negoziale, a pena di nullità.

Può allora farsi riferimento a quegli interpreti che, tramite il principio di solidarietà *ex art. 2 Cost.*, riconducono la violazione di obblighi di correttezza e buona fede a ipotesi di nullità virtuali, per violazione di norme imperative *ex art. 1418, co. 1, c.c.*⁵⁹. Nel rispetto del dato normativo appare preferibile la soluzione che tradizionalmente distingue le sorti del contratto affetto da violazione di regole di validità e regole di comportamento⁶⁰: la scelta di non sanzionare con la nullità la violazione degli obblighi informativi *ex art. 21 del t.u.f.* rischierebbe di essere aggirata tramite il ricorso alla nullità di tipo virtuale.

Quindi, il campo di operatività delle nullità di protezione (e, di conseguenza, della nullità con funzione selettiva) attiene alla violazione dell'obbligo di forma scritta *ex art. 23 del*

⁵⁹ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)* in *Contratto e impresa*, 2005, p. 902 e ss., evidenzia la tendenza degli interpreti a sanzionare con la nullità regole di comportamento, tra cui quelle previste all'art. 21 del t.u.f., propendendo tuttavia per la soluzione tradizionale.

⁶⁰ Con riguardo alla violazione degli obblighi di informazione e trasparenza *ex art. 21 del t.u.f.*, Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit. esclude l'operatività della nullità di protezione, mantenendo ferma la distinzione tra regole di validità e regole di comportamento in punto di rimedi esperibili, ove la legge non preveda diversamente.

t.u.f. La norma è molto generica nella formulazione, facendo riferimento all'obbligo di redazione per iscritto dei contratti di prestazione di servizi di investimento e di consegna di un esemplare al cliente⁶¹: bisogna quindi intendersi circa l'effettivo contenuto di tale obbligo⁶².

Nella prassi risulta frequente la conclusione di contratti non del tutto conformi al requisito della forma scritta. Molto spesso si tratta di contratti conclusi a distanza, in cui il regolamento contrattuale risulta predisposto unilateralmente dall'intermediario finanziario, con mera adesione da parte del cliente. Quindi, contratti di investimento conclusi con scambio di proposta ed accettazione, tramite due documenti separati, in cui ognuna delle parti detiene il documento sottoscritto dalla controparte, ovvero recanti la sola firma del cliente: formalmente, il documento negoziale complessivo non risulta sottoscritto da entrambi i contraenti.

Un'interpretazione rigorosa del dato normativo comporta il rischio di ammettere azioni di nullità del rapporto negoziale⁶³ per obiettivi differenti da quelli sottesi alla previsione delle prescrizioni di forma: la nullità di

⁶¹ Stessa formulazione è prevista all'art. 117 del t.u.b.

⁶² C.ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, cit., p.58, aderisce all'orientamento che prevede l'integrazione dell'obbligo di forma scritta ex art. 23 del t.u.f. con quanto previsto dal Regolamento Consob n. 20307/2018. Tra le prescrizioni più rilevanti, l'art. 37, co. 3, che prevede la specificazione dei servizi forniti, il periodo di efficacia e rinnovo del contratto, nonché le modalità con cui si può pervenire ad una loro modificazione ed il corrispettivo dovuto all'intermediario.

⁶³ In tal senso, Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395; Cass., 19 maggio 2016, n. 10331, in *www.DeJure.it*, che riconoscono la carenza di forma scritta di contratti sottoscritti dal solo cliente. Secondo tale orientamento, non può sopperirsi alla carenza di forma *ad substantiam* tramite la produzione in giudizio del contratto da parte del contraente non firmatario o con altri comportamenti concludenti, in quanto è inammissibile la convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c.

protezione ex art. 23 del t.u.f. rischierebbe di costituire una via per il cliente che intenda liberarsi del vincolo contrattuale, che ha dato vita ad investimenti non andati a buon fine⁶⁴. La questione avente ad oggetto la sorte dei contratti monofirma merita, quindi, un approfondimento. Data la formulazione normativa, il contenuto negoziale non incide sul rispetto del requisito formale: basta concludere il contratto in forma scritta. Certamente, contratti di investimento conclusi in forma orale rappresenteranno ipotesi del tutto eccezionali. Ammettere la validità del contratto monofirma consente di ridimensionare la portata della nullità di protezione di cui all'art. 23 del t.u.f. e, di conseguenza, della nullità con funzione selettiva⁶⁵. Ed è proprio nell'ottica di valorizzare il concetto di forma funzionale che risulta condivisibile una soluzione meno legata alla formulazione letterale della disposizione normativa.

La previsione dell'obbligo di forma scritta dei contratti di investimento, come detto, è funzionale ad esigenze di tutela del contraente debole. Ove, pertanto, emerga che il cliente abbia contratto in maniera consapevole, rappresenta una

⁶⁴ Come si vedrà diffusamente più avanti, il rischio di un abusivo utilizzo delle nullità di protezione è uno degli argomenti contrari all'ammissibilità di azioni di nullità con funzione selettiva.

⁶⁵ M. DE PAMPHILIS, *Azione "selettiva" di nullità e obbligo di lealtà dell'investitore: il criterio ordinante della buona fede nella giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021, II, p. 817, riconosce la residualità dell'azione di nullità selettiva, una volta ammessa la validità del contratto monofirma.

C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p.177, ritiene che un ambito applicativo delle nullità con funzione selettiva potrebbe essere rappresentato dai casi in cui il contratto-quadro risulti carente del requisito formale, in quanto carente delle regole in grado di disciplinare le successive operazioni di investimento.

soluzione in contrasto con la *ratio* della nullità di protezione *ex art. 23 del t.u.f.* prevedere la caducazione del contratto⁶⁶. Tali sono state le argomentazioni spese dalla Suprema Corte⁶⁷, pronunciatasi a favore della validità di contratti sottoscritti dal solo cliente, in quanto soluzione conforme alla scelta del legislatore di prevedere la nullità del contratto carente di forma scritta nei limiti in cui risulti pregiudicato l'interesse del contraente debole. Pertanto, secondo tale impostazione, il consenso dell'intermediario alla conclusione dell'accordo negoziale può dirsi correttamente prestato tramite comportamenti concludenti, rappresentati dalla consegna del modulo, la raccolta della firma del cliente e l'esecuzione dell'accordo.

Stabilito che la nullità *ex art. 23 del t.u.f.* va considerata in ottica funzionale⁶⁸, e che gli obblighi informativi di cui all'art. 21 del t.u.f. non rientrano tra le prescrizioni imposte a pena di nullità, la generica formulazione della norma impone un'ulteriore valutazione, ossia verificare in riferimento a quali rapporti negoziali possa ritenersi operante il requisito di forma *ad substantiam*, di cui all'art. 23 del t.u.f. Per

⁶⁶ Rischia, cioè, di costituire uno strumento utilizzato per sciogliersi da un rapporto negoziale non più utile per la parte debole D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p.161, vede nel giudizio avente ad oggetto l'azione di nullità selettiva il rischio che assuma la funzione di "mercato di seconda istanza". D.SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, cit., p. 21 ss., individua i molteplici rischi derivanti dall'uso selettivo dell'azione di nullità, tra cui incentivare comportamenti dell'intermediario in grado di pregiudicare lo svolgimento delle operazioni finanziarie. In particolare, le nullità selettive, garantendo al cliente una sorta di copertura assicurativa sul buon esito degli investimenti, lo incentivano a porre in essere operazioni eccessivamente rischiose, il che spinge gli intermediari finanziari ad aumentare i costi dei servizi.

⁶⁷ Cass., 16 gennaio 2018, n.898, in *www. DeJure.it*.

⁶⁸ Con riguardo alla valenza funzionale dell'obbligo di forma scritta anche in relazione all'art. 117 del t.u.b., R. COSTI-F. VELLA, *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019, p. 723.

risolvere tale questione, occorre soffermarsi nel dettaglio sulle modalità di svolgimento ed esecuzione dei rapporti contrattuali di investimento.

3. Rapporto tra contratto-quadro e singoli ordini di investimento.

L'art. 23 del t.u.f. rappresenta una disposizione di carattere generale che prevede la forma scritta *ad substantiam* per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento. La formulazione ampia e generica della norma evidenzia la scelta del legislatore di prevedere una disciplina che possa operare con riguardo a tutte le tipologie di contratti di intermediazione finanziaria. Ed è proprio con riguardo alle modalità di svolgimento delle attività di investimento che sono sorte questioni che hanno diviso gli interpreti. È emersa l'esigenza di delimitare la portata del vincolo formale di cui all'art. 23 del t.u.f, con riguardo alle operazioni finanziarie caratterizzate da un particolare grado di complessità. Invero, i contratti di investimento, nella maggioranza dei casi, non si risolvono nella realizzazione di un'unica operazione finanziaria, ma in vari ordini di investimento. Da ciò, la necessità di risolvere varie questioni: *in primis*, il problema di inquadrare la natura del complessivo rapporto di intermediazione finanziaria. L'operazione negoziale, generalmente, si perfeziona a seguito della stipula di un contratto-quadro, con il quale le parti si accordano sulla regolamentazione generale dei servizi di investimento. Successivamente, l'intermediario finanziario provvede all'esecuzione delle singole attività

finanziarie, sulla base delle indicazioni fornite dal cliente: spesso, lo svolgimento di tali operazioni è anticipata dalla stipula di contratti autonomi.

Vanno, quindi, definiti i termini della complessiva operazione finanziaria di investimento, trattandosi di questione che assume particolare rilevanza in ordine al tema delle nullità con funzione selettiva. Infatti, tale modalità di proposizione dell'azione di nullità è stata elaborata avendo riguardo ad una ricostruzione del rapporto negoziale di intermediazione finanziaria in termini di autonomia, non solo tra le singole operazioni di investimento, ma anche tra queste ultime ed il contratto-quadro a monte.

Parte degli interpreti elabora il rapporto di intermediazione finanziaria nei termini di un mandato. In particolare, le singole operazioni di investimento vengono identificate non come rapporti negoziali autonomi, ma come atti esecutivi delle istruzioni fornite dal cliente all'intermediario finanziario, *ex art. 1711 c.c.*⁶⁹. In tal senso, l'invalidità del contratto-quadro carente della forma scritta travolge automaticamente anche le singole operazioni d'investimento, in quanto atti esecutivi⁷⁰: la loro invalidità non dipende dalla propagazione di un vizio derivato da un autonomo negozio. Tale interpretazione non coglie la reale complessità del fenomeno.

⁶⁹ In tal senso, F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e impresa*, 2005, p. 893; Id., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2008, p.3, che ricostruisce tale operazione nei termini di mandato senza rappresentanza.

⁷⁰ Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, cit., definisce le singole operazioni di investimento effettuate dopo la conclusione del contratto come atti negoziali ma non dotati di una propria autonomia.

La considerazione che, a seguito dell'instaurazione del rapporto di intermediazione finanziaria, nella maggior parte dei casi alla stipula del contratto-quadro consegua la successiva conclusione di autonomi negozi aventi ad oggetto singole operazioni di investimento, permette di inquadrare la vicenda nel senso del riconoscimento di una pluralità di negozi giuridici⁷¹, e quindi di un'operazione complessivamente unitaria, ma che tenga conto dell'autonomia strutturale dei singoli negozi che la compongono.

Risulta condivisibile quella ricostruzione che, nel riconoscere l'autonomia tra le singole fattispecie contrattuali che compongono il rapporto di intermediazione finanziaria⁷², definisce il contratto-quadro come un contratto normativo⁷³, mediante il quale le parti regolano i termini delle future operazioni di investimento. Aderire, quindi, all'idea che l'operazione di intermediazione finanziaria dia vita ad autonomi rapporti negoziali impone di soffermarsi sul perimetro applicativo del requisito formale di cui all'art. 23 del t.u.f.: se, cioè, l'obbligo di forma scritta si estenda anche alle singole operazioni di investimento. La genericità del dato normativo, infatti, porterebbe ad accogliere la soluzione affermativa.

⁷¹ In tal senso A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, in *Il Corriere giuridico*, 2016, p.1119.

⁷² V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, cit., p.896, ricostruisce il rapporto di intermediazione finanziaria come "una struttura contrattuale a doppio livello", in cui gli ordini impartiti al professionista in attuazione del contratto quadro danno vita ad autonomi contratti di investimento.

⁷³ In tal senso, C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?* in *Giurisprudenza Italiana*, 2019, p.772.

Valorizzando il concetto di forma funzionale, nonché nell'ottica di garantire la speditezza delle operazioni negoziali, deve propendersi per la soluzione restrittiva. Il requisito formale previsto in materia di contratti di intermediazione finanziaria è finalizzato alla formazione di un consenso consapevole da parte del cliente, che è in grado di comprendere il tipo di operazioni finanziarie che verranno attuate dal professionista, e il tipo di risultati che potrà ottenere. Può sostenersi che, nell'ottica di un equilibrio complessivo del sistema, l'obbligo di forma scritta a pena di nullità vincoli il professionista solo con riguardo alla predisposizione del contratto-quadro⁷⁴. Pertanto, la nullità di protezione di cui all' art. 23 del t.u.f. può essere fatta valere in relazione a vizi del contratto-quadro.

Non è escluso che nel caso concreto le parti possano accordarsi sulla previsione del requisito formale in relazione a singoli ordini di investimento: in tal caso, va applicata la disciplina sulle forme convenzionali ex art. 1352 c.c. Occorre, a tal punto, soffermarsi sul tipo di rapporto intercorrente tra il contratto-quadro ed i singoli ordini di investimento, al fine di esaminare i poteri conferiti al contraente debole in ordine all'azione di nullità (con funzione protettiva) per mancato rispetto delle prescrizioni di forma di cui all'art. 23 del t.u.f.

⁷⁴A. BARBA, *Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p.911. D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ex exceptio doli nei servizi di investimento*, cit., p. 10, ritiene tale soluzione conforme anche al cd. divieto di *gold plating* che emerge dalla Direttiva n. 2006/73/CE. Quest'ultima, infatti, impone soltanto la conclusione di un accordo di base scritto, e nessun altro obbligo di forma scritta.

4. Segue: il collegamento negoziale ed il regime di propagazione degli effetti.

L'elaborazione del potere "selettivo" degli effetti della nullità di protezione di cui all'art. 23 del t.u.f. costituisce un espediente idoneo a rafforzare la tutela del risparmiatore. La prescrizione di forma, se da un lato cerca di limitare gli inevitabili rischi di una contrattazione che coinvolge soggetti inesperti, affida al contraente protetto l'alternativa tra la caducazione totale del rapporto negoziale e la conservazione del contratto, anche se concluso in presenza di un vizio di invalidità che ha pregiudicato il corretto svolgimento della contrattazione.

Nella maggior parte dei casi, infatti, il cliente ha interesse a salvaguardare almeno in parte l'assetto negoziale complessivo, avendo riguardo alle singole operazioni finanziarie che, anche se concluse sulla base di un contratto normativo viziato a monte, hanno prodotto dei vantaggi economici.

L'azione di nullità con funzione selettiva consente alla parte protetta di far valere il vizio di forma, *ex art. 23 del t.u.f.*, evitando la caducazione dell'intero rapporto contrattuale d'investimento. Si conferisce, di fatto, al contraente debole la scelta circa le modalità con cui far valere il mancato rispetto della forma scritta *ad substantiam*, al punto da poter selezionare i singoli ordini di investimento da caducare.

