



ATTUALITÀ

SERVIZI DI INVESTIMENTO

22/11/2019

Intermediazione finanziaria: le Sezioni Unite sull'uso selettivo della nullità di protezione

di Vittorio Pisapia, Fivelex Studio Legale

Approfondiremo questi temi con l'avv. Pisapia nel **Seminario operativo del prossimo 23 gennaio** a Milano. Per maggiori informazioni si rinvia alla pagina dedicata all'evento raggiungibile al link indicato tra i contenuti correlati.

Premessa

1. Con sentenza n. 28314 del 4 novembre 2019 la Cassazione ha affermato i seguenti principi:

- "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".

2. La pronuncia – di notevole rilevanza teorica e pratica – origina dal seguente caso:

- un investitore impugna per nullità, per difetto di forma scritta del contratto quadro ex art. 23 del d.lgs. n. 58 del 1998 ("T.U.F.") [1], due operazioni concluse tramite la banca intermediaria, e chiede la condanna alla restituzione di quanto versato;
- la banca chiede il rigetto delle domande e, in via riconvenzionale, per il caso di accoglimento della domanda di nullità del contratto quadro, la restituzione di cedole riscosse dall'attore in relazione ad *altre* operazioni (non impugnate); operazioni, in ipotesi, anch'esse nulle in quanto eseguite in forza del contratto quadro (che sarebbe stato) nullo;
- il tribunale accoglie la domanda di nullità dell'attore e la riconvenzionale della banca, e, operata la compensazione, condanna l'attore a pagare alla banca la differenza residua a debito;
- la corte d'appello, cui si era rivolto l'attore, ritiene che la banca non avesse svolto riconvenzionale, ma solo eccezione di compensazione, idonea, come tale, soltanto a paralizzare la domanda dell'attore; conferma, quindi, la sentenza nella parte in cui aveva operato la compensazione e la riforma, invece, in quella in cui aveva accolto la riconvenzionale della banca.

Le questioni sottoposte alle Sezioni Unite: la legittimazione a far valere la nullità prevista dall'art. 23 T.U.F.

La Cassazione affronta anzitutto la seguente – preliminare – questione: chi sia legittimato a far valere la nullità ex art. 23 T.U.F., ossia se si tratti di nullità che può essere fatta valere solo dal cliente o pure dall'intermediario ovvero sia rilevabile d'ufficio.

Secondo le Sezioni Unite: a) poiché si tratta di nullità di protezione, essa può essere fatta valere solo dal cliente (così come per le altre nullità di protezione); b) sebbene l'art. 23 T.U.F. non preveda il rilievo officioso della nullità [2], tuttavia essa può rilevarsi d'ufficio se vi sia manifestazione d'interesse del soggetto legittimato [3].

La questione della legittimità dell'uso selettivo della nullità

1. A questo punto, le Sezioni Unite affrontano la questione se sia ammissibile per il cliente (unico legittimato a far valere la nullità) usare in modo selettivo tale rimedio, ossia impugnare solo alcuni ordini (quelli che hanno comportato una perdita) e non altri (quelli che non la hanno comportata o hanno dato luogo a un guadagno).

La sentenza ricorda che la forma scritta è prescritta solo per il contratto quadro, e non anche per i singoli ordini (salvo diverso patto); il relativo obbligo è assolto anche se il contratto quadro è sottoscritto soltanto dall'investitore, "essendo destinato alla protezione effettiva del cliente senza tuttavia legittimare l'esercizio dell'azione di nullità in forma abusiva, in modo da trarne ingiusti vantaggi". Ciò in coerenza con i "principi di buona fede e correttezza anche nell'esercizio dei diritti in sede giurisdizionale".

Sono proprio tali principi la chiave attraverso cui la Cassazione risolve la questione.

2. La sentenza dà anzitutto conto dei seguenti orientamenti:

- secondo un orientamento, fatta valere la nullità dal cliente (o rilevata d'ufficio dal giudice), gli effetti (restitutori) possono sempre essere invocati anche dall'altra parte (cioè dall'intermediario);
- secondo altro orientamento, invece, in nessun caso, l'intermediario può avvantaggiarsi della nullità: la selezione degli ordini sui quali dirigere la nullità è l'effetto dell'esercizio di un diritto esclusivo dell'investitore;
- un terzo orientamento ritiene che l'uso selettivo può essere paralizzato con l'eccezione di buona fede; secondo una sotto-tesi poi: (i) l'uso selettivo è sempre abusivo, secondo un'altra (ii) l'uso selettivo può essere paralizzato solo se l'azione è contraria a determinati parametri di buona fede (su cui non vi è uniformità di vedute).

3. La sentenza risolve la questione sulla base della buona fede, modulata però in base all'esame degli investimenti complessivamente eseguiti; in sintesi, afferma che:

- l'uso selettivo della nullità non contrasta con lo statuto delle nullità di protezione, ma deve comunque essere improntato a buona fede;
- il principio di buona fede va applicato secondo un parametro univoco e coerente;
- in particolare, occorre comparare le operazioni oggetto di domanda di nullità (e restituzione) con quelle che ne sono escluse, per verificare se permana un danno per l'investitore corrispondente alla domanda;
- qualora l'esito delle operazioni non oggetto della domanda abbia prodotto un rendimento economico superiore al pregiudizio fatto valere con la domanda, l'intermediario può sollevare l'eccezione di buona fede; ciò però al solo scopo di paralizzare l'azione;
- se, invece, vi è un danno per l'investitore, anche all'esito della comparazione con le operazioni non colpite da nullità, l'effetto impeditivo opererà nei limiti del vantaggio conseguito dall'investitore;
- l'effetto paralizzante dell'eccezione opera ove oggetto di allegazione.

