

Intermediari finanziari e nullità del contratto

CASSAZIONE CIVILE, sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724 - Pres. Carbone - Rel. Rordorf - P.M. Nardi (conf.) - Fin. Com. Valori s.r.l. in liquidazione (avv.ti Cavaliere, Denozza, Allavena) c. San Paolo Imi s.p.a. (avv.ti Ferri, Cavalli)

Contratti in genere - Invalidità - Nullità del contratto - Cause - Contrarietà a norme imperative - Presupposti - Contrarietà a norme sulla validità del contratto - Necessità - Violazione di norme concernenti il comportamento dei contraenti - Conseguenze - Nullità - Esclusione

(c. c. artt. 1218, 1325 1337 1338 1418 1453)

La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418 comma 1 c.c..

Svolgimento del processo

Il 21 agosto 1995 il presidente del Tribunale di Torino, accogliendo un ricorso proposto dall'Istituto Bancario San Paolo (cui è poi succeduta la San Paolo IMI s.p.a., e che in prosieguo sarà comunque indicato solo come San Paolo), ingiunse con decreto alla Fin., Com.

Valori s.r.l. (in prosieguo Fincom) di pagare all'istituto ricorrente la somma di L. 4.371.350.619, costituente il saldo debitorio di un conto corrente al quale accedeva una linea di credito per operazioni in valuta e per operazioni su titoli derivati. Col medesimo decreto fu altresì ingiunto alla Edilcentro Immobiliare s.r.l. (in prosieguo Edilcentro) il pagamento di L. 1.500.000.000 ed al Sig. G. L. il pagamento di L. 2.500.000.000, in forza delle garanzie da costoro a suo tempo prestate.

Gli ingiunti proposero separate opposizioni, poi riunite. Oltre a sollevare contestazioni sulla ritualità del procedimento monitorio, sull'addebito della commissione di massimo scoperto, sulla decorrenza e sulla misura degli interessi convenzionali applicati, essi eccepirono l'invalidità dei contratti stipulati, in quanto estranei all'oggetto sociale della Fincom, e negarono che ai crediti della banca derivanti dall'esecuzione di detti contratti competesse azione per il pagamento, trattandosi di negozi assimilabili al gioco o alla scommessa e perciò rientranti nella previsione dell'art. 1933 c.c..

Sostenero poi che il passivo accumulato sul conto era frutto di operazioni finanziarie nel compimento delle quali l'istituto di credito era venuto meno ai doveri impostigli dall'art. 6 dell'allora vigente L. n. 1 del 1991, perché aveva suggerito investimenti estremamente rischiosi senza adeguata informazione per il cliente ed in

eccesso rispetto alle disponibilità finanziarie del medesimo e perché aveva agito in conflitto d'interessi con il cliente medesimo.

La Fincom chiese perciò anche, in via riconvenzionale, la condanna in proprio favore del San Paolo al risarcimento dei danni. La sola Edilcentro eccepì inoltre l'invalidità della concessa fideiussione, sia perché estranea al proprio oggetto sociale, sia perché rilasciata da un amministratore, il già menzionato Sig. G., che versava in conflitto d'interessi essendo al tempo stesso anche amministratore della Fincom.

In corso di causa gli oppositori eccepirono altresì la nullità dei contratti dai quali le perdite erano scaturite, per violazione delle norme imperative contenute nel citato art. 6 L. n. 1, ed anche il sig. G. formulò domanda di risarcimento dei danni.

L'opposizione fu accolta dal tribunale, con conseguente revoca del decreto ingiuntivo, solo per i profili attinenti alla commissione di massimo scoperto ed alla decorrenza degli interessi. Le ulteriori ragioni addotte dagli oppositori non furono invece ritenute fondate ed i medesimi oppositori furono perciò condannati al pagamento del debito capitale indicato nel ricorso monitorio, oltre agli interessi al tasso convenzionale richiesto.

I gravami proposti contro tale decisione dalla Fim.com, dalla Edilcentro e dal Sig. G. furono riuniti e rigettati dalla Corte d'appello di Torino con sentenza depositata il 10 novembre 2001.

La corte piemontese ritenne infondata l'eccezione di nullità dei contratti aventi ad oggetto le operazioni finanziarie in questione osservando che le violazioni dedotte in causa riguardavano la condotta prenegoziale

dell'istituto di credito, oppure obblighi legali accessori afferenti all'adempimento dei contratti già conclusi, ma non potevano riflettersi sulla validità di detti contratti. Escluse che alle menzionate operazioni potesse applicarsi la previsione dell'art. 1933 c.c., rientrando esse tra quelle che l'art. 23 L. n. 1 del 1991, espressamente sottrae alla citata previsione del codice. Stimò inammissibili, perché generiche, le doglianze riguardanti la ritualità del procedimento monitorio e la misura degli interessi debitori. Negò che le più volte richiamate operazioni finanziarie potessero dirsi estranee all'oggetto sociale della Fincom e considerò che, comunque, non vi era prova dell'ipotizzata mala fede dell'istituto di credito in ordine all'asserita estraneità di dette operazioni all'oggetto sociale. Per analoghe ragioni la corte giudicò infondata anche l'eccezione di estraneità della fideiussione prestata dalla Edilcentro all'oggetto sociale di quest'ultima società, ed escluse la configurabilità della situazione di conflitto di interessi in cui l'amministratore si sarebbe trovato nel rilasciare fideiussione per debiti di altra società appartenente al medesimo gruppo. Quanto, infine, alle domande di risarcimento dei danni, la corte d'appello dichiarò inammissibile quella proposta tardivamente, solo in corso di causa, dal Sig. G.; reputò invece ammissibile, nei soli limiti dell'originaria formulazione, quella proposta dalla Fincom, ma non fondata, per difetto di prova del nesso causale tra il danno sofferto da detta società e l'asserita situazione di conflitto d'interessi in cui l'istituto di credito avrebbe agito e per essere rimasto indimostrato che i funzionari di detto istituto avevano istigato il cliente a compiere operazioni eccessivamente rischiose. Seguì la condanna in solido degli appellanti alle spese del grado, comprensive di compensi professionali liquidati però non secondo i dettami della tariffa forense, ritenuta inapplicabile alla stregua dei principi desumibili dal Trattato dell'Unione europea, bensì sulla base dei parametri posti dall'art. 2233 comma 2 c.c.

Avverso tale sentenza hanno proposto ricorso per Cassazione, articolato in otto motivi ed illustrato con memoria, la Fincom, la Edilcentro ed il Sig. G.

Ha resistito con controricorso e memoria il San Paolo. Con ordinanza n. 3683 del 16 febbraio 2007, la prima sezione civile di questa corte ha rilevato che, nella sentenza della stessa prima sezione del 29 settembre 2005, n. 19024, è stato escluso che l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dall'art. 6 L. n. 1 del 1991, possa cagionare la nullità del negozio, poiché quegli obblighi informativi riguardano elementi utili per la valutazione della convenienza dell'operazione e la loro violazione non dà luogo a mancanza del consenso, e perché la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula una violazione attinente ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e non invece all'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative ovvero in fase di esecuzione, a meno che questa sanzio-

ne non sia espressamente prevista anche in riferimento a dette ipotesi. Nella citata ordinanza della prima sezione è stato però manifestato il dubbio che il principio dianzi ricordato, quantunque corrispondente ad un tradizionale filone giurisprudenziale, non sia coerente con i presupposti da cui muovono molteplici altre decisioni di questa corte: la quale ha ravvisato ipotesi di nullità c.d. virtuale del contratto in caso di mancanza di autorizzazione a contrarre o di mancanza di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti, in caso di contratti concepiti in modo da sottrarre una delle parti agli obblighi di controllo su di essa gravanti o da consentire l'aggiramento di divieti a contrarre, ed in caso di convenzione d'incapace. Situazioni, queste, nelle quali è appunto la violazione di norme imperative concernenti la fase precontrattuale o le modalità esecutive del rapporto contrattuale a venire in evidenza.

D'altronde - ha osservato ancora l'ordinanza - il tradizionale principio di non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità del negozio, cui la citata sentenza n. 19024/05 si ispira, appare incrinato da molteplici recenti interventi del legislatore, che assegnano rilievo al comportamento contrattuale delle parti anche ai fini della validità del contratto: tali l'art. 9 L. n. 192 del 1998, in tema di abuso di dipendenza economica nei contratti di subfornitura di attività produttive, l'art. 52, comma 3, del codice del consumo (d.lgs. n. 206 del 2005), in tema di contratti stipulati telefonicamente, l'art. 34 del citato codice, in tema di clausole vessatorie, l'art. 7 d.lgs. n. 231 del 2002, in tema di dilazione dei termini di pagamento, e l'art. 3 L. n. 287 del 1990, in tema di clausole imposte con abuso di posizione dominante.

Il ricorso è stato perciò rimesso alle sezioni unite, sia per dirimere il ravvisato contrasto di giurisprudenza sull'interferenza tra regole di comportamento e regole di validità del contratto, sia comunque perché si tratta di questione di massima e di particolare importanza.

Motivi della decisione

1. Il primo motivo del ricorso tocca la questione di diritto per la cui risoluzione sono state investite le Sezioni Unite.

I ricorrenti, lamentando la violazione dell'art. 1418 c.c., e dell'art. 6 l. 2 gennaio 1991, n. 1, nonché vizi di motivazione dell'impugnata sentenza, criticano la corte d'appello per aver affermato che la violazione delle prescrizioni con cui il citato art. 6, impone determinati comportamenti agli intermediari finanziari nei riguardi dei propri clienti, incidendo tali prescrizioni sul momento prenegoziale o su quello esecutivo ma non sul contenuto del contratto, non potrebbe determinarne la nullità. Altrimenti - argomentano i ricorrenti - non sarebbe mai possibile far discendere la nullità del contratto dalla violazione di norme imperative che pongono limiti alla libertà delle parti con riferimento a situazioni esterne al negozio, come ad esempio quelle concernenti

la qualità dei contraenti o i presupposti e le procedure del contrarre; ma, viceversa, vi sono molteplici casi (per esempio: mancanza di autorizzazione allo svolgimento dell'attività d'intermediazione mobiliare, difetto di adempimenti preliminari in materia valutaria, e simili) in cui la violazione di norme non attinenti al contenuto del negozio è stata ritenuta sufficiente a provocare la nullità.

