

Le nullità selettive: una nuova forma di tutela a favore dell'investitore?

Circa l'ammissibilità della nullità selettiva nei contratti di investimento in attesa della pronuncia "definitiva" della Cassazione

15 Luglio 2019

Mario Campana

Abstract

“Il modello generale della nullità affronta una nuova erosione da parte della disciplina di settore. La Corte di Cassazione è chiamata nuovamente a pronunciarsi sull'irrisolta questione relativa all'ammissibilità della nullità selettiva nei contratti di investimento. Le soluzioni prospettate devono mitigare sia l'esigenza di salvaguardare il risparmiatore sia il rispetto del principio di buona fede”

Indice:

1. Premessa
2. Dalla nullità alle nullità
3. La questione oggetto dell'ordinanza di rimessione
4. Ammissibilità della nullità selettiva: tre possibili soluzioni

1. Premessa

La nullità c.d. selettiva configura un'ipotesi peculiare di nullità e ha interessato di recente l'attività della dottrina e della giurisprudenza in tema di contratti di acquisto di prodotti finanziari.

Infatti, nella prassi accade non di rado che un risparmiatore agisca in giudizio per fare dichiarare la nullità di un contratto quadro di investimento per difetto di forma ex articolo 23 del Decreto Legislativo. 58/1998 e di alcuni ordini di acquisto rivelatisi infruttuosi al fine di richiedere all'intermediario la restituzione delle somme investite.

In assenza di un chiaro dato normativo sul punto, si dibatte, quindi, sulla possibilità per l'investitore di utilizzare il rimedio della nullità a sua discrezione, operando così una selezione degli ordini in base al proprio interesse. In aggiunta, si valuta, altresì, la possibilità di accordare all'intermediario qualche forma di tutela a fronte di eventuali atteggiamenti opportunistici del risparmiatore. Quest'ultimo potrebbe, infatti, agire in mala fede e richiedere la restituzione delle somme investite anche a distanza di molti anni dalla conclusione del contratto quadro nullo, nella piena consapevolezza della sua invalidità per l'intera esecuzione del rapporto.

L'ordinanza n. 23927 del 2.10.2018 della prima sezione della Suprema Corte rimette, appunto, le indicate questioni alle Sezioni Unite e invita l'organo nomofilattico a ricercare *“un punto di equilibrio tra le opposte esigenze di garanzie degli investimenti operati dai privati con i loro risparmi (articolo 47 Cost.) e di tutela dell'intermediario, anche in relazione alla certezza dei mercati in materia di investimenti finanziari”*.

2. Dalla nullità alle nullità

Sul piano sistematico, le problematiche afferenti il fenomeno delle nullità selettive richiederebbero di tratteggiare sommariamente la disciplina della nullità del contratto.

Com'è noto, quest'ultima forma di invalidità rappresenta la più grave sanzione comminata dall'ordinamento al contratto ed è regolata in linea generale dagli articoli 1418 ss. Codice Civile

Si tratta di un **vizio genetico che inficia il negozio sin dal principio** e si palesa in caso di contrasto con norme imperative a tutela di interessi generali (articolo 1418 comma 1 Codice Civile), nell'ipotesi di un esercizio non controllato e irrazionale dell'autonomia privata (articolo 1418 comma 2) e negli altri casi previsti dalla legge (articolo 1418 comma 3 Codice Civile). La gravità delle cause della nullità richiederebbero, secondo la disciplina codicistica, una sollecita rilevazione dell'invalidità del negozio.

Occorre, infatti, che il contratto nullo sia escluso quanto prima dal traffico giuridico. Ecco, pertanto, come sia prevista dal codice civile l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, la legittimazione allargata e la possibilità di un rilievo officioso da parte del giudice.

Di contro, è ormai da tempo acclarato come la disciplina generale del codice non sia più la sola ad affrontare il tema della nullità del contratto.

Sono state, infatti, introdotte **forme speciali di nullità** che derogano in parte al modello generale del codice del '42 e configurano, secondo un orientamento, la crisi dell'unitarietà del rimedio.

Nell'alveo di queste ultime novità si inseriscono, per quanto rileva in questa sede, le **nullità di protezione**. Esse sono il risultato di una macrotendenza, relativamente recente e finalizzata ad ampliare l'ambito dei rimedi nei contratti asimmetrici (c.d. “B2C”) a favore della sola parte ritenuta debole sul piano economico, giuridico o informativo.