Seppur risulta condivisibile l'idea che il requisito della forma scritta a pena di nullità vincola il contraente forte solo con riguardo al contratto-quadro di investimento, con il sistema della nullità selettiva si consente al cliente di azionare la nullità relativa, di cui all'art. 23 del t.u.f., facendo

valere vizi del contratto a monte al fine di caducare singoli ordini di investimento stipulati successivamente.

Viene elaborata una causa di invalidità autonoma, di natura derivata, che produce effetti caducatori parziali sul rapporto di intermediazione finanziaria. In disparte ogni valutazione circa la dubbia conformità di tale ipotesi di nullità di protezione col sistema delle invalidità in generale, su cui occorrerà soffermarsi nel prosieguo della trattazione, va preliminarmente esaminato il tipo di rapporto che intercorre tra il contratto-quadro e i singoli ordini di investimento. Tenuto conto dell'adesione alla teoria dell'autonomia strutturale tra i negozi che compongono la complessiva operazione di investimento, tale da consentire alla parte di far valere cause di invalidità aventi riguardo a vizi attinenti ai singoli contratti, bisogna comprendere il fondamento della natura derivata della nullità di protezione con funzione selettiva. Una simile ricostruzione del regime della nullità *ex art. 23 del t.u.f.* non può che trovare fondamento ricostruendo i rapporti tra i singoli contratti nei termini di una fattispecie riconducibile al fenomeno del collegamento negoziale tra contratto-quadro di investimento e singole operazioni finanziarie, in quanto i negozi risultano avvinti da una causa unitaria.

Il fenomeno del collegamento negoziale è stato elaborato dalla dottrina al fine di tener conto dell'effettiva natura di determinate operazioni negoziali. Può accadere che le parti concludano autonomi negozi per la realizzazione di un obiettivo comune, dichiarato espressamente o desumibile dalla relazione funzionale tra i contratti: va, quindi, esaminata la causa unitaria sottesa alla stipula dei singoli

rapporti negoziali, al fine di cogliere l'effettiva funzione sottesa all'operazione contrattuale posta in essere⁷⁵.

Nei rapporti di intermediazione finanziaria può riconoscersi la sussistenza di un collegamento negoziale tra le singole fattispecie contrattuali. La stipula di un contratto-quadro in forma scritta, che assume il valore di un contratto normativo, ha la funzione di predisporre la disciplina dei futuri rapporti di investimento che le parti andranno a concludere. In quanto tale, risulta anche funzionale all'esecuzione di una complessiva attività di investimento, tramite singole operazioni che tengano conto degli obiettivi (esplicitati nel contratto a monte) che il cliente intenda perseguire⁷⁶. La presenza di un collegamento negoziale, da intendersi in senso unilaterale⁷⁷, tra le singole operazioni di investimento ed il contratto normativo a monte consente di ammettere la sussistenza di un regime di propagazione dei vizi, tipico dei rapporti negoziali collegati da una causa unitaria. Il riconoscimento di un collegamento funzionale tra i singoli contratti facenti parte di un'operazione economica complessa comporta che le vicende patologiche (tra cui rientrano quelle riconducibili ad un vizio come la nullità) di

⁷⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p.438; R. CALVO, *Diritto civile*, 2, *Il contratto*, cit., p.236; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 27^a ed., Napoli, 2015, p.826; A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24^a ed., Milano, 2019, p.594.

⁷⁶ A. BARBA, *Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori*, cit., p.91 l, sostiene il collegamento necessario tra contratto-quadro e singoli ordini di investimento, in relazione al valore funzionale della forma *ad substantiam* prevista per il contratto a monte.

⁷⁷ Ogni singola operazione di investimento condotta a seguito di stipula di specifico accordo contrattuale è da intendersi come autonoma rispetto alle altre operazioni finanziarie in concreto svolte. Tuttavia, tali fattispecie contrattuali non possono che far riferimento al contratto-quadro a monte, in quanto contratto normativo che contiene la regolamentazione delle modalità di svolgimento delle future operazioni finanziarie che le parti sceglieranno di stipulare.

uno dei rapporti negoziali si estendano anche alle altre fattispecie, per l'impossibilità di realizzare la causa comune a tutti i rapporti⁷⁸. Ricostruita la nullità di protezione per vizio di forma ex art. 23 del t.u.f. quale patologia negoziale in grado di inficiare le singole operazioni economiche generate dal contratto invalido a monte, possono esaminarsi le varie ricostruzioni elaborate dagli interpreti in materia di nullità di protezione con funzione selettiva.

5. Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in tema di nullità selettive.

La peculiare conformazione del rapporto di intermediazione finanziaria, unitamente alla generica formulazione del dato normativo, ha generato il dibattito tra gli interpreti, che discorrono dei rimedi esperibili da parte del contraente debole al fine di evitare la caducazione totale del rapporto negoziale, a seguito dell'azione di nullità protettiva ex art. 23 del t.u.f.⁷⁹. Si tratta di trovare una soluzione, conforme ad esigenze di giustizia sostanziale, che consenta di andare oltre il dato normativo: la declaratoria di nullità del contratto-quadro a monte, attenendosi ad una lettura formale e rigida del requisito formale, sembra operare senza limiti, a

⁷⁸ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p.826; R. CALVO, *Diritto civile*, 2, il contratto, cit., p. 237;

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p.440.

⁷⁹ Secondo M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione: un falso problema?* In *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p.157, non risulta condivisibile il ragionamento sotteso ad ammettere le nullità con funzione selettiva al fine di consentire al contraente debole una via d'uscita avverso un sistema che non garantisce la parziarietà del rimedio: anche nel codice del consumo, infatti, il legislatore in determinati casi affida al consumatore l'alternativa tra due soluzioni estreme, come accade all'art. 33, lett. h, cod. cons., in materia di recesso *ad nutum* del professionista.

prescindere dalla sussistenza di motivi opportunistici del contraente debole⁸⁰.

La questione si pone anche con riguardo alla valutazione dei rimedi a favore dell'intermediario finanziario, con teorie che vanno dall'assoluto disconoscimento di forme di reazione alla pretesa azionata dal contraente debole⁸¹, alla elaborazione di strumenti di tutela volti ad evitare, con riguardo alle circostanze del caso concreto, usi opportunistici del rimedio della nullità da parte del cliente. Le teorie elaborate rappresentano le (contrapposte) tendenze: da un lato, a tener fede alle categorie generali in materia di nullità, dall'altro, a valorizzare le peculiarità di tale rimedio di invalidità. Le soluzioni a favore della nullità di protezione con funzione selettiva si adattano all'esigenza di tutelare in misura (quasi) esclusiva gli interessi del contraente debole⁸², secondo il principio di autonomia negoziale, operante peraltro anche con riferimento ad un'ipotesi di invalidità che rappresenta la patologia più grave prevista dall'ordinamento⁸³.

Nella prima ricostruzione, si aderisce all'idea che le nullità di protezione rientrando nell'alveo di tale rimedio di invalidità, tutelano la posizione del contraente debole, attribuendo a quest'ultimo la scelta di azionare o meno tale rimedio, ma non anche la facoltà di direzionare gli effetti di

⁸⁰ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, cit., p.33.

⁸¹ Nell'ottica, si potrebbe sostenere, di un'iperprotezione della posizione giuridica soggettiva del cliente.

⁸² Tale ricostruzione si basa sulla valorizzazione della finalità protettiva delle nullità relative.

⁸³ Il riferimento alla tutela di interessi ultra-individuali, sussistente anche nelle ipotesi di nullità di protezione, sembra rivalutato, in quanto con le nullità selettive si tende a ricostruire un sistema in grado di tutelare esclusivamente la posizione del cliente.

tale invalidità⁸⁴. Aderire alla tesi che ammette l'esercizio della nullità a monte del contratto-quadro in funzione selettiva degli ordini di investimento conclusi, invece, consente di ricostruire un regime di invalidità a esclusivo vantaggio del contraente debole, in cui il principio di autonomia negoziale opera unilateralmente, quasi fosse uno strumento di recupero di un potere non esercitato in sede di contrattazione⁸⁵.

Il sistema delle nullità selettive rappresenta un rimedio conforme al principio di effettività della tutela che, oltre ad essere distante dal modello normativo generale delle nullità di protezione, sembra porsi in un'ottica difforme rispetto alla funzione informativa e protettiva posta alla base della nullità per carenza di forma prevista all'art. 23 del t.u.f. Prima di esaminare la soluzione accolta dalla Suprema Corte a Sezioni Unite⁸⁶, il cui intervento si è reso necessario per il risalente contrasto in giurisprudenza sul tema delle nullità selettive⁸⁷, è possibile operare una ricostruzione degli orientamenti sostenuti in dottrina e in giurisprudenza. A favore dell'ammissibilità dell'azione di nullità con funzione selettiva è orientata la giurisprudenza maggioritaria. In particolare, la valorizzazione del rimedio della nullità di

⁸⁴ La possibilità di azionare il singolo ordine di investimento, quindi, è rimessa alla scelta del cliente di far valere vizi riguardanti la specifica fonte contrattuale di tale operazione.

⁸⁵ Come evidenziato in precedenza, quale strumento di recupero *ex post* di un potere negoziale non esercitato il legislatore prevede espressamente soltanto l'esercizio dell'azione di nullità avente ad oggetto clausole eccessivamente squilibrate a svantaggio del consumatore, in riferimento a singoli contratti e non a rapporti negoziali riconducibili al fenomeno del collegamento negoziale.

⁸⁶ Cass., 4 novembre 2019, n. 28314 cit.

⁸⁷ La questione è stata rimessa alle Sezioni Unite anche in precedenza, in particolare, con le ordinanze 17 maggio 2017, nn. 12388, 12389 e 12390, ma assorbita in quanto è stato escluso il vizio di forma scritta del contratto-quadro di investimento a seguito di contratto sottoscritto dal solo cliente.

protezione ad esclusivo vantaggio del contraente debole impone di ammettere azioni processuali che risultino funzionali alla tutela esclusiva del contraente debole⁸⁸: in tal senso, la nullità selettiva consente al cliente l'esercizio della facoltà di far valere i vizi del contratto a valle, senza che l'intermediario possa beneficiare dei rimedi restitutori conseguenti all'azione di nullità.

L'idea che il professionista debba subire gli effetti della declaratoria di nullità senza poter sollevare eccezioni processuali deriva dalla natura funzionale del vizio di nullità, la cui legittimazione relativa si trasmette anche alle conseguenze della proposizione dell'azione di nullità⁸⁹. Una soluzione così netta a favore delle nullità con funzione selettiva non risulta condivisibile. Si arriva, in tal modo, ad escludere in via assoluta la sussistenza di una finalità opportunistica nella proposizione dell'azione di nullità per carenza di forma scritta. Non può escludersi *a priori* la

⁸⁸ In tal senso C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?* cit., p.770 ss., secondo cui la proposizione di azione di nullità con funzione selettiva non può risultare di per sé indice di un comportamento abusivo, in quanto si adatta alla natura protettiva di tale rimedio di invalidità ed alla tutela dell'interesse del contraente debole

⁸⁹ Si veda, in particolare, Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, cit., secondo cui l'operatività della nullità di protezione a vantaggio del contraente debole si riflette anche in sede processuale. La selezione degli ordini di investimento da caducare a seguito della nullità del contratto- quadro carente di forma scritta risulta conforme all'interesse dell'investitore ex artt. 99 e 100 c.p.c.: il cliente, infatti, può far valere la nullità degli investimenti viziati da carenza di forma scritta che abbiano pregiudicato la sua posizione giuridica soggettiva. S.PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020,p.170; ID., *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")* in *I Contratti*, 2020, p.20, evidenzia come la scelta di direzionare gli effetti della nullità permetta di elaborare un sistema generale di nullità di protezione speciale; A. BARBA, *Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori*, cit., p. 903 ss., sostiene che l'effettiva natura protettiva delle nullità di protezione di cui all'art. 23 del t.u.f. passi dalla direzione degli effetti dell'invalidità in deroga alla disciplina generale in tema di restituzioni, attraverso l'irretroattività di essi, come peraltro previsto dall'art. 2126 c.c., e in tema di risoluzione con riguardo a rapporti di durata.

configurabilità di comportamenti riconducibili ad un esercizio abusivo del diritto, e, con riguardo al caso specifico, integranti una forma di abuso dello strumento processuale.

Le modalità di esercizio delle forme di tutela riconosciute dall'ordinamento vanno valutate con riferimento al caso concreto, non potendo valere quale argomento contrario la riconducibilità dell'attore ad una categoria tutelata da nullità di protezione⁹⁰. Da una soluzione estrema ad un'altra: parte degli interpreti esclude in via assoluta l'esercizio selettivo dell'azione di nullità negoziale. In particolare, si ritiene che azionare l'invalidità per difetto di forma del contratto-quadro, quale strumento per il recupero delle somme corrisposte in relazione a singole attività di investimento, risulti di per sé espressione di un comportamento abusivo, che legittima l'intermediario finanziario alla proposizione dell'*exceptio doli* al fine di paralizzare la pretesa del cliente⁹¹. Aderendo a tale impostazione, non si pone il problema di verificare eventuali deviazioni dalla disciplina generale in materia di restituzioni, ovvero l'ammissibilità di domanda riconvenzionale, da parte del professionista, avente ad oggetto la compensazione tra le somme da corrispondere a seguito della declaratoria di nullità, con riferimento alla singola operazione oggetto di giudizio, ma

⁹⁰ In tal senso, C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, cit., p.127.

⁹¹ Tale orientamento è sostenuto in particolare dalla dottrina. D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, cit., p. 21 e ss., G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, cit., p.289; in giurisprudenza, Cass., 17 maggio 2017, n.12390, cit., che auspica un intervento delle Sezioni unite che riconosca l'eseribilità dell'*exceptio doli* in caso di ricorso all'azione di nullità con funzione selettiva.

anche in relazione ai guadagni realizzati in altre operazioni vantaggiose non azionate dal cliente.

Tale soluzione ha il merito di evitare un'assoluta disponibilità, da parte del contraente debole, degli effetti restitutori dell'azione di nullità, a discapito dell'investitore: inoltre, rappresenta la logica conseguenza della propagazione del vizio a monte con riguardo ai contratti ad esso collegati. Far riferimento a ricostruzioni "mediane" consente di esaminare soluzioni (condivisibili) che tengano conto dell'esigenza di tutelare l'intermediario finanziario contro un utilizzo dell'azione di nullità di protezione, per finalità differenti da quelle per le quali tale ipotesi di nullità è stata espressamente prevista.

Secondo una ricostruzione, l'esercizio selettivo dell'azione di nullità di per sé non è inammissibile: tuttavia, in quanto riferibile alla nullità del contratto-quadro posto a monte dell'operazione finanziaria, produce i suoi effetti anche in relazione a tutti gli ordini di investimento connessi al contratto stesso. Dalla declaratoria di nullità del contratto a monte deriva l'invalidità del singolo contratto di investimento impugnato, con diritto alla ripetizione reciproca delle somme corrisposte, nonché compensazione tra la somma versata dall'investitore e i guadagni ottenuti dall'operazione⁹². Inoltre, gli effetti della declaratoria di nullità del contratto a monte si propagano sull'intera

⁹² Cass., 24 aprile 2018, n. 10116, in *www. DeJure.it*. C. ROBUSTELLA, *Forme di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, cit., p. 173 e ss., sottolinea l'importanza di scindere il profilo della legittimazione ad agire e gli effetti che derivano dall'esercizio della nullità, determinati direttamente dalla legge.

operazione finanziaria⁹³, con diritto dell'intermediario, sebbene non abbia agito per la nullità degli altri ordini di investimento non impugnati, ad agire in compensazione rispetto ai guadagni ottenuti dalla complessiva operazione economica⁹⁴.