La sentenza impugnata è poi anche censurata per avere erroneamente ritenuto che le violazioni contestate alla banca riguardassero soltanto attività prenegoziali o esecutive di contratti già conclusi. Quelle violazioni invece - a parere dei ricorrenti - concernevano comportamenti incidenti sulla formazione del consenso delle parti, e quindi sul contenuto dell'accordo che del contratto è uno degli elementi essenziali.

1.1. Prima di affrontare la questione controversa, giova premettere che, nell'ambito del giudizio di merito, è stato accertato come le operazioni finanziarie dalle quali trae origine il credito azionato in causa, poste in essere dal San Paolo su disposizione della Fincom e corredate dalle garanzie fideiussorie della Edilcentro e del Sig. G., rientrano, per il loro oggetto e per le loro modalità negoziali ed attuative, tra quelle cui si applicava, al tempo dei fatti di causa, la disciplina della L. 2 gennaio 1991, n. 1 (in seguito abrogata e sostituita prima dal d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415, e poi dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, con successive modificazioni). Tale premessa, che appunto deriva essenzialmente da un accertamento in punto di fatto circa le caratteristiche di dette operazioni, è ovviamente destinata a restare ferma anche nel presente giudizio di legittimità.

1.2. Ciò posto, è utile brevemente ricordare che l'art. 6 della citata l. n. 1 del 1991, detta "principi generali e regole di comportamento" cui l'intermediario deve uniformarsi nei rapporti con il cliente. La norma, dopo aver enunciato il dovere di diligenza, correttezza e professionalità nella cura degli interessi di quest'ultimo (lett. a) e dopo aver posto ai carichi dell'intermediario il preliminare obbligo di pubblicare e trasmettere un documento contenente informazioni circa le proprie attività e la relativa regolamentazione, nonché circa il proprio eventuale gruppo di appartenenza (lett. b), stabilisce che i diversi servizi alla cui prestazione l'intermediario si obbliga verso il cliente debbono essere disciplinati da un contratto scritto (perciò destinato ad assolvere alla funzione c.d. di "contratto quadro" rispetto alle singole successive attività negoziali in cui l'espletamento di quei servizi si esplicherà), contratto di cui la stessa norma indica il contenuto minimo necessario ed una copia del quale deve essere trasmessa al cliente (lett. c). Segue poi una serie di regole legali, per la gran parte volte a disciplinare la prestazione dei servizi ipotizzati nel contratto: l'intermediario deve preventivamente acquisire, sulla situazione finanziaria del cliente, le informazioni rilevanti ai fini dello svolgimento dell'attività (know your customer rule) (lett. d); deve tenere

costantemente informato il cliente sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni e su qualsiasi altro fatto necessario per il compimento di scelte consapevoli (lett. e); non deve consigliare né effettuare operazioni con frequenza non necessaria o di dimensioni inadeguate alla situazione finanziaria del cliente (suitability rule) (lett. f); non può, salvo espressa autorizzazione scritta, effettuare con il cliente o per suo conto operazioni nelle quali egli abbia, direttamente o indirettamente, un interesse conflittuale (lett. g); deve dotarsi di adeguate procedure di controllo interno (lett. h). Siffatte regole di comportamento, in esecuzione di quanto previsto dalla disposizione della lettera a) sopra citata, sono state poi ulteriormente precisate dalla Consob con proprio regolamento (reg. n. 5386 del 1991).

Dal "contratto quadro", cui può darsi il nome di contratto d'intermediazione finanziaria e che per alcuni aspetti può essere accostato alla figura del mandato, derivano dunque obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente. Le successive operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente, benché possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto d'intermediazione. Gli obblighi di comportamento cui alludono le citate disposizioni dell'art. 6 l. n. 1 del 1991 (non diversamente, del resto, da quelli previsti dall'art. 21 del più recente d.lgs. n. 58 del 1998), tutti in qualche modo finalizzati al rispetto della clausola generale consistente nel dovere per l'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente, si collocano in parte nella fase che precede la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria ed in altra parte nella fase esecutiva di esso. Attiene evidentemente alla fase prenegoziale l'obbligo di consegnare al cliente il documento informativo menzionato nella lett. b) della citata disposizione dell'art. 6, ed attiene sempre a tale fase preliminare il dovere dell'intermediario di acquisire le informazioni necessarie in ordine alla situazione finanziaria del cliente, come prescritto dalla successiva lett. d), così da poter poi adeguare ad essa la successiva operatività. Ma doveri d'informazione sussistono anche dopo la stipulazione del contratto d'intermediazione, e sono finalizzati alla sua corretta esecuzione: tale è il dovere di porre sempre il cliente in condizione di valutare appieno la natura, i rischi e le implicazioni delle singole operazioni d'investimento o di disinvestimento, nonché di ogni altro fatto necessario a disporre con consapevolezza delle operazioni (art. cit., lett. e), e tale è il dovere di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto d'interesse, come condizione per poter eseguire ugualmente l'operazione se autorizzata (lett. g). Né può seriamente dubitarsi che anche l'obbligo dell'intermediario di tenersi informato sulla situazione del cliente, in quanto funzionale al dovere di curarne diligentemente e professionalmente gli interessi, permanga attuale durante l'intera fase esecutiva del rap-

porto e si rinnovi ogni qual volta la natura o l'entità della singola operazione lo richieda, per l'ovvia considerazione che la situazione del cliente non è statica bensì suscettibile di evolversi nel tempo. Attengono poi del pari al momento esecutivo del contratto i doveri di contenuto negativo posti a carico dell'intermediario: quelli di non consigliare e di non effettuare operazioni di frequenza o dimensione eccessive rispetto alla situazione finanziaria del cliente (lett. f).

1.3. I ricorrenti sostengono che, nella specie, il San Paolo ha violato alcune delle disposizioni sopra ricordate. L'istituto bancario, infatti, avrebbe suggerito, e poi direttamente eseguito in veste di controparte, operazioni nelle quali aveva un interesse conflittuale con quello della cliente Fincom (con violazione, dunque, della lett. g del citato art. 6), ed avrebbe consigliato ed eseguito operazioni eccessivamente rischiose, se rapportate alla situazione patrimoniale della medesima Fincom (con violazione, dunque, della lett. f del medesimo articolo).

Su tale presupposto i ricorrenti affermano che i contratti mediante i quali il San Paolo ha, di volta in volta, compiuto dette operazioni sono da ritenere nulli, in quanto contrari a norme imperative, non potendosi condividere l'assunto della corte d'appello secondo cui la violazione delle norme sopra richiamate potrebbe generare, eventualmente, una responsabilità risarcitoria o esser causa di risoluzione dei contratti in questione, ma non anche determinarne la nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c..

È specificamente su questo punto, come già accennato, che è stato sollecitato l'intervento in chiave nomofilattica delle sezioni unite.

Giova però preliminarmente chiarire, a tal proposito, che nel caso in esame non si ravvisa la necessità di comporre un contrasto giurisprudenziale derivante dalla presenza di precedenti difformi decisioni delle sezioni semplici sulla questione di diritto appena riferita, perché le diverse decisioni menzionate nell'ordinanza di rimessione hanno ad oggetto questioni diverse, nessuna delle quali (ad eccezione di quella trattata nella sentenza del 29 settembre 2005, n. 19024, di cui si dirà) investe specificamente il tema della presente causa. La circostanza che tutte o alcune tra tali precedenti sentenze possano, per certi aspetti, risultare più o meno coerenti con principi di diritto sottesi ad altre pronunce non è sufficiente ad identificare un contrasto di giurisprudenza in senso proprio. Essa è però certamente sintomo del fatto che ci si trova in presenza di una questione di massima e particolare importanza, appunto perché chiama in causa profili di principio: ciò che, d'altronde, è confermato anche dall'incertezza affiorata sul punto nella giurisprudenza di merito.

Nel prosieguo della presente sentenza non ci si soffermerà perciò tanto sull'esame dei singoli precedenti di questa corte in cui l'ordinanza di rimessione ha ravvisato il preteso contrasto di giurisprudenza, ma si affron-

terà direttamente la questione controversa, muovendo dall'unico precedente in termini già prima ricordato. Va da sé che le conclusioni cui si perverrà, nella misura in cui risulteranno idonee a fornire chiarimenti su questioni di principio suscettibili altresì di riflettersi su decisioni aventi oggetto ed ambiti diversi, potranno giovare a meglio definire la giurisprudenza di questa corte in termini anche più generali.

1.4. Si deve certamente convenire - ed anche l'impugnata sentenza d'altronde ne conviene - sul fatto che le norme dettate dall'art. 6 della citata l. n. 1 del 1991 (al pari di quelle che le hanno poi sostituite) hanno carattere imperativo: nel senso che esse, essendo dettate non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari (come è ora reso esplicito dalla formulazione del d.lgs n. 58 del 1998, art. 21, lett. a, ma poteva ben ricavarsi in via d'interpretazione sistematica già nel vigore della legislazione precedente), si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti.

Questo rilievo, tuttavia, non è da solo sufficiente a dimostrare che la violazione di una o più tra dette norme comporta la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario col cliente. È ovvio che la loro violazione non può essere, sul piano giuridico, priva di conseguenze - e se ne dirà - ma non è detto che la conseguenza sia necessariamente la nullità del contratto.

Innanzitutto, è evidente che il legislatore - il quale certo avrebbe potuto farlo e che, nella medesima legge, non ha esitato ad altro proposito a farlo - non ha espressamente stabilito che il mancato rispetto delle citate disposizioni interferisce con la fase genetica del contratto e produce l'effetto radicale della nullità invocata dai ricorrenti. Non si tratta quindi certamente di uno di quei casi di nullità stabiliti dalla legge ai quali allude l'art. 1418 comma 3 c.c.

Neppure i casi di nullità contemplati dal comma 2, dell'articolo da ultimo citato, però, sono invocabili nella situazione in esame. È vero che tra questi casi figura anche quello della mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, e che il primo di tali requisiti è l'accordo delle parti. Ma, ove pure si voglia ammettere che nella fase prenegoziale la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario sopra ricordati siano idonei ad influire sul consenso della controparte contrattuale, inquinandolo, appare arduo sostenere che sol per questo il consenso manca del tutto; ed i vizi del consenso - se pur di essi si possa parlare - non determinano la nullità del contratto, bensì solo la sua annullabilità, qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 1427 c.c. ss.

