

Corte Suprema di Cassazione – Sezioni Unite – sentenza n.28314/2019 del 04/11/2019.

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

La nullità di protezione incontra il divieto di abuso del diritto

Raffaella Di Camillo*

SOMMARIO: 1.- Introduzione; 2.- Il fatto; 3.- La decisione; 4.- Il contratto d'investimento finanziario e la nullità di protezione; 5.- La sentenza: la buona fede e gli effetti delle nullità protettive; 6.- Considerazioni conclusive

1. - Introduzione

Con la sentenza n.28314/2019 del 04/11/2019¹, la Corte Suprema di Cassazione, a Sezioni Unite, affronta il tema delle nullità di protezione attraverso una approfondita analisi del contesto normativo e delle peculiarità di tale innovativa tipologia di nullità. Il Supremo Consesso, attraverso tale pronuncia, definisce i limiti dell'estensione degli effetti dell'azione di nullità proposta dal cliente in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli, a seguito dell'accertamento del difetto di forma del contratto quadro. Il caso in esame offre, così, l'opportunità di riflettere su tale forma di tutela del consumatore e sul ruolo svolto dalla buona fede in tale contesto giuridico.

¹* Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche, curriculum privatistico (XXXVIII Ciclo), presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche (Scuola di Giurisprudenza) dell'Università degli Studi di Salerno.
In <https://www.altalex.com>

2. - Il fatto

Il Tribunale di Mantova in data 11 novembre 2013 accoglieva la domanda volta a far dichiarare la nullità di due contratti d'investimento in obbligazioni argentine con condanna della intermediaria Banca A.P.V. alle restituzioni dovute in relazione a tali investimenti. La nullità degli ordini di acquisto era derivata dal difetto di forma scritta del contratto quadro stipulato tra le parti del giudizio. La Corte d'Appello, in parziale riforma della pronuncia di primo grado, affermava che la nullità ex art. 23, c.3, d.lgs n. 58 del 1998 potesse essere fatta valere soltanto dal cliente, ma una volta dichiarata, avrebbe espletato effetti verso tutte le operazioni eseguite in attuazione dell'atto negoziale viziato. L'invalidità, invero, è idonea ad espandersi sull'intero rapporto ed investe tutti gli ordini di acquisto. Pertanto, in forza, della normativa in materia d'indebito, il cliente era tenuto a restituire alla banca i titoli acquistati, le cedole riscosse ed ogni altra utilità, così come la intermediaria era tenuta a restituire alla banca l'importo erogato per l'acquisto dei titoli.

L'ultima tappa della vicenda si svolgeva in Corte di Cassazione. Avverso la pronuncia del giudice di merito, infatti veniva proposto ricorso per cassazione, affidato a sei motivi. La prima sezione civile rimetteva alle Sezioni Unite della Suprema Corte la questione sollevata nel secondo motivo di ricorso relativa all'esatta determinazione degli effetti dell'azione di nullità proposta dal cliente in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli che derivi, tuttavia, dall'accertamento del difetto di forma del contratto quadro. Si approdava, così, alla pronuncia oggetto di analisi.

3. - La decisione

Il punto controverso della questione giuridica riguarda l'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità anche alle operazioni che non hanno formato oggetto della domanda proposta dal cliente, nonché i limiti di tale estensione.

Sul punto, le Sezioni Unite hanno ritenuto che, ai sensi dell'art. 23, comma 3 d.lgs n. 58/1998, la nullità del contratto di investimento possa essere fatta valere solo dall'investitore. Di conseguenza, gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. Tuttavia, laddove la

domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, l'intermediario è legittimato ad opporre l'eccezione di buona fede, se la nullità determina un ingiustificato sacrificio economico a suo danno.

La conclusione cui le Sezioni Unite addiventano si fonda su di una approfondita analisi del panorama normativo. Non ci si arresta all'esame delle norme del TUF *ratione temporis* applicabili, ma si estende altresì alle aree attigue, invocando l'applicabilità dell'art. 23 d.lgs. n. 58/1998 che richiede la forma scritta per i contratti relativi ai servizi di investimento. Analogamente, il TU bancario (d.lgs. n. 385/1993) prevede la nullità del contratto per difetto di forma e, con la modifica introdotta dal d.lgs. n. 141/2010, sancisce testualmente che «le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice» (art. 127, comma 4).

