



*Struttura di formazione decentrata
della Corte di cassazione*

QUESTIONI DI DIRITTO CIVILE ALL'ESAME DELLE SEZIONI UNITE
*Il contratto d'intermediazione finanziaria privo di forma scritta:
nullità selettiva o abuso del diritto?*

ROMA, MERCOLEDÌ 13 FEBBRAIO 2019
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
AULA MAGNA, (PIANO II) ORE 14.30

RESPONSABILI DEL CORSO: GIOVANNI GIACALONE, ANGELINA-MARIA PERRINO

**LA NULLITÀ DI PROTEZIONE COME NULLITÀ
SELETTIVA ? OCCHIO AI CONCETTI**
(RICORDANDO FRANCESCO CARNELUTTI)

Prof. STEFANO PAGLIANTINI

STEFANO PAGLIANTINI

LA NULLITÀ DI PROTEZIONE COME NULLITÀ SELETTIVA ? OCCHIO AI CONCETTI (RICORDANDO FRANCESCO CARNELUTTI)

1. Com'è risaputo, quella sollevata da Cass. 23927/2018 non è una questione nuova, avendola già posta, sulla premessa manifesta però di una contrarietà a buona fede della c.d. nullità selettiva, Cass. 12390/2017¹: ma la validità, sancita dalle S.U. 898/2018², del contratto di investimento monofirma, aveva finito per derubricarla a questione assorbita. Ne dobbiamo però dedurre che la nuova ordinanza di rimessione tematizza il diverso caso di un contratto di intermediazione finanziaria la cui nullità, *se formale*, rampolli evidentemente da un difetto di sottoscrizione dell'investitore o dal fatto che la sua firma sia stata accertata come *falsa*. Orbene, non meno arcinote sono le due opposte vedute che si contendono da tempo il campo: se la nullità è di protezione, ecco la prima, l'investitore può eccepirla, come statuito da Cass. 8395/2016, pure limitatamente «a taluni degli ordini di acquisto, a mezzo dei quali è stata data esecuzione al contratto viziato». Per contro, ecco la seconda, viene fatto notare che, in quanto edotto di una siffatta nullità del contratto – quadro, l'uso speculativo che l'investitore faccia della normativa di protezione è scongiurabile riconoscendo all'intermediario una legittimazione ad opporre un'*exceptio doli generalis*. Proporre una domanda di nullità dei soli ordini in perdita ritualizza, vien detto, un abuso del diritto in quanto non è meritevole di tutela un agire che sia «finalizzato a trasferire opportunisticamente sull'intermediario l'esito negativo di uno o più investimenti».

Già ci è capitato di osservare che un siffatto modo di ragionare non è perspicuo, palesandosi come l'epifania del nuovo modo di porsi delle Corti «rispetto al diritto come esperienza»³. Scrivendo in punta di penna, come vedremo, dovrebbe apparire chiaro che il binomio nullità selettiva/*exceptio doli generalis* è carente di un qualche costrutto e soprattutto incanala il dibattito lungo delle direttrici che fanno perdere la bussola del discorso. Il fatto che l'ordinanza in oggetto riediti il problema alla luce del *leitmotiv* corrente, facendone così precipuamente una questione di rimedio *versus* una «scorrettezza qualificata» della parte che subisce l'eccezione⁴, ci sembra, perciò, che ne appanni il recitativo, rendendolo di conseguenza fin troppo interlocutorio. Al netto di ciò, si è però al cospetto di un'ordinanza provvista di un innegabile pregio in quanto, senza tante *nuances*, la Corte ivi evidenzia che il problema di una nullità selettiva ha una sua ragion d'essere, e di qui il nostro titolo, solo nel caso di una comminatoria *di protezione*. Se la nullità è *assoluta*, tutta la narrazione che affanna gli interpreti, semplicemente non si dà⁵: mentre se la nullità è di protezione, l'uso selettivo, ha ragione Malvagna⁶, non è di esclusiva pertinenza della forma e/o dei requisiti di forma – contenuto, palesandosi una *neutralità* della specifica causa che abbia condotto alla sua statuizione normativa. Come rimarca pure Cass. 10116/2018⁷, non un falso problema dunque. Semmai, complice l'intreccio di troppi angoli di osservazione, ciò che restituisce la sensazione di un *ambaradan* è il mosaico delle soluzioni che hanno avuto, diciamo rapsodicamente, fino ad oggi la meglio.

Ma vediamo nel dettaglio.

