

Nullità del contratto

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 16 febbraio 2007, n. 3683, ord.

Pres. De Musis - Rel. Schirò - P.M. Gambardella (diff.) - FIN.COM s.r.l. in liquidazione (avv.ti Cavaliere, Denozza, Allavena) c. San Paolo IMI s.p.a. (avv.ti Ferri, Cavalli)

Contratti - Trattative - Intermediatori finanziari - Obblighi di informazione - Violazione - Nullità per contrarietà a norme imperative ex art. 1418 c.c. - Contrasto giurisprudenziale - Rimessione alle Sezioni Unite

(Art. 1418 c.c.; l. 2 gennaio 1991, n. 1)

È rimesso alle Sezioni Unite il contrasto giurisprudenziale concernente la questione se la violazione degli obblighi gravanti sulle parti nel corso delle trattative contrattuali, ed in specie la violazione degli specifici obblighi di informazione che la legge pone a carico degli intermediari finanziari nei confronti dei propri clienti, determini la nullità dei successivi contratti per violazione di norma imperativa ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c.

... *Omissis* ...

Considerato

1. Con il primo motivo i ricorrenti - denunciando violazione e falsa applicazione degli artt. 1418 c.c. e 6 della legge 1991/1, errore di diritto e vizio di motivazione - censurano la sentenza impugnata per aver affermato che le varie prescrizioni imposte dall'art. 6 citato, e le violazioni addebitate alla San Paolo IMI s.p.a., inciderebbero su adempimenti prenegoziali o esecutivi di un contratto già concluso e sarebbero quindi tali da non comportare la nullità dei contratti ex art. 1418 c.c. in quanto non influenti sul contenuto del contratto. Deducono i ricorrenti che, seguendo l'argomentazione dei giudici di appello, la nullità in questione non potrebbe essere mai generata dalla violazione di norme imperative che pongano limiti alla libertà negoziale delle parti non dal punto di vista dei contenuti, ma con riferimento a situazioni esterne al contenuto del negozio, come la qualità delle parti, i presupposti e le procedure, mentre una siffatta tesi è smentita da una vasta quantità di casi in cui la violazione di norme non attinenti al contenuto negoziale è stata ritenuta sufficiente a determinare la nullità del negozio (mancanza di autorizzazione allo svolgimento dell'attività di intermediazione mobiliare, incompatibilità personali, mancata esecuzione di adempimenti preliminari in materia valutaria). I ricorrenti criticano inoltre la sentenza impugnata per aver erroneamente ritenuto che le violazioni contestate alla banca riguardassero soltanto attività prenegoziali o esecutive di un contratto già concluso, senza tener conto che dette violazioni concernevano comportamenti che incidevano sulla formazione del consenso delle parti e quindi sul contenuto dell'accordo, ossia su di un elemento del contratto.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 1933 c.c. e 23 della legge 1991/1, nonché vizio di motivazione e omessa pronun-

cia e si afferma che, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte territoriale, l'art. 1993 c.c., in base all'art. 23 citato, non si applica unicamente ai contratti uniformi a termine negoziati nell'ambito delle borse valori, mentre nel caso di specie i contratti in questione, essendo stati stipulati con la banca al di fuori di una borsa valori e non essendo uniformi, in quanto difformi dal tipo previsto dalla normativa secondaria, come non contestato dalla banca, sono soggetti alla disciplina di cui all'art. 1933 c.c.

3. Con il terzo motivo si deduce errore di diritto, in relazione agli artt. 633 e ss. e 125 c.p.c., e difetto di motivazione in ordine alle eccezioni attinenti alla irritalità dell'ingiunzione opposta e al difetto di pattuizione degli interessi convenzionali. I ricorrenti, pur riconoscendo che le censure mosse con l'appello su tali questioni si limitavano a richiamare le difese svolte in primo grado, contestano che dette censure fossero generiche e prive di specificità rispetto alla sentenza di primo grado, che aveva respinto tali difese in modo apodittico e senza motivazione.

4. Con il quarto e quinto motivo, denunciandosi errore di diritto, in relazione agli artt. 2384 bis e 2487, 1394 e 2391 c.c., e difetto di motivazione, si critica la sentenza impugnata per avere i giudici di appello ritenuto che le operazioni su valuta per cui è causa fossero compatibili con l'oggetto sociale della Fin.Com. e che la fideiussione rilasciata dalla Edilcentro non fosse estranea all'oggetto sociale di detta società e per aver fatto gravare sugli appellanti l'onere probatorio di dimostrare la mala fede della banca ai sensi dell'art. 2384 bis c.c.

5. Con il sesto motivo i ricorrenti, nel prospettare errore di diritto, violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 13 della legge 1991/1 e difetto di motivazione, censurano la sentenza impugnata per non aver accolto le domande risarcitorie proposte agli attori e appellanti.

6. Con il settimo motivo si denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 183 e 189 c.p.c., 6 e 13 della leg-

ge 1991/1, nonché errore di diritto e contraddittorietà e difetto di motivazione e si deduce che la sentenza impugnata è errata anche nell'aver considerato inammissibile, in quanto nuova, una parte della domanda di risarcimento formulata dalla Fin.Com. e per aver rigettato la parte della domanda ritenuta ammissibile. Inoltre anche le domande di risarcimento avanzate dal Edilcentro e dal G., pur se formalmente proposte all'udienza del 14 febbraio 1996, tenuta ai sensi dell'art. 183 c.p.c., emergevano chiaramente dal tenore complessivo degli atti di citazione dai medesimi proposti, avendo sul punto la banca accettato esplicitamente il contraddittorio. I due fideiussori si gioverebbero comunque dall'accoglimento della domanda di risarcimento proposta da Fin.Com., che determinerebbe l'estinzione per compensazione del debito garantito.

I ricorrenti concludono sul punto osservando che nel giudizio di merito si è dimostrato che il San Paolo ha violato le norme di comportamento previste dall'art. 6 della legge 1991/1 e non ha assolto l'onere probatorio su di lui incombente in ordine alla insussistenza del nesso di causalità e sulla diligenza della sua condotta.

7. Con l'ottavo e ultimo motivo i ricorrenti lamentano errore di diritto e difetto di motivazione in merito alla statuizione sulle spese di causa e si dolgono in particolare della mancata applicazione, ai fini della liquidazione delle spese, della tariffa forense e dell'avvenuta valutazione di dette spese ai sensi dell'art. 2233, comma 2 c.c., per un complessivo compenso di £. 100 milioni per le prestazioni professionali.