Occorrerebbe, tuttavia, precisare come non si intenda attribuire, così, un rimedio impugnatorio a fronte di un vizio genetico del contratto per tutelare solo un interesse qualificato del singolo, come accade per l'annullamento.

Secondo un orientamento la nullità di protezione sarebbe accordata a favore dell'individuo non in quanto tale, ma **come esponente di una categoria sociale meritevole di particolare tutela**. Si potrebbe, pertanto, affermare come la nullità di protezione condivide almeno uno dei punti fermi della disciplina codicistica in materia di nullità, ovvero la circostanza di essere un **rimedio pur sempre previsto a tutela di interessi generali** o seriali.

Tra gli esempi plastici di nullità di protezione si ricorda la nullità a favore del consumatore prevista dall'articolo 36 del Decreto Legislativo. 206/2005 (Codice del consumo).

Rientra, altresì, nella categoria la nullità accordata all'investitore a fronte di un contratto quadro nullo ai sensi **dell'articolo 23 del Decreto Legislativo 58/1998** (Testo unico in materia di intermediazione finanziaria, d'ora in avanti "TUIF"). La disposizione al primo comma richiede che i contratti di investimento siano redatti a pena di nullità per iscritto e che un esemplare sia consegnato ai clienti. Il comma 2 commina, inoltre, la nullità a fronte di "*ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico*". Il comma 3 precisa, tuttavia, come "*nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente*".

Si tratta, quindi, di una **nullità relativa**, perché **la legittimazione all'azione è ristretta al solo investitore**, escludendo l'intermediario; allo stesso tempo, la nullità è di protezione, perché intende tutelare il risparmiatore a fronte di eventuali abusi da parte dell'intermediario, rimettendo al primo la scelta circa la sopravvivenza del negozio.

Riguardo all'estensione del rilievo officioso della nullità da parte del giudice previsto dall'articolo 1421 Codice Civile, si ricordano le conclusioni un'importante sentenza sul punto (Cass., Sez. Un., n. 26242 del 12.12.2014). Di preciso, il rilievo officioso delle nullità di protezione, non sarebbe incondizionato e potrebbe riguardare solo cause di nullità diverse da quelle prospettate dalla parte debole e non anche atti diversi da quelli verso i quali la censura è rivolta.

Nel contesto della nullità di protezione a favore dell'investitore, si valuta, pertanto, lo spazio da riservare a una forma di nullità selettiva in mancanza di alcuna statuizione sul punto da parte del TUIF. Oltre alla legittimazione ristretta, la nullità selettiva aggiunge ulteriori deroghe alla disciplina della nullità descritta dal codice.

In primo luogo, il risparmiatore può disporre dell'estensione del **rimedio caducatorio**, scegliendo quali ordini di acquisto dichiarare nulli e quali no. Tale facoltà sarebbe ammessa in assenza di una previsione legislativa, posto che l'articolo 23 TUIF si limita soltanto ad affermare la legittimazione ristretta.

In secondo luogo, si deroga all'articolo 1419 comma 1 Codice Civile in tema di **nullità parziale** del contratto. Quest'ultima dovrebbe operare secondo un *iter* logico-giuridico diametralmente opposto. Infatti, a fronte di una nullità parziale, il giudice deve valutare se la parte o le clausole del contratto nulle, possano, avuto riguardo agli interessi dedotti e all'essenzialità in concreto delle pattuizioni, inficiare anche la restante parte valida del negozio.

Di contro, **nel caso di nullità selettive, l'intera operazione contrattuale sarebbe nulla: sia il contratto-quadro, sia "a cascata" tutti gli ordini di acquisto effettuati in esecuzione del primo. Spetterebbe al solo risparmiatore la facoltà di scegliere quali di questi ultimi investimenti far dichiarare come nulli.**

In questi termini, emerge la necessità di chiarire se, attesa la *ratio* protettiva della nullità di cui all'articolo 23 del TUIF e in mancanza di espresse previsioni legislative di segno opposto, la scelta del risparmiatore non riguardi solo l'opportunità di agire o meno in giudizio, ma anche di selezionare quali ordini di investimento del contratto quadro nullo far caducare.