2. *Prima proposizione*: se ammettiamo che, dedotta la nullità del contratto – quadro, possa imbastirsi una strategia processuale incentrata unicamente sulla selezione degli ordini in perdita, dovrà contestualmente escludersi, è vero, che l'intermediario possa per converso proporre una domanda riconvenzionale di ripetizione, caduto il contratto – quadro, degli utili derivanti da tutte le altre operazioni. *Idem*, aggiungiamo, per un'eccezione di compensazione, ai sensi dell'art. 1243 c.c., con i crediti (pecuniari) restitutori dell'attore investitore: che invece Cass. 6664/2018, ribadendo portata ed effetti dell'azione di nullità⁸, apertamente contempla. Diversamente, è questo il succo del discorso che illustrano i partigiani di una nullità selettiva, verrebbe vanificata la *premieria* della disciplina di protezione in quanto nessun investitore, se dovrà restituire il profitto maturato nel tempo, si risolverà

¹ Per un commento della quale v. l'articolata riflessione imbastita da MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, I, spec. 832 ss.

² Cass. S.U. 16 gennaio 2018, n. 898, è consultabile, in molti luoghi: la si veda in *Contratti*, 2018, 6 ss.

³ In PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari cc.dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Liber amicorum Pietro Rescigno. In occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, II, 1490.

⁴ Cfr. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit. 833 (nt. 12).

⁵ O, se lo si dovesse preferire, è «spaesante»: così MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit.

⁶ *Op. loc. ult. cit.*

⁷ Cass. 24 aprile 2018, n. 10116, in *Rep. Foro it.*, 2018, voce *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 43,

⁸ V. Cass. 16 marzo 2018, n. 6664, in *Contratti*, 2018, 543 ss., con una nota, riccamente informata, di CICATELLI, *Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria*.

ad impugnare il contratto a monte quantunque abbia *scientia* di una sua nullità⁹. Notiamo che, ridotto all'essenziale, questo argomento riproduce quello che, in sede di clausole vessatorie nei contratti *b2c*, ha istituzionalizzato, *leading case Kásler e Káslerne Rábai* (C-26/13)¹⁰, la CGUE: il regime delle obbligazioni restitutorie impatta sull'incentivo a domandare la nullità in quanto, se lo statuto delle restituzioni non è modellato come *asimmetrico*, difetterà tendenzialmente un qualche interesse ad agire. Siamo dalle parti, come già ci è capitato di scrivere, di una nullità di protezione concepita a guisa di «un microsistema normativo contraddistinto dal *quid pluris* di irradiare sempre una logica restitutoria ad effetto sfavorevole per il professionista a motivo di un'assorbente funzione punitiva»¹¹. Altrimenti a dischiudersi è il paradosso, peggiore del male, di una *sottodeterrenza* del dato normativo¹².

Tecnicamente, notiamo, è un discorso che potrebbe non fare una grinza: epperò, se già una domanda di ripetizione basta a fare da utile schermo alla *chicane* dell'investitore di malafede, quale ragione c'è di battere la via di fuga dell'*exceptio doli* in vista di un diniego di effetti all'atto di esercizio del diritto? Non è, si badi, un interrogativo di maniera: in realtà nessun abuso ci può essere, in quanto a contrastarlo basta il dispositivo l'art. 2033 c.c. se, diamo per buono, come la maggioranza delle Corti è solita sentenziare¹³, che l'acquisto di strumenti finanziari è questione di istruzioni che il mandante impartisce al mandatario ai sensi dell'art. 1711 c.c., trasformando così degli autonomi contratti traslativi in atti unilaterali esecutivi, carenti nel contempo di una causa in quanto riguardati quale mero adempimento di un *unico* rapporto contrattuale. Al netto della paternalistica *querelle* sull'opportunità di un investitore che agisce secondo un calcolo di personale convenienza¹⁴, bisogna allora intendersi: se si raffigurano i singoli ordini di borsa, anziché quali proposte di contratto accettate mediante esecuzione ex art. 1327 c.c., come delle semplici istruzioni, la nullità del contratto quadro spazza via ogni variabile. Pure infatti ad etichettare come meritevole la condotta di un investitore malizioso che di fatto aziona uno *ius poenitendi extra ordinem*, la nullità selettiva di ordini acefali, *quando abbiamo un petitum che include l'invalidità del contratto – base*, è un *non sense*. Tradotto, stante il principio dispositivo, è soltanto nei casi di un'asimmetria tra la *causa petendi* ed il *petitum*, se non soccorre un rilievo officioso operante un'estensione della nullità alla maniera dell'art. 159 c.p.c., che il problema, nonostante il *restatement* delle S.U. n. 26242/2014, è destinato a porsi¹⁵.