8. Con riferimento al primo motivo di ricorso, osserva il collegio che il principio enunciato dalla Corte di appello di Torino (v. il precedente punto Va) è conforme ad un orientamento espresso da questa Corte e secondo il quale «la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, primo comma, cod. civ., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a tale ipotesi», con la conseguenza che è da escludere «che l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dall'art. 6 della legge n. 1 del 1991, concernente contratti aventi ad oggetto la compravendita di valori immobiliari, cagioni la nullità del negozio, poiché essi riguardano elementi utili per la valutazione della convenienza dell'operazione e la loro violazione neppure dà luogo a mancanza del consenso» (Cass. 29 settembre 2005, n. 19024. In senso conforme, Cass. 9 gennaio 2004, n. 111, secondo cui la «violazione, da parte della banca, dell'obbligo di fornire preventivamente adeguate informazioni al cliente non è in alcun modo riconducibile ad un'ipotesi di nullità

dei contratti». Sul punto, in modo analogo, si veda anche Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610, per la quale «la disposizione dell'art. 1337 c.c. - che impone alle parti l'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto ... è norma meramente precettiva o imperativa positiva, dettata a tutela ed a limitazione degli interessi privatistici nella formazione ed esecuzione dei contratti, e non può, perciò, essere inclusa tra le «norme imperative», aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal primo comma dell'art. 1418 c.c., la cui violazione determina la nullità del contratto anche quando tale sanzione non sia espressamente comminata»).

8.1. I principi enunciati si pongono però in contrasto con un diverso orientamento di questa Corte, secondo cui - sul presupposto che «in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di un'espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418, comma primo, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità» e tenuto conto che «il carattere inderogabile delle disposizioni della legge 2 gennaio 1991, n. 1, che prevedono la necessità dell'iscrizione all'albo delle società di intermediazione mobiliare, previo accertamento da parte della CONSOB della sussistenza di una serie di requisiti, deriva dalla natura, pubblica e generale, degli interessi con esse garantiti, che concernono la tutela dei risparmiatori «uti singuli» e quella del risparmio pubblico come elemento di valore dell'economia nazionale» - «è affetto da nullità assoluta il contratto di «swap» (da annoverare tra le attività di intermediazione mobiliare disciplinate dalla suddetta legge) stipulato, in contrasto con la stessa, da un intermediario abusivo, atteso l'interesse dell'ordinamento a rimuovere detto contratto per le turbative che la conservazione di esso è destinata a creare nel sistema finanziario generale» (Cass. 7 marzo 2001, n. 3272. Sulla nullità del contratto di «swap» stipulato dopo l'entrata in vigore della legge 2 gennaio 1991, n. 1 da soggetto diverso dalla SIM, o da una società d'intermediazione mobiliare non iscritta al relativo albo, in quanto contrario a norme da ritenersi imperative, perché dirette a tutelare l'interesse di carattere generale alla regolarità dei mercati e alla stabilità del sistema finanziario, v. anche Cass. 15 marzo 2001, n. 3753; 5 aprile 2001, n. 5052).

8.2. In particolare, in difformità dall'orientamento espresso dalla pronunce indicate al precedente punto 8., le sentenze richiamate affermano i seguenti principi: 8.2.1. la nullità del contratto può derivare anche dalla violazione di norme imperative che non attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura ed al contenuto del contratto, ma che pongano limiti all'autonomia negoziale delle parti sotto il profilo delle qualità soggettive di determinati con-

traenti e dell'esistenza di specifici presupposti, (nella specie, mancanza nel soggetto svolgente attività di intermediazione mobiliare delle caratteristiche della SIM o dell'iscrizione nell'apposito albo);

8.2.2. è irrilevante, in caso di contrarietà del negozio a norme imperative, la mancata previsione normativa di un'espressa sanzione di nullità, sopperendo a tale mancanza il disposto dell'art. 1418, comma 1, c.p.c. («il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge non disponga diversamente»), che fissa un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità.

8.3. In realtà frequenti sono i casi giurisprudenziali di dichiarazione della nullità del contratto per violazioni di norme imperative non attinenti al contenuto del negozio, oppure concernenti la mancata attuazione di adempimenti preliminari o le modalità esecutive del rapporto contrattuale.

8.3.1. Si è così affermato che è nullo, ai sensi dell'art. 1418 c.c., il contratto di agenzia commerciale stipulato con un soggetto non iscritto nel ruolo degli agenti e rappresentanti di commercio, per violazione della norma imperativa di cui all'art. 9 della legge 3 maggio 1985, n. 204, non derogabile da parte dei contraenti in quanto rivolta alla protezione non solo degli interessi della categoria professionale degli agenti, ma anche degli interessi generali della collettività (Cass. 4 novembre 1994, n. 9063; 18 luglio 2002, n. 10427).

Nello stesso senso è stata dichiarata la nullità per contrarietà a norma imperativa del contratto di mediazione stipulato con il legale rappresentante di una società non iscritta nell'albo dei mediatori, in violazione dell'art. 8 della legge 3 febbraio 1989, n. 39 e dell'art. 11 del d.m. 21 dicembre 1990 n. 452 (Cass. 18 luglio 2003, n. 11247; 15 dicembre 2000, n. 15849).

8.3.2. Con riferimento all'art. 2 del d.l. 6 giugno 1956, n. 476, convertito nella legge 25 luglio 1956, n. 786, nella parte in cui fa divieto ai residenti in Italia di compiere qualsiasi atto idoneo a produrre obbligazioni tra essi e i non residenti senza l'autorizzazione ministeriale, così fissando, per ragioni di ordine pubblico attinenti all'esigenza di evitare esodo di capitali, una prescrizione assoluta e inderogabile, si è ritenuto affetto da nullità insanabile per contrasto con una norma imperativa di legge, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., l'atto costitutivo di una di dette obbligazioni assunto in mancanza di autorizzazione, restando irrilevante che il medesimo fatto sia sanzionabile anche in via amministrativa in applicazione dell'art. 15 del citato decreto (Cass. S.U. 2 giugno 1984, n. 3357; Cass. 22 giugno 1990, n. 6336; 7 settembre 1992, n. 10260; 17 gennaio 1996, n. 365; 10 maggio 2005, n. 9767; 19 settembre 2006, n. 20261).