Centrale rilievo acquisisce, altresì, la caratteristica precipua della nullità di protezione, ovvero la legittimazione esclusiva del cliente ad agire in giudizio.

4. - Il contratto d'investimento finanziario e la nullità di protezione

La disciplina dei rapporti contrattuali fra le imprese d'investimento e i loro clienti è di origine comunitaria. Due sono i provvedimenti europei di maggior rilievo: la dir. n. 39/2004 e la dir. n. 73/2006. Nel nostro ordinamento, la materia dei contratti d'intermediazione finanziaria è regolata in due testi normativi, l'uno di carattere legislativo, l'altro di carattere regolamentare. A livello legislativo la disposizione di riferimento è l'art. 23 T.u.f., cui si è aggiunto, sul piano regolamentare, il Reg. Consob n. 11522/1998, poi sostituito con il vigente Reg. Consob n. 16190/2007.

La qualificazione giuridica del contratto d'investimento è assai discussa. Il dibattito intorno alla natura degli ordini di investimento è senza dubbio il più complesso, portando con sé, inevitabilmente, riflessioni sul contratto *ex art. 23 T.u.f.* e financo sulla stessa struttura giuridica dell'operazione economica di investimento. Una prima lettura dell'istituto² sottolinea l'erroneità del diffuso convincimento secondo il

² C.Miriello, *Contratti di intermediazione finanziaria: forma, nullità virtuale e dintorni. Alcuni punti fermi*, *Contr. impr.*, 2006, pp. 1639 ss.; F.Galgano e N.Zorzi., *Tipologia dei contratti fra intermediario e risparmiatore*, in *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, Trattato Galgano a cura di F. Galgano e G. Visintini, Padova 2006, 68; D. Maffei, *Servizi di investimento: l'onere della prova del conferimento dei singoli ordini di negoziazione*, in *Contr. (2007)*, 238; A. Tucci, *Tipicità dei contratti di investimento e disciplina codicistica*, in F. Capriglione (cur.), *I contratti dei risparmiatori*, Milano 2013, 87; M. Lobbano,

quale gli ordini darebbero luogo ad altrettanti contratti. In caso di negoziazione, invece, si avrebbe solo un eventuale distinto contratto di compravendita tra intermediario e terzo, i cui effetti si produrrebbero nella sfera giuridica dell'investitore secondo il comune paradigma del mandato senza rappresentanza, di cui all'art. 1706 c.c. Gli ordini impartiti dal cliente, dunque, sarebbero null'altro che atti esecutivi di natura negoziale privi di una propria causa e appartenenti alla nota categoria dei negozi di attuazione, figura comune anche ad altre fattispecie, quale il contratto di *factoring*. Altra letteratura, all'opposto, qualifica la fattispecie come contratto normativo, attribuendo agli ordini natura di veri e propri contratti i quali, pur dotati di autonomia, derivano dal *master agreement* e costituiscono momento attuativo/realizzativo del programma *ivi* diviso³.

L'adesione all'una piuttosto che all'altra teoria produce significative conseguenze giuridiche in ordine alla sorte degli ordini effettuati in base ad un contratto quadro nullo. Ove, infatti, si qualifichi tale contratto quale mandato, i singoli ordini verrebbero caducati in quanto atti esecutivi di un contratto invalido; nel caso in cui, invece, si accedesse alla tesi che qualifica tale fattispecie come contratto normativo, l'inefficacia degli ordini deriverebbe dal nesso causale che lega le due fasi negoziali⁴.
(*Spiegare meglio la differenza rispetto alla prima ipotesi e dire qual è la tesi che si ritiene preferibile*)

L'attenzione di giurisprudenza e dottrina si è concentrata sulla patologia del contratto *de quo* e non sulle sue caratteristiche fisiologiche di forma e contenuto.

Sul punto, l'art.23 T.u.f. prevede che il contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento sia redatto per iscritto e un esemplare sia consegnato ai clienti. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, la norma specifica che il contratto è nullo e nulla è altresì ogni pattuizione di rinvio agli usi

I contratti aventi ad oggetto servizi di investimento, in R. Bocchini (cur.), *I contratti di somministrazione di servizi*, Torino 2006, 242, 243.