⁹ Ovvero lo farà soltanto se il saldo attivo, effettuate le restituzioni, è a suo vantaggio.

¹⁰ V. CGUE, 30 aprile 2014.

¹¹ In PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni secondo un recente arresto dell'A.B.F.*, in MAUGERI - PAGLIANTINI, *Il credito ai consumatori*, Torino, 2013, 95. È di intuitiva evidenza che un siffatto modo di ragionare si mostra opposto all'idea, che pure *normalizza* il fenomeno di una nullità di protezione come fattispecie selettiva, di un rigetto della domanda di nullità sulla scorta dell'argomento che l'omessa inclusione di taluni ordini nell'azione di nullità – ripetizione dischiude *per facta concludentia* una volontà dell'investitore di *convalidare* il contratto quadro nella sua interezza. V. Trib. Verona, 17 aprile 2009, consultabile su *IlCaso.it* nonché le riflessioni di MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *Contr. e impr.*, 2011, spec. 49 ss. Rigettata la domanda, perché il contratto di investimento è stato nel frattempo tacitamente *sanato*, è evidente che diviene un esercizio di stile discutere sulla condotta abusiva dell'investitore così come interrogarsi sul perimetro di operatività della declaratoria (non pronunciata) di nullità. Ivi verrebbe invero a palesarsi, come sappiamo, un agire dell'investitore rubricabile come *espressione inequivoca della sua volontà di volersi giovare degli effetti del contratto quadro*. Il fatto è che dedurre una convalida tacita dall'omessa inclusione, nella domanda di nullità, di altri ordini, ha palesemente dell'artificioso non foss'altro perché difetta vistosamente una base logica legittimante una *vis estensiva* dell'effetto sanante, avente ad oggetto gli ordini non impugnati, a quelli che viceversa sono stati dedotti in giudizio! Come nota MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit. 836, «proprio nell'atto in cui si ravvisa la fonte della convalida tacita», troviamo certificata una «volontà opposta: e cioè [una] volontà non già conservativa, bensì ablativa». Qualsiasi convalida, lungi dall'essere l'effetto automatico di una previsione legislativa, impinge (notoriamente) in una manifestazione di volontà, della parte legittimata, da accertare di volta in volta: mentre qui avremmo, in maniera del tutto apodittica, un'omessa impugnazione che rileva a guisa di una volontà validativa dell'operazione economica nella sua interezza.

Come potrà notarsi, la cifra di questo discorso prelude dalla lettura che voglia darsi dell'art. 1423 c.c. e, per riflesso, dalla posizione che voglia assumersi in merito ad una convalidabilità delle nullità protettive.

¹² V. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit.

¹³ Non a caso Cass. 24 aprile 2018, n. 10116, cit. è *tranchant* nell'evidenziare che il nugolo di questioni sollevate dalla nullità selettiva è «prospettabile unicamente in presenza di un contratto quadro [nullo] e non quando», come nella fattispecie ivi decisa, «esso totalmente manchi».

¹⁴ Rinverdità principalmente, tra gli altri, da PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in ID., (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2008, 37 e, *ex professo*, da SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, 21, critico sulla trasformazione del risparmiatore ad arbitrio «esclusivo non solo della tempistica ma anche della scelta dei singoli investimenti da cancellare». Come un'epifania topica dell'abuso del diritto la considera succosamente C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2011, 12.

¹⁵ Provando a dirlo *per extenso*, il solo modo per ammettere un'*infungibilità* dell'*exceptio doli* consiste nel leggere, come non a caso fa Cass. 8395/2016, il *grand arrêt* delle S.U. n. 26242/2014, nel senso che la possibilità di estendere l'accertamento giudiziale a cause di nullità protettive che siano *altre* rispetto a quelle dedotte dalle parti *non includerebbe* un rilievo officioso ricomprendente, e quindi esteso a, «atti diversi da quelli verso i quali la censura è rivolta». Se si ragiona così, siccome la domanda dell'investitore ha per oggetto dei singoli ordini, la validità del contratto quadro rimane fuori dal *petitum*, dandosi qui un giudice che viene sì a conoscerne la nullità, sulla scorta di quanto allegato dall'investitore, ma solo *incidenter tantum*. Ora, se assumiamo che, a palesarsi qui sia una nullità totale quale *questione pregiudiziale ma in senso meramente logico*, il corollario deducibile è quello di un giudice che *non potrebbe estendere* la declaratoria di nullità dell'ordine al contratto quadro giacché, sulla nullità di questo, non v'è domanda: e, come sappiamo, una domanda riconvenzionale dell'intermediario è apertamente