3. La questione oggetto dell'ordinanza di rimessione

La *vexata quaestio* avente ad oggetto l'ammissibilità di una nuova forma di nullità c.d. selettiva prende le mosse da un contenzioso avviato nel 2006 tra un risparmiatore e la Banca Antoniana Popolare Veneta relativo all'acquisto di alcuni prodotti finanziari (obbligazioni argentine).

Di preciso, l'investitore richiedeva al Tribunale di Mantova di dichiarare la nullità di alcuni ordini di acquisto di prodotti finanziari a causa della nullità del contratto quadro di investimento per difetto di forma scritta *ex* articolo 23 TUIF. In ragione di ciò, il ricorrente domandava altresì *ex* articolo 2033 Codice Civile la restituzione delle somme investite nelle operazioni infruttuose.

L'istituto di credito con una domanda riconvenzionale, chiedeva la **compensazione legale** tra le somme dovute al cliente con le cedole riscosse dallo stesso in forza di altri ordini di acquisti rivelatisi più fortunati. All'esito del giudizio di primo grado, il giudice accoglieva sia la domanda attorea di nullità, sia la riconvenzionale della banca e condannava l'investitore a versare alla banca la differenza tra l'ammontare degli utili riscossi in forza dei vari ordini di acquisto e la minor somma versata a titolo di investimento.

In secondo grado, la **Corte d'appello di Brescia** riformava parzialmente la sentenza, rilevava l'assenza formale di una domanda riconvenzionale della banca, confermava la compensazione tra le somme da restituire e dispensava, però, il privato dal pagamento della differenza.

Il risparmiatore prosegue, infine, con un ricorso per Cassazione, criticando il ragionamento del giudice di secondo grado nella parte in cui accoglieva la domanda riconvenzionale di compensazione della banca e ribadendo la sua possibilità di richiedere la nullità di alcuni ordini di acquisto.

4. Ammissibilità della nullità selettiva: tre possibili soluzioni

L'ordinanza di rimessione in esame non prende espressamente posizione sulla soluzione da accogliere a fronte della questione concernente la nullità selettiva, ma si limita a ripercorre i più importanti arresti resi dalla Corte di Cassazione negli ultimi anni sul punto.

In linea generale, per chiarezza espositiva, si potrebbero ad oggi riassumere **tre principali orientamenti**.

Il primo sarebbe volto ad **ammettere senza problemi il rilievo della nullità selettive nell'alveo della disciplina della nullità protettiva di cui all'articolo 23 TUIF**.

All'estremo opposto si colloca un secondo filone particolarmente restrittivo, inteso a salvaguardare la posizione dell'intermediario con strumenti come l'*exceptio doli generalis* o la **convalida** del contratto quadro.

Un terzo orientamento mediano ammette la nullità selettiva, ma concede contestualmente all'intermediario la possibilità di eccepire la compensazione legale ex articolo 1243 Codice Civile in relazione ad altri ordini di acquisto eseguiti in forza del contratto quadro nullo.

In relazione al **primo orientamento**, rileva una recente pronuncia resa in un caso analogo di contratto quadro nullo per difetto di forma e di conseguente nullità degli acquisti di obbligazioni argentine (Cass., I Sez., n. 8395 del 10.2.2016).

La Corte afferma, di preciso, che *“l'uso selettivo della nullità è coerente con il peculiare regime giuridico delle nullità di protezione. L'investitore che non può interferire nella formazione del contratto a causa dell'asimmetria negoziale che ne costituisce una delle principali caratteristiche, è libero di decidere di avvalersi dell'eccezione di nullità e di limitarne gli effetti restitutori senza travolgere per intero gli investimenti eseguiti”*.

Alla luce della *ratio* della nullità di protezione e ai sensi degli articoli 99 e 100 Codice Procedura Civile l'investitore potrebbe selezionare gli acquisti attuativi del contratto quadro da far dichiarare nulli e chiedere la restituzione delle somme investite ex articolo 2033 Codice Civile.

L'orientamento contrario, di contro, prende le mosse da una preoccupazione di fondo legata al **rispetto dei principi di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali**.

In termini generali, si premette come **la Corte di Cassazione si sia in più occasioni mostrata sensibile all'eventualità di un abuso della situazione di vantaggio da parte dell'investitore**. Si ricorda, infatti, un recente arresto a Sezioni Unite in tema di contratti di investimento c.d. monofirma (Cass., Sez. Un., n. 898 del 16.1.2018).