³ C. Castronuovo, *Il diritto della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca borsa tit. cred.* (1993) 309; M. Carozzi, *Regole di condotta degli intermediari e rimedi civilistici*, in *Dir. Fall.* (2006) 697; V. Roppo, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione*, in *Danno e Resp.* (2005) pp. 627 ss.; G. Alpa, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contratto e impresa* (2008) 891.

⁴ G. De Marinis, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Ban. Bor. Tit. Cred.* (2014) 612; V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.* (2005) 628; E. Tosi, *Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle sezioni Unite della Cassazione*, in *Contratto e impr.* (2019) 197 e ss.; L. Mengoni, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III. Obbligazioni e contratti, Milano 1998, 541.

per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In entrambi i casi, la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.

Tale norma non risolve l'interrogativo se in una logica di massima estensione dello statuto di protezione possa essere riconosciuto al consumatore anche un potere di selezione discrezionale degli effetti della nullità. Sul punto, parte della giurisprudenza⁵ ritiene che il regime di protezione del consumatore si esaurisca nella legittimazione esclusiva del cliente e nella rilevabilità d'ufficio solo nel suo interesse a far valere la nullità per difetto di forma, e che una volta dichiarata l'invalidità del contratto quadro, gli effetti caducatori e restitutori che ne derivano possano essere fatti valere da entrambe le parti. Un diverso e opposto orientamento si fonda, invece, sull'operatività piena, processuale e sostanziale, del regime giuridico delle nullità di protezione esclusivamente a vantaggio del cliente/investitore, anche ove l'invalidità riguardi l'intero contratto. Conseguentemente si afferma che l'intermediario non possa avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, che ne possono scaturire a suo vantaggio, dal momento che il regime delle nullità di protezione opererebbe esclusivamente in favore dell'investitore⁶.

Alla base della difficile ricerca di una soluzione si pone la necessità di trovare un soddisfacente punto di equilibrio tra due esigenze contrapposte: garantire gli investimenti operati dai privati con i loro risparmi e tutelare la posizione degli intermediari finanziari, e quindi del mercato, contro sacrifici economici sproporzionati, in nome dell'interesse più generale alla certezza dei rapporti giuridici. Attenta dottrina, invero, manifesta preoccupazione, legata alle conseguenze (soprattutto restitutorie) potenzialmente onerose a cui si troverebbero esposti i professionisti (banche, intermediari finanziari) destinatari di domande di nullità selettiva. Non solo, ma viene paventato anche il rischio che si venga a creare una pericolosa situazione di incertezza per il mercato finanziario, suscettibile di protrarsi nel tempo. Si rileva, infatti, che, poiché l'azione di nullità è imprescrittibile, l'investitore potrebbe agire in giudizio a distanza di tempo dalla conclusione del contratto, ritrasferendo "il rischio di un investimento infruttuoso in capo all'intermediario"⁷.

⁵ Cass., Sez. I 24/04/2018, n.10116, in Banche dati Ced della Cassazione.

⁶ Cass., Sez. I, 27/04/2016, n. 8395, in Banche Dati De Jure.

⁷ F. Di Marzio, *Nullità di protezione, codice del consumo e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.* (2005) 837 ss.; M. Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. contr. Roppo*, IV. *Rimedi*, a cura di A. Gentili, Milano 2006, p. 155 ss.; V. Mele, *La nullità di protezione*, in G. Vettori (cur.), *Contratti e tutela dei consumatori*, Torino 2007; M. Girolami, *La nullità*