Dopo di che, prima ancora di domandarsi se una tutela effettiva dell'investitore si dà soltanto riconoscendo un'autonomia alle singole operazioni di investimento, torna utile spendere qualche altra battuta sulla ragione per cui il dispositivo dell'art. 23, c. 1 e 3 T.U.F. dischiude una nullità di protezione che, in termini di deterrenza, è *zoppa*. Fino ad ora infatti abbiamo soltanto appurato che l'argomento di un'unitarietà del rapporto contrattuale trasforma l'immagine stipulativa di una nullità selettiva in un'illusione ottica. Naturalmente la nullità di un singolo ordine può darsi, ma ove ne sia denunziato un vizio specifico, quale fattispecie separata dalla nullità del contratto - quadro. In tal caso, però, niente c'è che stoni in quanto non si materializza alcuna commistione, per dirlo alla Mengoni maniera¹⁶, tra principio di forma e divieto di *venire contra factum proprium*. Cass. 29111/2017 ci fa da sponda¹⁷: se, a venire dedotta in giudizio è la nullità di un singolo ordine, il giudicato che intervenga su quella operazione non investe le altre, tanto è vero che risulterà poi esperibile un'azione risarcitoria traente origine da un ordine di acquisto, non andato a buon fine, che sia temporalmente antecedente.

3. *Seconda proposizione*: ammettendo che tra contratto – quadro e singole operazioni di investimento corra un collegamento negoziale *necessario ed unilaterale*, è poi *in re ipsa* che avremo una nullità a monte caducante automaticamente i contratti a valle quantunque, ecco il punto !, l'investitore abbia parcellizzato la domanda di nullità. Se diamo per buono che la causa delle attribuzioni patrimoniali risieda nel contratto – quadro, va da sé che la nullità di questo, *in mancanza di una deroga testuale alle norme sull'indebito*, travolgerà la totalità dei rapporti intercorsi tra investitore ed intermediario. Se quanto eseguito è *tutto* un prestatore in esecuzione di un contratto nullo, il diritto alla ripetizione sorge per *ambidue le parti*, quale *indebito* per la mancanza di un titolo idoneo a stabilizzare, nella sfera di ogni *accipiens*, un pagamento non dovuto. Già ci è capitato di notare che, tutte le volte in cui viene fatta questione di una nullità del contratto – quadro, le Corti in realtà non decampano dall'immagine di ordini che, come sancito da Cass. 12937/2017, si collocano «all'interno della struttura fissata dal contratto quadro, nell'alveo tracciato dallo stesso»¹⁸. Cass. 12937/2017 contempla, è vero, una divisibilità del rapporto e sentenza di una risolubilità parziale ma –*cave*– ivi l'attore aveva lamentato un inadempimento grave, vestendo così i panni del mandante che esercita il potere di rifiutare la prestazione inesatta del mandatario. In quella pronuncia è la stessa domanda dell'attore che non portava perciò a disarticolare il rapporto contrattuale dedotto in giudizio.

Così stando le cose, chi dal genitivo di una siffatta nullità, ne deduce la legittimità di un'impugnativa circoscritta ai singoli ordini, maneggia in realtà un argomento che prova troppo. *Nulla quaestio* che l'art. 23, c. 3 T.U.F. rimetta insindacabilmente all'investitore la scelta se impugnare oppure no il contratto – quadro: ma, dando per buona la premessa di un *collegamento unilaterale*, supporre che la scelta si ramifichi pure a valle, implica ammettere che, dettando l'art. 23, c. 3 T.U.F., il legislatore ha inteso derogare pure al *diritto comune dell'art. 2033 c.c.*, istituendo così un'irripetibilità di cui nella legge non c'è per converso traccia. Il T.U.F., lo sappiamo, non annovera un regime restitutorio unilateralmente orientato mimante quello che, esemplificando, si legge nell'art. 125-*bis*, c. 9 T.U.B ovvero nell'art. 167, c. 2 cod. ass. priv.: ed in difetto di un'eccezione testuale, alla maniera dell'art. 67-septiesdecies, c. 5 c. cons., non ci sembra che una *deroga*, ritagliata su di un'*immunità restitutoria* delle operazioni vantaggiose, la si possa praticare *ope interpretationis*. Un'eccezione virtuale sottende infatti la pre – comprensione che *ogni* nullità di protezione sia *speciale* perché contempla, tra i suoi attributi identificativi, pure una deroga al dispositivo, modellato invece sullo stato di buona o mala fede dell'*accipiens*, dell'art. 2033 c.c. Complice la *neutralità della disciplina dell'indebito, una lettura funzionale della nullità di protezione*, che venga così ad effigiarla come una *fattispecie geneticamente selettiva*, è questo il problema, già per la verità affacciatosi in dottrina¹⁹, che viene scopertamente a porre. Ora, lo notiamo di passata, risulta intuitiva l'obiezione che, siccome l'art. 125-*bis*, c. 9 T.U.B passa per una norma *singolare*²⁰, è più plausibile la deduzione che *ubi lex voluit, dixit*, non foss'altro perché (aggiungiamo) una nullità, corredata di una tutela restitutoria asimmetrica, oltre che di protezione paleserebbe