Resta però da considerare l'ipotesi che, in casi come quello di cui qui si discute, la nullità possa dipendere dall'applicazione della disposizione dettata dal comma 1 del citato art. 1418: che si possa, cioè, predicare la nullità (c.d. virtuale) del contratto perché contrario a nor-

me imperative, tali essendo appunto le norme dettate dall'art. 6 l. n. 1 del 1991.

1.5. La domanda che si è appena formulata ha ricevuto già una motivata risposta negativa nella menzionata sentenza n. 19024 del 2005, pronunciata dalla prima sezione di questa corte, la quale, dopo aver affermato che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative postula violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto, ha escluso che l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative prenegoziali ovvero nella fase dell'esecuzione del contratto stesso possa esser causa di nullità, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali siffatta condotta contrasti, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista. Donde la conclusione che né l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dall'art. 6 l. n. 1 del 1991, né la violazione da parte dell'intermediario del divieto di effettuare operazioni con o per conto del cliente qualora abbia un interesse conflittuale (a meno che non abbia comunicato per iscritto la natura e l'estensione del suo interesse nell'operazione ed il cliente abbia preventivamente ed espressamente acconsentito per iscritto all'operazione) sono idonee a cagionare nullità.

L'ordinanza di rimessione chiama ora le Sezioni Unite a valutare se tali affermazioni, e l'impianto argomentativo ad esse sotteso, debbano o meno esser tenute ferme, anche alla luce di un esame sistematico che tenga conto di orientamenti giurisprudenziali manifestati da questa stessa corte in campi diversi, nonché delle tendenze legislative emerse in questo ed in altri settori, dai quali potrebbero eventualmente scaturire indicazioni di segno contrario a quelle espresse in *subjecta materia* dalla sentenza n. 19024 del 2005.

1.6. Il cardine intorno al quale ruota la sentenza da ultimo citata è costituito dalla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità.

Che tale distinzione, sovente ribadita anche dalla dottrina, sia fortemente radicata nei principi del codice civile è difficilmente contestabile. Per persuadersene è sufficiente considerare come dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede - immanente all'intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost., e sottostante a quasi tutti i precetti legali di comportamento delle parti di un rapporto negoziale (ivi compresi quelli qui in esame) - il

codice civile faccia discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile), ancorché l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo. E questo anche perché il suaccennato dovere di buona fede, ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo immanabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite.

L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinarsi del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile.

È possibile che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale, ma - a parte la considerazione che molte delle disposizioni invocate a sostegno di questo assunto sono posteriori ai fatti di causa, e non varrebbero quindi a dimostrare che già a quell'epoca il legislatore avesse abbandonato la tradizionale distinzione cui s'è fatto cenno - un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione. E va pur detto che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni. D'altronde, non si è mai dubitato che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, ma ciò fa ricadere quelle fattispecie nella già ricordata previsione del terzo (non già del comma 1) del citato art. 1418. Si tratta pur sempre, in altri termini, di disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando - come nel caso in esame - l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle cosiddette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per sé si pongono come speciali.

1.7. Quanto appena osservato, naturalmente, non esaurisce affatto il tema, perché occorre ancora chiedersi se

una regola diversa non viga proprio nello specifico settore del diritto dei mercati finanziari.

Prima di rispondere a questo quesito, e restando per un momento ancora sul piano dei principi generali, giova però aggiungere che tanto l'impugnata sentenza della corte d'appello di Torino, quanto la più volte menzionata sentenza di questa Corte n. 19024 del 2005, sembrano individuare le norme imperative la cui violazione determina la nullità del contratto essenzialmente in quelle che si riferiscono alla struttura o al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti. Ma - si obietta - la giurisprudenza ha in passato spesse volte individuato ipotesi di nullità nella violazione di norme che invece riguardano elementi estranei a quel contenuto o a quella struttura: per esempio, in caso di mancanza di una prescritta autorizzazione a contrarre o di clausole concepite in modo da consentire l'aggiramento di divieti a contrarre (cfr., tra le altre, Cass. 19 settembre 2006, n. 20261; Cass. 10 maggio 2005, n. 9767; Cass. 16 luglio 2003, n. 11131) o di mancanza di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti (cfr., tra le altre, Cass. 3 agosto 2005, n. 16281; Cass. 18 luglio 2003, n. 11247; Cass. 5 aprile 2001, n. 5052; Cass. 15 marzo 2001, n. 3753; e Cass. 7 marzo 2001, n. 3272) oppure in caso di contratti le cui clausole siano tali da sottrarre una delle parti agli obblighi di controllo su di essa gravanti (cfr. Cass. 8 luglio 1983, n. 4605), ed inoltre in caso di circonvenzione d'incapace (cfr. Cass. 23 maggio 2006, n. 12126; Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427; e Cass. 29 ottobre 1994, n. 8948).

Tralasciando la circonvenzione d'incapace, con riferimento alla quale occorrerebbe forse rimeditare se ed entro quali limiti l'illiceità penale della condotta basti a giustificare l'ipotizzata nullità del contratto sotto il profilo civile, tali esempi (ed altri analoghi che si potrebbero fare) stanno certamente a dimostrare che l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell'art. 1418, comma 1 c.c., è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto: come è il caso dei contratti conclusi in assenza di una particolare autorizzazione al riguardo richiesta dalle legge, o in mancanza dell'iscrizione di uno dei contraenti in albi o registri cui la legge eventualmente condiziona la loro legittimazione a stipulare quel genere di contratto, e simili. Se il legislatore vieta, in determinate circostanze, di stipulare il contratto e, nondimeno, il contratto viene stipulato, è la sua stessa esistenza a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni - se così può dirsi - ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo.

Neppure in tali casi, tuttavia, si tratta di norme di comportamento afferenti alla concreta modalità delle trattative prenegoziali o al modo in cui è stata data di volta in volta attuazione agli obblighi contrattuali gravanti su una delle parti, bensì del fatto che il contratto è stato stipulato in situazioni che lo avrebbero dovuto impedire. E conviene anche osservare che, pur quando la nullità sia fatta dipendere dalla presenza nel contratto di clausole che consentono o suggeriscono comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista.

1.8. Tanto chiarito, sul piano generale, è tempo di tornare alla domanda se, nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria, sia eventualmente riscontrabile un principio di segno diverso, tale cioè da derogare al criterio di distinzione sopra tracciato tra norme di comportamento e norme di validità degli atti negoziali e da condurre ad una differente conclusione.

La risposta dev'essere negativa.

In detto settore non è dato assolutamente rinvenire indici univoci dell'intenzione del legislatore di trattare sempre e comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri d'informazione dell'altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti.

La difesa di parte ricorrente ha inteso trarre argomento dalla previsione di nullità dei contratti di prestazione a distanza dei servizi finanziari, contemplata dall'art. 16 comma 4 d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190 per il caso in cui il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsi le somme da questi eventualmente pagate, oppure violi gli obblighi informativi precontrattuali in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del servizio. Ma, oltre ad essere di molto successiva ai fatti di causa, detta previsione resta sistematicamente isolata nel nostro ordinamento e presenta evidenti caratteri di specialità, che non consentono di fondare su di essa nessuna affermazione di principio.

Se si ha poi riguardo, in modo particolare, al tenore letterale delle norme dettate per disciplinare l'attività ed i contratti delle società d'intermediazione mobiliare, si constata immediatamente come il legislatore abbia espressamente ipotizzato alcune ipotesi di nullità, afferenti alla forma ed al contenuto pattizio dell'atto (art. 8, ult. comma, l. n. 1 del 1991, ed ora all'art. 23 commi 1, 2 e 3 ed art. 24 ult. comma del d.lgs. n. 58 del 1998), nessuna delle quali appare tuttavia riconducibile alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione del cliente e di divieto di operazioni in conflitto d'interessi o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente medesimo. Situazioni, queste ultime, che il legislatore ha invece evidentemente tenuto in considerazione per i loro eventuali risvolti in tema di responsabilità, laddove ha espressa-

mente posto a carico dell'intermediario l'onere della prova di aver agito con la necessaria diligenza (art. 13 ult. comma l. n. 1 del 1991, ora sostituito dall'art. 23 ult. comma d.lgs. n. 58 del 1998).

Né giova appellarsi alla valenza generale dell'interesse alla correttezza del comportamento degli intermediari finanziari, per i riflessi che ne possono derivare sul buon funzionamento dell'intero mercato.

Alla tutela di siffatto interesse sono preordinati il sistema dei controlli facenti capo all'autorità pubblica di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede, ma nulla se ne può dedurre in ordine alla pretesa nullità dei singoli contratti sul piano del diritto civile, tanto più che questa dovrebbe pur sempre logicamente esser concepita in termini di nullità di protezione, ossia di nullità relativa (come infatti indicano le citate disposizioni del D.Lgs. n. 58 e del D.Lgs. n. 190, con riguardo ai casi in cui la nullità è effettivamente contemplata), e già questo, in difetto di qualsiasi norma che espressamente lo preveda, rende problematico ogni ancoraggio alla figura generale della nullità configurata dall'art. 1418 comma 1 c.c..

È significativo, d'altronde, che al descritto quadro normativo, per lo specifico profilo ora considerato, il legislatore non abbia mai avvertito la necessità di apportare modifiche di rilievo da quando fu emanata la l. n. 1 del 1991, nonostante le ripetute rivisitazioni di tale normativa sino al recentissimo d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, che ha recepito la direttiva n. 2004/39/Ce e che del pari si è astenuto dall'estendere l'esplicita previsione di nullità alla violazione delle regole di comportamento contrattuale e precontrattuale di cui si sta discutendo.