La funzione protettiva di tale causa di invalidità non può spingersi sino al mantenimento di rapporti negoziali divenuti senza causa per la caducazione del contratto-quadro a monte. La scelta che l'ordinamento accorda al cliente ha riguardo all'azionare o no un vizio del rapporto negoziale, operando poi *ex lege* le conseguenze di tale declaratoria *ex art. 2033 c.c.*

Come si vedrà, la Suprema Corte dirime il contrasto ammettendo le nullità selettive, con effetti ad esclusivo vantaggio del contraente debole, ed escludendo il ricorso

⁹³ S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020, p.164 e ss., sottolinea che la funzione protettiva delle nullità relative a favore del contraente debole si identifica nella proposizione di tale rimedio di invalidità: esclude la disponibilità degli effetti del giudicato della sentenza dichiarativa di nullità, con diritto alle restituzioni per entrambe le parti negoziali. Contrario ad ammettere in capo al contraente debole un potere di disporre a suo vantaggio degli effetti della nullità anche C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, cit., p.179.

⁹⁴ In tal senso, Cass., 16 marzo 2018, n. 6664 in *www.DeJure.it*. *Contra* U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n.12390/2017*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2017, p.855, che esclude che l'eccezione di compensazione possa operare con riguardo ad ordini di investimento non impugnati, per violazione del principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato: considera che l'accertamento della nullità del contratto a monte avvenga *incidenter tantum*, e non con efficacia di giudicato; G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2014, p. 619; *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, cit., p. 832 ss., parte dal presupposto che la legittimazione relativa si coniughi con l'operatività degli effetti della nullità a esclusivo vantaggio del contraente debole, e pur censurando il sistema delle nullità con funzione selettiva, esclude che uno dei rimedi possa consistere nel concedere all'intermediario di avvalersi degli effetti della nullità del contratto-quadro anche in relazione agli altri contratti non impugnati: l'intermediario, infatti, dovrebbe proporre domanda riconvenzionale, soluzione non prospettabile per carenza di legittimazione ad agire.

all'eccezione di compensazione rispetto ai guadagni derivanti da operazioni non impugnate ed andate a buon fine, ma ammettendo la tutela dell'investitore contro comportamenti opportunistici tramite l'eccezione di buona fede.

Prima di esaminare nel dettaglio la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, risulta opportuno soffermarsi sulla ricostruzione che, probabilmente, si pone maggiormente in contrasto con l'idea di ammettere una funzione selettiva dell'azione di nullità. Si fa riferimento alla possibilità di escludere a monte l'esercizio dell'azione di nullità, per carenza di forma scritta, una volta data esecuzione al rapporto negoziale tramite stipula di singoli ordini di investimento, in quanto comportamento riconducibile ad una definitiva rinuncia all'azione di nullità e alla sanatoria del contratto a monte viziato nella forma scritta a seguito di convalida dello stesso.

6. La convalida del contratto nullo.

L'esercizio del rimedio della nullità del contratto-quadro, data l'imprescrittibilità dell'azione, pone il problema di esaminare la questione nei casi in cui il rapporto di investimento abbia prodotto i suoi effetti. Si pensi alla scelta della parte di azionare ordini di investimento, eseguiti sulla base di singoli contratti stipulati a valle del contratto-quadro, facendo valere il vizio di forma *ad substantiam* del contratto a monte. Si pone il problema di esaminare il valore che può assumere il comportamento tenuto in tali casi dal cliente, non necessariamente qualificandolo di per sé opportunistico.

L'azione di nullità *ex art. 23 del t.u.f.* con funzione selettiva potrebbe risultare inammissibile attribuendo alla mancata impugnazione del contratto-quadro, con successiva esecuzione di ordini di investimento, il valore di convalida del vizio formale del contratto presupposto. La questione non è di poco momento, considerando il dubbio sulla possibile convalida di tale vizio, data la natura ibrida delle nullità di protezione. Le nullità di protezione ereditano dal vizio di annullabilità la legittimazione relativa, mentre dalla nullità codicistica la riferibilità alla tutela di interessi generali dell'ordinamento, e il rilievo d'ufficio. Vengono in gioco due disposizioni normative: l'art. 1444 c.c., che fonda il potere di convalida del contratto annullabile in capo al soggetto legittimato a far valere tale invalidità, e l'art. 1423 c.c., che prevede la convalida di contratti nulli solo nei casi in cui la legge lo preveda espressamente. *In primis*, occorre sgomberare il campo dall'applicazione analogica dell'art. 1444 c.c.⁹⁵.

La legittimazione relativa è argomento che non può essere speso a sostegno dell'applicazione analogica dell'art. 1444 c.c.⁹⁶.

Come accennato in precedenza, la distanza tra l'annullabilità e le nullità di protezione si evidenzia anche in questi termini:

⁹⁵ In tal senso, G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2^a ed., Napoli, 2011, p. 11; S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, cit., p.26 ss.

⁹⁶ In tal senso, I. PRISCO, *Le nullità di protezione- Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., p. 70 e ss., esclude l'identificazione tra legittimazione relativa e disponibilità della tutela. Non condivide l'idea che le nullità di protezione, se non azionate, foriscano al soggetto legittimato il potere di convalidare tale vizio. Nel valorizzare la riferibilità delle nullità di protezione ad interessi generali, la legittimazione relativa assume il significato di evitare che il professionista possa avvalersi di una causa di invalidità predisposta a tutela della parte debole del rapporto negoziale.

le nullità di protezione si pongono quale rimedio avverso uno squilibrio genetico di rapporti, a scapito della parte protetta, mentre l'annullamento tutela una delle parti negoziali in relazione a vizi del tutto occasionali. Occorre ragionare sul significato che assume il divieto generale di convalida, in assenza di previsione normativa espressa, previsto all'art. 1423 c.c.

La possibilità che il negozio nullo, in linea teorica, sia suscettibile di produrre effetti rappresenta il punto di partenza: escludendo l'identificazione tra negozio nullo e negozio inesistente, la fattispecie contrattuale affetta da tale vizio di invalidità assume rilievo giuridico e può risultare astrattamente produttiva di effetti⁹⁷. Tuttavia, si tratta di un vizio di invalidità posto a tutela di valori fondamentali dell'ordinamento: pertanto, risulta condivisibile l'idea che la fattispecie nulla, ove si ritenga convalidabile, divenga soltanto *ex post* produttiva di effetti⁹⁸.

⁹⁷ S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 1050, sostiene la recuperabilità del contratto nullo, inteso quale idoneità del rapporto negoziale affetto da tale causa di invalidità alla produzione di effetti. In particolare, afferma che la rinuncia a far valere l'azione di nullità non vale quale sanatoria dell'atto nullo, ma assume una valenza processuale in grado di impedire al giudice di pronunciarsi su quella determinata questione.

⁹⁸ M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali- per una teoria della moderna nullità relativa*, cit., p. 432 e ss., esclude l'efficacia del negozio nullo, al fine di non attribuire effetto vincolante per la parte. Tuttavia, nell'ammettere la convalida del contratto affetto da nullità di protezione, ricostruisce tale potere come idoneo a conferire definitiva efficacia all'atto negoziale, e ricostruisce la nullità relativa come pendente o sospesa.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p.44, considera come effetto principale della convalida la sanatoria definitiva (in relazione ai vizi fatti valere) del contratto, mentre è di secondaria importanza attribuire a tale comportamento il valore di rinuncia all'azione: tramite convalida si consente di sopperire all'inefficacia originaria del contratto nullo; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, cit., p.631, in tema di convalida del negozio annullabile, riconosce quale significato principale di tale negozio la volontà di confermare, e quindi rendere stabile e definitivo, il contratto.

L'art. 1423 c.c. detta la regola generale del divieto di convalida del contratto nullo, in assenza di previsione espressa.

La riferibilità delle nullità di protezione a categoria generale, e non più residuale, dell'ordinamento consente di ricostruire in termini differenti il rapporto tra la disciplina della nullità codicistica e le nullità a legittimazione relativa: ossia, escludendo una relazione di regola ed eccezione, e conferendo piena autonomia al secondo, con necessità di adattare le regole generali della nullità tradizionale alla *ratio* sottesa alle nullità di protezione.

In tal senso, la non convalidabilità delle nullità di protezione potrebbe apparire un controsenso, se si pone tale potere in relazione ad un rimedio orientato alla tutela di una delle parti del rapporto, la quale può anche scegliere di non avvalersene, e che è, di fatto, arbitra della sorte del contratto. Una soluzione del genere rischia di valorizzare esclusivamente l'interesse del contraente debole, e di avvicinare nuovamente le nullità di protezione al rimedio dell'annullabilità.

Può scegliersi un'altra via al fine di ammettere la convalida del contratto affetto da nullità di protezione, ritenendo comunque operante l'art. 1423 c.c. Parte della dottrina rifugge da posizioni aprioristiche: occorre verificare il tipo di violazione e l'influenza che quest'ultima ha avuto in concreto sulla posizione giuridica della parte protetta.

Quindi, accertare nel caso concreto il tipo di valore che risulti violato, l'incidenza che tale pregiudizio possa aver avuto sul negozio, e se gli interessi della parte lesa risultino

tutelati tramite convalida del contratto⁹⁹. Aderire all'idea che ammette la convalida del contratto affetto da nullità di protezione può essere anche il risultato di una lettura ampia dell'art. 1423 c.c., ove nel termine "legge" vanno ricompresi anche i valori costituzionalmente rilevanti.

Le nullità di protezione risultano preposte alla tutela di interessi fondamentali, generali, che si identificano nella posizione giuridica soggettiva del contraente debole. Convalidare un contratto nullo è ammissibile non soltanto nel caso in cui rappresenti la soluzione maggiormente conforme all'interesse della parte protetta, ma anche ove l'interesse tutelato dalla norma risulti in ogni caso soddisfatto o, comunque, non leso dalla violazione. In particolare, può ammettersi la convalida del negozio nullo ove il difetto di forma scritta *ex art. 23 del t.u.f.* non abbia in concreto pregiudicato l'interesse del contraente debole ad un'adeguata informazione, essendosi in ogni caso raggiunto lo scopo sotteso alla previsione della nullità di protezione¹⁰⁰. Altra dottrina, maggiormente fedele alle categorie tradizionali, opera dell'art. 1423 c.c. una lettura restrittiva, escludendo che la relatività della legittimazione ad agire possa consentire la convalida del contratto nullo, in quanto categoria attinente alla tutela di interessi generali¹⁰¹.

Risulta condivisibile escludere un potere di convalida inteso quale strumento di sanatoria, e non mera rinuncia all'azione, ad opera della parte, di un contratto affetto da vizio

⁹⁹ In tal senso, I. PRISCO, *Le nullità di protezione- Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, cit., p.74 ss.

¹⁰⁰ G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 85 ss.

¹⁰¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*,3, *Il contratto*, cit., p.580.

originario. La circostanza che il legislatore abbia scelto di prevedere espressamente un generale potere di convalida in relazione a un rimedio a legittimazione relativa quale l'annullabilità, e non per la nullità, è significativa. Peraltro, se il legislatore ha avvertito l'esigenza di prevedere espressamente tale strumento di sanatoria con riferimento a vizi riferibili a interessi particolari, come nell'annullabilità, non può ammettersi un generale potere di sanatoria di vizi in grado di pregiudicare interessi generali, anche se a legittimazione relativa, in assenza di previsione normativa. Ciò non significa escludere *a priori* che il contratto invalido possa produrre effetti.

Escludere la convalida del contratto nullo, con riguardo al problema delle nullità selettive, comporta che al contraente debole non è preclusa l'azione di nullità, ex art. 23 del t.u.f., una volta data esecuzione al rapporto negoziale, per intervenuta sanatoria del vizio a seguito della stipula di ulteriori contratti di investimento. Occorre, a tal punto, valutare la posizione assunta dalla Suprema Corte a Sezioni Unite in tema di nullità selettive, allo stesso tempo contraria a ipotesi di convalida ma favorevole al recupero e all'efficacia (parziale) del contratto a monte, e la sua compatibilità coi principi di carattere generale.

Si vedrà, inoltre, come la questione circa l'ammissibilità della convalida in tema di nullità di protezione si pone anche aderendo alla teoria dell'esperimentabilità dell'azione di nullità con funzione selettiva: in tal senso, si riconosce al contraente debole un potere di convalida parziale del vizio di forma ex art. 23 del t.u.f., in relazione agli ordini di investimento non specificamente impugnati.

7. L'intervento delle Sezioni Unite.

Sull'ammissibilità e sulle relative conseguenze giuridiche della selezione di ordini di investimento da invalidare sulla base del difetto di forma scritta del contratto-quadro sono intervenute le Sezioni Unite. Nel caso sottoposto ai giudici di legittimità, le pronunce di merito adottano soluzioni conformi alle regole generali in materia di nullità. In primo grado viene accolta la domanda del cliente avente ad oggetto la declaratoria di nullità di due ordini di investimento per vizio di forma del contratto-quadro. Viene ritenuta ammissibile la domanda riconvenzionale proposta dall'intermediario finanziario, avente ad oggetto la restituzione delle cedole rimosse a seguito di ulteriori operazioni d'investimento, con conseguente compensazione.

In grado d'appello si dà attuazione ai principi in materia di effetti derivanti dalla declaratoria di nullità contrattuale. In particolare, si esclude che il cliente possa direzionare gli effetti della nullità del contratto a monte: una volta azionata la causa di nullità di cui all'art. 23 del t.u.f., gli effetti della sentenza dichiarativa si ripercuotono su tutte le operazioni di investimento poste in essere sulla base del contratto a monte carente di forma scritta, con conseguente operatività della disciplina dell'indebito.

Nel caso concreto, si considera come non proposta da parte dell'intermediario finanziario domanda riconvenzionale di restituzione, ma solo l'eccezione di compensazione, che ha l'effetto di paralizzare la pretesa del cliente.

La sezione semplice¹⁰² assegna la questione alle Sezioni Unite, auspicando una soluzione che rappresenti il punto di equilibrio tra le esigenze delle parti: da un lato, gli interessi del risparmiatore, tutelati *ex art. 23 del t.u.f.*, dall'altro, le esigenze dell'intermediario finanziario, che si ripercuotono anche in tema di certezza dei mercati finanziari. L'ordinanza di rimessione dà conto degli orientamenti contrastanti sorti in seno alla giurisprudenza di legittimità. Un orientamento ritiene che la natura protettiva della nullità di protezione di cui all'*art. 23 del t.u.f.* consente al cliente la scelta dei singoli ordini di investimento da invalidare per difetto di forma scritta del contratto quadro a monte¹⁰³. Altre pronunce, invece, ravvisano nell'azione di nullità selettiva un comportamento di per sé opportunistico del cliente, che legittima l'intermediario finanziario a proporre l'*exceptio doli generalis* in grado di paralizzare le pretese dell'attore, in quanto costituenti ipotesi di abuso di diritto¹⁰⁴. Secondo altro orientamento, l'azione di nullità selettiva non rappresenta una condotta abusiva da paralizzare con l'eccezione di dolo o per intervenuta sanatoria o rinuncia a far valere la nullità, in quanto ciò è ammesso solo nei casi in cui sussista un contratto-quadro, e non nei casi in cui risulti affetto da nullità per difetto di forma scritta¹⁰⁵. Vi è anche una ricostruzione che sostiene che la proposizione dell'azione di nullità, *ex art. 23 del t.u.f.*, in quando idonea a travolgere tutti gli ordini di investimento dipendenti dal contratto a monte invalido, determina il diritto

¹⁰² Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *www.DeJure.it*.