inammissibile ex art. 23, c. 3 T.U.F. Ragion per cui, o assumiamo che la nullità dell'intero contratto, a guisa di un effetto legale della domanda dell'investitore, è rilevabile officiosamente oppure non se ne esce. Salvo, appunto, la via di fuga dell'*exceptio doli*: al riguardo, notiamo, neanche lo stratagemma di una convalida tacita ci può essere d'aiuto, se è vero che il giudice non può manifestamente rilevarla *ex officio*, formando la convalida oggetto di un'eccezione di merito in senso stretto (cfr. Cass. 8 marzo 2017, n. 5794). È vero che, per Cass. 6664/2018, l'intermediario, convenuto con una domanda di pagamento, potrebbe *sicuramente* eccepire il proprio maggior credito, fermo restando che, in concreto, «l'eccezione potrà valere a paralizzare la pretesa altrui solo sino alla reciproca concorrenza». Il fatto è che, nella fattispecie ivi decisa, non risultava controverso che il rapporto principale fosse caduto.

¹⁶ V. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, ora in ID., *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, curati da CASTRONOVO, ALBANESE e NICOLUSSI, Milano, 2011, 165 ss.

¹⁷ V. Cass. 5 febbraio 2017, n. 29111.

¹⁸ V., in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2018, 393 ss., con nota di RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*.

¹⁹ V., *amplius*, in PAGLIANTINI, *Nullità formali bancarie e restituzioni secondo un recente arresto dell'A.B.F.*, cit. 91 s.

²⁰ Sulla declinazione ancipite dell'art. 125-*bis*, c. 9, il dibattito, per altro, è tutt'altro che sopito. Per una disamina ci sia consentito il rinvio a PAGLIANTINI, *Consumerizzazione dei rapporti bancari: un sintagma polisemico nel ciclo di "vedute" della Cattedrale*, in BARENGHI (a cura di), *La trasparenza bancaria venticinque anni dopo*, Napoli, 2018,

l'anima di una *sanzione* nei riguardi del professionista infedele²¹: e le restituzioni, se vogliamo stare alla veduta maggioritaria, sono impermeabili ad una finalità punitiva ove non soccorra un'esplicita previsione di legge, qui difettante pure nel corso dell'art. 30, c. 7, T.U.F.. Ogni *surplus* di responsabilità del professionista conosce infatti, e lo sappiamo, l'insidia di un eccesso di deterrenza, specie quando, come non è inusuale che accada proprio nell'area dell'intermediazione finanziaria, ci si trovi al cospetto di un *concorso del fatto dell'investitore*. Semmai potrebbe pensarsi ad un investitore che, avendo l'intermediario violato una regola di comportamento, vanta volendo una legittimazione ad agire in via *risarcitoria*²².

Domanda: se si vuol tutelare l'investitore, è allora la premessa che va ribaltata, confutando l'immagine di un rapporto contrattuale unico? In dottrina, come sappiamo, è diffusa l'idea che, in quanto normativo, il contratto – quadro abbia un effetto puramente obbligatorio, con poi a fargli da corona l'appendice programmata di contratti ad efficacia reale provvisti di un'autonoma causa di scambio²³. Gentili succosamente scrive che la fase di negoziazione degli ordini di investimento ci restituisce l'immagine non di «uno scontato momento esecutivo» bensì di un «essenziale momento decisionale»²⁴. Se non fosse, proviamo a chiosare così, che pure a ragionare di contratti *di secondo livello*, se ognuno di questi rimane comunque attuativo di un accordo – quadro riguardato, alla Roppo maniera, come un *presupposto normativo essenziale*, non c'è modo di immaginare che la nullità originaria del presupposto, visto che la singola operazione *de relato* vi si fonda, possa produrre un effetto contagio intermittente. Una nullità a geometria variabile è inconfigurabile *oggettivamente* non perché la scelta soggettiva dell'investitore, anziché ad un *uso distorto*, dovrebbe ispirarsi ad una (irragionevole) parità di trattamento dei singoli ordini di borsa. È, insomma, l'idea di una *base negoziale comune* che impedisce un modello di caducazione conservativa *contro* la volontà di una delle parti, leggi dell'investitore. Non a caso è ai *principi* regolanti le nullità negoziali che Cass. 10116/2018 si appella per sentenziare una compensabilità tra la somma, che il cliente abbia versato all'intermediario in vista dell'investimento, e la somma che, a sua volta, l'intermediario abbia «riscosso per conto dell'investitore ed abbia corrisposto al medesimo a titolo di frutti civili»²⁵. La divisibilità, come vedremo, funziona se il contratto presupposto è valido e quanto lamenta l'investitore è, in realtà, l'inadempimento dell'intermediario ad uno degli obblighi informativi imposti dalla normativa di legge e/o dal regolamento Consob.