1.9. Così stando le cose, la tesi secondo cui il mancato rispetto dei surriferiti doveri comportamentali dell'intermediario nella fase prenegoziale o in quella attuativa del rapporto sarebbe idoneo a riflettersi sulla validità genetica del contratto stipulato con il cliente, priva com'è di base testuale e di supporti sistematici, potrebbe nondimeno conservare una qualche plausibilità solo ove risultasse l'unica in grado di rispondere all'esigenza - sicuramente presente nella normativa in questione e coerente con la previsione dell'art. 47 Cost., comma 1 - di incoraggiare il risparmio e garantirne la tutela. Ma è evidente che così non è, perché non può ragionevolmente sostenersi che la suaccennata esigenza implichi necessariamente la scelta, da parte del legislatore, del mezzo di tutela consistente proprio nel prevedere la nullità dei contratti nelle situazioni in discorso, così travolgendo sia il discrimine tra regole di comportamento e regole di validità sia quello tra vizi genetici e vizi funzionali del contratto.

Richiamando la distinzione già prima tracciata tra gli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto d'intermediazione e quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva, può subito rilevarsi come la violazione dei primi (ove non si traduca addirittura in situazioni tali da determinare l'annullabilità -

mai comunque la nullità - del contratto per vizi del consenso) è naturalmente destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni. Non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del contratto. Infatti, per le ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina e puntualmente riprese dalla citata sentenza di questa corte n. 19024 del 2005 - alla quale si intende su questo punto dare continuità - la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto.

La violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale: giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso.

Si possono ovviamente avere opinioni diverse sul grado di efficacia della tutela in tal modo assicurata dal legislatore al risparmio dei cittadini, che negli ultimi anni sempre più ampiamente viene affidato alle cure degli intermediari finanziari. Ma non si può negare che gli strumenti di tutela esistono anche sul piano del diritto civile, essendo poi la loro specifica conformazione giuridica compito del medesimo legislatore le cui scelte l'interprete non è autorizzato a sovvertire, sicché il ricorso allo strumento di tutela della nullità radicale del contratto per violazione di norme di comportamento gravanti sull'intermediario nella fase prenegoziale ed in quella esecutiva, in assenza di disposizioni specifiche, di principi generali o di regole sistematiche che lo prevedano, non è giustificato.

1.10. Da ultimo, va preso in considerazione un ulteriore rilievo, su cui insistono particolarmente i ricorrenti, i quali sostengono che gli obblighi per l'intermediario di non effettuare (oltre che di non consigliare) operazioni inadeguate alla situazione patrimoniale del cliente e di non effettuare operazioni in conflitto di interessi col

cliente medesimo, rispettivamente contemplati dalle lettere f) e g) del citato art. 6, integrano veri e propri doveri di non fare, la cui violazione si traduce nella stipulazione di altrettanti contratti vietati da norma imperativa: il che, per quanto sopra detto, dovrebbe colpire alla radice gli atti vietati, rendendoli illeciti e perciò nulli.

A siffatto rilievo si deve però opporre che, come già in precedenza chiarito, il compimento delle operazioni di cui si tratta, ancorché queste possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale (ma è significativo che la norma le definisca col generico termine di "operazioni"), si pone pur sempre come momento attuativo di obblighi che l'intermediario ha assunto all'atto della stipulazione col cliente del "contratto quadro". Il divieto di compiere operazioni inadeguate o in conflitto d'interessi attiene, perciò, anch'esso - lo si è già notato - alla fase esecutiva di detto contratto, costituendo, al pari del dovere d'informazione, una specificazione del primario dovere di diligenza, correttezza e professionalità nella cura degli interessi del cliente. Il modo stesso in cui la norma è formulata e l'esplicito accostamento dei suaccennati doveri di informazione e di cura dell'interesse del cliente, nel compimento delle singole operazioni, denota come il legislatore abbia qui sempre voluto contemplare obblighi di comportamento precontrattuali e contrattuali, non già regole di validità del contratto (sia esso il contratto d'intermediazione finanziaria o i singoli negozi con cui a quello vien data esecuzione); ed è appena il caso di osservare che, sotto tal profi-

lo, è del tutto irrilevante la circostanza che l'operazione compiuta dall'intermediario sia consistita nel procurarsi da terzi i valori o gli strumenti finanziari ordinatigli dal cliente oppure nel fornirli egli stesso, trattandosi di varianti esecutive che non incidono sull'obbligo di diligenza cui l'intermediario è tenuto e che, ai fini del presente discorso, lasciano intatta la natura esecutiva dell'operazione da lui compiuta.

1.11. In conclusione, va perciò enunciato il principio per cui la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418 comma 1 c.c..

...Omissis....

L'INSEGNAMENTO DELLE SEZIONI UNITE SULLA RILEVANZA DELLA DISTINZIONE TRA NORME DI COMPORTAMENTO E NORME DI VALIDITÀ

di Vincenzo Mariconda

Il commento analizza l'importante sentenza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione richiamando quanto già argomentato dallo stesso autore nella nota critica alla ordinanza di rimessione pubblicata su questa stessa Rivista. Dopo avere chiarito che le Sezioni Unite hanno escluso l'effettiva esistenza del contrasto di giurisprudenza denunciato dalla menzionata ordinanza, l'autore isola una serie di passaggi argomentativi contenuti nella decisione e, condividendone integralmente il contenuto, perviene alla conclusione che essa costituisce un raro esempio di rigore giuridico nella valutazione dei rapporti tra singole innovazioni legislative e i principi generali del codice civile.

1. Premessa

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, con due

sentenze pubblicate entrambe in data 19 dicembre 2007 (le nn. 26724 e 26725/07, identiche per la parte che risolve il contrasto giurisprudenziale ad esse rimesso) hanno affrontato la questione oggetto della ordinanza di rimessione n. 3683 in data 16 febbraio 2007 (1).

Si tratta della importante e nota questione se la violazione degli obblighi gravanti sulle parti nel corso delle trattative contrattuali, ed in specie la violazione

Nota:

(1) L'ordinanza è pubblicata in questa *Rivista*, 2007, 5, 631 ss., con mio commento: *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la criticabile ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite*. Al contenuto di questo commento farò in seguito riferimento al fine di far emergere la differente impostazione, sulla totalità delle questioni affrontate, della ordinanza e delle attuali decisioni delle Sezioni Unite, che hanno confermato il solo precedente della Corte di Cassazione che si era occupato della problematica e cioè la nota sentenza Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in questa *Rivista*, 2006, 5, 669 ss., con commento di Genovesi (*Limiti della nullità virtuale e contratti su strumenti finanziari*) ed in *Danno e resp.* 2006, 25 ss., con commento di Roppo e Afferni.

degli specifici obblighi di informazione che la legge pone a carico degli intermediari finanziari nei confronti dei propri clienti, determini la nullità dei contratti per violazione di norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.. Il contenuto delle due decisioni delle Sezioni Unite e, ancor più, il livello delle argomentazioni che sorreggono le relative conclusioni, valgono a collocare le stesse su un piano estremamente elevato nell'ambito di un dibattito giuridico che non ha brillato sempre per rigore e chiarezza nella applicazione di alcuni tra i più importanti istituti del diritto civile (2).

Nel dedicare alcune osservazioni pienamente adesive rispetto alle motivazioni che si leggono nella prima delle due decisioni, ora pubblicata, e nel riprendere il contenuto delle argomentazioni critiche svolte in relazione alla ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite, mi pare utile isolare i più significativi passaggi della decisione, in modo da sottolinearne meglio il significato, spesso esemplare, che essi proporgono.

2. L'inesistenza del contrasto giurisprudenziale denunciato dall'ordinanza di rimessione

«Nel caso in esame non si ravvisa la necessità di comparire un contrasto giurisprudenziale derivante dalla presenza di precedenti difformi decisioni delle Sezioni semplici sulla questione di diritto appena riferita».

Trattasi della questione (3) sollecitata dal primo motivo di ricorso fatto da alcuni investitori, che avevano operato attraverso un istituto di credito intermediario finanziario e che lamentavano che la Corte d'Appello avesse respinto la domanda di nullità dei contratti di investimento, proposta ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., con la motivazione che l'ipotizzata violazione delle norme contenute nell'art. 6 della L. 2 gennaio 1991 n. 1, avrebbe potuto determinare una responsabilità risarcitoria o essere causa di risoluzione dei contratti ma non di nullità, ai sensi del citato art. 1418, comma 1, c.c..

Le Sezioni Unite hanno anzitutto premesso che un contrasto di giurisprudenza tra i precedenti della Corte di Cassazione è ravvisabile solo allorché il contrasto abbia investito la specifica questione controversa. Nella specie, come chiarito, si trattava di stabilire se la violazione dei doveri di informazione previsti a carico degli intermediari finanziari, potesse determinare la nullità dei contratti di investimento stipulati dai clienti tramite l'intermediario inadempiente.

Sulla questione esisteva un solo precedente specifico, costituito dalla nota sentenza 29 settembre 2005, n. 19024, alla quale, e ad altre due decisioni di analogo contenuto, l'ordinanza di rimessione aveva contrapposto molteplici sentenze della stessa Cassazione, nessuna delle quali pertinente al tema specifico, ma tutte relative a casi riconosciuti di nullità virtuale di contratti.

La menzionata ordinanza, proveniente dalla stessa Prima Sezione che aveva emesso la pronuncia n. 19024/2005, aveva, in altri termini, costruito un con-

trasto di giurisprudenza in realtà non esistente effettivamente, e lo aveva fatto in un modo che mi era parso estremamente criticabile e ciò dal momento che le sentenze contrapposte a quella n. 19024/2005, nella quasi totalità, non solo non avevano affrontato la questione specifica oggetto di quest'ultima pronuncia ma, addirittura, neppure si erano poste in contrasto con la premessa di ordine generale da cui essa era partita, costituita dalla non estensione dell'art. 1418, comma 1, c.c., a disciplinare il comportamento tenuto da ciascuna delle parti nel corso della trattativa contrattuale.