¹⁰³ Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, cit.

¹⁰⁴ Cass., 17 maggio 2017, n. 12390, cit.

¹⁰⁵ Cass., 24 aprile 2018, n. 10116, cit.

di entrambe le parti a ripetere le prestazioni, con operatività della compensazione delle pretese¹⁰⁶.

Il ricorrente contesta la violazione dell'art. 23 del t.u.f. a seguito dell'accoglimento dell'eccezione di compensazione proposta dalla controparte.

Tale motivo di ricorso si fonda sull'interesse dell'investitore, in ossequio all'art. 100 c.p.c., a far valere la nullità di singole operazioni di investimento, e non dell'intero rapporto negoziale: in caso contrario, si troverebbe a dover scegliere tra il far valere la nullità dell'intero rapporto negoziale e il subire la violazione posta in essere dall'intermediario, col risultato che verrebbe meno la finalità protettiva dell'azione di nullità, anche a discapito del corretto andamento del mercato.

L'azione di nullità è proposta incidentalmente per far valere l'invalidità di singoli contratti di investimento, da considerarsi autonomi rispetto ad ulteriori operazioni finanziarie che risultino valide ed efficaci.

Nel decidere la questione, in primo luogo la Suprema Corte esclude che la sentenza impugnata sia incorsa in un vizio di ultra-petizione, in quanto ritiene che quanto statuito circa la nullità del contratto abbia efficacia di giudicato: la questione sulla nullità del contratto-quadro rappresenta un presupposto logico della domanda e, quindi, la sua definizione assume valore di giudicato.

I giudici si soffermano sul regime della nullità di cui all' art. 23 del t.u.f., e in generale sulla disciplina ricavabile con riguardo alla categoria delle nullità di protezione.

¹⁰⁶ Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, cit.

Evidenziato che lo statuto delle nullità di protezione prende l'avvio dalla regolamentazione delle clausole vessatorie contenuta nel codice civile (in particolare, l'operatività dell'inefficacia *ex art. 1469 quinquies* c.c. a vantaggio del consumatore, ed il rilievo d'ufficio da parte del giudice), i giudici di legittimità affermano che il tratto unificante delle nullità di protezione, anche in caso di differenze testuali, sia la legittimazione relativa di tale causa di invalidità. Danno conto delle ulteriori caratteristiche sottese alla categoria, ossia l'operatività a vantaggio del contraente debole e il rilievo d'ufficio da parte del giudice, da ritenersi sussistenti anche in mancanza di previsione espressa. Si soffermano sulle ipotesi di nullità di protezione, operanti nel settore bancario e finanziario, e di come la loro formulazione ponga problemi nel caso concreto. Trattandosi di nullità aventi ad oggetto il mancato rispetto di prescrizioni di forma, mal si adattano alla vocazione "parziale", tipica delle nullità di protezione. La struttura bifasica dei rapporti di investimento ha dato il via all'esperimento di azioni di nullità di tipo selettivo, con cui far valere il vizio di forma scritta del contratto-quadro a monte¹⁰⁷, ed evitare la caducazione dell'intero rapporto negoziale.

Viene ricostruito il tipo di squilibrio caratterizzante i rapporti di investimento: trattandosi di asimmetrie informative, il legislatore è intervenuto prevedendo

¹⁰⁷ In particolare, la Suprema Corte aderisce all'orientamento che ricostruisce il rapporto finanziario in termini di autonomia tra le singole operazioni di investimento, collegate al contratto-quadro, il quale contiene le informazioni generali sul tipo di attività finanziaria che si andrà a svolgere. Inoltre, ritiene operante l'obbligo di forma scritta *ex art. 23 del t.u.f.* solo con riguardo al contratto-quadro, salva diversa disposizione delle parti.

prescrizioni formali, a pena di nullità, a carico del professionista, ma mantenendo la tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, in base alla quale il mancato rispetto di obblighi informativi rappresenta il presupposto per un giudizio di responsabilità. La Suprema Corte ritiene che la soluzione al quesito circa l'ammissibilità di nullità con funzione selettiva debba essere esaminata facendo riferimento al principio di buona fede oggettiva.

In quanto principio generale dell'ordinamento, avente copertura costituzionale, opera in via diretta nel rapporto di intermediazione finanziaria, e rappresenta il criterio di riferimento per la predisposizione della nullità di protezione di cui all'art. 23 del t.u.f., in quanto introdotta al fine di riequilibrare un rapporto negoziale inizialmente svantaggioso per il cliente. Allo stesso tempo, il principio di buona fede opera in ottica trasversale, imponendo anche la salvaguardia della posizione del professionista, contro un utilizzo della disciplina di favore da parte del cliente al fine di conseguire ingiustificati vantaggi.

Si fa applicazione del principio di buona fede a carattere bilaterale, secondo cui entrambe le parti devono tener conto delle ragioni della controparte al fine di salvaguardarle, anche nei rapporti squilibrati. Ed è tramite il prisma della buona fede oggettiva che i giudici affrontano la questione della legittimità di un uso selettivo della nullità di protezione di cui all'art. 23 del t.u.f.

Tra la teoria che riconosce un abuso del diritto in caso di proposizione di azione di nullità con funzione selettiva, e quella che ammette tale tipologia di azione in quanto idonea

a tutelare efficacemente la posizione del contraente debole, la Suprema Corte aderisce ad una soluzione di compromesso.

L'azione di nullità selettiva, per come sono strutturati i rapporti contrattuali di intermediazione finanziaria, rappresenta uno strumento irrinunciabile di tutela della posizione del risparmiatore, parte debole del rapporto, cui la disciplina delle nullità di protezione è espressamente diretta. Affermato che le nullità selettive trovano spazio solo in relazione a ipotesi di nullità di protezione, viene ribadita la natura ultra-individuale di tali invalidità¹⁰⁸.

Il ricorso al criterio di buona fede oggettiva è funzionale ad evitare soluzioni aprioristiche, e consente di valutare in concreto la condotta delle parti. Pertanto, si esclude l'esperibilità dell'eccezione di dolo a seguito della mera proposizione dell'azione di nullità in funzione selettiva. Al fine di paralizzare la pretesa dell'attore, occorre valutare in concreto la sussistenza di un fine opportunistico in capo al cliente. In particolare, un uso selettivo della nullità di protezione risulta contrastante col principio di buona fede nei casi in cui sia finalizzato al recupero delle somme investite in operazioni finanziarie non andate a buon fine. La Corte, quindi, ritiene che un uso opportunistico dell'azione di nullità con funzione selettiva vada valutato avendo riguardo ai guadagni conseguiti nell'intera operazione economica.

In particolare, occorre confrontare l'esito degli ordini non impugnati con l'azione di nullità con i risultati conseguiti

¹⁰⁸ Tra i principi costituzionali delle nullità relative, vi è anche la tutela del risparmio (art. 47 Cost).

tramite le operazioni sottoposte a giudizio. Ove si accerti che i guadagni conseguiti con gli investimenti non impugnati risultino superiori rispetto alle perdite subite, per i giudici di legittimità si configura un comportamento contrastante con la buona fede. Ciò legittima la controparte a proporre eccezione al solo fine di paralizzare la pretesa opportunistica¹⁰⁹.

La Suprema Corte si sofferma sulla funzione protettiva dell'azione di nullità di cui all'art. 23 del t.u.f.: trattandosi di rimedio posto a esclusivo vantaggio della parte debole, il professionista non può in nessun caso trarne effetti favorevoli.

Da ciò, l'idea di riconoscere un regime differenziato degli effetti della nullità e delle restituzioni. L'intermediario finanziario non può avvalersi degli effetti dell'azione di nullità per avanzare pretese restitutorie, ma agire in giudizio al solo fine di arginare comportamenti opportunistici, proponendo quella che non è una vera e propria eccezione (generalmente avente ad oggetto fatti costitutivi dell'azione) ma uno strumento di contestazione della modalità di esercizio di poteri.

In sintesi, la Suprema Corte dà ingresso al sistema delle nullità con funzione selettiva, al fine di garantire un ulteriore strumento di tutela in capo al cliente-contraente debole, pregiudicato da vizi formali.

In aggiunta alle patologie specifiche dei singoli ordini di investimento, il contraente debole può scegliere di azionarne

¹⁰⁹ La pronuncia esamina anche il caso in cui, al netto degli investimenti non azionati, residui comunque un danno per il cliente. In tale ipotesi, sarà esperibile l'eccezione di buona fede nei limiti del pregiudizio conseguito.

l'invalidità facendo riferimento alla propagazione della nullità del contratto a monte.

L'*iter* motivazionale si basa sulla ricostruzione dello statuto delle nullità di protezione, e sembra smarrire la valenza ultra-individuale sottesa alle nullità a legittimazione relativa. Il sistema è predisposto per tutelare nella maniera più efficace gli interessi del cliente, arrivando al punto di consentire la direzione degli effetti della nullità con riguardo alle conseguenze restitutorie che, applicando i principi generali in materia, dovrebbero in ogni caso operare in relazione all'intera operazione finanziaria. Pertanto, la prospettata valenza di per sé opportunistica di tale modalità di esercizio dell'azione di nullità sposata dalla dottrina entra in conflitto con l'intenzione, sottesa a tale pronuncia, di ricostruire il sistema delle nullità di protezione come in grado di adattarsi agli specifici interessi del cliente nell'attività di investimento.

La valutazione di comportamenti contrari a buona fede viene recuperata a valle dell'esercizio di tale azione di nullità, e riconosciuta operante sulla base di una mera operazione aritmetica, che tenga conto degli esiti degli investimenti impugnati e non azionati, adoperando il sistema della *compensatio lucri cum damno*, elaborato in un settore estraneo alle logiche di tutela di contraenti deboli.

La valenza protettiva delle nullità relative viene ammessa anche nei casi in cui si accerti la sussistenza dell'intento opportunistico sotteso alla proposizione dell'azione di nullità.

Infatti, i giudici di legittimità escludono che l'intermediario finanziario possa far valere gli effetti della nullità del

contratto-quadro: il professionista può agire solo al fine di paralizzare la pretesa della controparte, non potendo beneficiare degli effetti restitutori connessi ad un contratto invalido.

Viene elaborato un sistema a tutela (quasi esclusiva) del cliente, motivato tramite l'accostamento tra il sistema delle nullità di protezione ed il principio di buona fede. Trattandosi di valore avente copertura costituzionale (la tutela del risparmio), di fatto i giudici di legittimità recuperano la valenza ultra-individuale delle nullità di protezione tramite il sistema delle nullità in funzione selettiva.

Nel prosieguo della trattazione si darà conto dei profili di tale soluzione interpretativa che maggiormente hanno suscitato dibattito tra gli interpreti, nonché delle perplessità che il sistema delle nullità selettive pone in generale, anche adottando una soluzione differente da quella sposata dalle Sezioni Unite.

Occorre tener conto, a tal riguardo, dei margini operativi dell'autonomia negoziale in relazione a istituti con disciplina inderogabile, verificando se sia possibile ricostruire un sistema delle nullità di protezione orientato alla salvaguardia degli interessi del contraente debole, in termini di assoluta preminenza della sua posizione giuridica soggettiva.

Capitolo III

RESTITUZIONI CONTRATTUALI E NULLITÀ SELETTIVE

1. Inquadramento del problema.

L'esercizio dell'azione di nullità negoziale rende le attribuzioni patrimoniali aventi causa dal contratto caducato prive di fondamento giustificativo.

L'ordinamento accoglie il principio di causalità degli spostamenti patrimoniali, e disciplina la destinazione delle attribuzioni rimaste senza fonte a seguito della eliminazione del contratto a monte.

Il tema della sorte delle attribuzioni patrimoniali a seguito di contratto caducato è questione che divide gli interpreti con riguardo ad alcune figure di nullità a legittimazione relativa. Le nullità di protezione rappresentano uno strumento di tutela elaborato ai fini del riequilibrio del rapporto negoziale, e generalmente operano tramite caducazione di clausole negoziali pregiudizievoli per la posizione del contraente debole: facendo salvo parte del rapporto negoziale, non pongono il problema della restituzione di prestazioni eseguite in assenza di causa. Esistono, come visto, cause di nullità poste a protezione del contraente debole che prevedono la caducazione totale del rapporto.

Il meccanismo selettivo, elaborato per arginare gli effetti della nullità di protezione del contratto-quadro di

intermediazione finanziaria carente di forma scritta, prevede la disposizione degli effetti della nullità.

Le nullità selettive affidano al contraente debole la definizione della vicenda negoziale per intero, precludendo al professionista la proposizione di eccezioni o domande riconvenzionali a seguito dell'invalidazione del contratto-quadro. Il risultato è l'individuazione di uno statuto delle nullità di protezione in grado di adattarsi alla realizzazione dell'obiettivo principale, ossia l'operatività del rimedio caducatorio ad esclusivo vantaggio del contraente debole. L'elaborazione della figura delle nullità selettive rappresenta la soluzione per incentivare a proporre azione di nullità, *ex art. 23 del t.u.f.*, una volta eseguite le operazioni finanziarie, in quanto ne deriverebbe diversamente la caducazione totale dell'intero rapporto e l'operare della disciplina dell'indebito oggettivo.

Secondo la disciplina generale, il cliente deve scegliere se far salvo il rapporto negoziale, come predisposto dall'intermediario finanziario, o caducarlo del tutto. La facoltà di selezionare gli effetti della declaratoria della nullità di protezione permette di stabilizzare il rapporto negoziale secondo l'interesse del cliente, facendo salvi gli investimenti andati a buon fine, ed evita che il professionista possa beneficiare degli effetti di un'invalidità negoziale da lui stesso generata, arginando anche le pretese restitutorie operanti sulla base della disciplina generale dell'indebito oggettivo.

Le nullità selettive ridestano il dibattito sempre presente tra gli interpreti, avente ad oggetto i limiti dell'autonomia negoziale in materia di invalidità. Nel soffermarsi sulla

disciplina codicistica in tema di restituzioni negoziali, si esaminerà lo statuto applicabile alle nullità di protezione, e la compatibilità dell'uso selettivo delle nullità a legittimazione relativa col sistema giuridico, e con la *ratio* sottesa alle invalidità aventi ad oggetto prescrizioni di forma.

2. Invalidità negoziali e disciplina delle restituzioni.

La caducazione del rapporto negoziale determina l'insorgere di obbligazioni restitutorie, aventi ad oggetto le prestazioni patrimoniali poste in essere sulla base del contratto invalidato. La disciplina degli obblighi restitutori rappresenta questione dibattuta tra gli interpreti, nonostante il dato normativo risulti univocamente direzionato verso la regolamentazione unitaria del fenomeno, tramite la ripetizione dell'indebito oggettivo (artt. 2033 e ss. c.c.) Il legislatore disciplina la materia dell'indebito oggettivo in maniera neutra, senza che rilevino distinzioni a seconda della causa dell'obbligazione restitutoria¹¹⁰, prevedendo la ripetizione di quanto pagato sulla base di un titolo inesistente o inefficace.