3. *Terza proposizione*: quando il contratto – quadro sia nullo, il singolo ordine è riguardabile come un atto gestorio esorbitante, donde una reiezione dei suoi effetti nelle forme di cui all'art. 1711, c. 1 c.c. quale eccesso di mandato? Lo stesso interrogativo può formularsi pure in un'altra maniera: l'intermediario, che dia esecuzione ad un ordine di acquisto acefalo, può assimilarsi ad un intermediario inadempiente all'obbligo di curare l'interesse del risparmiatore? Il medio dell'assimilazione poggia, va da sé, sul dare per buona l'esistenza, stante una *scientia* conclamata del mandatario sulla nullità del contratto quadro, di un obbligo di astensione.

Secondo Maffei²⁶, sarebbe pacificamente ammissibile che il mandante, in sede di art. 1711, anziché domandare la nullità del mandato, si risolva ad optare per la reiezione dei singoli atti gestori e sarebbe altresì incontrovertito che il mandante ha il potere di selezionare la sorte di questi atti, senza che tra la ratifica e la facoltà di reiezione operi il filtro di un uso non opportunistico.

Replicare, come pure potrebbe farsi, che l'art. 23 T.U.F. è una *norma speciale esclusiva*, ergo l'art. 1711 non è rimedio disponibile in sede di intermediazione finanziaria, non servirebbe a granché in quanto, se stiamo a questa lettura, l'investitore che decide di impugnare il singolo atto di investimento fa esattamente quanto compie il mandante che, al fine di evitare una perdita, rigetta l'atto che non gli conviene. E, questo il succo della tesi sunteggiata, se può farlo un mandante, perché mai dovrebbe esserci un trattamento deteriore per l'investitore ex art. 23 T.U.F.? Costui, come scrive Maffei, vuole, allo stesso modo, neutralizzare «il danno [scaturito] dalla diminuzione di valore dello strumento finanziario ch si sia verificata tra il momento dell'acquisto e il momento della pronuncia»²⁷.

²¹ Come suggerito, in dottrina, da BUSNELLI, *Atto illecito e contratto illecito: quale connessione?*, in *Contratto e reato*, a cura di Flamini -Ruggeri, Napoli, 2014, 38 ss.

²² È la prospettiva che può trarsi dalla pagina di D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, II, 780, quantunque lo stesso a. noti che pure «una ipotetica funzione sanzionatoria/ deterrente della responsabilità sia fortemente controversa».

²³ È la c.d. tesi dualistica che si legge, diffusamente, in ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, 896 ss., spec. 906.

²⁴ Cfr. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 395 s. e 398.

²⁵ V. Cass. 24 aprile 2018, n. 10116.

²⁶ In *La "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi*, in

²⁷ Cfr. MAFFEIS, *op. ult. cit.*

Orbene, l'obiezione, ci sia consentito il rilievo, è a monte: non è vero che, quando il mandato sia nullo, il mandante è libero di maneggiare l'art. 1711²⁸, per l'elementare ma decisiva ragione che, complice l'inefficacia originaria del mandato, in tal caso l'atto gestorio è già totalmente *inefficace*. Non si fa più qui questione di una negligente (o infedele) cura dell'interesse del mandante. La stessa ratifica, non a caso, in tanto è contemplata in quanto l'atto gestorio esorbitante sia *valido*: tanto è vero che, in suo difetto, tutti gli effetti, vantaggiosi e pregiudizievole. si producono nel patrimonio del mandatario che li assume a suo carico²⁹. Vien da sé che, se la nullità del mandato non figura tra gli elementi costitutivi dell'eccesso di mandato, visto che questo stilizza una forma particolare di inadempimento contrattuale, cade l'idea di un'irragionevole disparità di trattamento³⁰. L'argomento di Carbonnier, allorché il diritto positivo conferisce «*deux moyens juridiques à la disposition d'un même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul*»³¹, è senz'altro intrigante: ma va sempre maneggiato con cura.