Mi era conseguentemente parso che l'ordinanza non avesse sollevato correttamente il contrasto, ai sensi del novellato art. 374 c.p.c., neppure a voler aver riguardo ad un significato più ampio di contrasto tra decisioni, da intendersi riferito non alla questione specifica ma alla problematica generale nella quale la questione specifica andava a collocarsi: se si voleva presentare correttamente il contrasto di giurisprudenza destinato ad essere risolto dalle Sezioni Unite, si doveva procedere, a mio avviso, non alla citazione di eterogenei precedenti in materia di nullità virtuale ma focalizzare la questione con esclusivo riferimento ai precedenti che si

Note:

(2) Poiché la letteratura formatasi sull'argomento è ormai sterminata, ritengo di limitare i riferimenti ad alcuni degli interventi più recenti, dai quali si trae una più completa informazione. In particolare, in questa *Rivista*, (2008, 1, 107 ss.) sono pubblicati il saggio di Albanese, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, che approfondisce l'argomento sia con riferimento ai profili inerenti al diritto dei mercati finanziari sia nella prospettiva della verifica del significato attuale della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento; e di Pepe, *La giurisprudenza sulla responsabilità degli intermediari finanziari*, che esamina il contenuto dei principali obblighi gravanti sugli intermediari e l'ambito del danno risarcibile. Cfr. altresì il commento di Sangiovanni a Trib. Monza 12 dicembre 2006 n. 3556, *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario tra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva Mifid*, in *I Contratti*, 2007, 243 s.s.. Da questi interventi si trae adeguata informazione sulla ampiezza del dibattito dottrinario e sui precedenti giurisprudenziali di merito (per i quali cfr. altresì Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione*, in *Danno e Resp.*, 2005, 625 ss.. Cfr. altresì App. Milano 19 dicembre 2006 in *Giur. it.* 2007, 650 ss.).

(3) L'ordinanza di rimessione, proveniente dalla stessa Prima Sezione alla quale si deve la sentenza 29 settembre 2005 n. 19024, propone una contrapposizione tra questa sentenza ed altre due pronunce di analogo contenuto (Cass. 9 gennaio 2004, n. 111 e Cass. 18 ottobre 1980, n. 5619) e una serie di pronunce della Cassazione, nessuna delle quali relative al tema specifico dei comportamenti degli intermediari finanziari e neppure a quello genericamente riconducibile alla lamentata violazione di norme di comportamento; ma accomunate per il solo fatto di avere valutato l'esistenza di una nullità per contrarietà a norma imperativa con riferimento a casi nei quali l'esistenza di un divieto ovvero di prescrizioni relative alla necessità di provvedimenti autorizzativi o di requisiti soggettivi di iscrizione ad appositi albi, non è accompagnata dalla espressa previsione di nullità. Proprio l'eterogeneità di questi precedenti rispetto a quelli che hanno escluso la rilevanza invalidante della violazione di norme di comportamento a carico delle parti della trattativa, giustifica la conclusione che nessun contrasto tra le pronunce della Cassazione, se si eccettua la chiara predisposizione dell'ordinanza di rimessione ad aderire all'orientamento contrario a quello delle sole pronunce in termini, si è sino ad ora verificato. E di ciò le Sezioni Unite hanno dato atto nel riportato passaggio argomentativo.

erano occupati della violazione delle regole di comportamento che devono essere osservate da una parte nei confronti dell'altra parte della trattativa: regole che non sono solo quelle di corretta informazione, la cui violazione dà luogo alla responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 e 1338 c.c., ma sono anche quelle la cui violazione determina l'annullabilità del contratto per violenza morale o per dolo (artt. 1434 s.s., 1439 c.c.) o l'obbligazione risarcitoria conseguente al dolo incidente (art. 1440 c.c.) o, ancora, la rescindibilità del contratto per lesione enorme.

Sicché le sentenze che l'ordinanza avrebbe dovuto richiamare al fine di far emergere l'effettiva portata del contrasto dovevano considerarsi, a mio avviso, da un lato, Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 (e le altre due che l'ordinanza citava come espressione dello stesso orientamento), Cass. 10 dicembre 1986, n. 7322 (in materia di truffa), Cass. 10 agosto 1969, n. 2355 (in materia di estorsione) e quelle tra le sentenze in materia di rescissione, che hanno affermato la rescindibilità del contratto usurario (così, Cass. 26 gennaio 1980, n. 642); e, dall'altro lato, le sentenze in materia di circonvensione di incapace, tutte orientate nel senso della nullità dei contratti con cui si è consumato il delitto, e quelle tra le sentenze in materia di contratto usurario, che ne hanno affermato la nullità e non la semplice rescindibilità (4) (così Cass. 20 novembre 1957, n. 447).

Mi era parso in definitiva che l'ordinanza di remissione non avesse sottoposto in modo corretto alle Sezioni Unite neppure il contrasto giurisprudenziale relativo alle conseguenze della violazione delle regole di condotta cui il contraente è tenuto ad uniformarsi nel corso della trattativa e ciò dal momento che i molti precedenti giurisprudenziali citati in contrapposizione a Cass. n. 19024/2005 non avevano perlopiù alcuna attinenza con la distinzione tra norme di comportamento e norme di validità.

Le Sezioni Unite hanno confermato la fondatezza di questi rilievi critici: dopo avere escluso la necessità di comporre un contrasto giurisprudenziale sulla questione specifica, la decisione in commento puntualizza che «nel prosieguo della presente sentenza non ci si soffermerà perciò tanto sull'esame dei singoli precedenti di questa corte in cui l'ordinanza di remissione ha ravvisato il preteso contrasto di giurisprudenza, ma si affronterà direttamente la questione controversa, muovendo dall'ultimo precedente in termini già prima ricordato». E ciò fermo restando che l'intera problematica da essa affrontata è stata ritenuta «di massima e particolare importanza, appunto perché chiama in causa profili di principio».

3. Le norme di comportamento fondate sulla buona fede e sulla correttezza hanno carattere imperativo ma la relativa violazione non determina la nullità dei contratti

«Le norme dettate dal citato art. 6 della L. 1/1991 (al pari di quelle che le hanno poi sostituite) hanno carattere

imperativo ... questo rilievo, tuttavia, non è da solo sufficiente a dimostrare che la violazione di una o più tra dette norme comporta la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario con il cliente. È ovvio che la loro violazione non può essere, sul piano giuridico, priva di conseguenze ma non è detto che la conseguenza sia necessariamente la nullità del contratto».

«Dal fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede il codice civile fa(ccia) discendere conseguenze che possono, a determinate condizioni, anche riflettersi sulla sopravvivenza dell'atto (come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento) e che in ogni caso comportano responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale), ma che, per ciò stesso, non sono evidentemente mai considerate tali da determinare la nullità radicale del contratto (semmai eventualmente annullabile, rescindibile o risolvibile)». (5)

Note:

(4) Con specifico riferimento alla circonvensione di incapace, il solo filone giurisprudenziale correttamente richiamato dall'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, al fine di contrapporlo alla sentenza 19024/2005, mi è parso quello che ha affermato in varie epoche e a più riprese, la nullità del contratto con cui è stato consumato il reato. Questo orientamento, con specifico riguardo a Cass. 29 ottobre 1994, n. 8948, in questa *Rivista*, 1995, 2, 217 ss., è stato oggetto di una mia valutazione critica, coerente con quanto esposto più in generale in relazione al tema delle nullità virtuali, in *Le cause di nullità, in I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, IV, Torino, 1991, 368 e ss. Le Sezioni Unite, pur senza entrare nel merito dell'argomento, hanno però mostrato di comprendere la necessità di isolare l'orientamento della Cassazione, che «occorrerebbe forse rimediare».

(5) Su tutta la problematica della nullità per contrarietà a norma imperativa, cfr., tra gli interventi più recenti, Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; spunti anche in Grasso, *Illecità penale ed invalidità del contratto*, Milano, 2002, e in Rabitti, *Contratto illecito e norma penale*, Milano, 2000.

Sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento cfr. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, Napoli, 1196; cfr. inoltre Benatti, commento ad art. 1175 c.c. in *Commentario al codice civile*, diretto da Cendon, Torino, 1191, 15, che, ricorda testualmente che «appena entrato in vigore il codice civile del 1942, Francesco Messineo scriveva: "vi sono altre norme della medesima efficacia (ossia norme imperative anch'esse), che il codice detta in conformità anche ai principi di ordine pubblico e al buon costume e che hanno qui sempre carattere proibitivo. La violazione di esse importa invalidità. Le principali fra queste norme concernono: ... c) il dovere di osservanza della buona fede (in senso oggettivo) nelle trattative, nella formazione, nell'interpretazione e nell'esecuzione del contratto (artt. 1337, 1366, 1375 e 1460 cc.)"». Il citato autore aggiunge che «questo spunto non è stato raccolto dalla dottrina successiva e se ne possono spiegare le ragioni. La prima è nota e riguarda l'indifferenza manifestata all'epoca per le clausole generali. La seconda si collega all'opinione che - prendendo le mosse dalla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento (o di buona fede) - concepiva le due serie di disposizioni in posizione di reciproca e compiuta autonomia, obbedienti a scopi distinti: le prime alla certezza dei traffici, la seconda alla giustizia sostanziale. Perciò le norme di validità riguardano la fattispecie del negozio, mentre quelle di buona fede vi apportano un temperamento, con la conseguenza che la loro violazione dà luogo soltanto al risarcimento del danno. I sistemi adottati nei vigenti ordinamenti per attuare certezza e giustizia possono essere i più svariati: il nostro legislatore ha optato per l'accoglimento dei due gruppi di regole, sicché ne consegue che la buona fede non è mai norma che dispone dell'invalidità del negozio, (Pietrobon, 1959, 55 ss.)».

I due passaggi argomentativi ora isolati sono strettamente connessi e valgono a saldare la problematica generale dei doveri fondati sulle regole della correttezza e buona fede con quella specifica degli obblighi di comportamento gravanti sugli intermediari finanziari, in relazione ai quali le Sezioni Unite escludono anzitutto l'esistenza di espresse previsioni di nullità, non avendo il legislatore «espressamente stabilito che il mancato rispetto delle citate disposizioni interferisce con la fase genetica del contratto»: non vengono pertanto in considerazione fattispecie di nullità testuali, così dette perché riconducibili al disposto dell'art. 1418, comma 3, c.c. («il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge»).

In secondo luogo, la decisione esclude che la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario possa originare una nullità riconducibile al secondo comma dell'art. 1418 c.c., che, com'è noto, costituisce il riflesso negativo dei requisiti essenziali del contratto, la cui mancanza ovvero, quanto alla causa o all'oggetto, la cui illiceità determina a sua volta la nullità del contratto: la sentenza prende in esame specificamente l'influenza che la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario può avere sulla formazione del consenso del cliente ed esclude che si possa affermare la mancanza del consenso («appare arduo sostenere che solo per questo il consenso manca del tutto»); potendosi prospettare al più l'esistenza di vizi del consenso che però determinano non la nullità ma la annullabilità del contratto (6).