8.3.3. Con riferimento a diversa fattispecie relativa ad operazioni sottoposte alla disciplina valutaria, si è ritenuto che fosse vietato alla banca accettare mandati di

pagamento all'estero congegnati in modo tale da escludere qualsiasi controllo della banca mandataria circa la legittimità valutaria dell'operazione, con la conseguenza della nullità, per contrasto con norme imperative, di mandati conclusi senza l'assunzione da parte della banca di alcuna garanzia che il trasferimento di valuta all'estero avvenisse nella ricorrenza delle condizioni imposte inderogabilmente dalla normativa vigente in materia (Cass. 8 luglio 1983, n. 4605).

8.3.4. In relazione all'art. 21 della legge 9 agosto 1982, n. 646, contenente la normativa penale antimafia in materia di appalti pubblici e in forza del quale è vietato all'appaltatore di opere appaltate dalla pubblica amministrazione di concedere in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte, le opere stesse senza l'autorizzazione dell'amministrazione committente, è stata dichiarata, ai sensi dell'art. 1418 c.c., la nullità del subappalto stipulato in violazione di tale norma imperativa (Cass. 18 novembre 1997, n. 11450; 16 luglio 2003, n. 11131).

8.3.5. Con sentenza del 3 agosto 2005, n. 16281, questa Corte ha affermato che la norma di cui all'art. 3, comma 7, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, come modificato dall'art. 4 del d.lgs. 7 dicembre 2003, n. 517, con la quale sono stati fissati i requisiti di specifica esperienza professionale del soggetto che il direttore generale della ASL può scegliere come direttore amministrativo, ha carattere imperativo, in quanto è preordinata alla finalità di assicurare a tale struttura sanitaria pubblica dirigenti di vertice di comprovata esperienza e capacità, con la conseguenza che la violazione della norma suddetta determina la nullità del contratto di lavoro stipulato con il soggetto designato, in quanto, attesa l'ampissima discrezionalità attribuita al direttore generale nell'individuazione dei suoi collaboratori con il ricorso allo strumento privatistico del rapporto contrattuale, solo la sanzione della nullità può ritenersi idonea ad assicurare effettività alla prescrizione legale.

8.3.6. Anche la fattispecie incriminatrice della circonvizione d'incapace prevista dall'art. 643 c.p. (il cui scopo va ravvisato più che nella tutela dell'incapacità in sé e per sé considerata, nella tutela dell'autonomia privata e della libera esplicazione dell'attività negoziale delle persone in stato di menomazione psichica) deve annoverarsi tra le norme imperative la cui violazione comporta, ai sensi dell'art. 1418 c.c., oltre alla sanzione penale, la nullità del contratto concluso in spregio della medesima (Cass. 23 maggio 2006, n. 12126; 27 gennaio 2004, n. 1427; 29 ottobre 1994, n. 8948).

8.4. Non rileva, ai fini dell'esclusione dell'evidenziato contrasto giurisprudenziale, il fatto che, con riferimento ad alcune fattispecie di nullità contrattuali conseguenti alla mancanza in capo ad una delle parti della prescritta autorizzazione, la giurisprudenza abbia qualificato l'autorizzazione stessa come «requisito della relativa fattispecie», non soltanto attinente alla fase dell'adempimento del debito, ma anche inerente diretta-

mente alla costituzione del rapporto obbligatorio (Cass. S.U. 2 giugno 1984, n. 3357; Cass. 22 giugno 1990, n. 6336; 10 maggio 2005, n. 9767; 19 settembre 2006, n. 20261), perché, come sopra evidenziato, in altri casi la nullità del contratto è stata dichiarata ex art. 1418 c.c. per la violazione di norme imperative concernenti l'attuazione di adempimenti preliminari, o le modalità esecutive del rapporto contrattuale (v. sopra, i punti 8.3.3., 8.3.4. e 8.3.6.), sia perché non sembra sottrarsi all'esigenza di un riesame critico, e comunque di un approfondimento, l'affermazione secondo cui l'inosservanza degli obblighi informativi stabiliti dall'art. 6 della legge n. 1 del 1991, non cagionerebbe la nullità del contratto, poiché detti obblighi riguarderebbero solo elementi utili per la valutazione della convenienza dell'operazione e la loro violazione neppure darebbe luogo a mancanza del consenso (Cass. 29 settembre 2005, n. 19024).

8.4.1. Infatti l'enunciazione di principio da ultimo richiamata sembra non considerare che, come anche rilevato dalla dottrina, le norme di comportamento previste in un regolamento contrattuale preconfigurano ex lege possono costituire regole di protezione imposte all'intermediario non solo per colmare l'asimmetria informativa che presiede al rapporto con l'investitore, motivate dall'interesse generale al corretto funzionamento e alla migliore efficienza del sistema economico, ma anche per attuare la trasparenza del mercato, la quale, oltre ad incentivare l'ingresso di soggetti meno propensi ad effettuare investimenti rischiosi, mira ad informare il risparmiatore dei punti essenziali del contratto, affinché questi possa controllare quali siano le prestazioni poste a suo carico e quali le controprestazioni che la banca è obbligata ad effettuare, con inevitabile incidenza - con specifico riferimento alla fattispecie oggetto del presente giudizio - degli obblighi informativi posti a carico dell'intermediario finanziario sul complessivo contenuto del regolamento contrattuale.

8.5. Sotto altro profilo, giova rilevare che l'orientamento espresso dalla pronuncia di questa Corte n. 19024 del 29 settembre 2005 (v. il precedente punto 8.) si ispira con evidenza al tradizionale principio, condiviso anche in dottrina, della non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità del negozio, nel senso che la violazione dei doveri di comportamento - che attengono alla vicenda del rapporto obbligatorio tra le parti - non incide sulla validità dell'atto, ma produce conseguenze esclusivamente sul piano risarcitorio, laddove le regole di validità, attenendo ai requisiti di struttura della fattispecie negoziale, mirano alla disciplina dell'atto e dei suoi effetti rilevanti per l'ordinamento e prevedono oneri dal cui mancato assolvimento deriva l'improduttività di effetti giuridici.

