

## **Brevi cenni in tema di nullità selettiva: Corte di Cassazione, 2 ottobre 2018 n° 23927**

**di Marco CAMILLERI\***

In considerazione dell'importanza e della delicatezza delle implicazioni derivanti dalla proposizione di una domanda di nullità selettiva da parte dell'investitore, deve essere rimessa al Primo Presidente la questione relativa alla possibilità per l'intermediario di opporre l'*exceptio doli generalis*, nella prospettiva di dover garantire il corretto bilanciamento tra le opposte esigenze, di garanzia degli investimenti dei privati e di tutela della posizione dell'intermediario, avendo anche riguardo ad assicurare la certezza del mercato mobiliare.

Per mancanza di un orientamento univoco, con la recente ordinanza del 2 ottobre 2018 n. 23927, la Suprema Corte ha ritenuto necessario rimettere la causa all'esame del Primo Presidente per la valutazione di una potenziale assegnazione alle Sezioni Unite, ex art. 374 c.p.c., comma 2, ultima parte, allo scopo di ricavare delucidazioni circa la nullità del contratto quadro, sottoscritto unicamente dall'investitore, e in merito alla relazione tra la buona fede e la cosiddetta nullità selettiva.<sup>1</sup>

Il caso affronta una tematica di grande attualità che, oltre alla contrattazione finanziaria, riguarda appunto il regime delle nullità di protezione, la patologia e la sanabilità del negozio nullo, le eccezioni di correttezza e di buona fede, ma, in particolare, la ricerca di una moderata conciliazione tra la salvaguardia degli investimenti dei risparmi, operati da soggetti privati, e la tutela della certezza dei mercati in tema di investimenti finanziari.<sup>2</sup>

---

\*Praticante avvocato.

<sup>1</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. I, 2 ottobre 2018, n. 23927 in *Dir. Giust.*, 2018, 3.

<sup>2</sup> Cfr. M. RIZZUTI, *La Sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, 141 ss.; G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella conclusione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, 49 ss.; M. BIANCA, *Diritto civile, III, Il Contratto*, Milano, 2000; G. MIRABELLI, *Dei Contratti in generale*, Torino, IV, 2, 1980, 479; G. CRISCUOLI, *La Nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959; G. MIRABELLI *Dei Contratti in generale*, Torino, IV, 2, 1980, 479.

La questione in esame prende avvio dalla chiamata in giudizio alla banca, quale soggetto intermediario, promossa dall'investitore che, per difetto della forma scritta del contratto quadro, ex art. 23 del d.lgs. 58/1998, chiedeva ottenere "la nullità o in subordine l'annullamento o la risoluzione dei contratti di investimento in obbligazioni argentine stipulati dalle parti in data 4 maggio 1999 e 26 agosto 1999" nonché "la condanna della convenuta alla restituzione delle somme investite, pari ad euro 145.052,13, oltre interessi e rivalutazione monetaria".

Nello specifico, la richiesta riguardava solo alcuni dei contratti che l'attore aveva stipulato con la banca e che concernevano l'acquisto di obbligazioni argentine che avevano ottenuto risultato negativo e non quelle che, invece, erano risultate fruttifere.

L'istituto bancario, davanti alla stipula del contratto nullo, avanzava domanda riconvenzionale per avere la restituzione di tutti i titoli venduti, ancora nella possibilità del soggetto investitore, e la compensazione tra il proprio credito e quello dell'attore.

Il Tribunale, limitatamente agli ordini di acquisto del 4 maggio, poiché sottoscritti dalla madre del soggetto investitore, accertava la carenza di legittimazione dell'attore e provvedeva a dichiarare la nullità, per difetto della forma prescritta ai sensi dell'art. 23 d.lgs. 58/1998, degli ordini di acquisto sottoscritti in data 26 agosto 1999 e delle precedenti operazioni finanziarie del 18 ottobre 1996 e del 25 agosto del 1998.

Il giudice, pertanto, operata la compensazione tra i crediti opposti e nell'accogliere la domanda riconvenzionale, condannava l'attore a pagare la differenza alla banca.

Conseguentemente, quest'ultima veniva condannata alla restituzione, oltre degli interessi legali, della somma di euro 100.802,03, riscossa dall'investitore in esecuzione del rapporto dichiarato nullo.

Nella stessa sentenza, il Tribunale, in accoglimento della domanda riconvenzionale della convenuta, condannava, altresì, l'investitore a restituire, oltre agli interessi legali, la somma di euro 284.830,82, ossia il corrispettivo dell'ammontare delle cedole rimosse a causa delle operazioni eseguite in virtù del contratto quadro dichiarato nullo.

Dunque, nel riformare la sentenza di primo grado, la Corte d'Appello, "rilevata l'assenza di una formale domanda della banca di pagamento di quanto dovute dall'investitore", si limitava a dichiarare la parziale compensazione tra i due crediti rispettivamente spettanti alle parti e revocava la condanna dell'investitore al pagamento del residuo.

Quest'ultimo, proposto ricorso in Cassazione avverso tale sentenza della Corte d'Appello che, ad avviso del ricorrente, aveva errato nel ritenere che la nullità, di cui all'art. 23 del d.lgs. 58/1998, una volta eccepita dall'investitore, "si ripercuota su tutte le operazioni eseguite in base all'atto negoziale viziato", comportando persino la restituzione di tutti i titoli compravenduti ancora nelle possibilità dell'investitore, chiedeva di limitare la dichiarazione di nullità ai soli contratti di acquisto di obbligazioni, per difetto di forma scritta, e di non investire l'intero contratto.