Poste queste premesse, le Sezioni Unite enunciano il problema se la nullità possa dipendere dall'applicazione della disposizione dettata dal primo comma del citato art. 1418 c.c. e si possa quindi riscontrare una nullità virtuale, così detta non perché espressamente comminata dalla legge ma perché ricavabile dalla contrarietà del contratto a norma imperativa; e danno immediato rilievo alle conclusioni cui è pervenuta la sentenza n. 19024/05, e cioè il solo precedente specifico della Cassazione, che ha fatto leva sulla riaffermazione della tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto al fine di escludere che l'illegittimità della condotta tenuta dall'intermediario possa essere causa di nullità dei contratti stipulati con i clienti, a meno che vi sia una previsione espressa in tal senso.

Le Sezioni Unite condividono senza incertezze l'orientamento espresso dal citato precedente e svolgono, in tale prospettiva, un duplice ordine di argomentazioni, legato, il primo, alla applicazione dei principi generali del codice civile e diretto, il secondo, allo specifico settore del diritto dei mercati finanziari.

Sotto il primo profilo, si richiamano i principi del codice civile, dai quali emerge che il rilievo generale dei doveri fondati dalle regole della correttezza e della buona fede è costituito dalla responsabilità risarcitoria (contrattuale o precontrattuale) conseguente alla loro

eventuale violazione e, a determinate condizioni, anche dal venir meno della «sopravvivenza dell'atto» (nei casi di annullamento, rescissione o risoluzione) ma mai «(dal)la nullità radicale del contratto». E ciò ancorché «l'obbligo di comportarsi con correttezza e buona fede abbia indiscutibilmente carattere imperativo». Ne deriva che, per quanto estesa possa essere l'area delle nullità virtuali, la stessa non si presta a ricomprendere la mera violazione degli inderogabili doveri di correttezza e buona fede e ciò anche in ragione del fatto che gli stessi sono tanto inerenti al caso concreto da non poter «assurgere, in via di principio, a requisiti di validità, che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite». Con questo specifico passaggio argomentativo, la Suprema Corte mostra di avere perfettamente colto il valore che deve essere attribuito alla certezza dei rapporti giuridici, certezza che risulta inevitabilmente scardinata dalla proliferazione di ipotesi di nullità dei contratti imponderabili dai terzi.

4. Con la sola eccezione dell'orientamento formatosi in materia di circonvenzione di incapace, le nullità virtuali riconosciute dalla Cassazione non si estendono alla violazione delle norme di comportamento

«Tralasciando la circonvenzione di incapace, con riferimento alla quale occorrerebbe forse rimeditare se e entro a quali limiti la illiceità penale della condotta basti a giustificare l'ipotizzata nullità del contratto sotto il profilo civile ... l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell'art. 1418, comma 1, c.c., è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo. Vi sono ricomprese sicuramente anche le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto.

Nota:

(6) Già Cass. 29 settembre 2005 n. 19024, aveva affermato che «non determina nullità del contratto per difetto di accordo, in forza del combinato disposto degli artt. 1418 comma 2 e 1325, n. 1, c.c., la mancanza di informazioni che non riguardino direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma solo elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione». Questa massima, così riprodotta in *Danno e resp.*, 2006 cit., 25, è parsa giustamente criticabile a Roppo e Afferni nel citato commento, i quali, a pagina 32, evidenziano testualmente che «letta a contrariis, determina nullità del contratto per difetto di accordo, in forza del combinato disposto degli artt. 1418, comma 2 e 1325, n. 1, c.c., la mancanza di informazioni che riguardino direttamente la natura e l'oggetto del contratto, e non solo elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione». Conclusione che porterebbe ad affermare che «elemento essenziale del contratto sarebbe non già il mero accordo tra le parti bensì il loro accordo informato». Giustamente gli autori, nel respingere una tale prospettiva, si chiedono «chissà, in definitiva, perché - volendo respingere, come era assolutamente giusto, la domanda di nullità per mancanza di accordo - la Corte non si è limitata a dire che il difetto di informazione del contraente può giocare sul terreno dell'annullabilità per errore, ma non ha nulla a che fare con la nullità per mancanza del requisito dell'accordo; anziché elucubrare la regola tradotta nella massima n. 2».

Neppure in tali casi, tuttavia, si tratta di norme di comportamento afferenti alla concreta modalità delle trattative pre-negoziali o al modo in cui è stata data di volta in volta attuazione agli obblighi contrattuali gravanti su una delle parti, bensì del fatto che il contratto è stato stipulato in situazioni che lo avrebbero dovuto impedire».

Il brano su riportato è evidentemente diretto a, per così dire, aggiustare il tiro, in relazione al raggio di azione delle nullità virtuali, rispetto a quanto affermato dalla sentenza n. 19024/2005 in ordine alla estensione delle stesse nullità. Ed infatti, nel menzionato precedente, si legge che l'art. 1418, comma 1, c.c., riguarderebbe i soli casi di violazione che attengano «ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, 2 comma, c.c.)». Con questa espressione, che era stata autorevolmente criticata, al punto di scrivere che in base ad essa «per la nullità virtuale dell'art. 1418, comma primo, c.c., non residua alcun margine di autonoma esistenza» (7), la sentenza n. 19024/2005 aveva inteso contrapporre ai c.d. elementi "intrinseci" della fattispecie, i comportamenti tenuti da ciascuno dei contraenti, e ciò nel senso che gli stessi «rimangono estranei alla fattispecie negoziale e si intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto» (8).

Saggiamente, le Sezioni Unite confermano questa conclusione della sentenza 19024/2005, anche se danno atto che una serie di nullità virtuali richiamate nella ordinanza di rimessione, conseguono alla «violazione di norme che invece riguardano elementi estranei a quel contenuto o a quella struttura»: vi sono infatti i casi dei contratti conclusi in assenza delle necessarie autorizzazioni amministrative (quelle, ad esempio, richieste in passato nella materia valutaria) ovvero in mancanza della iscrizione di uno dei contraenti ad appositi albi o registri (9). In questi casi, è la stessa esistenza del contratto «a porsi in contrasto con la norma imperativa; e non par dubbio - aggiunge la sentenza - che ne discenda la nullità dell'atto per ragioni - se così può dirsi - ancor più radicali di quelle dipendenti dalla contrarietà a norma imperativa del contenuto dell'atto medesimo».

E, però, le Sezioni Unite hanno cura di sottolineare che in nessuno di tali casi è stato dato rilievo alla violazione della norma di comportamento gravante su una delle parti, bensì al fatto «che il contratto è stato stipulato in situazioni che lo avrebbero dovuto impedire»; e conclude che, qualora vi siano clausole del contratto che autorizzino comportamenti contrari al precetto di buona fede o ad altri inderogabili precetti legali, «non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista».

La puntualizzazione delle Sezioni Unite pare al tempo stesso importante ed ovvia: non v'è chi non ve-

da la differenza esistente tra il caso del semplice comportamento tenuto da una parte in violazione della norma imperativa e il caso in cui i contraenti abbiano previsto una clausola del contratto che autorizzi uno di essi a violare la norma imperativa. In questo secondo caso non v'è dubbio che la clausola contrattuale è nulla proprio perché contrasta con la norma imperativa. Nel primo caso, invece, la norma imperativa si applica direttamente al comportamento del contraente, senza che vi sia l'esigenza di dichiarare la nullità del contratto, che non contiene alcuna previsione ad essa contraria. Ma ciò che conta, ai fini della rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità, è che il contratto non è inficiato per il solo fatto che il

Note:

(7) Questa conclusione è stata esposta da Roppo e Afferni in *Danno e resp. cit.*, 31, i quali aggiungono che, stando al giudizio enunciato nella decisione, il primo comma dell'art. 1418 sarebbe «completamente eroso o schiacciato dalle nullità dei commi due e tre, che finiscono per assorbire da soli tutto lo spazio della nullità, rendendo il comma primo lettera morta». Con la conseguenza che l'interprete si troverebbe di fronte ad un «bel rompicapo»: «come ridimensionare la nullità virtuale entro confini più stretti e capaci di concentrarla su applicazioni non troppo esuberanti, senza però cancellarla del tutto? O all'inverso: come riconoscerle uno spazio adeguato, evitando però di aprire la strada a suoi usi impropri e smodati?». Il fondo di verità insito nei menzionati interrogativi, non toglie, però, che l'affermazione fatta nella sentenza n. 19024/2005, con riferimento alla necessità, ai fini dell'applicazione dell'art. 1418, comma primo, c.c., che la violazione attenga alla struttura o al contenuto del contratto, lascia comunque un ampio margine di applicazione residuale alle nullità virtuali, e ciò dal momento che il contenuto del contratto è una categoria ordinante che, almeno a livello di utilizzazione normativa, non coincide con nessuno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c. e, in specie, con l'oggetto; e, quindi, l'esistenza di cause di nullità per contrarietà del contenuto del contratto a norma imperativa, vale ad assegnare al primo comma dell'art. 1418 c.c., uno spazio ulteriore rispetto alla previsione delle nullità di cui ai commi successivi dello stesso articolo. È piuttosto vero che la sentenza n. 19024/2005 non aveva alcuna esigenza di definire in positivo i confini delle nullità virtuali, essendo sufficiente la puntualizzazione che dal relativo ambito restano fuori, perché estranei all'area della nullità, i comportamenti individualmente tenuti da ciascuno dei contraenti.

(8) Che sia questo il punto che sorregge la motivazione della sentenza n. 19024/2005 è stato perfettamente colto dalle Sezioni Unite, che, pur procedendo a integrare la categoria delle nullità virtuali, rispetto a quella prospettata nella menzionata sentenza, tengono ferma la conclusione già in essa esposta in ordine alla estraneità dei comportamenti delle parti dal giudizio di validità ex art. 1418, comma 1, c.c., e la arricchiscono degli ulteriori importanti argomenti ai quali mi riferisco nei punti successivi del commento.