8.5.1. Tuttavia una pluralità di indici pone in evidenza un tendenziale inserimento, in sede normativa, del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto.

a) In particolare, l'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192, nel disciplinare la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica, stabilisce la nullità del patto attraverso il quale detto abuso si realizza, qualora ricorra il duplice presupposto delle condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie e della loro imposizione da parte di un'(impresa) contraente nei confronti di un'altra che versi in uno stato di dipendenza economica.

b) In materia di contratti a distanza, con particolare riguardo al caso di comunicazioni telefoniche l'art. 53, comma 3, del codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206) stabilisce, a pena di nullità del contratto, che l'identità del fornitore e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della telefonata.

c) Con riferimento ai contratti dei consumatori, la vessatorietà e la conseguente nullità della clausola restano escluse in caso di trattativa specifica sulla stessa e quindi in presenza di uno specifico dato comportamentale (art. 34 del codice del consumo, cit.).

d) L'art. 7 del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, nello stabilire la nullità dell'accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, considera gravemente iniquo, tra l'altro, l'accordo con il quale l'appaltatore imponga al proprio fornitore termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini ad esso concessi, così attribuendo rilevanza ai fini dell'invalidità del negozio ad un comportamento (l'imposizione di una clausola) rilevante in sede di formazione dell'accordo.

e) Anche nella fattispecie relativa all'abuso di posizione dominante previsto dalla normativa antitrust di cui all'art. 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287, si configura il concorso di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose e della condotta impositiva di una clausola.

8.5.2. Con riferimento alle richiamate fattispecie, non sembra che possa efficacemente obiettarsi che il comportamento illegittimo in sede di formazione del contratto rilevi, ai fini della nullità, solo in quanto espressamente previsto dalla specifica norma di legge, poiché, una volta messo in discussione il principio di non interferenza delle regole di comportamento con le regole di validità e ammesso che il comportamento della parte possa rilevare ai fini della nullità del negozio, non sembra esservi ragione perché, in presenza di comportamenti contrattuali che violino precetti che si ritengano imperativi, anche se non assistiti dalla esplicita sanzione di nullità, non possa trovare applicazione la disposizione dell'art. 1418 c.c., che configura un'ipotesi di nullità virtuale rivolta a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione di precetti imperativi non si accompagni una esplicita sanzione di nullità.

9. Il richiamato contrasto giurisprudenziale interno a questa Corte cade su di un punto essenziale per la decisione del presente giudizio ed investe una questione di

massima di particolare importanza, sui quali è invece necessaria, a fini di certezza del diritto, l'uniformità dell'orientamento giurisprudenziale, che può derivare sol-

tanto da una definitiva pronuncia delle Sezioni Unite, previo rinvio a nuovo ruolo del presente giudizio.
... *Omissis* ...

REGOLE DI COMPORTAMENTO NELLA TRATTATIVA E NULLITÀ DEI CONTRATTI: LA CRITICABILE ORDINANZA DI RIMESIONE DELLA QUESTIONE ALLE SEZIONI UNITE

di Vincenzo Mariconda

Il commento esamina l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della questione relativa alla applicabilità dell'art. 1418, comma 1, c.c., e alla conseguente nullità dei contratti che siano stati stipulati da intermediari finanziari violando i doveri di comportamento ad essi imposti nell'interesse dei clienti. L'autore sottolinea che, mentre la tesi contraria alla nullità già recepita dalla I sezione della Cassazione nella sentenza 29 settembre 2005, n. 19024, è esposta senza particolare approfondimento e senza i necessari collegamenti di carattere generale, per contro la tesi contrapposta, favorevole alla nullità, che l'ordinanza mostra di condividere, è illustrata con il corredo di una serie di precedenti giurisprudenziali per lo più estranei al contrasto rimesso alle Sezioni Unite e di testi normativi pure essi non pertinenti e comunque di portata eccezionale.

1. - Con la ordinanza pubblicata, la Prima Sezione Civile della Corte di cassazione ha rimesso gli atti del procedimento al primo Presidente, al fine di investire le Sezioni Unite della questione se il comportamento tenuto da un intermediario finanziario, nella specie una banca, in violazione delle norme che pongono a suo carico obblighi di informazione nell'interesse dei clienti, dia luogo alla nullità dei contratti di investimento stipulati.

L'ordinanza proviene dalla stessa sezione alla quale si deve la sentenza 29 settembre 2005, n. 19024, che, non a caso, viene citata quale espressione dell'orientamento contrario a quello cui la stessa ordinanza mostra chiaramente aderire.

Le norme asseritamente violate sarebbero quelle contenute nell'abrogata legge n. 1/1991, poi trasfusa nel T.U.F., norme che pongono tra l'altro obblighi informativi la cui violazione, secondo il menzionato precedente del 2005 e altre analoghe pronunce recenti (Cass. 9 gennaio 2004, n. 111) e meno recenti (Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610), non potrebbe mai portare alla nullità dei contratti, e ciò perché l'art. 1418, comma 1, c.c. si riferirebbe alle sole violazioni relative «ad elementi in-

trinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto» (così Cass. 29 settembre 2005, n. 19024); ovvero perché il precetto contemplato nell'art. 1337 c.c. è dettato a tutela di interessi meramente privatistici e la menzionata norma, alla quale sono riconducibili tutte le disposizioni che prevedono obblighi specifici di informazione a carico di uno dei contraenti, è «norma meramente precettiva o imperativa positiva e non può, perciò, essere inclusa tra le «norme imperative» aventi invece contenuto proibitivo, considerate dal primo comma art. 1418 c.c. ... (così Cass. 18 ottobre 1980, n. 5610)».

Dopo avere ricordato questo orientamento e, nei limiti succinti ora richiamati, le motivazioni che lo sorreggono, l'ordinanza in commento asserisce che i principi enunciati nelle menzionate decisioni si porrebbero in contrasto con quelli alla base di un diverso orientamento condiviso da numerosi altri precedenti della Cassazione ed aggiunge che questo diverso orientamento si potrebbe giovare ora del conforto di alcune recenti fonti normative contenenti la previsione di ipotesi di nullità difficilmente compatibili con il primo indirizzo. Da questi spunti normativi verrebbe in particolare «messo in discussione il principio di non interferenza delle regole di comportamento con le regole di validità ed ammesso che il comportamento della parte possa rilevare ai fini della nullità del negozio, non sembra esservi ragione perché, in presenza di comportamenti contrattuali che violino precetti che si ritengano imperativi, anche se non assistiti dalla esplicita sanzione di nullità, non possa trovare applicazione la disposizione dell'art. 1418 c.c., che configura un'ipotesi di nullità virtuale rivolta a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione di precetti imperativi non si accompagni una espressa sanzione di nullità».

