

Nullità selettiva dei contratti di investimento al vaglio delle Sezioni Unite. Buona fede e giustizia contrattuale

Autore: Sonia Sasso

In: Diritto civile e commerciale

Le Sezioni Unite della Cassazione Civile, con sentenza n.28314 del 04 novembre 2019, si sono pronunciate in ordine all'ammissibilità per l'investitore di selezionare i singoli investimenti da invalidare a seguito di contratto quadro nullo (c.d. **nullità selettiva**). Argomento centrale sembra essere proprio il tipo di potere esperibile dal singolo e le ricadute dello stesso nel sistema processuale. La sentenza nell'affrontare tale tema analizza la disciplina generale delle **nullità di protezione**, le quali hanno la funzione di colmare l'asimmetria informativa tipica dei contratti del consumatore o del risparmiatore. Interessante notare come sia proprio la buona fede e il principio solidaristico, ex art. 2 cost., a guidare il ragionamento della Corte e a definire la legittimazione del singolo.

Volume consigliato

Buona fede, abuso del diritto e l'exceptio doli

La buona fede occupa oggi una posizione di rilievo in materia contrattuale, frutto delle scelte del legislatore del codice del 1942 e dell'avvento della costituzione. Nel sistema vigente al tempo del codice del 1865 la buona fede era una mera clausola di stile che non produceva alcun obbligo per le parti.

Il codice del 1942 attribuisce maggior rilievo al canone della buona fede inserendolo in vari articoli; nell'art. **1337 c.c.** per lo svolgimento delle trattative, nell'art. **1375 c.c.** in materia di esecuzione e nell'art. **1366 c.c.** a fini di interpretazione contrattuale. Le parti devono quindi comportarsi secondo buona fede dalla fase embrionale del negozio a quella interpretativa.

Da rilevare come la buona fede venga intesa sia in un'accezione **soggettiva**, riassunta nella consapevolezza di non ledere un diritto altrui, che in una **oggettiva** sinonimo di correttezza. In materia

contrattuale si accoglie, ad oggi, la nozione oggettiva di buona fede che diviene fonte di obbligazioni ai sensi dell'art.1173 c.c.. Il comportarsi secondo buona fede rientra tra i doveri di solidarietà prescritti dal costituente ai sensi dell'art.2 cost., ricoprendo una funzione integratrice rispetto agli obblighi contrattuali.

Le parti devono quindi comportarsi in modo oggettivamente corretto e collaborare per la realizzazione degli interessi contrattuali. La violazione di tali obblighi di comportamento rileverebbe quale inadempimento, risarcibile in via contrattuale o precontrattuale a seconda della fase in cui avviene[1]. Dalla buona fede derivano dunque veri e propri **obblighi di correttezza** in capo a tutte le parti; anche sul creditore si rintraccerebbe un generale dovere di collaborazione. La Cassazione, in relazione proprio a tale dovere, ha limitato la possibilità di richiedere un adempimento frazionato da parte del creditore, in quanto il diritto dello stesso non può trasformarsi un eccessivo e ingiustificato peso sul debitore. Il canone della buona fede vieterebbe all'accipiens di abusare del proprio diritto e rendere eccessivamente gravoso l'adempimento[2].

Da mera clausola di stile la buona fede acquisisce una veste sostanziale, integrando il contratto e vincolandone l'interpretazione. Interessante notare come parte della dottrina ritenga che l'art.1366 c.c. si ponga come una norma di legame tra i criteri di interpretazione soggettiva, che guardano alla volontà delle parti, e quelli oggettivi, che si basano sulla dichiarazione negoziale. La buona fede a livello ermeneutico diviene strumento per contemperare la volontà delle parti con la dichiarazione negoziale. È proprio nella ricerca di un equilibrio contrattuale, anche interpretativo, che la buona fede ricopre oggi una posizione di rilievo.

Precipitato del principio di buona fede è il **divieto di abuso del diritto**, immanente nel sistema anche in assenza di un'espressa previsione. Si tratta di un fenomeno in cui si assiste ad una deviazione teleologica dello strumento giuridico. Si abusa del proprio diritto laddove lo stesso venga utilizzato per finalità estranee e incompatibili con quelle tipiche dell'istituto. Tipico esempio sono gli atti emulativi, vietati proprio perché posti in essere dal proprietario al solo scopo di nuocere.