(9) Peraltro, in relazione alla mancata iscrizione negli appositi albi, cfr. quanto recentemente da me puntualizzato (in questa *Rivista*, 2007,5, 628, a commento di Cass. 19 febbraio 2007 n. 3740, in ordine alla varietà di situazioni, conseguenti anche alle decisioni della Corte di giustizia della Unione Europea in materia di contratto di agenzia: «a) vi sono i casi, come quello che emerge dalla disciplina della mediazione, di nullità testuali dei contratti stipulati da chi non è abilitato; b) vi sono i casi, come quello che si ricava dalla disciplina degli intermediari finanziari, in cui si è affermata la nullità dei contratti per effetto del divieto ritenuto implicito nel requisito di necessaria iscrizione per lo svolgimento dell'attività; c) per le professioni intellettuali protette la Cassazione non si accontenta del requisito abilitante conseguente alla necessità di iscrizione all'albo ma ricava il divieto dall'art. 2231 c.c.; d) infine vi è la situazione del tutto peculiare degli agenti, conseguente alla disapplicazione della norma interna da parte della Cassazione».

contraente sia stato inadempiente ad un obbligo legale che gli imponeva di tenere una certa condotta positiva od omissiva nella fase precedente o contestuale alla stipulazione (10): le Sezioni Unite confermano quindi

la netta distinzione tra le norme sulla validità, che riguardano la fattispecie del contratto e le norme di comportamento, che sono esterne a detta fattispecie e la cui violazione non è ricompresa nella previsione dell'art. 1418, primo comma, c.c..

Resta l'anomalia dell'orientamento della Cassazione in materia di circonvenzione di persone incapaci, una anomalia che non è passata inosservata nella decisione in commento, che, come emerge dal brano su riportato, è oggetto di una auspicabile riserva di rimeditazione.

5. La tendenza emergente nella moderna legislazione non è sufficiente a sovvertire la tradizionale distinzione tra norme di validità e norme di comportamento

«L'assunto secondo il quale, nella moderna legislazione (anche per incidenza della normativa europea), la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe tuttavia sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinarsi del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile».

Le puntualizzazioni che seguono alla affermazione ora riportata paiono estremamente importanti e valgono quale monito nei confronti dei disinvolti interventi giurisprudenziali che, prendendo spunto da specifiche previsioni legislative, le considerino sufficienti a «sradicare» principi coerenti con la nostra tradizione.

È opportuno ricordare che l'ordinanza di rimessione aveva elencato una serie di indici normativi al fine di affermare «un tendenziale inserimento, in sede normativa, del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto». Veniva fatta, in particolare, menzione della previsione dell'art. 9 della legge sulla subfornitura (L. 18 giugno 1998, n. 192, che, nel vietare l'abuso di dipendenza economica, prevede testualmente che «il patto attraverso il quale si realizzi l'abuso di dipendenza economica è nullo»; b) della disciplina dei contratti a distanza contenuta nel d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, il cui art. 53, terzo comma, stabilisce a pena di nullità, che devono essere dichiarati all'inizio della telefonata l'identità del fornitore e lo scopo della telefonata; c) della rilevanza della trattativa specifica al fine di escludere la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti dei consumatori; d) della previsione dell'art. 7 d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231; e) ed infine, della fattispecie relativa all'abuso di posizione dominante, di cui all'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287. (11)

Le Sezioni Unite, pur dando atto della possibilità «che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettiva-

mente presente in diversi settori della legislazione speciale», ha cura di sottolineare la necessità di valutare ciascuna delle innovazioni legislative con «molta cautela», anche in considerazione del «carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione»: la cautela è tanto più necessaria allorché si intenda «ricavare da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni». L'esistenza di specifiche previsioni che diano rilievo a comportamenti scorretti di una parte, elevando la relativa proibizione al rango di norme di validità dell'atto, vale a collocarle non nel novero delle nullità virtuali di cui al primo comma dell'art. 1418 c.c., ma nell'ambito delle nullità testuali contemplate nel terzo comma, costituenti, pur sempre, «disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando - come nel caso in esame - l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle così dette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per sé si pongono come speciali».

Questa parte della motivazione delle Sezioni Unite costituisce un raro ed encomiabile esempio di rigore giuridico, pur nella piena consapevolezza della complessità della attuale legislazione.

Nel criticare il metodo con cui l'ordinanza di ri-

Nota:

(10) Cfr., nello stesso senso, Sangiovanni, *Operazione inadeguata* cit., 248; e Perrone, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, 1020 ss..

(11) A proposito del menzionato elenco, avevo osservato, nel commento alla ordinanza, che ciascuna delle fattispecie elencate avrebbe meritato «una analisi ben più diffusa di quella che si legge nell'ordinanza, all'esito della quale emergerebbe con tutta probabilità, da un lato, la specificità delle norme (e, per alcune di esse, addirittura la eccezionalità) e, dall'altro, la improprietà dei richiami». Le S.U. non hanno ritenuto di esaminare l'elenco contenuto nella ordinanza di remissione e, quindi, non vi è stata una verifica su quanto da me argomentato con specifico riferimento alla disciplina dei contratti dei consumatori che, come noto, esclude la vessatorietà delle clausole che siano state oggetto di trattativa individuale indipendentemente dal fatto che le parti, professionista e consumatore, che hanno svolto la trattativa, si siano comportate in modo corretto o non corretto. Inoltre, avevo osservato che proprio da detta disciplina emerge la chiara finalità conservativa del contratto, tant'è che la nullità relativa della clausola vessatoria non si estende all'intero contratto, la cui validità non è intaccata dalla vessatorietà della singola clausola. Con la conseguenza che, se si fosse seguito sino in fondo il percorso argomentativo della ordinanza, si sarebbe pervenuti al paradosso che, mentre il contratto col consumatore contenente la clausola vessatoria resterebbe valido, con la sola eccezione della clausola nulla, invece lo stesso contratto, allorché vi sia stata trattativa individuale con violazione delle regole comportamentali da parte del professionista, dovrebbe essere considerato nullo ai sensi dell'art. 1418, comma primo, c.c.! Sta di fatto che le S.U. hanno svolto argomenti che varrebbero anche nella eventualità che tutte le ipotesi elencate nella ordinanza dovessero essere considerate espressive della medesima «tendenza evolutiva».

messione aveva mescolato le disparate previsioni normative riportate in precedenza, al fine di ricavarne il sovvertimento della distinzione tra norme di validità e norme di comportamento, mi era parso di dover sottolineare che ben difficilmente il sistema delineato dal codice civile avrebbe potuto reggere alla tensione cui sarebbe stato sottoposto qualora le S.U. avessero prestato adesione alle conclusioni auspiccate nella ordinanza di rimessione.

Si sarebbe appannato il raccordo tra gli artt. 1337 e 1338 c.c., e ciò dal momento che il difetto di informazioni relativo a fatti rilevanti, diversi dalla esistenza di una causa di nullità del contratto, sarebbe divenuto un difetto di informazione avente ad oggetto pur sempre l'omessa comunicazione di una causa di nullità (quale sarebbe stata quella conseguente alla violazione della regola comportamentale). Inoltre sarebbe stata difficilmente spiegabile l'obbligazione risarcitoria nel caso di dolo incidente, di cui all'art. 1440 c.c., e ciò dal momento che questa obbligazione presuppone che il contratto sia valido ed efficace. Addirittura la disciplina del dolo sarebbe divenuta tanto abnorme da non poter essere valutata se non aberrante: i raggiri senza i quali l'altra parte non avrebbe contrattato, avrebbero causato la annullabilità del contratto, ai sensi dell'art. 1339 c.c. e, per contro, i raggiri non determinanti, integrando quantomeno un comportamento posto in essere in violazione dei doveri di corretta informazione, avrebbero dato luogo a nullità ai sensi dell'art. 1418 comma primo, c.c. e ciò pur a fronte della chiara formula dell'art. 1440 c.c. («se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido...»). E, peraltro, avevo espresso il timore che le S.U. potessero sottovalutare la portata dei richiamati istituti codicistici, soffermandosi esclusivamente sulle disposizioni normative riguardanti gli intermediari finanziari. Devo, per contro, constatare che il livello delle argomentazioni che si leggono nella sentenza in commento, ha smentito ogni pur legittima preoccupazione, tanto da collocare le stesse argomentazioni come esempio di metodo da seguire ogni qual volta emergano tensioni tra specifiche innovazioni legislative e principi di ordine generale.

6. Nel settore dell'intermediazione finanziaria non sono riscontrabili principi diversi da quelli del codice civile

«In detto settore non è dato assolutamente rinvenire indici univoci dell'intenzione del legislatore di trattare sempre e comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri di informazione dell'altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti.»

Non meno interessanti, rispetto alle puntualizzazioni che le S.U. hanno riferito al sistema codicistico, paiono le specifiche argomentazioni che la sentenza dedica al diritto dei mercati finanziari.

Viene anzitutto fatta chiarezza sulla distinzione tra

il "contratto quadro" stipulato dall'intermediario con il cliente e le successive operazioni che il primo compie nell'interesse del secondo.

Questi chiarimenti paiono quantomai opportuni sol che si consideri che gli obblighi di comportamento contemplati nell'art. 6 della L. n. 1/1991, e poi nell'art. 21 del d.lgs. n. 58/1998, si collocano in parte nella fase che precede la stipulazione del "contratto quadro" (che la sentenza definisce contratto di intermediazione finanziaria e accosta alla figura del mandato) e in parte nella fase esecutiva di esso: attengono alla fase precontrattuale l'obbligo di consegna del documento informativo e l'obbligo di informarsi sulla situazione finanziaria del cliente; obbligo che persiste anche dopo la stipulazione del contratto di intermediazione ed è finalizzato alla sua corretta esecuzione. Così come al medesimo fine sono preordinati gli obblighi di porre il cliente in condizione di valutare la natura, i rischi delle singole operazioni di investimento o di disinvestimento e di fornire ogni altra informazione necessaria a rendere consapevole il cliente della portata e degli effetti delle singole operazioni, nonché quello di comunicare per iscritto l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto di interesse.

Sempre alla fase esecutiva del "contratto quadro" attengono i doveri di contenuto negativo posti a carico dell'intermediario: in particolare quelli di non consigliare e di non effettuare operazioni non giustificate dalla situazione finanziaria del cliente.