2. - Non può sfuggire l'estrema importanza e delicatezza della questione sollevata dalla ordinanza, che, nel momento in cui sembrava si stesse assestando, anche a livello di interventi dei giudici di merito, la linea interpretativa della ormai nota sentenza della Cassazione n. 19024/2005, rimette in discussione la portata del disposto dell'art. 1418 c.c. e lo fa con uno sforzo argomentativo che manifesta chiaramente la predilezione del Collegio che ha rimesso gli atti al Presidente, per

una soluzione opposta rispetto a quella condivisa dalla stessa Prima Sezione nella sentenza n. 19024/2005. E infatti, a fronte della sola citazione dei tre precedenti già richiamati (cui è dedicato il punto n. 8 dell'ordinanza), sono sviluppati ben cinque punti (da 8.1 a 8.5) all'interno di ciascuno dei quali vengono effettuate ulteriori analisi, tutte convergenti, ad avviso dell'estensore dell'ordinanza, verso il risultato di considerare ricompresa nella previsione delle nullità virtuali di cui all'art. 1418, primo comma, c.c., anche la violazione delle norme di comportamento contemplate a carico dell'intermediario finanziario e a tutela dei clienti e risparmiatori in genere.

3. - Le brevi osservazioni che seguono, sono finalizzate soprattutto all'esame degli argomenti che, ad avviso dell'ordinanza, dovrebbero orientare le Sezioni Unite ad aderire ad una soluzione diversa da quella che si legge nella sentenza n. 19024/2005, anche se pare opportuna una precisazione preliminare relativa proprio alle motivazioni contenute in questa sentenza: che esclude che la violazione delle regole di corretta informazione possa portare alla nullità del contratto, sostenendo che l'art. 1418, primo comma, 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, secondo comma, c.c.). I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto 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 (Cass. 9 gennaio 2004, n. 11; 25 settembre 2003, n. 14234); a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore (ad es., art. 1469 *ter*, quarto comma, c.c., in relazione all'art. 1469, *quinqüies*, primo comma, stesso codice)».

In relazione alla riportata motivazione, è stato autorevolmente espresso il dubbio che la Cassazione abbia enunciato una regola con cui si finisce per restringere esageratamente ed ingiustificatamente l'area della nullità virtuale del primo comma dell'art. 1418 c.c., se non addirittura per azzerarla. Si è, in questa prospettiva, asserito che la contrarietà a norme imperative relativa ad elementi intrinseci del contratto, coinciderebbe con le nullità già ricomprese nell'art. 1418, comma 2, c.c.; e, per altro verso, le nullità testualmente contemplate sarebbero ricomprese nella previsione del comma 3, con la conseguenza che sarebbe «evidente che, a questo punto, per la nullità virtuale dell'art. 1418, comma primo, c.c. non residua alcun margine di autonoma esistenza: completamente eroso e 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».

Queste osservazioni, sviluppate come esse sono nell'ambito di una valutazione complessivamente favo-

revole alle conclusioni cui è pervenuta la pronuncia n. 19024/2005, ripropongono ancora una volta l'interrogativo sulla effettiva portata dei rapporti tra le previsioni contenute nei tre commi dell'art. 1418 c.c., previsioni che risulta difficile coordinare anche in ragione delle incertezze relative alle categorie concettuali ordinanti la fattispecie contrattuale. Quando infatti si scrive che la motivazione della sentenza n. 19024/2005 finisce con l'assorbire le nullità virtuali nella previsione del secondo comma dell'art. 1418 c.c., eliminando la previsione del primo comma, si finisce con l'identificare il riferimento fatto dalla sentenza alla «struttura» o al «contenuto» del contratto con la «causa» e l'«oggetto» e si perviene così alla identificazione tra le nullità virtuali del primo e del secondo comma, identificazione che pare emergere dalla stessa decisione n. 19024/2005 che cita confusamente il primo ed il secondo comma dell'art. 1418 c.c., proprio nel periodo in cui descrive la portata delle cause di nullità riconducibili alla contrarietà a norma imperativa.

Senza richiamare concetti più ampiamente sviluppati in altra sede, ritengo utile ricordare, per contro, 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 sicuramente ad ampliare il raggio di azione del primo comma dell'art. 1418 c.c. rispetto al secondo comma, che, com'è noto, costituisce nient'altro che il riflesso negativo dei menzionati requisiti, sia sotto il profilo della completezza strutturale della fattispecie, sia sotto quello del relativo controllo dall'angolo visuale della liceità.

Invece, nel tessuto normativo del codice, il contenuto del contratto è l'insieme delle regole volute dalle parti che, come stabilisce l'art. 1322 c.c., «possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge». Limiti che emergono dalla disciplina delle norme imperative e che possono dare luogo, a seconda dei casi, alla nullità parziale contemplata nell'art. 1419 c.c., ovvero alla nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa, di cui all'art. 1418, comma primo, c.c., e ciò a seconda che la clausola contraria alla norma imperativa sia essenziale o non essenziale. Non v'è luogo a nullità, sia che si tratti di clausola essenziale o non essenziale, quando «la legge disponga diversamente», come, ad esempio, nel caso di sostituzione automatica delle clausole normative alle contrarie clausole contrattuali (art. 1339 c.c. richiamato dall'art. 1419, comma 2, c.c.). Se così è, non pare che alla sentenza della Cassazione del 2005 si possa muovere la medesima critica che a suo tempo ho indirizzato alla sentenza della Cassazione 10 dicembre 1986, n. 7322, che, nell'escludere la nullità del contratto col quale sia stata consumata la truffa di uno dei contraenti ai danni dell'altro, ha motivato questa conclusione affermando

che la nullità per contrarietà a norme imperative contemplata dal primo comma dell'art. 1418 c.c., riguarderebbe esclusivamente i casi di contrasto della causa del contratto rispetto alle norme cogenti. Contro questa conclusione, vale interamente la critica di un ingiustificato eccesso di restrizione del cosiddetto perimetro della nullità virtuale; un eccesso di restrizione che, da un lato, è non corretto dal momento che finisce con eliminare ogni autonomia del primo rispetto al secondo comma dell'art. 1418 c.c.; e, dall'altro lato, non è assolutamente necessario al fine di ribadire la distinzione fra le regole di validità del contratto (*rectius* regole la cui violazione comporta la nullità del contratto) e le regole di comportamento delle parti sia nel corso della trattativa sia nella fase di esecuzione.