La Corte ha escluso la nullità in caso di mancata sottoscrizione da parte dell'intermediario, evidenziando come il requisito di forma di cui all'articolo 23 TUIF sia peculiare, di carattere informativo e volto a tutelare il solo interesse del cliente debole (in coerenza con le nuove tendenze del c.d. neoformalismo negoziale).

Al riguardo, per quanto interessa in questa sede, preme solo sottolineare come, tra le argomentazioni a sostegno della tesi accolta in definitiva dalla Cassazione, sussisteva l'esigenza di scongiurare comportamenti abusivi da parte del risparmiatore. Quest'ultimo poteva, infatti, agire per dichiarare la nullità del contratto quadro privo della sottoscrizione dell'intermediario e dei connessi ordini di acquisto non proficui, in assenza di un effettivo *vulnus* alla sua posizione di debolezza. Quest'ultima, come poi confermato dalla Cassazione, non sarebbe pregiudicata dall'assenza della firma dell'intermediario.

Si aggiunge come l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite in tema di **contratti monofirma** (Cass., I sez., n. 10447 del 27.4.2017), aveva, altresì, richiesto una pronuncia in tema ammissibilità della nullità selettiva. Il punto è stato ritenuto, però, dalla decisione del gennaio 2018, senza alcuna presa di posizione.

Alla luce di ciò, **l'orientamento contrario alla nullità selettiva sostiene che il risparmiatore potrebbe utilizzare il rimedio al solo scopo di caducare gli ordini di investimento rivelatisi fallimentari**. In questo modo, l'ampia tutela accordata all'investitore nei rapporti di intermediazione da parte del Legislatore con la nullità di protezione e selettiva avallerebbe comportamenti opportunistici a danno degli intermediari e del sistema di esercizio del credito. Insomma, **il timore deriverebbe da un uso distorto della nullità selettiva e, quindi, da un abuso del diritto**.

Sul punto, l'orientamento in esame ha concesso agli intermediari la possibilità di sollevare l'eccezione di dolo a fronte delle richieste del cliente risparmiatore.

L'exceptio doli generalis sarebbe uno strumento finalizzato, secondo l'ordinanza di rimessione n. 23927, a "ottenere la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe – in ragione di una condotta abusiva – sostanzialmente iniqua". Il principio di buona fede oggettiva di cui all'articolo 1375 Codice Civile, attraverso l'eccezione di dolo, potrebbe impedire, così, l'esercizio di un diritto astrattamente previsto da una norma.

La possibilità di opporre l'eccezione di dolo si scontra, tuttavia, con due questioni. In primo luogo, si potrebbe, già, evidenziare come il rimedio non sia previsto dal Legislatore da alcuna norma positiva. Ne deriva che i relativi presupposti dovrebbero essere individuati dall'interprete.

In secondo luogo, appare, poi, opportuno ricordare come lo strumento sia un corollario sul piano processuale del principio di buona fede oggettiva. Quest'ultimo, com'è noto, è un principio immanente dell'ordinamento e regola gli scambi e i traffici commerciali. Ne consegue che il rispetto o meno della buona fede oggettiva dipende però dalle circostanze concrete in cui il negozio sia stato concluso, tra cui il comportamento delle parti. **L'eventuale violazione della buona fede da parte dell'investitore andrebbe valutata in concreto** e, in caso di esito positivo, si potrebbe accordare all'intermediario l'eccezione di dolo. Ciò non potrebbe, di contro, escludere a priori il rimedio della nullità selettiva a fronte di un eventuale pericolo di comportamenti abusivi.

Un altro orientamento restrittivo, condiviso specialmente da giudici di merito, **consente all'intermediario di opporre la sanatoria o la convalida del contratto nullo**. Di preciso, una sentenza del Tribunale di Pavia del 26.1.2013 ha evidenziato come la nullità di cui all'articolo 23 TUIF, essendo una nullità di protezione, sia sottoposta a un regime assimilabile al rimedio dell'annullamento e non a quello della nullità. La nullità di protezione sarebbe, secondo la pronuncia del giudice di primo grado, a tutela di un interesse particolare e, pertanto, sottoposta alle regole in tema di annullabilità, tra cui la prescrizione quinquennale e la possibilità di convalida.