5. - La sentenza: la buona fede e gli effetti delle nullità protettive

Le Sezioni Unite sono state investite della questione relativa all'esatta determinazione degli effetti e delle conseguenze giuridiche dell'azione di nullità proposta dal cliente in relazione a specifici ordini di acquisto di titoli che derivi, tuttavia, dall'accertamento del difetto di forma del contratto quadro. Nello specifico, il punto controverso riguarda l'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità anche alle operazioni che non hanno formato oggetto della domanda proposta dal cliente ed, eventualmente, i limiti di tale estensione. La pronuncia si apre con l'espressa ammissione, per gli ordini di investimento, di una autonoma valenza negoziale che postula la formazione di un consenso *ad hoc* per la loro esecuzione mediante la prestazione dell'intermediario. L'art. 100 c.p.c., infatti, quale regola attuativa del cardinale principio di economia degli atti e delle decisioni, integrerebbe una circostanza ostativa all'allocatione, in capo all'investitore, di un onere di censura globale delle operazioni svolte con la cooperazione del singolo intermediario. La tesi avversa produrrebbe, in altri termini, la pericolosa conseguenza di disinnescare la portata protettiva della nullità in questione, subordinando l'azionabilità del rimedio *de quo* a una previa, meditata, analisi del *trade-off* tra il valore dei singoli investimenti effettuati. Il cuore della *ratio decidendi*, deve rinvenirsi nel ruolo centrale che il Supremo Consesso riserva al principio di buona fede che, in aperta continuità con gli approdi della sentenza n. 898/2018, viene assunto a criterio guida per verificare se può configurarsi un diritto a far valere, da parte dell'esclusivo legittimato, le nullità di protezione in modo selettivo. Le sezioni Unite individuano nella buona fede lo strumento elettivo per bilanciare l'unilateralità del rimedio protettivo con l'equilibrio contrattuale effettivo. La lettura in chiave solidaristica della nullità di protezione, sotto la lente della buona fede, conduce a risultati tutt'altro che scontati. L'unidirezionalità operativa del rimedio, astrattamente posto ad esclusivo vantaggio dell'investitore, viene infatti temperata dall'ambito di operatività trasversale della clausola generale, che dunque si assume espressamente non limitata soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente. Tuttavia, la direzione seguita dalle Sezioni Unite si discosta significativamente dalle posizioni assunte in precedenza dalla Suprema Corte. Nell'anno 2018 la sezione I della Cassazione valorizzava

relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale, in S. Pagliantini (cur.), *Le forme della nullità*, Torino 2009, 73 ss.

esclusivamente l'attitudine di tale nullità a restringere il novero dei legittimati e dunque l'accesso al rimedio, ritenendo che gli effetti caducatori e restitutori che ne derivavano potessero essere fatti valere da entrambe le parti, versandosi nella disciplina classica della ripetizione dell'indebito⁸. Una divergente posizione, invece, riteneva che caratteristica principale della nullità *de qua* fosse l'idoneità della stessa a produrre effetti solo a vantaggio del cliente⁹. Le Sezioni Unite, invece, risolvono la questione di legittimità selezionando quale metodo in grado di saggiare la coerenza dell'uso selettivo della nullità con la *ratio* protettiva della disciplina un agevole calcolo algebrico: se, sottratti gli investimenti "salvati" a quelli "colpiti", il risultato è di segno negativo per il cliente, nel senso della permanenza in capo a quest'ultimo di un pregiudizio patrimoniale, l'azione è pienamente ammissibile. In caso contrario, è riconosciuta all'intermediario una eccezione di buona fede, al solo effetto di paralizzare gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati» e al precipuo fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso.

6. - Considerazioni conclusive

La clausola generale della buona fede rispetto ai contratti d'investimento, caratterizzati da uno statuto di norme non derogabili dall'autonomia contrattuale volte a proteggere il contraente che strutturalmente è in una posizione di squilibrio rispetto all'altro, svolge un ruolo dominante. Emerge, invero, come tale principio possa avere un ambito di operatività trasversale, non limitato soltanto alla definizione del sistema di protezione del cliente, bensì esteso anche alla valutazione degli strumenti normativi di riequilibrio che possono essere utilizzati non soltanto per rimuovere le condizioni di svantaggio di una parte derivanti dalla violazione delle regole imposte al contraente "forte", ma anche per arrecare un ingiustificato pregiudizio all'altra, pur se applicate conformemente al paradigma legale¹⁰.

⁸ Cass, Sez. I, 16/03/2018, n.6664, in Altalex.

⁹ Cass., Sez. I, 04/12/2016, n.8395, in Altalex.

¹⁰ M. Barcellona, *La buona fede e il controllo giudiziale dei contratti*, in S. Mazzamuto (cur.), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino 2002; A. D'Angelo, *La buona fede*, in M. Bessone (cur.), *Trattato di diritto privato*, XIII.4, Torino 2004; E. Navarretta, *Buona fede e meritevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eu. dir. priv.*, 2012, 4, p. 974 ss.; G.Facci, *La nullità virtuale del contratto e la violazione del principio di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 2012, 6, p.