Che sia questo il punto che meritava di essere approfondito ai fini della illustrazione del conflitto rimesso alle Sezioni Unite, emerge in modo chiaro dal fatto che, nel filo logico della sentenza n. 19024/2005, la individuazione del criterio di selezione, in positivo, delle cause di nullità riconducibili al comma 1 dell'art. 1418 c.c., è finalizzata a contrapporre, in negativo, a detto criterio proprio «i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto», che, come già ricordato, sono valutati «estranei alla fattispecie negoziale».

4. - Se è così, non paiono pertinenti, al fine di fare emergere correttamente il contrasto che l'ordinanza in commento ha inteso rimettere alle Sezioni Unite, quasi tutti i precedenti giurisprudenziali che sono richiamati ai punti da 8.1 sino a 8.4.1. Ed infatti:

i) il primo precedente richiamato (al punto 8.1) è Cass. 6 aprile 2001, n. 5114, che riguarda un contratto relativo a strumento finanziario stipulato da un intermediario non iscritto nell'apposito albo: che rilievo abbia questo precedente con il problema della rilevanza delle violazioni delle regole di comportamento nel corso della trattativa, è difficile comprendere se ci si pone dall'angolo visuale della effettiva portata del contrasto rimesso alle Sezioni Unite, che, correttamente inteso, investe esclusivamente la questione relativa alla nullità del contratto concluso in violazione di taluna delle norme di comportamento, in specie di quelle di corretta informazione, gravanti su uno dei contraenti nell'interesse dell'altro (nella specie, sull'intermediario finanziario nell'interesse dei clienti). Questa è infatti la questione concreta in relazione alla quale l'ordinanza mostra di dissentire dal precedente del 2005 e non anche la parte della motivazione con cui il menzionato precedente ha inteso dare maggior forza argomentativa alla propria conclusione contraria a considerare le norme che impongono doveri di informazione a carico di una parte della trattativa, quali norme imperative la cui violazione dia luogo a nullità, ai sensi dell'art. 1418, comma primo, c.c.. Non rilevano, pertanto, ai fini di impostare correttamente i termini del contrasto, i dubbi che pure si possono formulare in ordine alla correttezza delle

conclusioni enunciate da Cass. 6 aprile 2001, n. 5114, quali io stesso ho prospettato nel commento alla sentenza apparso su questa *Rivista*.

Ciò che conta, al fine di escludere la correttezza del riferimento a questa come ad altre analoghe pronunce, quali espressione di un orientamento contrario a quello di Cass. n. 19024/2005, è che le ragioni che portano ad affermare la nullità dei contratti stipulati da soggetti non autorizzati sono diverse da quelle che dovrebbero sorreggere la conclusione contraria a quella enunciata dalla Cassazione del 2005. Ed infatti la nullità dei contratti conclusi da soggetti non abilitati si ricostruisce in ragione del *divieto di contrarre* per coloro che non siano abilitati e il divieto normativo di contrarre assume rilievo quale norma imperativa la cui violazione comporta la nullità del contratto ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.. Per contro, le norme che impongono doveri di informazione, non sono suscettibili, sotto alcun profilo, di essere tradotte in altrettanti divieti di contrarre, per cui la nullità che dovrebbe conseguire alla relativa violazione appare arbitraria dal momento che non è il contratto che viola la stessa norma ma esclusivamente il comportamento tenuto da uno dei contraenti a danno dell'altro;

ii) questa conclusione risulta confermata dalle argomentazioni che l'ordinanza svolge ai punti 8.2.1, 8.2.2 e 8.3.1, punti che ruotano tutti attorno alla questione della rilevanza del difetto di autorizzazione a contrarre in capo a uno dei contraenti ovvero della mancata iscrizione negli appositi albi, questione in relazione alla quale si sottolinea che la nullità conseguente non riguarderebbe la struttura e il contenuto del contratto ma la violazione dei «limiti all'autonomia negoziale delle parti sotto il profilo delle qualità soggettive di determinati contraenti e dell'esistenza di specifici presupposti (nella specie, mancanza nel soggetto svolgente attività di intermediazione mobiliare delle caratteristiche della SIM o dell'iscrizione nell'apposito albo)». Senza entrare nel merito delle singole ipotesi citate, importa sottolineare che il tema complessivo della nullità dei contratti che violino divieti soggettivi a contrarre risulta estraneo alla problematica della rilevanza della violazione di regole di comportamento nel corso della trattativa per cui è ben difficile condividere l'ordine argomentativo dell'ordinanza che, ai fini di delineare i termini del contrasto, parte da una serie di citazioni di precedenti giurisprudenziali che nulla hanno a che fare con la questione se la violazione di quelle regole di comportamento possa essere ricompresa nel disposto dell'art. 1418, comma 1 c.c.;

iii) analoga valutazione deve essere espressa anche in relazione alla nullità virtuale, che la giurisprudenza ha affermato con orientamento fortemente consolidato, per tutti gli atti posti in essere in violazione della norma che vietava ai residenti in Italia di compiere qualsiasi atto idoneo a produrre obbligazioni tra essi e i non residenti senza l'autorizzazione ministeriale (art. 2

D.L. 6 giugno 1956, n. 476, convertito nella L. 25 luglio 1956, n. 786).

A questo proposito, l'ordinanza pare ancor più criticabile, sol che si consideri che la argomentazione con cui la Cassazione ha affermato la nullità dei contratti posti in essere in violazione della menzionata norma valutaria, utilizzando la medesima categoria dogmatica che si legge nella sentenza n. 19024/2005: e cioè quella degli elementi o requisiti «intrinseci della fattispecie». Le numerose decisioni che hanno ribadito la nullità dei contratti per violazione dell'art. 2 D.L. 6 giugno 1956 n. 476, hanno infatti motivato questa conclusione nel senso che «la norma fissa, per ragioni di ordine pubblico attinenti all'esigenza di evitare esodo di capitali, una prescrizione assoluta e inderogabile, che non attiene soltanto alla fase dell'adempimento del debito, ma investe direttamente, la costituzione del rapporto obbligatorio, ponendo quell'autorizzazione come requisito della relativa fattispecie».