La Prima Sezione della Corte di Cassazione, rimettente la causa al Primo Presidente, poneva l'interrogativo sulla correttezza dell'utilizzo dell'eccezione dell'azione di nullità in maniera "selettiva".

La nullità selettiva che, oggi, assume una rilevante entità nella sfera delle intermediazioni finanziarie, non implica la nullità dell'intero rapporto contrattuale, ma il fatto di legittimare il cliente ad agire per tutelare solo una parte del contratto dichiarato nullo, facendo caducare quella risultata svantaggiosa.

Ma, a seguito dell'applicazione di questa normativa, sorge un quesito. Viene da chiedersi, cioè, se l'eccezione di nullità del contratto quadro posta dall'attore implichi anche la caducazione di tutti i successivi ordini di investimento, in tal caso l'intermediario avrebbe diritto ad esercitare, ex art. 2033 c.c., l'atto di restituzione di tutti i titoli ancora nelle possibilità del cliente ed eccepire il bilanciamento tra i rispettivi diritti di credito. Al venir meno della giustificazione causale dei movimenti patrimoniali circa gli investimenti effettuati, per entrambe le parti nascerebbe il diritto di ripetere quanto prestato in esecuzione di contratti nulli. Al contrario, se il soggetto investitore potesse scegliere la parte del contratto da far dichiarare nulla, potrebbe recuperare gli investimenti vantaggiosi. L'analisi dell'eccezione della nullità selettiva, cosiddetta in quanto

limitata unicamente ad alcuni ordini di acquisto, posta all'attenzione della giurisprudenza, non ha condotto ad una univoca interpretazione.

La Corte di Cassazione, che per la prima volta ha sancito che la nullità prevista dall'art. 23 del d.lgs 58/1998 è ipotesi di nullità di protezione e che può essere eccepita anche limitandosi ad un'unica parte del contratto e dunque ad alcuni ordini, sottolineato il pericolo di un presumibile, nonché opportunistico, sfruttamento di tale normativa da parte dell'investitore, ha riconosciuto all'intermediario l'opportunità di tutelarsi attraverso l'esercizio della *exceptio doli generalis* se si dovesse riscontrare l'agire in malafede dell'investitore.<sup>3</sup>

Negli ultimi anni, la presunta unitarietà della categoria della nullità del contratto, è stata messa in discussione. Sia la dottrina che la giurisprudenza, hanno formulato svariate differenziazioni e moltiplicate le ipotesi di nullità messe a salvaguardia della parte debole del rapporto contrattuale. Sulla tutela del contraente più debole e sulla nullità di protezione, al cui interno figurano le cd. nullità selettive che legittimano il contraente a selezionare le parti del contratto che le stesse intendono caducare<sup>4</sup>, la giurisprudenza, proprio di recente, è intervenuta svariate volte, circoscrivendole alla sfera del principio della buona fede ex art. 1375 c.c., per evitare eccessi di tutela della parte più debole e scongiurare il pericolo di uno sfruttamento "opportunistico".<sup>5</sup>

Forte appare l'esigenza di evitare un abuso del diritto ex art. 23 del d.lgs. 58/1998, nel caso in cui la condotta dell'investitore esercente l'azione di nullità selettiva, miri a trasferire "opportunisticamente" sullo stesso intermediario l'esito negativo delle operazioni di investimento. L'ammissibilità di una nullità selettiva del contratto quadro valorizzerebbe la figura della nullità di protezione ex art. 23 TUF e potrebbe portare ad una sproporzionata protezione del cliente-investitore e ad un aggravio del peso del rischio per la controparte.

---

<sup>3</sup> Cfr. Cass. Civ. 27 aprile 2016, n. 8395 in *Guida al diritto*, 2016, 31, 70.

<sup>4</sup> Cfr. Cass. Civ. 27 aprile 2016, n. 8395 in *Guida al diritto*, 2016, 31, 70.

<sup>5</sup> Cfr. cass. 27 aprile 2017, n. 10447, cit. Inoltre Cfr. A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 2014; F. SANTORO PASSARELLI, Napoli, rist. 1985 *Dottrine generali del diritto civile*; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970.

Bisogna, pertanto, giungere, quanto prima, ad un bilanciamento delle posizioni contrapposte tra loro.

Tocca, quindi, alle Sezioni Unite esprimersi sulla questione in modo da contemperare, così come ricordato dalla Prima Sezione, "l'esigenza di garanzia degli investimenti operati dai privati con i loro risparmi (art.47 cost.)" con quella di "tutela dell'intermediario per garantire la certezza dei mercati in materia di investimenti finanziari". Nel mantenere il giusto equilibrio tra l'interesse di protezione del contraente più debole che investe i propri risparmi e quello, più generale, circa il giusto funzionamento dei mercati finanziari in tema di investimenti, non si potrà non tener conto che "il livello di tutela dell'investitore non professionista rappresenta uno dei criteri che può essere utilizzato per misurare il grado di evoluzione di un sistema giuridico moderno, nonché la capacità di governare in modo efficace ed efficiente i mercati"<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> ANDREA BERTOLINI, *Problema di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediale?*, in *Responsabilità civile e previdenza* n.11-2010, pagg. 2336 ss.