L'art. 2033 c.c. fa generico riferimento al termine "pagamento" con riguardo alle prestazioni oggetto dell'obbligo di ripetizione: rientrano nella disciplina dell'indebito oggettivo le obbligazioni non dovute aventi ad oggetto un obbligo di "dare", mentre la dottrina risulta divisa con riguardo alla disciplina applicabile per le obbligazioni

¹¹⁰ Il diritto internazionale, invece, privilegia la volontà delle parti nella regolazione degli obblighi restitutori. Nel sistema francese, il fenomeno restitutorio si adegua alle finalità perseguite dall'istituto a monte.

aventi ad oggetto una prestazione di “fare”¹¹¹. La ripetizione dell’indebito rappresenta una fonte autonoma di obbligazione, rispetto al titolo a monte da cui derivi l’esecuzione delle prestazioni, ed in linea generale non rileva lo *status* soggettivo dei contraenti ai fini del sorgere dell’obbligo restitutorio¹¹².

L’obbligazione restitutoria, derivante dall’applicazione della disciplina dell’indebito oggettivo, opera per le prestazioni indebite a seguito dell’esercizio di rimedi caducatori, a carattere originario o sopravvenuto. Nonostante la scelta normativa di prevedere una disciplina generale ed uniforme, gli obblighi restitutori vanno in ogni caso adattati alle circostanze del caso concreto. Non può escludersi, quindi, che il rapporto sottostante influenzi le modalità di ripetizione della prestazione, andando ad integrare la disciplina generale prevista all’art. 2033 c.c. Il discorso merita un approfondimento, ai fini della identificazione del regime restitutorio operante in caso di esercizio della nullità a legittimazione relativa. Occorre, infatti, esaminare il ruolo che può assumere l’esigenza di adattare la disciplina generale dell’indebito oggettivo al caso concreto: se le restituzioni debbano adeguarsi alla funzione sottesa alla singola causa di invalidità a monte, e quindi occorra adattare le disposizioni di cui agli artt. 2033 e ss. c.c. alla disciplina specifica dettata

¹¹¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 2019, p.802. M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un’analisi critica del diritto applicato*, in *Contratto e impresa*, 2018, p.1121, ritiene operante la disciplina dell’arricchimento senza causa con riguardo alle obbligazioni di fare.

¹¹² L’art. 2033 c.c. fa riferimento allo stato di buona o mala fede dei contraenti solo ai fini del calcolo del *dies a quo* per la decorrenza degli interessi e per la corresponsione dei frutti.

dal legislatore per il singolo rimedio caducatorio. In tema di pagamento dell'indebito sono previste deroghe alla regola di ripetibilità delle prestazioni non dovute. Il codice esclude la ripetizione di prestazioni eseguite sulla base di doveri morali o sociali (art. 2034 c.c.) contrarie al buon costume (art. 2035 c.c.) o ricevute dall'incapace (art. 2039 c.c., se non nei limiti in cui ciò che ha ricevuto è stato rivolto a suo vantaggio)¹¹³.

Gli artt. 2037 e 2038 c.c., pur non escludendo la ripetizione della prestazione non dovuta, adattano la regola generale agli inconvenienti spesso sussistenti in caso di prestazioni aventi ad oggetto la consegna di una cosa determinata. L'art. 2037 c.c. tiene conto dell'eventualità che la *res* corrisposta sulla base di un titolo successivamente reso invalido o inefficace sia perita, rendendo impossibile la restituzione del medesimo bene. In tali casi, rileva lo *status* soggettivo dell'*accipiens* ai fini della individuazione del *quantum* dovuto. L'art. 2038 c.c. si occupa, invece, dei casi di alienazione della cosa ricevuta indebitamente, regolando la posizione dell'alienante e dei terzi acquirenti. Il legislatore prevede delle disposizioni in grado di adattare la regola della ripetizione alle caratteristiche dei rimedi da cui deriva la mancanza di causa delle prestazioni. In determinati casi, il dettato codicistico valorizza la natura del vizio e del rapporto negoziale ai fini dell'operatività della regola della ripetizione dell'indebito oggettivo. Con riguardo al rimedio della risoluzione, il legislatore mostra di

¹¹³ Sulla *ratio* di tali cause di irripetibilità ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione, ove si esaminerà la questione della derogabilità alla regola della ripetizione delle prestazioni a seguito di esercizio dell'azione di nullità relativa.

dare rilievo al tipo di rapporto corrente tra le parti, derogando in determinati casi alla regola della ripetibilità. Nei rapporti di durata, la risoluzione per inadempimento esclude la ripetizione delle prestazioni già eseguite, secondo quanto disposto all'art. 1458 c.c., mentre l'operatività della disciplina della ripetizione dell'indebito è espressamente prevista con riguardo alla risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione (art. 1463 c.c.). L'art. 1458 c.c. rappresenta una delle più significative deroghe alla regola della ripetizione delle prestazioni divenute senza causa, operante per ipotesi limitate di inefficacia sopravvenuta del rapporto negoziale. L'elaborazione, da parte degli interpreti, della nullità con funzione selettiva replica il meccanismo di irripetibilità *ex* art. 1458 c.c.¹¹⁴. Il legislatore, in tema di nullità di protezione, non prevede una disciplina specifica degli obblighi restitutori a seguito di esercizio dell'azione di invalidità.

La disposizione di riferimento risulta essere l'art. 1422 c.c., che richiama l'azione di ripetizione, prevedendone la prescittibilità a differenza dell'azione esperita per far dichiarare la nullità del contratto.

In considerazione della natura originaria del vizio di invalidità sanzionato con la nullità del contratto, la regola della ripetizione della prestazione si adatta all'esigenza di ripristinare lo *status quo ante* la stipula di un contratto affetto da un'invalidità particolarmente grave.

¹¹⁴ L'ordinamento deroga alla disciplina ordinaria dell'indebito oggettivo soprattutto nei contratti ad esecuzione continuata o periodica (artt. 1360, co 2, 1373 e 1458 c.c.).

Il venir meno del rapporto contrattuale, su cui si basa l'esecuzione della prestazione, rende ingiustificata l'attribuzione patrimoniale, e di riflesso costituisce il diritto delle parti a ripetere quanto corrisposto. Con riguardo alle nullità di protezione, si è esaminato come il dato normativo assuma rilievo ai fini della disciplina applicabile. Considerando le disposizioni che disciplinano tale rimedio di invalidità, è possibile affermare che non rappresenta una regola generale la irripetibilità delle prestazioni corrisposte. Trattandosi generalmente di nullità di tipo parziale, sono oggetto di ripetizione soltanto le prestazioni poste in essere sulla base delle clausole negoziali azionate dal contraente debole. La questione assume rilevanza con riguardo alle nullità di protezione che operano tramite la caducazione totale del rapporto negoziale.

Nel caso di nullità del contratto-quadro di investimento, l'esecuzione del rapporto finanziario e i vantaggi economici conseguiti da alcune di tali operazioni costituiscono un considerevole disincentivo per il cliente ad azionare la nullità del contratto-quadro, da cui deriverebbe l'obbligo di ripetizione avente ad oggetto anche le operazioni non specificamente impugnate, applicando la regola generale dell'indebito oggettivo. L'elaborazione della nullità con funzione selettiva rappresenta una soluzione volta ad evitare tale inconveniente, paralizzando le pretese restitutorie (ed eccezioni o domande riconvenzionali di compensazione di crediti) esperibili, secondo le regole generali, da parte del professionista. Si è visto come la finalità protettiva delle nullità di protezione abbia rappresentato l'argomentazione

principale per ammettere una deroga degli effetti restitutori a vantaggio del contraente debole.

Occorre esaminare la legittimità di tale soluzione. La questione può essere valutata secondo i termini che seguono, una volta superato l'argomento, di carattere testuale, che esclude la deroga alla disciplina delle restituzioni in mancanza di previsione normativa espressa. *In primis*, risulta necessario soffermarsi sul rapporto sussistente tra la causa di invalidità a monte e la fonte dell'obbligo restitutorio rappresentata dall' indebito oggettivo.

Acclarata la natura autonoma della fonte restitutoria rispetto al contratto invalidato, il discorso si incentra sui legami che intercorrono tra i due rapporti, in relazione alla funzione specifica che l'ordinamento affida ad entrambi. Allo stesso tempo, può essere utile esaminare le ipotesi, espressamente previste dal legislatore, di irripetibilità della prestazione, per verificarne un'eventuale applicazione analogica all'art. 23 del t.u.f. Infine, non va tralasciato il ruolo che può assumere l'autonomia negoziale in relazione agli effetti caducatori del rapporto contrattuale: se possa risultare conforme ai principi generali dell'ordinamento la direzione, da parte del contraente debole, degli effetti dell'invalidità negoziale posta a suo esclusivo vantaggio.

3. Restituzioni e nullità di protezione.

La valutazione della deroga alla regola generale della ripetizione delle prestazioni in caso di nullità di protezione prende l'avvio dall'analisi dei rapporti tra rimedio

caducatorio a monte e obbligo restitutorio a valle. In assenza di previsione normativa espressa che, con riguardo al rapporto di intermediazione finanziaria, regoli la sorte delle prestazioni eseguite dalle parti a seguito di declaratoria di nullità del contratto - quadro a monte, si fa riferimento alla disciplina codicistica di carattere generale. Come detto in precedenza, la sussistenza di un collegamento negoziale tra i singoli negozi che compongono l'operazione finanziaria comporta la propagazione del vizio del contratto a monte anche ai rapporti dipendenti: si propagano a tutti i contratti di investimento gli effetti dell'azione di nullità. Il codice contiene un richiamo espresso alla disciplina della ripetizione dell'indebito all'art. 1422 c.c., disposizione che sancisce l'imprescrittibilità dell'azione di nullità. Il riferimento espresso alla disciplina dell'indebito oggettivo potrebbe risultare superfluo ai fini della sua operatività, in quanto le prestazioni eseguite sulla base del contratto nullo rientrano nella locuzione di "pagamento non dovuto": il richiamo normativo, in ogni caso, non lascia adito a dubbi. Potrebbe essere utile non fermarsi al dato letterale, e valutare la questione esaminando i rapporti tra nullità del contratto e obbligo di restituzione. La dottrina prevalente valorizza il dato normativo nel riconoscere l'autonomia tra il rimedio di invalidità e l'azione di ripetizione. L'obbligazione restitutoria trae origine da una fonte autonoma di obbligazione¹¹⁵, di natura extracontrattuale, secondo la disciplina dell'indebito oggettivo, dettata per

¹¹⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, cit., p.799; E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Rivista di diritto civile*, 2007, p. 477 e ss.

ripristinare un ordine giuridico pregiudicato da uno spostamento patrimoniale non giustificato da interessi meritevoli di tutela.

La scelta normativa risulta orientata verso la natura autonoma delle obbligazioni restitutorie, che si riflette anche nella differente funzione perseguita: la disciplina è contenuta in un titolo del codice, operante per tutte le ipotesi di attribuzioni patrimoniali divenute prive di base giustificativa.

A favore dell'autonomia di funzioni tra l'azione di nullità e l'azione di indebito oggettivo può essere valorizzata la formulazione dell'art. 1422 c.c. Prevedere una disciplina differente, in tema di prescrizione delle azioni, dimostra la sussistenza di un interesse autonomo nell'esercizio dell'azione di ripetizione dell'indebito rispetto all'accertamento della nullità del contratto¹¹⁶.

L'argomento testuale non risulta dirimente, essendo diffuso l'orientamento che tenta di adattare la disciplina dell'indebito oggettivo agli inconvenienti derivanti dalla caducazione di rapporti nulli, ma eseguiti. Invero, non è estranea alla logica del legislatore la necessità di adattare la disciplina delle restituzioni ai tipi di patologia negoziale da cui essa deriva: basta far cenno all'art. 1458 c.c., che esclude la ripetizione delle prestazioni eseguite, nei rapporti di durata, anteriormente all'insorgere della causa di risoluzione. Si tratta, però, di una scelta precisa del legislatore, da cui non può ricavarsi l'intenzione di

¹¹⁶ L. ZAPPATA, *Le restituzioni nei contratti nulli*, in G. DE NOVA, *Studi sulle restituzioni*, Torino, 2012, p. 136, a favore dell'autonomia tra azione di nullità e azione di ripetizione dell'indebito, riconosce interessi differenti nella proposizione di tali azioni.

differenziare l'operatività della disciplina generale delle restituzioni in relazione al rimedio caducatorio a monte. Eppure, emerge l'esigenza di adeguare la disciplina dell'indebito oggettivo in relazione agli obiettivi sottesi alle cause di invalidità. Secondo tale ricostruzione, le obbligazioni restitutorie, pure avendo la loro fonte nell'indebito oggettivo, sono funzionalizzate al raggiungimento dello scopo effettivamente perseguito dal legislatore con la singola causa di invalidità a monte. Tale interpretazione replica forse la teoria operante in materia di negozi collegati, secondo cui emerge una causa unitaria tra negozi legati da un nesso funzionale. La sussistenza di un collegamento tra obbligazioni restitutorie e causa di invalidità a monte potrebbe ammettersi ove si intravedesse, nella fase delle restituzioni, un momento attuativo dell'interesse perseguito dal legislatore con la singola causa di invalidità¹¹⁷. Secondo tale orientamento, la sussistenza di *rationes* differenti non può che riverberarsi anche in sede di disciplina delle restituzioni: per evitare che il rapporto negoziale nullo realizzi quello scambio vietato dall'ordinamento, occorre rapportare l'obbligazione restitutoria al prezzo di mercato, e non al prezzo di vendita, pattuito dalle parti¹¹⁸. A sostegno della funzionalizzazione della disciplina della ripetizione al raggiungimento degli

¹¹⁷ In sede risarcitoria, ad esempio, l'ordinamento tutela interessi differenti, a seconda del tipo di vicenda patologica del contratto: nella risoluzione l'interesse positivo del contraente adempiente, nella nullità l'interesse negativo a non essere coinvolti nella stipula di negozi invalidi.

¹¹⁸ M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato* cit., p. 1141 e ss., ritiene che il criterio del prezzo di mercato ai fini della quantificazione dell'obbligazione restitutoria risulti essere idoneo a ripristinare lo *status quo ante* la stipula del contratto nullo: il contraente, in caso di mancata conclusione del contratto nullo, avrebbe condotto la contrattazione con riferimento al prezzo di mercato.

obiettivi della causa di invalidità a monte, viene data una lettura differente dell'art. 1422 c.c.

Tale disposizione non rappresenterebbe argomento valido all'applicazione integrale della regola di cui all'art. 2033 c.c., in quanto si limita a prevedere la prescrizione dell'azione restitutoria ed a far salva l'usucapione a favore di terzi¹¹⁹. Le obbligazioni restitutorie, quindi, non sempre seguono la regola generale della ripetizione reciproca delle prestazioni *ex art. 2033 c.c.*, in quanto finalizzate al raggiungimento dell'obiettivo che l'invalidità a monte persegue.

La teoria della dipendenza delle obbligazioni restitutorie rispetto al rimedio caducatorio rappresenta un argomento che consente di operare una differenziazione tra nullità codicistica e nullità di protezione con riguardo alle conseguenze restitutorie.