Di fronte a questo tipo di motivazione e tenuto conto della predilezione dell'ordinanza a dar rilievo, più che alla sostanza del contrasto rimesso alle Sezioni Unite, alle enunciazioni di principio relative al perimetro delle nullità virtuali, queste sentenze si sarebbero dovute citare a conferma e non contro le conclusioni di Cass. 29 settembre 2005, n. 19024. E di ciò l'ordinanza si mostra consapevole, tant'è che tenta di sminuire il rilievo che, nelle sentenze in questione, presenta l'autorizzazione amministrativa della operazione valutaria quale «requisito della fattispecie» la cui mancanza comporta la «nullità insanabile per contrasto con norma imperativa di legge» (così, ancora, Cass. 10 maggio 2005, n. 9767 e Cass. 19 settembre 2006, n. 20261);

iv) se si eccettuano le sentenze che hanno dichiarato la nullità di contratti per violazione di divieti soggetti a contrarre o delle ormai abrogate norme che vietavano ai residenti di contrarre obbligazioni con non residenti in mancanza di autorizzazioni amministrative, l'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite individua un solo filone giurisprudenziale che, a mio avviso, può contrapporsi effettivamente alla sentenza 19024/2005: trattasi delle note sentenze che affermano la nullità dei contratti con cui sia stato consumato il delitto di circonvenzione di incapace di cui all'art. 643 c.p., anche se, in tal caso, il precetto violato è un precetto penalmente sanzionato. Ho già avuto modo di criticare questo orientamento con particolare riguardo alla sentenza 29 ottobre 1994 n. 8948, dopo la quale la Cassazione ha ribadito la propria conclusione (Cass. 23 maggio 2006, n. 12126 e Cass. 27 maggio 2004, n. 1427). Una conclusione che, però, è riferita alla sola circonvenzione di incapaci e non anche alla truffa (cfr. Cass. 10 dicembre 1986, n. 7322 cit.) e all'estorsione (cfr. Cass. 10 agosto 1969, n. 2355, inedita, ma presa in esame dalla dottrina sia nella immediatezza della pubblicazione sia in epoca recente). E, allora, se si voleva presentare correttamente il contrasto di giurispru-

denza destinato ad essere risolto dalle Sezioni Unite, si doveva focalizzare la questione con esclusivo riferimento alle 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 agli artt. 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 sono, da un lato, Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, le altre due che l'ordinanza cita 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 circonvenzione di incapace, tutte orientate nel senso della nullità per contrarietà a norma imperativa, e quelle tra le sentenze in materia di contratto usurario, che ne hanno affermato la nullità e non la semplice rescindibilità (così Cass. 20 novembre 1957, n. 447). Pare in definitiva che l'ordinanza di remissione non abbia sottoposto alle Sezioni Unite il vero contrasto giurisprudenziale relativo alle conseguenze, sulla validità del contratto, della violazione delle norme civili e penali, da parte di uno dei contraenti ai danni dell'altro contraente; ma abbia falsato i termini del contrasto nel momento in cui ha dato esclusivo rilievo al criterio cui la sentenza n. 19024/2005 ha affidato il ruolo di restringere il cosiddetto perimetro delle nullità virtuali.

5. - Ad analoghe conclusioni mi pare si debba pervenire anche con riferimento agli indici normativi che l'ordinanza ha elencato al fine di affermare «un tendenziale inserimento, in sede normativa, del comportamento contrattuale delle parti tra i requisiti di validità del contratto».

Si tratta in particolare: a) 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, comma 3, 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.

Ciascuna delle fattispecie elencate, meriterebbe 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. Così, ad esempio, non pare che rilevi al fine di far emergere la tendenza del legislatore a considerare il comportamento delle parti nella trattativa tra i requisiti di validità del contratto, la disciplina dei contratti dei consumatori che 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 comportati in modo corretto o non corretto. Inoltre, 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. Se si volesse seguire sino in fondo il percorso argomentativo della ordinanza si arriverebbe al paradosso che, mentre il contratto col consumatore contenete 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 1, c.c.!

Ma, a prescindere da questi e da altri rilievi che si potrebbero indirizzare nei confronti dell'elenco di norme proposto dalla ordinanza in commento, la stessa si presenta gravemente criticabile dal momento che non si è presa cura di menzionare i dati normativi che impongono di tener ferma, a meno di finire in una serie inestricabile di disarmonie del sistema, la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità del contratto: una distinzione che, in modo più appropriato, andrebbe fatta tra le regole di comportamento e le norme imperative rilevanti ai fini dell'art. 1418, comma 1, c.c.. Esistono infatti sicuramente regole di comportamento la cui violazione determina la invalidità del contratto, ma l'invalidità che viene in considerazione, è la annullabilità che consegue sia ai vizi del volere, ed in specie alla violenza e al dolo, sia all'incapacità naturale di un contraente che sia stata conosciuta dall'altro contraente. La critica di fondo che in altra occasione mi è parso di dover rivolgere nei confronti delle sentenze in materia di circonvenzione di incapaci, è che, a voler condividere la conclusione per cui ogni volta che il comportamento di un contraente integri gli estremi di una fattispecie di reato ai danni dell'altro si verificerebbe la nullità del contratto per contrarietà a norma imperativa, le cause di annullamento contemplate nel codice (e, sotto altro profilo, la rescindibilità del contratto per lesione enorme) finirebbero, se si eccettua l'errore spontaneo, per perdere ogni effettiva consisten-

za e ciò dal momento che la violenza morale integra gli estremi dell'estorsione, il dolo si sovrappone con la truffa, la malafede del contraente che stipula con l'incapace di intendere e di volere è difficilmente distinguibile dalla condotta che integra la circonvenzione di incapace (che, addirittura, non richiederebbe il livello di incapacità richiesto ai fini della annullabilità del contratto). Se, peraltro, nel caso della circonvenzione di incapaci, la Cassazione ha orientato la propria conclusione in ragione dell'esistenza del precetto penale, la cui violazione potrebbe non avere conseguenze sul piano civilistico (proprio in ragione del maggior rigore con cui è valutata l'incapacità rispetto alla deficienza psichica), è ben difficile che il sistema delineato dal codice civile possa reggere alla tensione cui sarebbe sottoposto qualora si dovesse arrivare alle conclusioni prospettate (e auspicate) dalla ordinanza. Si appannerebbe così il raccordo tra gli artt. 1337 e 1338 c.c.: il difetto di informazioni relativo a fatti rilevanti, diversi dalla esistenza di una causa di nullità del contratto, diventerebbe un difetto di informazione avente ad oggetto pur sempre l'omessa comunicazione di una causa di nullità (quale sarebbe, appunto, quella conseguente alla violazione della regola comportamentale). Inoltre sarebbe difficilmente spiegabile l'obbligazione risarcitoria nel caso di dolo incidente, di cui all'art. 1440 c.c.: obbligazione che presuppone, ovviamente, che il contratto sia valido ed efficace. Di più: la disciplina del dolo diventerebbe tanto abnorme da dover essere definita aberrante: i raggiri senza i quali l'altra parte non avrebbe contrattato, causerebbero la annullabilità del contratto, ai sensi dell'art. 1439 c.c. e, per contro, i raggiri non determinanti, integrando quantomeno un comportamento posto in essere in violazione dei doveri di corretta informazione, darebbero luogo a nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 1, 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 ...»). Con tutta probabilità, non essendo ipotizzabile che le Sezioni Unite arrivino a conclusioni che urtino in modo diretto contro la disciplina generale della responsabilità precontrattuale, dei vizi del consenso e del dolo incidente, si procederà all'esame della questione come se essa avesse riguardo esclusivo alle singole disposizioni normative che pongono specifici doveri di comportamento e di informazione. È però importante sottolineare che il risultato che dovesse essere riferito alla norma speciale, intesa quale norma imperativa ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., ben difficilmente potrebbe essere limitato ad essa e ciò dal momento che su un piano più generale vengono in considerazione le disposizioni che vietano di estorcere il consenso con la minaccia o di carpirlo con dolo. Per cui pare opportuno segnalare l'enorme disarmonia sistematica che si verificherebbe qualora si dovesse ritenere nullo il contratto concluso dalla banca con il cliente in violazione delle disposizioni che impongono specifici obblighi d'informazione alla banca e, per contro, si rite-