A tutela di tali abusi l'ordinamento attribuisce al singolo la possibilità di opporre l'**eccezione di dolo**. L'exceptio doli è un'eccezione idonea a neutralizzare la pretesa altrui nel caso in cui la stessa si concretizzi in un abuso del diritto. Secondo l'orientamento maggioritario ai fini dell'eccezione è necessario che il comportamento doloso, abusivo e fraudolento del singolo sia evidente e risulti da prove certe non contestate[3].

Le nullità di protezione

La recente sentenza della Cassazione si è occupata della nullità ex art.23 TUF relativa al difetto di forma scritta dei contratti di prestazione di servizi di investimento. Si tratta di un'ipotesi di **nullità di protezione** a tutela dell'investitore, soggetto debole nel rapporto contrattuale. L'interesse particolare qui

viene tutelato tramite la nullità e non annullabilità che è invece la patologia generale a tutela dell'interesse del singolo. La dottrina ha evidenziato, tuttavia, che la tutela del singolo in questo caso sarebbe strumentale a un interesse di carattere generale, giustificando e legittimando l'utilizzo della categoria della nullità. La tutela del risparmiatore è infatti prodromica e funzionale a tutelare il buon funzionamento e l'efficienza del mercato.

Le Sezioni Unite di recente hanno evidenziato come tali nullità debbano essere interpretate in chiave funzionale, guardando al profilo teleologico. In particolare l'art.23 TUF utilizza lo strumento della forma scritta per tutelare e colmare il deficit informativo del **risparmiatore**. Simili valutazioni sono state utilizzate dalla giurisprudenza, per esempio, per escludere la nullità di un contratto di investimento monofirma, sottoscritto dal solo risparmiatore[4].

La forma diviene strumento di maggiore tutela, anche in materia di consumatore, tanto che parte della dottrina ormai parla di un **neoformalismo negoziale**. Il principio generale della libertà delle forme, tipico del sistema codicistico, viene superato dal modello consumeristico che al contrario richiede la forma scritta a tutela del soggetto debole.

La ratio sottesa alle nullità protettive incide anche sotto il profilo processuale, condizionando la pronuncia del giudice; infatti rilevata d'ufficio la nullità, il giudice può dichiararla solo a vantaggio del solo soggetto debole. L'opposizione del privato è stata interpretata in diversi modi, come esercizio di un potere di disposizione processuale o quale forma di convalida del negozio.

Si tratta pertanto di sistema ibrido che da un lato prevede la **rilevabilità d'ufficio** ma dall'altro sembra far riferimento a strumenti tipi dell'annullabilità, quali la legittimazione relativa di fatto o il potere di convalida.

Maggioritario l'orientamento che definisce il potere quale forma di disposizione processuale, giustificata dal fatto che il consumatore/risparmiatore non è più soggetto debole nel processo. L'asimmetria informativa inciderebbe sulla fase precedente, in particolare, relativamente alla formazione ed esecuzione del negozio. Si escluderebbe dunque la possibilità di forma di sanatoria in via stragiudiziale.

Il potere così attribuito al singolo ha portato parte della giurisprudenza ad ammettere forme selettive di nullità, a fronte di cui il risparmiatore potrebbe decidere di far invalidare solo alcuni contratti.

La nullità selettiva e l'exceptio doli

Il problema della nullità selettiva è stato analizzato dalla Corte di Cassazione rispetto proprio ai poteri delle parti.

In particolare a fronte della nullità di un contratto quadro, ci si è chiesti se l'investitore possa far valere la nullità solo per gli investimenti negativi con contestuale restituzione dell'indebito.

La nullità per difetto di forma scritta, contenuta nel D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 3, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. In tal modo si è espressa la Corte nell'escludere un simile potere in capo all'intermediario. Sarebbe la stessa ratio di tutela del soggetto debole ad attribuire la legittimazione al solo risparmiatore/investitore[5].

Dibattuta è però l'ampiezza dei poteri del soggetto debole che potrebbe approfittare e avvantaggiarsi dalla situazione. Si pensi ad una richiesta di indebito rispetto ai soli investimenti con rendimenti negativi a fronte di altri investimenti risultati invece redditizi.

Il comportamento così posto in essere contrasterebbe con il generale principio di buona fede, configurando un'ipotesi di **abuso del diritto**. La giurisprudenza, seppur esclude per l'intermediario la possibilità di avvalersi della nullità, ritiene possibile opporre l'exceptio doli. L'eccezione di dolo avrebbe qui l'effetto di paralizzare la richiesta dell'investitore laddove la stessa sia in mala fede e diretta ad ottenere un ingiusto vantaggio sfruttando un proprio diritto. La nullità selettiva non è di per sé vietata ma deve essere valutata ed eventualmente limitata dal giudice secondo il principio di buona fede.