Certo, Maffei obbietterà che, siccome la nullità dell'art. 23 ha una finalità protettiva, deve prendersi atto che «il sistema premia l'investitore per sanzionare, volendolo e dicendolo, l'intermediario che ha sbagliato»³². Altrimenti avremmo, come pure è stato scritto, un'atecnica *cumpensatio lucri cum damno*³³. Se non fosse che, così ragionando, torna l'argomento già abbozzato che una legittimazione relativa è claudicante senza contemplare, mettendo così a nudo un punto di vista ignorato dalla legge, una riduzione teleologica dell'art. 2033 c.c., per una inadeguatezza della qualifica di *indebito* riferita ad una prestazione solo letteralmente iscrivibile nel suo ambito di operatività. *Cave*: escludere dalla portata dell'art. 2033 la fattispecie delle nullità protettive implica però riconoscere che tra la tutela del risparmio (art. 47 Cost.) ed il principio di una sana e prudente gestione è la garanzia degli «investimenti operati dai privati» che vince indiscriminatamente quale valore potiore³⁴.

Domanda: ma non si dovrebbe almeno provare a tenere in conto pure l'argomento che una nullità di protezione selettiva produce una pericolosa incertezza nei mercati? Oppure che la frode dell'investitore, nel caso ad es. di una firma apocrifica che costui abbia consentito³⁵, implica *en soi même* un diniego di effetti alla domanda? Se non si dà un rilievo officioso, senza lo scudo dell'*exceptio doli*, la domanda di nullità del singolo ordine, che ridondi dall'invalidità del contratto – quadro, è *fondata* e non la si può rigettare.

4. *Quarta proposizione*, a mo' di commiato: è debole, a tacer d'altro, sostenere che, se ammettiamo la risoluzione dei singoli ordini di investimento diventa poi aporetico opporre il principio *simul stabunt, simul cadent* quando invece si faccia questione di una nullità, dimidiando così una deterrenza che ogni nullità di protezione dovrebbe viceversa ottimizzare. Di una domanda risolutoria, che comporti la caducazione dei soli ordini che ne costituiscono l'oggetto, non c'è infatti da stupirsi visto che *scopertamente* lascia in essere quel contratto quadro alla cui reiezione l'investitore ben può mostrarsi, nello specifico, non interessato. Dopo di che, è vero, siccome ogni interesse ad agire ha un carattere selettivo (art. 100 c.p.c. in conformità con il principio di cui all'art. 99)³⁶, non si può per questo etichettare come contraria a buona fede una domanda che miri a discernere l'ordine vantaggioso da quello divenuto causa di un danno. E tuttavia, se la nullità del suddetto ordine ha una natura *derivata*, in quanto è il contratto quadro che la irradia, quell'inseparabilità, che è lo stesso investitore a dedurre, non si può parcellizzare enfatizzando un'autonoma individualità decisionale che non va comunque scissa, lo ripetiamo, dall'attuazione di un preesistente obbligo³⁷. Torniamo così al problema di una frazionabilità dell'azione.

²⁸ V., in dottrina, in luogo di tanti, LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 1984, 537 e DI ROSA, *Il mandato. Artt. 1710 – 1730*, in *Il Codice Civile. Commentario* continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2017, 25.

²⁹ V. CARNEVALI, *Mandato*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, Roma, 1990, 9.

³⁰ Salvo immaginare, ecco la variabile che potrebbe spargliare, una nullità del contratto quadro che, in quanto di protezione, non ne causa una radicale ed originaria inefficacia: che poi, com'è risaputo, è quanto reputano quegli interpreti, v. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, 180, inclini a riconoscere un'efficacia claudicante allo statuto delle nullità protettive, talora iscrivendolo nel medio di un'esecuzione quale co-elemento di detta efficacia interinale (v. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2002, 506 e LA SPINA, *Destruzione della nullità e inefficacia inadeguata*, Milano, 2012, 39). Dobbiamo però considerare che un'efficacia precaria, e da suppersi caducabile *ex tunc*, finirà per rendere ancora più nebuloso il volto (già spurio) di una nullità di protezione, ibridandola al punto di accostarla scopertamente ad una forma di *annullabilità rinforzata*. Notiamo che una qualche sponda la offrono, al riguardo, Cass. 21 aprile 2011, n. 9263 e pure le S.U. 12 dicembre 2014, n. 26242. Tanto vale, però, allora dire che, se l'intermediario è vincolato agli obblighi contrattuali assunti, perché il contratto – quadro resta pienamente valido ed idoneo a produrre effetti giuridici sino all'eventuale esercizio dell'impugnativa, allora si è al cospetto di un'annullabilità camuffata *ratione nominis*.