Tuttavia, **entrambi gli indicati orientamenti sfavorevoli all'uso della nullità selettiva non sono stati condivisi da una recente ordinanza della Suprema Corte** (Cass., I Sez., n. 10116 del 24.4.2018). Infatti, i giudici di Piazza Cavour hanno affermato che "*in materia di intermediazione finanziaria, allorché le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro, previsto dal Decreto Legislativo. 24 febbraio 1998, n. 58, articolo 23, all'investitore, che chiede che ne sia dichiarata la nullità solo di alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente*".

Un **terzo** e ultimo orientamento **ammette la nullità selettiva e, a favore dell'intermediario, consente l'opponibilità di eccezione di compensazione con riguardo all'intero credito restitutorio** che sorge dall'intera operazione negoziale. La soluzione in esame è stata accolta di recente da una pronuncia della Corte di Cassazione (Cass., I Sez., n. 6664 del 16.3.2018).

L'ordinanza ricorda come **dovrebbero collocarsi su due piani differenti l'azione di nullità di protezione ex articolo 23 TUIF e l'azione di ripetizione ex articolo 2033 Codice Civile di quanto versato a fronte di un contratto quadro nullo**.

Solo la prima azione sarebbe a legittimazione ristretta, mentre la seconda potrebbe essere avanzata tanto dall'investitore quanto dall'intermediario. Quest'ultimo potrebbe pertanto chiedere la restituzione di quanto versato a favore del cliente in forza di ordini di acquisto fruttiferi, diversi da quelli selezionati dal cliente ai fini della nullità e eccepire, in seconda battuta, l'eccezione di compensazione legale ai sensi dell'articolo 1243 Codice Civile

L'argomentazione della Corte, in questo caso, potrebbe essere coerente con la natura negli ordini di investimento e con le caratteristiche della nuova forma di nullità selettiva.

I primi sarebbe negozi giuridici autonomi e allo stesso tempo collegati al contratto quadro d'investimento. Sono autonomi perché un singolo ordine può essere, ad esempio, risolto senza determinare la caducazione degli altri ordini o dello stesso contratto quadro. Sono comunque tra loro collegati perché la nullità del contratto quadro per difetto di forma *ad substantiam* ex articolo 23 TUIF determina "a cascata" la nullità dei vari successivi investimenti. Ne deriva che, anche in assenza di un'apposita selezione da parte del cliente, tutti gli ordini di acquisto sarebbero travolti dalla nullità e l'intermediario può avanzare l'azione di ripetizione.

Di contro, la tesi in esame, favorevole alla bilateralità delle restituzioni, si scontrerebbe, secondo un diverso orientamento, con un'obiezione di non poco conto, attinente ai limiti del rilievo officioso della nullità come tracciata dalle Sezioni Unite nel 2014.

Infatti, il giudice dovrebbe accertare i fatti costitutivi del credito dell'intermediario e, di conseguenza, dovrebbe valutare la nullità degli ordini di investimento diversi da quelli selezionati dall'investitore.

L'operazione potrebbe, tuttavia, porsi in conflitto con il principio della domanda e del rapporto tra chiesto e pronunciato, posto che il giudice accerterebbe la nullità di protezione di cui all'articolo 23 TUIF di ordini di acquisto non introdotti in giudizio dalla parte.

Lecture consigliate:

Giurisprudenza:

Cass., Sez. Un., n. 26242 del 12.12.2014

Cass., I Sez., n. 8395 del 10.2.2016

Cass., Sez. Un., n. 898 del 16.1.2018

Cass., I Sez., n. 10116 del 24.4.2018

Cass., I Sez., n. 6664 del 16.3.2018

Cass., I Sez., n. 23927 del 2.10.2018

Dottrina

- G. Berti de Marinis, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2014, 617 ss.;

- M. Gagliardi, *Diritto privato dei mercati finanziari. Profili di qualificazione e responsabilità*, Pacini Giuridica, Pisa;

- F. Tonini, *Intermediazione finanziaria - «l'invalidità "selettiva" del contratto di investimento rimessa alle Sezioni Unite»*, in *Nuova Giur. Civ.*, 2019, 1, 46 (nota a sentenza).

TAG: *nullità selettive, Mercati finanziari, buona fede*

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di

commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.