nessero semplicemente annullabili, così come si devono ritenere alla luce della disciplina dei vizi del volere, il contratto concluso da una parte a seguito della grave ed ingiusta minaccia dell'altra parte o il contratto che non sarebbe stato concluso senza i raggiri di una delle parti ai danni dell'altra.

Certo che dalla giurisprudenza formatasi in materia di nullità del contratto, si sono avute spesso sgradevoli sorprese, quale, ad esempio, quella in materia di aree di parcheggio di cui all'art. 18 della L. 6 agosto 1967, n. 765, norma che, alla fine, il legislatore ha abrogato. L'abrogazione è avvenuta dopo che le Sezioni Unite della Cassazione, nella sentenza 15 giugno 2005, n. 12793, avevano definito «creativo» l'orientamento che, pur in mancanza di un divieto di alienazione, aveva costruito quella che mi era parso appropriato definire quale *doppia nullità virtuale*, mancando non solo la comminatoria di nullità ma pure il precetto la cui violazione avrebbe dovuto portare all'applicazione dell'art. 1418, primo comma, c.c.. Ma in quel caso si trattava di aree di parcheggio mentre in questo caso è in discussione la teoria del contratto, e l'intera sistematica del Codice in materia di doveri delle parti nella trattativa, vizi del consenso, obbligazioni risarcitorie per comportamenti scorretti e cause di nullità.

E non è detto affatto che l'affermazione della nullità dei contratti allorché uno dei contraenti si sia comportato in modo scorretto, valga a tutelare meglio l'altro contraente: l'ordinanza è stata emessa in un procedimento nel quale il cliente della banca aveva insistente chiesto la nullità del contratto al fine di ottenere la restituzione di quanto pagato, una restituzione direttamente conseguente alla nullità laddove il risarcimento del danno presuppone la relativa prova. Ma una volta che venisse imboccata la via della nullità, la stessa non potrebbe essere poi modificata in funzione degli interessi che di volta in volta farebbero capo al soggetto a danno del quale fosse stata commessa la scorrettezza: qualora egli chiedesse l'adempimento ed il risarcimento del danno, il giudice dovrebbe respingere entrambe le domande proprio in ragione della ritenuta nullità del contratto. Si confida, pertanto, che le Sezioni Unite, affrontino la questione ad esse rimessa, non usando le sole lenti che l'ordinanza ha messo a disposizione, ma con uno sguardo esteso all'intero orizzonte del nostro sistema giuridico (1).

Nota:

(1) Le riflessioni critiche svolte nei confronti della ordinanza si collegano per molti versi a quanto ho avuto modo di scrivere in relazione al tema delle nullità virtuali in varie occasioni: cfr. *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, IV, Torino, 1991, 368 e ss.; *Truffa e contrarietà del contratto a norme imperative*, commento a Cass. 10 dicembre 1986, n. 7322, in questa *Rivista*, 1987, 2, 208 s.s.; *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: la pretesa nullità relativa ai parcheggi*, *ivi*, 1987, 8, 858 s.s.; *Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di swap*, commento a Cass. 6 aprile 2001, 5114, *ivi*, 2001, 8, 1062 s.s.; *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvenzione di*

incapace?, commento a Cass. 29 ottobre 1994, 8948, *ivi*, 1995, 2, 217 s.s..

La sentenza di Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 è pubblicata in questa *Rivista*, 2006, 5, 669 con commento di Genovesi, *Limiti della nullità virtuale e contratti su strumenti finanziari* ed in *Danno e resp.*, 2006, 25 con commento di Roppo e Afferni, al quale faccio riferimento a proposito della restrizione delle nullità virtuali e dell'assorbimento del primo comma dell'art. 1418 nelle previsioni del secondo e del terzo comma. Gli autori mostrano di condividere le conclusioni della sentenza anche se si pongono il problema del coordinamento tra il ridimensionamento della nullità virtuale e lo spazio residuo dell'art. 1418, comma 1, c.c.. Sempre a Roppo si deve il commento, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione*, in *Danno e resp.*, 2005, 625 a una serie di pronunce di merito che hanno affrontato le questioni relative alla rilevanza della violazione dei doveri imposti sull'intermediario finanziario, pervenendo alle due conclusioni opposte in relazione alle quali è avvenuta la rimessione alle Sezioni Unite. Nello stesso senso di Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 cfr., da ultimo, App. Milano 19 dicembre 2006, in *Giur. it.*, 2007, 650 ss.

Sui rapporti tra regole di validità e regole di comportamento, cfr. D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; cfr. inoltre Benatti, commento ad art. 1175 c.c. in *Commentario al codice civile*, diretto da Cendon, Torino, 1991, 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 c.c.)»». 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, le seconde 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.)».

Sul tema complessivo dei rapporti tra norme imperative e nullità del contratto, cfr. da ultimo l'ampia e apprezzabile monografia di A. Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali e la menzione della pronuncia di Cass. 10 agosto 1969, n. 2355, che afferma l'annullabilità del contratto estorto con violenza (cfr. note 168, 152).