A parere di chi scrive, tuttavia, il Supremo Consesso attua un utilizzo eccessivamente disinvolto del modello neo-costituzionalistico¹¹. Secondo tale modello l'applicazione dei principi costituzionali è da estendersi altresì ai rapporti tra soggetti privati, consentendo a tali ultimi di far valere in giudizio principi costituzionali senza la necessità dell'intermediazione di una regola propria del diritto civile che recepisca il principio e preveda un apposito rimedio. I principi, tuttavia, rappresentano dei valori primari, neutri dal punto di vista dei rimedi. Appare, quindi, preferibile ritenere che spetti al legislatore definire appositi rimedi.

In secondo luogo, è da evidenziare come all'interno del nostro ordinamento, la nullità di protezione rappresenti una forma di rimedio individuale riconosciuto al consumatore. La stessa è caratterizzata dalla coesistenza della legittimazione ristretta, potendo essere fatta valere dal solo soggetto nel cui interesse è prevista, e dalla rilevabilità d'ufficio subordinata alla verifica dell'utilità pratica che ne potrebbe derivare al soggetto protetto.

Da tale pronuncia, emerge, invece, una nullità di protezione inidonea al raggiungimento del fine protettivo cui è per legge preposta. Tale drastica modifica avviene attraverso una larga, forse eccessiva, applicazione della clausola generale di buona fede¹².

Quest'ultima, regola di condotta degli atti, legittima scelte e decisioni che non possono richiamarsi allo schema della fattispecie¹³. È, dunque, una clausola, caratterizzata da una indeterminatezza intenzionale, fautrice di una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione preconstituito da una fattispecie normativa. La *vis* integrativa del diritto scritto propria di tale clausola, tuttavia, rende imprescindibile, a parere di chi scrive, una puntuale delimitazione dei confini entro i quali può essere adoperata, evitando, così, modifiche stravolgenti del diritto civile stesso. Ai fini di una effettiva evoluzione del diritto civile è necessaria chiarezza, precisione e misura.

1415 ss.; G. Villanacci, *Autonomia privata e buona fede nella complessa relazione evolutiva con la normativa consumeristica*, in *Contr. e impr.* (2013) 4-5 917 ss.; F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino 2015.

¹¹ A. Schiavello, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi*, in *Diritto e questioni pubbliche* 3 (2003).

¹² G. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.* (2002) 45; A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in N. Lipari (cur.), *Diritto privato europeo*, II, Padova 1997, 509, 510; F. Galgano, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e impresa* (2005) 892-894.

¹³ A.A. Dolmetta, *Exceptio doli generalis*, in *Banca Borsa* 2 (1989) I 189; A. Valitutti, *Nullità selettiva*, Relazione tenuta nell'ambito del Convegno "Questioni di diritto civile all'esame delle Sezioni Unite. Il contratto di intermediazione finanziaria privo di forma scritta: nullità selettiva o abuso del diritto?", (organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura e svoltosi presso la Corte Suprema di Cassazione il 13 febbraio 2019).

In secondo luogo, deve rilevarsi che il contenimento del ricorso alla clausola generale di buona fede operato dalle Sezioni Unite appare certamente in grado di evitare che gli investitori vedano tradotto il diritto dell'intermediario alla ripetizione in un loro obbligo di dover restituire la differenza residua a debito, ove il volume dei rendimenti avesse superato le passività¹⁴. Tuttavia, sul piano delle ricadute pratiche, si tratta di un salvavita destinato esclusivamente ai clienti che avessero incontrato resistenze pretorie all'uso selettivo della nullità conformativa, eventualità scongiurata per il futuro proprio dal *decisum* in commento. Tale rilievo risulta una triste testimonianza dell'insufficienza del ricorso, in via suppletiva, alle categorie civilistiche di diritto comune, per rimediare alle carenze della menzionata atrofia normativa di settore¹⁵.

In definitiva, appare necessario evitare una "entificazione"¹⁶ del concetto di abuso del diritto che ne riconnetterebbe effetti impropri.

¹⁴ S. Pagliantini, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *Persona e mercato* (2019) 123 ss.

¹⁵ V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»)*, in *Riv. dir. priv.* (2007) 669 ss.; G. Alpa, *Diritto privato europeo*, Milano 2016, 266.

¹⁶ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano 1992, 630.