L'obiettivo delle nullità a legittimazione relativa, di predisporre un meccanismo di tutela a esclusivo vantaggio del contraente debole, mal si adatta alla regola della ripetizione delle prestazioni eseguite sulla base del contratto nullo. L'esigenza di ripristino dello *status quo ante* sottesa alla caducazione del contratto nullo rappresenta, inoltre, un disincentivo alla proposizione dell'azione nei rapporti di durata. Il rapporto di interdipendenza tra rimedio caducatorio a monte e obblighi restitutori a valle comporta, nel sistema delle nullità relative, che il meccanismo protettivo debba riproporsi anche in sede di restituzioni,

¹¹⁹ E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, p.461 e ss.

ricorrendo alla disapplicazione della disciplina generale dell'indebito oggettivo.

L'obiettivo delle nullità di protezione non può consistere nel ripristino dello stato antecedente la conclusione del contratto, in quanto ciò ricondurrebbe il contraente debole nella medesima posizione (di svantaggio) che lo ha indotto a concludere il contratto: pertanto, anche le obbligazioni restitutorie perseguono l'obiettivo di riequilibrio generale della contrattazione asimmetrica.

Tale soluzione non risulta peraltro condivisibile: non è consentito all'interprete di adattare la disciplina dell'indebito oggettivo all'obiettivo di riequilibrio del rapporto negoziale. Le obbligazioni restitutorie consentono di ripristinare la situazione patrimoniale antecedente la stipula di un contratto, e quindi di recuperare le prestazioni eseguite in assenza di causa giustificativa. La disciplina dell'indebito risulta distante da finalità protettive del contraente svantaggiato.

Il riequilibrio delle posizioni asimmetriche, pertanto, si realizza tramite istituti predisposti a tale scopo dal legislatore, e non derogando al sistema generale delle restituzioni: si rischia di introdurre meccanismi "punitivi" a carico del professionista, sicuramente incompatibili col sistema delle obbligazioni restitutorie¹²⁰. Nell'escludere l'idea di funzionalizzare la disciplina delle restituzioni al raggiungimento degli obiettivi delle invalidità a monte, occorre ribadire la centralità del dato normativo in materia di nullità di protezione.

¹²⁰ L. ZAPPATA, *Le restituzioni nei contratti nulli*, cit., p. 142 e ss.

Il legislatore sceglie di tutelare il contraente debole tramite la legittimazione relativa dell'azione di nullità nei rapporti di intermediazione finanziaria; nella maggior parte dei casi, interviene con l'obiettivo di riequilibrare il rapporto a seguito di caducazione delle clausole eccessivamente pregiudizievoli per il consumatore. Con riguardo alle obbligazioni restitutorie derivanti dall'esercizio dell'azione di nullità di protezione, il legislatore non assume una linea unitaria. Vi sono, infatti, dei casi in cui la previsione di nullità a legittimazione relativa contiene espresso richiamo all'obbligo restitutorio, come ad esempio con riguardo alla contrattazione a distanza. L'art. 67 *septiesdecies*, co. 5, del codice del consumo, nel prevedere una nullità a legittimazione relativa, fa salve le attribuzioni di indennizzi e di altre somme corrisposte dall'assicurato, mentre tra le parti opera la disciplina ordinaria della ripetizione dell'indebito.

È previsto espressamente l'obbligo restitutorio a carico di entrambe le parti anche dagli artt. 125 *bis*, co. 9, del t.u.b., e 167, co. 2, del codice delle assicurazioni private.

Tali disposizioni dimostrano che la logica restitutoria sottesa alla disciplina generale dell'indebito oggettivo non risulta estranea al sistema delle nullità di protezione. Con riguardo alle nullità di protezione aventi ad oggetto l'intero negozio, quindi, non può escludersi *a priori* l'operatività dell'art. 2033 c.c., anche in assenza di riferimento normativo espresso.

Le nullità di protezione rientrano nella categoria codicistica della nullità in generale: in assenza di previsione contraria, si applica lo statuto generale previsto dal codice, che

ricomprende anche la regola della ripetizione delle prestazioni eseguite sulla base di un contratto nullo. L'art. 23 del t.u.f. non introduce deroghe espresse all'operatività della disciplina generale dell'indebito oggettivo: ciò consente di ritenere che il legislatore abbia scelto di far operare il meccanismo protettivo soltanto *ex ante*, ossia nella fase di stipula e conclusione del rapporto negoziale.

Se la contrattazione si conclude a danno del contraente debole, perché viziata dal mancato rispetto della forma scritta a suo vantaggio, il pregiudizio non può che ricadere sulla vicenda negoziale complessiva, e rendere le attribuzioni patrimoniali delle parti prive di causa giustificativa.

Con riferimento ai rapporti di intermediazione finanziaria, emerge che di frequente la nullità di protezione, data l'imprescrittibilità, venga azionata per la caducazione di specifici ordini di investimento, eseguiti sulla base di negozi stipulati successivamente alla conclusione del contratto-quadro.

Può essere opportuno dar conto di un'altra soluzione che consenta di derogare alla disciplina restitutoria e agli effetti ordinari della declaratoria di nullità, ossia verificare l'applicazione in via analogica di disposizioni normative che prevedano la regola della irripetibilità delle prestazioni. La disciplina dell'indebito prevede ipotesi di irripetibilità delle prestazioni agli artt. 2034 e 2035 c.c., aventi riguardo alle prestazioni eseguite per doveri morali o sociali e contrarie al buon costume.

Non è possibile far riferimento a tali disposizioni per estendere analogicamente l'irripetibilità delle prestazioni alla nullità *ex art. 23 del t.u.f.*: risulta evidente che la deroga all'obbligo restitutorio attiene alla salvaguardia di interessi che prescindono dalla tutela del contraente debole. L'art. 2039 c.c. esclude la ripetizione delle prestazioni indebitamente ricevute dall'incapace, anche in mala fede, se non nei limiti in cui siano state rivolte a suo vantaggio. La non equiparabilità della posizione dell'incapace, anche in relazione alla funzione sottesa alla sua tutela, rispetto a quella del contraente debole, esclude il ricorso all'art. 2039 c.c., quale base normativa in grado di derogare alla regola generale di cui all'art. 2033 c.c. Il discorso si orienta sulla valutazione della *ratio* di altre disposizioni, previste al di fuori del titolo dedicato all'indebito oggettivo, che prevedono l'irripetibilità delle prestazioni eseguite sulla base del contratto nullo. *In primis*, risulta opportuno escludere di applicare la regola della irripetibilità derivante dalla stabilizzazione degli effetti del contratto di durata prevista in tema di risoluzione (art. 1458 c.c.). Nonostante che la materia dell'intermediazione finanziaria si sviluppi tramite conclusione di negozi di durata, non può operare l'art. 1458 c.c., in quanto disciplina prevista per un rimedio differente rispetto alla nullità.

Una norma che realizza la stabilizzazione degli effetti negoziali derivanti da contratto nullo è l'art. 2126 c.c. Il co. 1 dell'art. 2126 c.c. esclude la retroattività delle cause di nullità o annullabilità del contratto di lavoro (ad eccezione dei casi di nullità derivanti da oggetto o causa illecita), facendo salvi gli effetti della prestazione già eseguita.

Si replica, quindi, il meccanismo di irretroattività previsto per la risoluzione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica.

Pur sussistendo in entrambi i casi uno squilibrio di posizioni negoziali a discapito di una delle parti, le figure del lavoratore e del contraente debole non sono equiparabili: tale soluzione è ricavabile anche dalla scelta normativa di tutelarle con discipline differenti.

La funzione che il legislatore vuole perseguire prevedendo l'irretroattività degli effetti della nullità del contratto di lavoro è ulteriore argomento che consente di escludere l'applicazione analogica dell'art. 2126 c.c.¹²¹.

L'art. 2126 c.c. tutela la posizione del lavoratore non in relazione allo svolgimento della contrattazione negoziale: la disposizione normativa ha di mira la regolazione della fase esecutiva del rapporto contrattuale. La deroga alla disciplina ordinaria dell'indebito oggettivo con riguardo ai rapporti di lavoro eseguiti sulla base di contratti nulli ha l'obiettivo di dare rilievo all'effettiva esecuzione della prestazione lavorativa, in modo da garantire al lavoratore la titolarità di diritti che l'ordinamento riconosce a seguito dell'esecuzione della prestazione lavorativa¹²². Altra norma che prevede l'irripetibilità delle prestazioni eseguite sulla base di un contratto nullo è l'art. 2, co. 1, della legge sulla subfornitura.

¹²¹ Inoltre, lo svolgimento del rapporto di lavoro prevede delle differenze di non poco conto rispetto al settore d'investimento. Il lavoratore, infatti, esegue in via principale prestazioni di "fare", mentre in materia finanziaria il contraente debole esegue soprattutto prestazioni di "dare".

¹²² L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2000, p.147; E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2011, p. 76; A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2012, p. 231.

La disposizione introduce la regola dell'irretroattività degli effetti della nullità del contratto carente di forma scritta, con riguardo al pagamento delle prestazioni del subfornitore già eseguite. Il rapporto di subfornitura, come quello di intermediazione finanziaria, è ad esecuzione continuata e periodica, ma prevede, a carico dell'imprenditore debole, principalmente l'esecuzione di prestazioni di "fare". Nel rapporto di subfornitura il contraente debole esercita l'attività tramite messa a disposizione delle proprie risorse, in via quasi esclusiva a favore dello svolgimento di prestazioni per la controparte negoziale.

Il rapporto di subfornitura presenta delle similitudini con quello di investimento, trattandosi in entrambi i casi di contrattazioni concluse tra parti in posizione asimmetriche tra loro. Ci si chiede se la parziale stabilizzazione degli effetti del contratto nullo, prevista *ex art. 2, co. 1*, della legge sulla subfornitura possa estendersi ai rapporti di investimento.

Anche in questo caso il rilievo preminente che assume il dato normativo con riguardo alle nullità di protezione fa propendere per la soluzione negativa. Il mancato richiamo espresso alla disciplina della nullità *ex art. 2, co. 1*, della legge sulla subfornitura rappresenta solo uno degli argomenti contrari all'estensione di tale regola d'irripetibilità al rapporto di intermediazione finanziaria dichiarato nullo.

La figura del subfornitore, pur rientrando nella categoria del contraente debole del rapporto, non risulta equiparabile a quella del cliente di servizi di investimento. Il subfornitore è parte della categoria imprenditoriale, e

l'ordinamento sceglie di tutelarlo per esigenze differenti da quelle previste con riguardo alla posizione del cliente. L'imprenditore debole risulta in posizione deteriore rispetto alla controparte negoziale non perché la sua posizione giuridica soggettiva risulti affetta da asimmetrie informative, ma per la dipendenza economica che si instaura con la conclusione del rapporto negoziale.

Quindi, se tali figure negoziali, anche se entrambe dotate di minor potere negoziale rispetto alla controparte, non sono equiparabili, non è ammessa l'applicazione analogica della disciplina prevista espressamente a tutela dell'imprenditore debole.

L'argomento principale che esclude l'estensione della regola della irretroattività *ex art. 2, co 1, della legge sulla subfornitura* riprende la funzione che assolve la disciplina dell'indebito.

Quest'ultima non risulta orientata a perseguire gli obiettivi di protezione del contraente debole sottesi alla previsione di nullità a legittimazione relativa, ma ad evitare attribuzioni patrimoniali che risultino prive di causa giustificativa. Oltre alle argomentazioni esaminate a sostegno della soluzione negativa all'estensione della regola della irripetibilità delle prestazioni sancita agli artt. 1458 c.c., 2126 c.c. e 2, co.1, della legge sulla subfornitura, vi è un ulteriore dato da non tralasciare. Tali ipotesi legislative di irripetibilità hanno ad oggetto tutte le prestazioni eseguite sulla base del contratto caducato, e non consentono l'individuazione delle prestazioni da caducare: nel rapporto di intermediazione finanziaria, il contraente debole può scegliere di caducare singoli ordini di investimento, con

conseguente ripetizione parziale delle prestazioni eseguite. Un percorso che va esaminato al fine di valutare la legittimità del sistema delle nullità di protezione con funzione selettiva degli obblighi restitutori è quello del ruolo che l'autonomia negoziale può assumere in materia contrattuale.

In particolare, il discorso si incentra sui poteri che, tramite il ricorso al principio di autonomia negoziale, i privati possono esercitare in materia di invalidità contrattuale.

4. Autonomia negoziale in materia contrattuale.

Il tema della nullità selettiva si interseca con il problema dei poteri affidati alla parte in materia contrattuale. Una volta escluso che la deroga al regime ordinario degli obblighi restitutori possa ammettersi per la funzione protettiva svolta dalle nullità di protezione, può valutarsi se l'irripetibilità delle prestazioni eseguite sulla base di un contratto nullo derivi da un potere dispositivo degli effetti della nullità contrattuale: ossia, se l'autonomia negoziale possa operare anche in relazione alle conseguenze della declaratoria di nullità, consentendo la (parziale) rinuncia agli effetti caducatori di tale rimedio.

L'autonomia negoziale rappresenta il potere riconosciuto ai privati di autoregolamentare i propri interessi.

Il settore dove raggiunge un considerevole margine operativo è quello contrattuale, ove si identifica nell'autonoma regolamentazione degli interessi a contenuto patrimoniale.

L'autonomia negoziale nel settore contrattuale trova fondamento nella Carta costituzionale e in norme ordinarie,

e il suo ambito applicativo si esamina anche avendo riguardo ai limiti al suo esercizio imposti dall'ordinamento. La materia contrattuale, infatti, non rappresenta un settore affidato in via assoluta alla volontà privata, dovendo ritenersi superata la teoria che riservava al potere pubblico l'intervento in settori diversi da quelli a rilevanza economica¹²³. Pur non trovando espresso riconoscimento nella Costituzione, è possibile far riferimento a disposizioni normative poste a tutela dell'autonomia negoziale.

L'art. 41 della Costituzione, in quanto riferito alla libertà di iniziativa economica, costituisce il fondamento del potere di autonomia contrattuale, ma anche un limite alla sua esplicazione¹²⁴. Alla base del principio di autonomia contrattuale può ricondursi anche l'art. 2 della Costituzione, clausola generale idonea a ricomprendere le attività attraverso cui l'individuo esprime la propria personalità¹²⁵. Analizzare il tema dell'autonomia contrattuale consente di apprezzare l'evoluzione dei rapporti tra potere pubblico e privato.

Pur nel ritenere superate le teorie che riconducevano l'esercizio di attività contrattuale alla realizzazione di interessi pubblicistici, la materia non risulta esente da interventi di fonti eteronome, in grado di incidere sulla contrattazione privata.

¹²³ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 782.

¹²⁴ P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2014, p. 447, considera riduttivo ancorare il fondamento costituzionale dell'autonomia contrattuale all'art. 41 della Costituzione, in quanto risulterebbe riferibile solo agli operatori economici.

¹²⁵ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 793, esclude il richiamo all'art. 2 della Cost., essendo una disposizione riferibile a libertà di tipo primario. P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, cit., p. 448., ritiene che l'art. 2 della Cost. faccia richiamo esclusivamente ad attività di tipo associativo.