Questi chiarimenti di ordine preliminare sono tanto più utili sol che si considerino le frequenti sovrapposizioni che la giurisprudenza ha fatto tra i problemi che investono il contratto quadro e quelli relativi alle singole operazioni, che possono avere a loro volta natura contrattuale, nei rapporti tra intermediario e cliente, o possono consistere in atti che l'intermediario compie con terzi, e dai quali il cliente resta estraneo.

La questione della rilevanza della violazione delle norme di comportamento, è stata spesso riferita in modo equivoco sia ai contratti quadro sia ai singoli contratti di investimento.

Per contro, la sentenza in esame trae spunto dalla richiamata distinzione, al fine di enunciare il principio di diritto che emerge dalla massima ufficiale: la violazione dei doveri di informazione del cliente e degli altri obblighi inerenti alla fase che precede e che accompagna la stipulazione del contratto di intermediazione, origina responsabilità precontrattuale dell'intermediario; possono invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione per inadempimento del menzionato contratto quadro, le violazioni riguardanti le singole operazioni di investimento o di disinvestimento compiute in (non corretta) esecuzione dello stesso contratto.

In nessun caso, in difetto di specifiche previsioni normative, la violazione dei menzionati doveri di comportamento può determinare la nullità, ai sensi dell'art.

1418, comma 1, c.c., sia del contratto quadro sia dei singoli atti negoziali conseguenti.

Questo principio di diritto è stato riferito non solo agli obblighi a contenuto positivo ma anche ai doveri di astensione, ai quali i ricorrenti avevano dato particolare enfasi, al fine di costruirli quali veri e propri doveri di non fare, la cui violazione si sarebbe tradotta nella stipulazione di contratti vietati da norma imperativa. La constatazione che anche i divieti costituiscono attuazione degli obblighi che l'intermediario ha assunto all'atto della stipulazione del contratto quadro con il cliente e sono pur sempre riconducibili alla fase esecutiva di detto contratto, conferma che il legislatore ha «qui sempre voluto contemplare obblighi di comportamento precontrattuale e contrattuale, non già regole di validità del contratto» essendo del tutto irrilevante che l'operazione compiuta dall'intermediario sia consistita nel procurarsi da terzi i valori o gli strumenti finanziari ordinatigli dal cliente oppure nel fornirli egli stesso, «trattandosi di varianti esecutive che non incidono sull'obbligo di diligenza cui l'intermediario è tenuto e che, ai fini del presente discorso, lasciano intatta la natura esecutiva dell'operazione da lui compiuta».

A queste conclusioni, che si uniformano ai principi di ordine generale ricavabili dal codice, la sentenza perviene dopo avere evidenziato l'inesistenza, nel settore dei mercati finanziari, di norme idonee a far emergere una linea di tendenza di contenuto opposto rispetto ai menzionati principi.

Avendo la parte ricorrente dato rilievo alla previsione dell'art. 16, quarto comma, d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, (12), le Sezioni Unite, in coerenza con l'invito ad usare «molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi», ritiene «sistematicamente isolata» e con «evidenti caratteri di specialità» la menzionata disposizione, inidonea pertanto ad elevare la previsione di nullità in essa contenuta in conseguenza della violazione di vari obblighi di comportamento, a principio del settore del diritto dei mercati finanziari.

Ciò tanto più che nessuna delle previsioni di nullità contemplate espressamente nella disciplina dell'attività della intermediazione mobiliare, appare riconducibile alla medesima *ratio* del citato art. 16, comma 4, d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190 e, per contro, l'impianto complessivo della menzionata normativa di settore è nel senso di ricondurre gli inadempimenti dell'intermediario finanziario alla duplice categoria della responsabilità precontrattuale e contrattuale.

Meritano di essere adeguatamente sottolineate altre due puntualizzazioni fatte dalle Sezioni Unite:

a) in primo luogo la difficoltà di coniugare e coordinare positivamente la disciplina delle nullità contenuta sia nel d.lgs. n. 58/1998 sia nel d.lgs. n. 190/2005 con la «figura generale della nullità configurata dal primo comma dell'art. 1418 c.c.». Le fattispecie di nullità relativa contemplate nei menzionati testi normativi, e

la loro conseguente qualificazione in termini di nullità di protezione, sono inevitabilmente legate a specifiche previsioni normative, con la conseguenza che presuppongono l'esistenza di nullità testuali; ed è significativo, aggiunge la Cassazione, che nonostante la materia sia stata più volte rivisitata dal legislatore, sino alla recente ricezione della direttiva 2004/39/Ce ad opera del d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, il legislatore si è astenuto dalla introduzione di una espressa previsione di nullità in relazione alla violazione delle regole di comportamento contrattuale o precontrattuale. Queste argomentazioni impongono di escludere il rilievo dato dalla parte ricorrente alla valenza generale che presenta l'osservanza dei doveri degli intermediari finanziari e ciò per i riflessi che il relativo operato ha sul buon funzionamento del mercato: l'ordinamento sezionale nel quale si inserisce l'operato degli intermediari, con i controlli che fanno capo alle autorità di vigilanza e con il regime delle sanzioni che ad esso accede, vale a dar rilievo all'interesse generale sicuramente connesso alla correttezza dei comportamenti degli intermediari, senza che, a tal fine, si possano configurare ipotesi di nullità, che non sarebbero coerenti con la tutela degli interessi generali, proprio perché la nullità «dovrebbe pur sempre logicamente essere concepita in termini di nullità di protezione, ossia di nullità relativa»;

b) Lo strumento di tutela assicurato dal nostro legislatore, sia nella dimensione codicistica sia in quella speciale del diritto dei mercati finanziari, è lo strumento della responsabilità e non quello della nullità radicale del contratto. Di fronte a questa scelta, le Sezioni Unite ribadiscono la necessità di non operare sradicamenti: «si possono ovviamente avere opinioni diverse sul grado di efficacia della tutela in tal modo assicurata dal legislatore al risparmio dei cittadini, che negli ultimi anni sempre più ampiamente viene affidato alle cure degli intermediari finanziari. Ma non si può negare che gli strumenti di tutela esistono anche sul piano del diritto civile, essendo poi la loro specifica conformazione giuridica compito del medesimo legislatore la cui scelta l'interprete non è autorizzato a sovvertire ...».

7. La conferma delle conclusioni della sentenza 19024/2005 anche con riferimento alla estensione della responsabilità precontrattuale

«La violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora si stipulato un

Nota:

(12) «Il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche».

contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi, il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto».

Nell'enunciare questo principio, le Sezioni Unite dichiarano espressamente di voler confermare il proprio precedente costituito dalla sentenza n. 19024/2005 «alla quale si intende su questo punto dare continuità» e ciò «per le ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina».

Resta così definitivamente confermato che la fattispecie del cd. recesso ingiustificato dalla trattativa non esaurisce affatto l'area della responsabilità a carico della parte della trattativa che nel corso di essa violi le regole della buona fede.

Accanto al caso in cui la violazione di dette regole sia consistita nella interruzione della trattativa, vi è anche quello di avvenuta conclusione di un contratto valido ma pregiudizievole per la parte che ha sofferto il comportamento scorretto: la fattispecie di responsabilità precontrattuale che si verifica in tale eventualità, si salda con quella del dolo incidente di cui all'art. 1440

c.c. e comporta l'obbligo di risarcimento del danno da liquidarsi secondo i criteri già indicati nella sentenza n. 19024/2005, integralmente richiamati dalle Sezioni Unite (13).

Nota:

(13) Sulla problematica relativa ai rapporti tra responsabilità precontrattuale dell'intermediario e sua responsabilità per violazione degli obblighi di informazione nella fase successiva alla stipulazione del contratto quadro, cfr. Panzini, *Violazione dei doveri di informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contratto e impresa*, 2007, 982 ss.. La sentenza delle Sezioni Unite, contiene una ulteriore parte volta ad esaminare i motivi di ricorso che hanno investito specificamente il rigetto delle domande risarcitorie. Questa parte non pare particolarmente rilevante se si eccettua la conferma che gli inadempimenti dell'intermediario ai propri doveri, nella fase successiva alla stipulazione del contratto quadro, originano responsabilità contrattuale il cui risarcimento è svincolato dal limite dell'interesse negativo («neppure è poi esatto, con riferimento alla seconda ed autonoma ratio decidendi formulata a questo riguardo dalla corte d'appello, che quel danno si identifichi con il mero interesse negativo da responsabilità precontrattuale (di cui non è stata fornita la prova). Non è infatti precontrattuale la responsabilità in cui incorre l'intermediario che compia operazioni in conflitto d'interesse, quando dovrebbe astenersene, ma si tratta invece - come già dinanzi chiarito - di una vera e propria responsabilità da non corretto adempimento di obblighi legali facenti parte integrante del rapporto contrattuale di intermediazione finanziaria in essere con il cliente: quindi di una responsabilità contrattuale, con riferimento alla quale il richiamo alla nozione di interesse negativo appare fuor di luogo».)

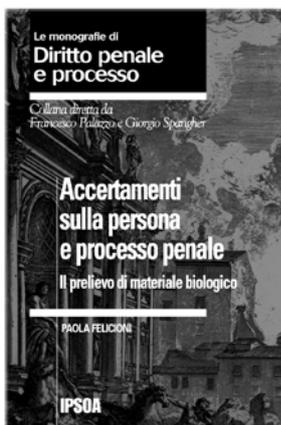
LIBRI

COLLANA: Le monografie di Diritto penale e processo
diretta da F. Palazzo e G. Spangher

Accertamenti sulla persona e processo penale

Il prelievo di materiale biologico

Di Paola Felicioni



Il volume costituisce uno studio sugli **accertamenti corporali** che possono essere esplicitati nel procedimento penale, dei quali viene offerto un **inquadramento normativo e sistematico** con costanti riferimenti ai principi costituzionali sui quali si fonda la materia: **dignità, libertà morale, riservatezza**.

Il volume è **diviso in 3 parti**: la prima parte prende avvio dalla sentenza della Corte costituzionale del 1996 n. 238 che ha reso incoercibile la **perizia ematologica**. La seconda parte ha ad oggetto l'impatto che il potenziamento dell'**attività investigativa** ha comportato sul contesto di acquisizione della prova. La terza parte è

volta ad evidenziare i **profili problematici della materia**.

Ipsoa 2007, € 41,00

Per informazioni e acquisti

- Servizio Informazioni Commerciali (tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- Agente Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://ipshop.ipsoa.it>