Il divieto di abuso del diritto e del processo attribuisce un potere di opposizione in capo alla controparte. Sul punto la Corte afferma che l'intermediario può opporre all'investitore un'eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a **paralizzare gli effetti restitutori dell'azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini**. L'eccezione sarà opponibile, nei limiti del petitum azionato, come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore. Ove il petitum sia pari od inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo dell'azione restitutoria promossa dall'investitore sarà integrale. L'effetto impeditivo sarà, invece, parziale, ove gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel petitum.

La Corte traccia dunque una distinzione tra l'ipotesi in cui l'investitore abbia subito perdite inferiori o pari ai vantaggi ottenuti da quella in cui i risultati positivi siano inferiori rispetto al pregiudizio. Nel primo caso l'eccezione di dolo paralizzerebbe in **modo integrale** la richiesta dell'investitore in una logica simile a quella alla base della compensatio lucri cum danno. Si vuole evitare che il soggetto danneggiato o da tutelare si avvantaggi violando la buona fede e stravolgendo la finalità dell'istituto di tutela. Nel secondo caso l'effetto paralizzante opererebbe in modo parziale per la parte non coperta dagli investimenti positivi.

I principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale, di derivazione costituzionale (artt. 2,3,41 e 47 Cost., quest'ultimo con specifico riferimento ai contratti d'investimento) operano..anche in funzione di **riequilibrio effettivo endocontrattuale** quando l'azione di nullità, utilizzata, come nella specie, in forma selettiva, determini esclusivamente un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte.

La buona fede e l'*exceptio doli* diventano pertanto un mezzo di **riequilibrio contrattuale** con un forte rafforzamento e ampliamento dei poteri del giudice. Si assiste di recente alla c.d. **giustizia contrattuale**, fenomeno in cui vede il giudice vaglia l'equilibrio del contratto e la convenienza dell'affare, ambiti prima di assoluta competenza delle parti. L'autonomia negoziale e la libertà di iniziativa economica osterebbero ad un controllo del giudice in tal senso.

Deve rilevarsi allora come nell'attuale sistema contrattuale vi siano modelli negoziali diversi da quello codicistico, in cui permane il dogma dell'autonomia negoziale e della libertà delle forme a fronte dell'assoluta parità della parti. Al contrario l'asimmetria presente nel c.d. secondo contratto giustifica una disciplina ad hoc e un diverso potere del giudice, deputato a controllare l'equilibrio negoziale e a valutare i poteri delle parti, in virtù del principio di buona fede.

Volume consigliato

Note

[1]La storica Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 pronunciandosi sulla responsabilità dell'intermediario ha rilevato la differenza tra la norme di comportamento, la cui violazione integra un inadempimento, e quelle di validità poste a pena di nullità.

[2]Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726 affermano che la parcellizzazione della domanda giudiziale (richiesta di pagamento frazionato) diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria si traduce in un abuso degli strumenti processuali.

[3]Lo strumento è stato utilizzato in materia di contratto autonomo di garanzia, rispetto a cui si prevede la possibilità per il garante di opporre l'*exceptio doli* al creditore che abbia già ottenuto l'adempimento del credito (Cass., Sez. I, 17 marzo 2006, n. 5997)

[4]Cass., Civ., Sez. VI, 10 settembre 2019, n. 22640 ha affermato che l'assenza di firma della banca non invalida il contratto, ai sensi dell'art.117 TUB, in quanto la nullità prevista dalla norma è funzionale a tutelare il solo cliente. La comune ratio delle nullità c.d. protettive, previste in settori diversi, dunque ne giustifica la disciplina unitaria.

[5]Cass. Civ. Sez. Un.04 novembre 2019 n.28314 affermano che si ritiene di dover ribadire che, in relazione ai contratti d'investimento che costituiscono l'oggetto del presente giudizio, della dichiarata invalidità del contratto quadro, ancorchè accertata con valore di giudicato, come già rilevato nei par.13 e 13.1, può avvalersi soltanto l'investitore, sia sul piano sostanziale della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso.

<https://www.diritto.it/nullita-selettiva-dei-contratti-di-investimento-al-vaglio-delle-sezioni-unite-buona-fede-e-giustizia-contrattuale/>