La non estraneità del rapporto contrattuale alla realizzazione di interessi ulteriori rispetto a quelli dei singoli contraenti individua come primo limite alla contrattazione il rispetto di norme imperative, come ricavabile dall'art. 1322, co.1, c.c. Grazie alla teoria della causa in concreto, l'autonomia negoziale si orienta alla realizzazione di interessi che prescindono da quelli della collettività, in quanto riferibili alla singola operazione posta in essere dai contraenti. A tal riguardo, il rapporto contrattuale può prevedere la predisposizione di schemi contrattuali non disciplinati dal legislatore, con il solo limite del superamento del test di meritevolezza *ex art. 1322, co. 2, c.c.*

Il principio di autonomia negoziale in materia contrattuale si apprezza nelle varie fasi che caratterizzano lo svolgimento del rapporto. L'autonomia contrattuale si manifesta nella libertà di concludere o no un contratto, nella scelta della controparte negoziale e del contenuto del rapporto, nonché con riguardo alla disposizione degli effetti del contratto, tramite l'apposizione di elementi accidentali o direzionando degli effetti del contratto a favore di terzi (artt. 1411 e ss. c.c.). Il legislatore interviene a limitare l'esercizio della libertà negoziale, prevendo deroghe alla supremazia della volontà contrattuale con riguardo ad ognuna delle fasi di formazione del negozio.

La scelta di stipulare il rapporto negoziale può essere limitata per vincoli imposti dalla contrattazione privata, ovvero direttamente dalla legge. Nel primo caso, può farsi riferimento alla conclusione di vincoli preparatori alla formazione del contratto aventi ad oggetto l'obbligo di concludere il negozio, come avviene con riguardo al

contratto preliminare, nonché dell'obbligo a contrarre a carico del monopolista previsto dalla legge. Nella predisposizione del contenuto contrattuale, i contraenti possono incontrare limiti imposti dalla legge (come nel caso in cui operi il meccanismo di inserzione automatica di clausole *ex art. 1339 c.c.*) ovvero dalle parti, tramite la stipula del contratto normativo. Infine, la libertà di scelta della controparte negoziale incontra delle eccezioni nei casi di prelazione legale o volontaria.

Uno degli interventi maggiormente significativi è rappresentato dalle disposizioni, poste a tutela del contraente debole, in grado di incidere sulla predisposizione del contenuto negoziale. Come visto, la sussistenza di operatori economici in grado di contrattare in condizioni di supremazia negoziale rispetto alla controparte fa emergere l'esigenza di introdurre strumenti di regolamentazione della contrattazione tra privati, al fine di riequilibrare le posizioni negoziali.

Inizia ad assumere rilevanza un intervento esterno nella struttura negoziale, al fine di garantire la stipula di accordi proporzionati, equilibrati, anche grazie all'intervento dell'autorità giudiziaria. La fonte normativa assume, in ogni caso, valore preminente all'interno della materia contrattuale, come dimostra l'*art. 1374 c.c.*, che non prevede una funzione meramente suppletiva della legge. Con riguardo alla contrattazione asimmetrica, quindi, i limiti all'esercizio della libertà negoziale si manifestano principalmente con interventi in grado di incidere sui termini della contrattazione. Un limite all'autonomia negoziale sussiste nella fase patologica del rapporto, essendo previsti

rimedi a legittimazione relativa, azionabili solo dal contraente debole. Con riguardo ai contratti di intermediazione finanziaria, vanno individuati i limiti all'esercizio dell'autonomia contrattuale nella fase patologica del rapporto.

Occorre valutare se il contraente debole, oltre alla scelta di azionare o no la nullità contrattuale posta a suo esclusivo vantaggio, possa disporre degli effetti di tale invalidità negoziale, derogando alla disciplina generale sulla ripetizione, in quanto rimedio caducatorio posto a tutela della sua posizione giuridica soggettiva.

5. Autonomia negoziale e cause di invalidità.

L'ordinamento riconosce margini di manovra alle parti nella gestione del rapporto contrattuale, più o meno ampi a seconda della fase negoziale di riferimento. Risulta evidente l'interesse delle parti ad intervenire sul tessuto contrattuale in relazione ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, per l'esigenza di adeguare la struttura negoziale alla variazione di situazioni di fatto o di diritto, sopravvenute rispetto al momento della conclusione dell'accordo contrattuale. Può trattarsi di strumenti di disposizione del rapporto contrattuale elaborati su accordo delle parti, o azionabili per scelta di uno dei contraenti. L'azione di nullità di protezione, esercitata tramite selezione degli effetti caducatori del contratto, è espressione dell'interesse della parte debole a salvaguardare parte del rapporto negoziale.

Trattasi di una modalità di esercizio dell'azione non riconosciuta espressamente dalla legge o pattuita tramite

accordo tra le parti, di cui va valutata la legittimità esaminando i poteri che l'ordinamento concede ai privati nel regolare la fase patologica del contratto.

La valutazione della fase patologica del rapporto contrattuale, in relazione agli spazi di autonomia riservati ai contraenti, tiene conto del tipo di rimedio preso in considerazione.

Il tema delle nullità selettive suggerisce di esaminare il ruolo dell'autonomia negoziale nei rimedi di invalidità, a seconda che ciò avvenga su accordo delle parti ovvero unilateralmente.

Il punto controverso attiene al ruolo del singolo contraente, in relazione ad un contratto affetto da vizio di invalidità: ossia, i limiti all'esercizio di poteri dispositivi, tenendo conto della posizione della controparte e di eventuali interessi ultra-individuali che potrebbero risultare compromessi.

Il codice dispone di vari istituti che garantiscono alle parti la regolazione anticipata degli effetti patologici del contratto. In tali casi, il potere negoziale delle parti si identifica in forme di autotutela negoziale, in quanto consente la disposizione degli effetti del contratto senza dover ricorrere al giudice. Le forme di autotutela negoziale previste dal codice rappresentano regolazioni anticipate della fase patologica del contratto, elaborate secondo l'accordo tra le parti, che attribuiscono il potere ad uno dei contraenti di disporre degli effetti del contratto: trattasi di istituti che operano principalmente quali rimedi all'inadempimento dell'obbligazione.

L'istituto del recesso rappresenta una modalità di

scioglimento dal vincolo negoziale ad iniziativa di una delle parti, in assenza di sentenza costitutiva.

Tale modalità di scioglimento unilaterale viene assunta dal legislatore anche come meccanismo di tutela nella contrattazione asimmetrica: nei contratti conclusi a distanza o al di fuori dei locali commerciali, l'art. 52 del codice del consumo prevede un diritto di recesso *ad nutum* a favore del consumatore.

Altro metodo di regolamentazione concordata della fase patologica del contratto è rappresentato dalla pattuizione della caparra confirmatoria. Tramite il meccanismo di incameramento della caparra confirmatoria, la parte non inadempiente sceglie di recedere dal rapporto negoziale, senza che occorra un intervento dell'autorità giudiziaria. La somma corrisposta a titolo di caparra rappresenta una liquidazione anticipata del danno da inadempimento. Le parti possono beneficiare di forme di autotutela negoziale, in caso di inadempimento dell'obbligazione, in grado di risolvere il contratto di diritto, con la diffida ad adempiere, la clausola risolutiva espressa e il termine essenziale.

Gli istituti citati operano ove la parte non adempiente manifesti la volontà di avvalersene: pur rilevando la volontà di uno dei contraenti, la sua previsione a monte è frutto di un accordo delle parti. Soffermandosi sul potere che ha il singolo contraente nella disposizione degli effetti caducatori del contratto, si parte dall'esaminare l'ambito operativo nel classico rapporto negoziale disciplinato dal codice, per poi traslare il discorso in tema di contrattazione asimmetrica. La distinzione tra rimedi a legittimazione relativa e rimedi a

legittimazione assoluta rappresenta il primo passo per la definizione dei confini dell'autonomia negoziale, con riguardo alle cause di invalidità: la scelta se azionare o no la causa di invalidità rappresenta una modalità di disposizione degli effetti caducatori del contratto.

Nei rimedi a legittimazione relativa emerge la prevalenza di interessi particolari, in quanto l'ordinamento tutela una delle parti negoziali affidando a quest'ultima le sorti del rapporto contrattuale viziato. È ammessa anche la ridefinizione del rapporto negoziale ad opera delle parti, o di una parte, come avviene per la convalida del contratto annullabile ovvero per la riconduzione ad equità del contratto rescindibile o affetto da eccessiva onerosità sopravvenuta.

I poteri contrattuali di disposizione delle cause di invalidità del contratto risultano ridimensionati con riguardo ai rimedi a legittimazione assoluta: in quanto orientati alla tutela di interessi generali, l'eventuale scelta della parte di non azionare l'invalidità non impedisce la caducazione del rapporto per iniziativa di terzi legittimati.

Da queste brevi considerazioni può cogliersi la difficile collocazione che assumono le nullità di protezione nel sistema delle invalidità. Le nullità a legittimazione relativa rientrano nella categoria di invalidità che ricomprende le patologie più gravi del tessuto contrattuale: tutelano interessi generali del mercato, a seguito del moltiplicarsi delle patologie negoziali a carico del contraente svantaggiato. Il discorso si incentra sul ruolo che la regola dell'operatività della nullità di protezione a vantaggio del contraente debole può assumere a seguito di esercizio dell'azione di nullità di protezione, e se la legittimazione relativa di tale causa di

invalidità incida ai fini della disposizione degli effetti caducatori del contratto.

La questione ha assunto particolare rilievo tra gli interpreti, in relazione al potere negoziale in materia di risoluzione del contratto per inadempimento. La giurisprudenza si è pronunciata a più riprese sui rapporti tra la risoluzione giudiziale *ex art. 1453 c.c.* e le risoluzioni di diritto: dar conto del dibattito può essere utile a definire il ruolo del contraente debole, con riguardo agli effetti dell'azione di nullità di protezione esercitata nell'ambito del rapporto di intermediazione finanziaria. In entrambi i casi, emerge l'esigenza di individuare il giusto punto di equilibrio tra l'interesse a tutelare il contraente adempiente¹²⁶ ed il legittimo affidamento della controparte sulla estinzione del contratto a seguito di esercizio del rimedio caducatorio. Alla base non possono che emergere anche interessi generali alla stabilizzazione definitiva della vicenda negoziale, per esigenze di certezza delle situazioni giuridiche. Il tema della disponibilità dei rimedi contrattuali è emerso per la prassi alquanto frequente dei contraenti negoziali di voler disporre dell'azione di risoluzione per inadempimento. Una volta azionata una delle risoluzioni di diritto previste dall'ordinamento, il contraente adempiente sceglie di agire per la risoluzione giudiziale del contratto, con contestuale azione di risarcimento del danno da responsabilità contrattuale.

La giurisprudenza nel tempo non ha assunto un indirizzo

¹²⁶ Punto controverso è se può essere meritevole di tutela l'interesse del contraente adempiente a disporre degli effetti di un'invalidità negoziale già azionata.

univoco, contribuendo ad alimentare il dibattito tra gli interpreti.

Sulla questione è intervenuta anche la Suprema Corte, a Sezioni Unite¹²⁷, che ha riconosciuto l'alternatività tra il rimedio dello scioglimento del contratto tramite ricorso al diritto di recesso e l'azione di risoluzione per inadempimento.

La scelta di recedere dal contratto genera lo scioglimento del contratto a seguito di esercizio di un diritto riconosciuto tramite accordo tra le parti. Modificare la strategia processuale nel grado di impugnazione porterebbe a disporre degli effetti caducatori di un contratto già prodotti, creando uno squilibrio ingiustificato tra le posizioni negoziali. La scelta di esercitare, in caso di inadempimento, il diritto di recesso, crea il legittimo affidamento nel debitore a non dover più adempiere la prestazione: ammettere che la parte possa agire per l'azione di adempimento, rinunciando all'effetto estintivo del recesso, significherebbe sottoporre il debitore *sine die* al potere della controparte. I giudici di legittimità riconoscono l'alternatività anche rispetto all'esercizio di risoluzioni di diritto, come la diffida ad adempiere: una volta innescato l'effetto estintivo del contratto, la parte non potrà disporre, in quanto opera automaticamente. Viene individuato nella modifica della strategia processuale una forma di abuso del diritto: la parte sceglie di azionare la tutela giudiziale nei casi in cui ritiene di poter ottenere una liquidazione del danno maggiore

¹²⁷ Cass., 14 gennaio 2009, n. 553, in *www.DeJure.it*.

rispetto alla somma di cui può disporre tramite l'incameramento della caparra.

Tale pronuncia consente di porre un limite all'esercizio dell'autonomia contrattuale nella fase patologica del rapporto: la parte adempiente può scegliere la modalità con cui sciogliersi dal vincolo contrattuale, mentre gli effetti estintivi sono regolati integralmente dalla legge.

Nel corso del tempo la giurisprudenza di legittimità ha mutato indirizzo, scegliendo di valorizzare la posizione del contraente adempiente. Varie pronunce ritengono ammissibile la rinuncia agli effetti risolutori derivanti dall'esercizio delle forme di definizione stragiudiziale della vicenda negoziale. Alla base di tale indirizzo giurisprudenziale vi è la scelta di conformare le risoluzioni di diritto agli interessi della parte adempiente¹²⁸. Si valorizza l'autonomia contrattuale del contraente sino al punto di ammettere la rinuncia all'effetto estintivo prodotto dal ricorso alle risoluzioni di diritto, arrivando a riconoscere il valore meramente dispositivo dell'art. 1453, co. 3, c.c. Alla base di questo più recente indirizzo giurisprudenziale, vi è l'idea di conformare all'interesse del contraente adempiente le modalità di esperimento della risoluzione: si sceglie, quindi, di orientare tale rimedio alla tutela di interessi di parte, di uno dei contraenti.

¹²⁸ Cassazione, 9 maggio 2016, n. 9317, in *www.DeJure.it*, considera la diffida ad adempiere un istituto in grado di concedere alla parte la possibilità di scegliere tra vari strumenti risolutivi, nonché di rinunciare all'effetto istintivo già prodottosi anche tramite comportamento concludente. Il termine della diffida ad adempiere viene ritenuto essenziale solo con riguardo all'interesse del creditore, che può scegliere anche di non avvalersene, una volta scaduto, chiedendo l'adempimento della prestazione.

Una soluzione del genere penalizza eccessivamente la posizione della controparte negoziale, che risulterebbe sottoposta al potere della parte adempiente in maniera ingiustificata.

Peraltro, si pone in violazione della regola generale sui rapporti tra azione di adempimento e domanda di risoluzione giudiziale del contratto, *ex art. 1453, co. 2 c.c.*

Occorre verificare se l'indirizzo che ammette la disposizione degli effetti risolutori del contratto possa essere estesa anche alla nullità a legittimazione relativa, in quanto rimedio orientato alla tutela della parte debole del rapporto negoziale. Soffermendosi sulla nullità di stampo codicistico, la disposizione degli effetti del contratto non può ritenersi ammissibile. La nullità è causa di invalidità, a legittimazione assoluta, a tutela di interessi generali dell'ordinamento: la pronuncia del giudice è di natura dichiarativa, limitandosi ad accertare una situazione di fatto già prodottasi.

L'idea del legislatore di sanzionare il rapporto negoziale, affetto da nullità totale, con la improduttività degli effetti, esclude che le parti possano disporre di tale causa di invalidità.

Inoltre, la volontà delle parti di dare valore giuridico al contratto, evitando di ricorrere all'autorità giudiziaria con azione di nullità, può soccombere di fronte alla scelta di terzi legittimati alla proposizione dell'azione di invalidità. Le nullità di protezione sono rimedi posti a tutela della parte debole del rapporto. Occorre interpretare il senso di tale affermazione, ossia se l'operatività a vantaggio del contraente debole si identifichi nella libera scelta della parte

di disporre degli effetti della declaratoria di nullità, per la realizzazione dei propri interessi.