Le questioni teorico-pratiche che emergono dalla sentenza

La sentenza fa emergere questioni di rilevanza teorica e pratica (anche al di là del tema della nullità selettiva); senza pretesa di completezza, se ne indicano qui alcune.

A) Una prima questione attiene al giudicato e ai relativi limiti.

La sentenza dà atto che *"nel giudizio di merito"* si era *"formato il giudicato sulla nullità del contratto quadro per difetto di forma"*; il relativo accertamento era quindi divenuto incontrovertibile.

Infatti l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato a ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa, e non può quindi essere rimesso in discussione (art. 2909 c.c.).

Nel contempo la sentenza rileva che dagli atti risultava che, in realtà, il contratto quadro era stato sottoscritto dall'investitore (fatto che sarebbe stato idoneo a escludere la nullità, tuttavia coperta in modo incontrovertibile dal giudicato[4]).

Ora, le Sezioni Unite, pur precisando che ciò *"costituisc(e) circostanza irrilevante, in relazione all'accertamento della nullità, perché coperta dal giudicato"*, aggiungono che essa *"non può"* però *"essere del tutto ignorata, in relazione alla valutazione della legittimità delle diverse forme di tutela dell'intermediario determinate dall'uso selettivo delle nullità di protezione"*.

In tal modo la sentenza pare attribuire rilevanza, anche se ai limitati effetti dell'eccezione di buona fede, a un fatto risultante dagli atti ma incontrovertibilmente escluso dal giudicato.

B) Altra questione è se l'eccezione di buona fede possa essere fatta non solo quando il contratto quadro non sia stato stipulato per iscritto, ma anche se l'investitore neghi di aver mai stipulato alcun contratto quadro (e l'intermediario, naturalmente, non produca il contratto): in base ai principi da cui muove la Corte, sembrerebbe più coerente ritenere che l'eccezione sia opponibile ogni volta che vi sia comunque un ingiustificato sacrificio economico dell'intermediario alla luce della complessiva esecuzione degli ordini.

C) La sentenza precisa che l'effetto paralizzante dell'eccezione opera ove sia oggetto di allegazione (da parte dell'intermediario): la questione è qui se l'abuso della nullità selettiva sia rilevabile d'ufficio o solo su istanza di parte. In coerenza con il principio per cui le eccezioni sono di regola rilevabili d'ufficio, dovrebbe ritenersi che l'eccezione di buona fede per abuso della nullità selettiva sia rilevabile d'ufficio; è però necessario che l'intermediario alleghi nei termini previsti per le allegazioni (cioè per le affermazioni dei fatti oggetto di causa) le circostanze sulle quali si basa l'eccezione (che dovrà essere anche provata).

D) Lo schema di operatività dell'eccezione di buona fede delineato dalle Sezioni Unite ha elementi di analogia con quella di compensazione; se ne differenzia però, in particolare, per i presupposti (l'eccezione di compensazione presuppone un controcredito) e il regime di rilevanza (l'eccezione di compensazione non può essere rievata d'ufficio).

Conclusioni

In definitiva, la sentenza darà senz'altro adito a dibattito. Ciò anche in relazione ad altre questioni, già emerse in passato, e che dovranno essere ora confrontate con questa pronuncia (come quelle in merito all'assimilabilità all'azione di annullamento e all'applicabilità o meno della relativa disciplina).

[1] Si riporta, per comodità, il testo vigente dei primi tre commi dell'articolo 23 del T.U.F.

"1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo. 2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tal caso nulla è dovuto. 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente". Il comma 1 è stato così sostituito dall'art. 2.19, lett. a, d.lgs 3 agosto 2017, n. 129. Il testo originario dei primi tre commi era il seguente: *"1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo. 2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto. 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente".*

[2] A differenza di quanto previsto dall'art. 127 del D.Lgs n. 385/1993 (Testo Unico Bancario) e dall'articolo 36, comma 3, del D.Lgs n. 206/1985 (Codice del Consumo), i quali prevedono similari nullità di protezione.

[3] In particolare, la Cassazione precisa che *"il rilievo officioso delle nullità di protezione deve ritenersi generalmente applicabile a tutte le tipologie di contratti nei quali è previsto in favore del cliente tale regime di protezione"* *"alla stregua delle indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia"* e degli articoli 41 e 3 della Costituzione; ne segue che *"il testo (...) dell'art. 23, c. 3, deve (...) essere interpretato in modo costituzionalmente orientato (...) così da non escluderne né il rilievo d'ufficio né l'operatività a vantaggio esclusivo del cliente"*.

[4] Che si sia formato un giudicato contraddittorio con la realtà storica si spiega verosimilmente con il fatto che, a quanto è dato comprendere, il contratto era stato sottoscritto soltanto dall'investitore, e non anche dalla banca, e, all'epoca dei giudizio di merito, non si era ancora consolidato il principio della validità del contratto c.d. "*monofirma*".

Copyright Dirittobancario.it