³¹ *Obs* su Cass. civ. 1^{re}, 19 luglio 1960, in *RTD civ.*, 1961, 333.

³² Così MAFFEIS, *La "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi*, *cit.*, Non è diverso, nella sostanza, l'epilogo argomentativo di MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive"*. *A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, *cit.*, 856.

³³ Cfr. MALVAGNA, *op. loc. ult. cit.*

³⁴ Col risultato, ed anche questo ci è capitato di scriverlo, di pensare ad una nullità di protezione vista come una forma manifestativa che irraggia il massimo, nel senso di più utile, effetto restitutorio per la parte protetta in sostituzione del regime ordinario.

³⁵ V. pure MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive"*. *A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, *cit.*

³⁶ V. App. Milano, 16 dicembre 2008.

³⁷ Trib. Modena, 18 gennaio 2018, n. 84.

Piccola chiosa a margine.

La nullità di protezione, è pacifico, non deroga all'imprescrittibilità dell'azione: epperò, come sappiamo, a prescriversi, è quell'azione di ripetizione confezionata dalla legge come un *limite* (art. 1422 c.c.). Ne deriva che, accertata la nullità del contratto – quadro, è sì prospettabile una domanda di ripetizione dell'indebito oggettivo, onde (lo ripetiamo) ottenere la restituzione della prestazione eseguita in adempimento del negozio nullo, ma il termine di prescrizione inizierà a decorrere, come già si legge in Cass. 7651/2005³⁸, dalla data del pagamento e non da quella del passaggio in giudicato della sentenza che dichiara la nullità. Perciò, nessun rischio che un'imprescrittibilità dell'azione di nullità ottimizzi l'opportunità dell'investitore che deduca il vizio del contratto quadro dopo anni e nel momento in cui più gli conviene: la sua pretesa va invero comunque limitata agli acquisti effettuati nel decennio precedente. È un distinguo, includente naturalmente pure la pretesa restitutoria dell'intermediario, che risponde ad una logica di sistema. Come scrive un Maestro³⁹, l'azione restitutoria da contratto nullo non è un'appendice automatica della domanda diretta a far dichiarare la nullità visto che, postulando l'esecuzione *in fact* di un accordo nullo, viene a scaturire da un fatto autonomo «le cui sorti dipendono anche dall'esercizio nel termine ordinario di prescrizione di una vera e propria pretesa a sé stante».

5. Ricapitolando, a mo' di commiato.

Se la domanda di nullità è *incipite*, involgendo tanto taluni ordini che il contratto – quadro, l'*exceptio doli* è un orpello e la tutela dell'investitore, quale che sia la natura giuridica degli ordini, è un problema di statuto restitutorio delle nullità protettive. Discutere, in un contesto siffatto, di ampiezza effettuale della dichiarazione di nullità equivale, ci sia consentito notarlo, a dibattere ... sul quarto lato del triangolo. Quando invece la domanda di nullità ha unicamente per oggetto certi ordini, se continuiamo a tenere in non cale la variabile di un rilievo officioso esteso alla nullità del contratto – quadro, l'*exceptio doli* è destinata a riappropriarsi (più o meno) di soppiatto della scena. Se *in senso forte o debole*, siccome ambedue le visioni soffrono di contrappunti assai marcati⁴⁰, diventa, ci sia consentita quest'altra battuta, una questione ideologicamente orientata. Ma se il diritto è anche ideologia, è alle S.U. che spetta dirci se il binomio nullità di protezione – *exceptio doli* è ormai vocato a diventare la nuova marca del diritto postmoderno dei contratti asimmetrici.

³⁸ V. Cass., 13 aprile 2005, n. 7561, in *Mass. Foro it.*, 2003, c. 5575, seguita da Cass., 12 maggio 2014, n. 10250, in *Dir. e giust.*, 2014 nonché, più di recente, da Cass., 19 aprile 2016, n. 7749, in *Guida dir.*, 2016, fasc. XXXIV, 71.

³⁹ L'allusione è a BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 4.

⁴⁰ Sunteggiando, un'*exceptio doli*, se la si declina a spettro allargato, innesca un'abrogazione tacita dell'art. 23 mentre, ed all'opposto, una nullità selettiva in purezza, cioè senza un qualche filtro, approda ad un frazionamento denegante una realtà, detto alla Proto Pisani maniera, intrinsecamente organica.