Una soluzione del genere non risulta condivisibile.

Ogni causa di invalidità risulta preposta anche alla tutela di interessi generali, che prescindono da quelli di cui è titolare il legittimato all'azione, e deve tener conto della posizione della controparte. Le nullità relative sono preposte alla tutela di interessi generali, come il corretto svolgimento del mercato concorrenziale, che risulta pregiudicato da una contrattazione asimmetrica.

Il dato normativo è fondamentale nell'identificazione dei poteri concessi alla parte legittimata a far valere la causa di invalidità.

Nelle nullità di protezione l'ordinamento deroga alla legittimazione assoluta, affidando alla parte protetta la scelta di caducare il rapporto negoziale.

Si può parlare di disposizione del contratto asimmetrico affetto da nullità di protezione solo con riguardo alla scelta di non azionare tale causa di invalidità¹²⁹.

La riferibilità dei rimedi caducatori alla salvaguardia di interessi che prescindono quelli dei singoli contraenti impone di ricostruire l'autonomia negoziale, nella fase patologica del rapporto, facendo riferimento all'ambito operativo riconosciuto dalla legge ai privati, anche nei rimedi a legittimazione relativa. La legittimazione relativa, nelle nullità di protezione, non viene ricostruita dal legislatore come strumento di disposizione degli effetti della

¹²⁹ S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, cit., p. 1031 e ss., identifica la disponibilità dell'azione di nullità con la rinuncia all'azione.

nullità negoziale, né fonda una legittimazione ad agire *in re ipsa* della parte¹³⁰. La scelta del contraente debole di agire per la declaratoria di nullità non consente di direzionare gli effetti della sentenza, in quanto avente natura dichiarativa, a suo esclusivo vantaggio. Nel rapporto di intermediazione finanziaria, la nullità del contratto-quadro di investimento non può quindi essere direzionata dal legittimato al fine di ottenere la caducazione di singoli ordini di investimento, in particolare di quelli non andati a buon fine.

La scelta di azionare la nullità del contratto a monte si ripercuote sui singoli ordini di investimento, con legittimazione a proporre azione di restituzione da parte del professionista, essendo venuta meno la causa giustificatrice delle attribuzioni patrimoniali sottese all'intera operazione negoziale¹³¹.

Tale ricostruzione permette di garantire la primazia del dato normativo in materia di nullità di protezione, contro soluzioni che eccedano nella tutela del contraente debole, con ingiustificato pregiudizio alla posizione della controparte professionista. L'esigenza di riequilibrare il rapporto negoziale, caratterizzato da asimmetrie che possono pregiudicare il corretto svolgimento del mercato concorrenziale, non può identificarsi in forme di disposizione dell'azione di nullità, che precludano al professionista la facoltà di avvalersi degli effetti della

¹³⁰ S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione e interesse*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011, p. 426, ritiene che anche in tali casi vada valutato l'interesse in concreto della parte e l'eventuale abuso di potere nella proposizione dell'azione giudiziale.

¹³¹ S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso senza partitura*, cit., p. 164, riconosce la natura dichiarativa della sentenza che si pronuncia sulle nullità di protezione, con effetti *ex tunc*.

sentenza di nullità. Pertanto, in assenza di intervento normativo, è da escludersi che la legittimazione relativa nelle nullità di protezione possa operare a favore della disposizione degli effetti caducatori del contratto, derivanti dalla declaratoria di nullità¹³².

6. La compensazione dei crediti.

La declaratoria di nullità del contratto-quadro carente di forma scritta, anche se azionata con riguardo ad un singolo ordine di investimento, genera la caducazione dell'intero rapporto negoziale, dovendo escludersi il potere del contraente debole di disporre degli effetti restitutori, operanti *ex lege* con riguardo alla disciplina dell'indebito oggettivo.

Una volta superata la soluzione, adottata dalla Suprema Corte¹³³, a favore dell'identificazione tra operatività a vantaggio esclusivo del contraente debole e disposizione degli effetti della sentenza di nullità del contratto-quadro, occorre rimeditare la soluzione del ricorso all'istituto della compensazione dei crediti (in via di eccezione o quale domanda riconvenzionale) da parte del professionista. La compensazione rappresenta un modo di estinzione delle obbligazioni a carattere satisfattorio, che realizza l'interesse delle parti a liberarsi dei propri debiti¹³⁴.

Il legislatore prevede nel codice civile una disciplina a carattere generale, inserita tra i modi di estinzione delle

¹³² C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, cit., p. 179.

¹³³ Cass., 4 novembre 2019, n.28314, cit.

¹³⁴ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 4, *L'obbligazione*, Milano, 1990, pag. 478.

obbligazioni, ed operante su iniziativa di parte. La compensazione delle obbligazioni è ammissibile nei casi in cui vi sia reciprocità e autonomia tra i rapporti contrattuali, aventi ad oggetto debiti di somme di denaro (o altro bene fungibile), liquidi, esigibili ed omogenei tra loro. Una volta ammesso che le singole operazioni di investimento, compiute dall'intermediario finanziario, non rappresentano momenti esecutivi di un singolo rapporto negoziale, ma adempimento di obbligazioni derivanti da autonomi contratti, può ritenersi sussistente il requisito dell'autonomia delle obbligazioni ai fini dell'operatività della disciplina della compensazione.

La disciplina codicistica della compensazione dei crediti individua le ipotesi in cui non sia esperibile tale modalità di estinzione dell'obbligazione (art. 1246 c.c.). Tra i casi in cui è vietata la compensazione, la volontà delle parti rileva solo ove vi sia espressa rinuncia a tale modalità estintiva dell'obbligazione: non è prevista una deroga alla compensazione dei crediti nei casi di esperimento di rimedi a legittimazione relativa. A sostegno della teoria che ammette la domanda riconvenzionale o l'eccezione di compensazione da parte del professionista nei confronti del cliente che azioni le sue pretese restitutorie, vi è anche la funzione di autotutela sottesa a tale modo di estinzione delle obbligazioni: il ricorso all'eccezione di compensazione, infatti, consente alla parte di tutelarsi contro l'inadempimento della controparte¹³⁵. Con la declaratoria di nullità del contratto-quadro di investimento, e contestuale

¹³⁵ R. CATALANO, *Profili evolutivi della compensazione in ambito civile e fallimentare*, Napoli, 2020, p. 68.

caducazione dei singoli contratti ad esso collegati, sorgono in capo ad entrambe le parti obblighi restitutori, in assenza di deroga espressa alla disciplina generale dell'indebito.

Non può escludersi *a priori* l'ipotesi che il contraente debole non adempia all'obbligo restitutorio, né che vada tutelata la posizione del professionista, in relazione alle pretese restitutorie derivanti da un contratto nullo. L'asimmetria tra le posizioni negoziali non può, quindi, assumere rilievo al fine di consentire deroghe al sistema della compensazione dei crediti. Nell'ottica di garantire soluzioni ragionevoli, che tengano conto anche della posizione del professionista, comporta un giusto temperamento degli interessi delle parti consentire il riequilibrio delle posizioni negoziali a monte, solo nella scelta di azionare o no la nullità di protezione.

Conclusioni.

Le nullità di protezione rappresentano una causa di invalidità *sui generis* dell'ordinamento, in quanto ereditano caratteristiche dei rimedi a legittimazione relativa ed assoluta. Costituiscono uno strumento di tutela delle contrattazioni asimmetriche, con riguardo a determinati rapporti negoziali in grado di pregiudicare il corretto svolgimento del mercato concorrenziale. La scelta di prevedere tale strumento di riequilibrio del rapporto negoziale comporta che le nullità relative siano azionabili soltanto dalla parte pregiudicata dal regolamento contrattuale.

La legittimazione relativa delle nullità di protezione si adatta all'operatività del rimedio di invalidità a vantaggio del contraente debole: di conseguenza, vanno delineati i poteri concessi alla parte legittimata ad azionare tale causa di invalidità.

Le nullità a legittimazione relativa rappresentano una categoria speciale della nullità di stampo codicistico, ed ereditano la disciplina prevista per tale causa di invalidità, salvo deroga espressa. Sono orientate alla tutela di interessi generali: pertanto, l'interesse del contraente debole ad azionare un rapporto negoziale eccessivamente squilibrato a suo svantaggio, va rapportato ad ulteriori esigenze di carattere generale. Ciò significa che la tutela garantita con le nullità a legittimazione relativa non conferisce potere alla parte debole di azionarla in maniera tale da realizzare esclusivamente gli interessi legati alla singola situazione

sostanziale. I rimedi di invalidità, posti a tutela di interessi generali, rappresentano patologie in cui l'esercizio del potere negoziale è limitato.

Le nullità di protezione ereditano le caratteristiche della categoria di invalidità cui appartengono: il vantaggio concesso alla parte debole è rappresentato dalla titolarità esclusiva del potere di caducare o no il rapporto negoziale.

I contratti di investimento rientrano nella categoria dei negozi asimmetrici, per i quali il legislatore prevede il requisito della forma scritta a tutela del contraente debole. L'art. 23 del t.u.f. rappresenta una delle ipotesi in cui il requisito formale assume funzione protettiva del contraente svantaggiato.

Ed è proprio partendo dal considerare la funzione assolta con la forma scritta *ad substantiam* che si passa ad esaminare la latitudine del potere esperibile, da parte del contraente debole, in sede di azione di nullità di protezione. Trattandosi di azione imprescrittibile, può essere esercitata anche in fase esecutiva del rapporto, ove risultino stipulati altri rapporti di investimento, ma dipendenti dal contratto-quadro a monte. La scelta del contraente debole, quindi, si limita a far valere o no la nullità del contratto carente di forma scritta, mentre gli effetti sono regolati dalla legge. Il vizio formale non può essere azionato per caducare singoli ordini di investimento non andati a buon fine. In caso contrario, si pregiudicherebbe la funzione prevista dalla legge con tale requisito formale, ossia riequilibrare una contrattazione affetta da asimmetrie informative. Pertanto, l'azione di nullità di cui all'art. 23 del t.u.f. non può essere esperita per la caducazione di singoli ordini di

investimento.

Ove la parte debole scelga di far valere il vizio formale, quest'ultimo si estende anche agli ordini di investimento non impugnati, anche in applicazione del regime di propagazione degli effetti derivante dal collegamento negoziale sussistente tra i singoli contratti e il contratto-quadro a monte. Allo stesso tempo, il dato normativo non consente di derogare alla regola generale dell'indebito oggettivo, operante una volta venuto meno il rapporto negoziale: le pretese restitutorie possono essere azionate da entrambe le parti, in quanto ogni prestazione eseguita risulta priva di fondamento causale. Adottare una soluzione che consenta l'esercizio della nullità *ex art. 23 del t.u.f.* in funzione selettiva significherebbe concedere alla parte debole il potere di "sanare" parte dell'operazione negoziale.

Si arriverebbe ad ammettere, in sostanza, una sorta di convalida parziale del rapporto d'investimento, con riguardo ai singoli ordini non impugnati: ma la sanatoria della nullità non può ritenersi ammissibile.

La nullità selettiva rappresenta il mezzo per trasformare in nullità parziale una invalidità ricostruita dal legislatore come totale. Occorre sottolineare che la natura parziale delle nullità di protezione è indubbiamente caratteristica ricorrente in tale rimedio di invalidità, ma in quanto prevista espressamente dal legislatore.

Le nullità con funzione selettiva rappresentano uno strumento di tutela elaborato dagli interpreti che si pone in violazione del dato normativo, orientato a tutelare in via esclusiva la posizione del contraente debole, a discapito

dell'interesse della controparte a ripetere prestazioni eseguite in assenza di titolo valido.

Bibliografia

- G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014.
- A. BARBA, *Nullità di protezione e selezione degli effetti restitutori*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020.
- A. BARENGHI, *Il diritto dei consumatori*, Milano, 2017.
- E. BARGELLI, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010.
- G. BERTI DE MARINIS., *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013.
- G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, in *Banca borsa titoli di credito*, II, 2016.
- G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2014.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, 3, Il contratto*, 3^a edizione, Milano, 2019.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, 4, L'obbligazione*, Milano, 1990.
- C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2019.
- R. CALVO, *Diritto civile, 2, Il contratto*, 2^a edizione, Bologna, 2020.
- R. CATALANO, *Profili evolutivi della compensazione in ambito civile e fallimentare*, Napoli, 2020.
- G. CIAN - A. TRABUCCHI, *Commentario breve al codice civile*, 15^a ed., Milano, 2022.

- R. COSTI-F. VELLA, *Commentario breve al testo unico bancario*, Milano, 2019.
- A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020.
- M. DELLACASA, *Restituzioni e regime dei rimedi contrattuali: un'analisi critica del diritto applicato*, in *Contratto e impresa*, 2018.
- M. DE PAMPHILIS, *Azione "selettiva" di nullità e obbligo di lealtà dell'investitore: il criterio ordinante della buona fede nella giurisprudenza delle sezioni unite*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2021.
- L. GALANTINO, *Diritto del lavoro*, Torino, 2000.
- F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle sezioni unite della cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2008.
- F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e impresa*, 2005.
- F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 27^a ed., Napoli, 2015.
- E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Bari, 2011.
- M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali-Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.
- M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione: un falso problema?* In *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020.

- M. GIROLAMI, *Nullità di protezione*, in *Enciclopedia del diritto*, I, *Il contratto*, diretto da Giovanni D'Amico, Milano, 2021.
- D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020.
- U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n.12390/2017*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2017.
- S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2018.
- S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020.
- E. MOSCATI, *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Rivista di diritto civile*, 2007.
- S. PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione e interesse*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2011.
- S. PAGLIANTINI, *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020.
- S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")* in *I Contratti*, 2020.
- G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2ª ed., Napoli, 2011.

- P. PERLINGIERI, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, Napoli, 2014.
- P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1999.
- S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.
- S. POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016.
- I. PRISCO, *Le nullità di protezione. Indisponibilità dell'interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012.
- C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020.
- V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)* in *Contratto e impresa*, 2005.
- D. RUSSO, *Dimensione del vizio, nullità "selettiva" e conformazione dei negozi*, Napoli, 2020.
- C. SARTORIS, *Nullità di protezione e interesse ad agire*, Milano, 2022.
- C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?* in *Giurisprudenza Italiana*, 2019.
- C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2020.
- D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010.
- A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 24^a ed., Milano, 2019.

- A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, in *Il Corriere giuridico*, 2016.
- A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Torino, 2012.
- G. VETTORI, *Contratto e rimedi. Verso una società sostenibile*, 4^a edizione, Milano, 2021.
- L. ZAPPATA, *Le restituzioni nei contratti nulli*, in G. DE NOVA, *Studi sulle restituzioni*, Torino, 2012.

Indice della giurisprudenza

- Cass., 11 marzo 1988, n. 2398, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 24 settembre 2002, n. 13906, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 14 gennaio 2009, n. 553, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 12 dicembre 2014, n. 26243, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 17 settembre 2015, n. 18214, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 27 aprile 2016, n.8395, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 9 maggio 2016, n. 9317, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 19 maggio 2016, n. 10331, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 17 maggio 2017, n. 12388, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 17 maggio 2017, n. 12389, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 17 maggio 2017, n. 12390, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 16 gennaio 2018, n. 898, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 24 aprile 2018, n. 10116, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in *www.DeJure.it*.
- Cass., 4 novembre 2019, n. 28314, in *www.DeJure.it*.