

Contratti di borsa

Intermediario finanziario non autorizzato e nullità del contratto di *swap*

CASSAZIONE CIVILE, sez. I, 6 aprile 2001, n. 5114

Pres. Olla - Rel. Plenteda - P.M. Maccarone (conf.) - Granlatte Cons. Coop. scarl (avv.ti Valensise, Borghesi e Mallardi) c. Fall. Gestival (avv.ti Tamponi e Manetti)

Contratti di borsa - Contratto di domestic indexed lira swap - Natura di contratto di swap - Configurabilità.
(Artt. 1, 5, l.2 gennaio 1991, n. 1)

Il contratto di *domestic indexed lira swap* è riconducibile al contratto di *swap* disciplinato dalla legge n. 1 del 1991, senza che a tale riferimento costituiscano ostacolo la complessità soggettiva (il rapporto intercorso tra le parti può coinvolgere anche l'istituto finanziatore) ed oggettiva (al contratto in divisa estera si accompagna un rapporto di mandato a gestire il finanziamento). Infatti, l'istituto finanziatore non è parte del contratto ed il mandato resta meramente accessorio e strumentale rispetto al principale contratto di *swap*.

È nullo, ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c., per contrarietà alla normativa imperativa di cui alla legge 2 gennaio 1991 n. 1, il contratto di *domestic indexed swap* stipulato con intermediario finanziario non iscritto nell'albo previsto dalla stessa legge n. 1/1991.
(Massima non ufficiale)

Nel caso di invalidità del contratto derivante da norma di legge, quale quella conseguente alla mancata iscrizione all'albo di cui alla legge n. 1/1991, non è configurabile una ignoranza incolpevole idonea a fondare una pretesa risarcitoria ai sensi degli artt. 1337 e 1338, c.c., nei confronti del soggetto non abilitato che abbia omesso di comunicare all'altro contraente il difetto di iscrizione nell'apposito albo.
(Massima non ufficiale)

...*Omissis*...

Motivi della decisione

...*Omissis*...

Con il secondo motivo la società Cooperativa denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1 L. n. 1/1991 nonché la omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione della sentenza impugnata sul punto della nullità dei contratti. Deduce che il rapporto di cui si tratta non fosse regolato da contratti riservati alle società di intermediazione finanziaria, posto che l'attività della Gestival consisteva nel prestare alla clientela servizi di consulenza e di assistenza al fine di gestire in maniera ottimale il costo delle posizioni di indebitamento che il cliente aveva assunto direttamente ed autonomamente presso un istituto bancario. Si sarebbe pertanto trattato di due contratti connessi, uno di mandato con rappresentanza, con cui la Gestival si assicurava la facoltà di gestire direttamente il rapporto di finanziamento con l'ente finanziatore, e l'altro di *swap*

avente come parametri il costo dell'indebitamento, dalla Gestival garantito come risultato della propria assistenza svolta attraverso il mandato. Da tale connessione sarebbe derivato un contratto atipico, giacché lo *swap* avrebbe perduto il carattere suo proprio dell'aleatorietà, essendo la Gestival in grado di gestirne gli esiti attraverso il mandato, che veniva a risultare la parte preminente del rapporto, tanto da renderlo estraneo agli schemi considerati dalla citata legge n. 1/1991, che prevedono la convenzione di scambio di due somme di danaro, rimanendo del contratto di *swap* solo la denominazione.

Del tutto sprovvista di base normativa sarebbe poi la ipotesi di nullità derivante dalla mancata iscrizione della Gestival nell'albo della S.I.M. non prevedendo la legge n. 1/1991 alcuna sanzione di nullità per i contratti conclusi da soggetti sprovvisti di autorizzazioni, non discendendo la nullità da principi generali, mancando nell'ordinamento il principio secondo cui gli atti compiuti nell'esercizio di attività soggette ad autorizzazioni sono

nulli allorché quelle autorizzazioni manchino, né essendo quell'attività illecita, corrispondendo a quella autorizzata. In ogni caso il vizio supposto dovrebbe semmai realizzarsi una ipotesi di nullità relativa, da farsi valere dal cliente soltanto.

Anche questo motivo è privo di fondamento.

La sentenza impugnata ha adeguatamente motivato in ordine alla corrispondenza dei contratti di cui si tratta all'istituto dell'art. 1 L. 1/1991, richiamando la giurisprudenza di questa Corte (11279/1997; 10976/1996) che ha ritenuto compreso il contratto di *swap* tra gli strumenti assimilati ai valori mobiliari e negato valore alla tesi della ricorrente, secondo cui il contratto di *domestic indexed lira swap* non è riconducibile allo *swap*. Ha, infatti, affermato il giudice di merito che la riconducibilità non trova resistenza nell'accento alla pretesa complessità soggettiva - sotto il profilo che il rapporto intercorso tra le parti avrebbe involto anche l'istituto finanziatore - ed oggettiva - per la ragione che al contratto di finanziamento in divisa estera si è accompagnato un rapporto di mandato a gestire il finanziamento suddetto - osservando, quanto al primo, che l'istituto di credito finanziatore non è parte del contratto e, quanto al secondo, che il mandato resta meramente accessorio e strumentale rispetto al principale contratto di *swap*.

Tali considerazioni, congrue sul piano motivazionale, da un lato si appalesano conformi alla norma di legge, che si assume violata (art. 1, I e II comma L. 1/1991), e dall'altro, resistono alla critica della ricostruzione della volontà negoziale operata dal giudice, compiuta attraverso la prospettazione di una diversa interpretazione, la quale, investendo il merito delle valutazioni effettuate, è inammissibile in sede di legittimità (Cass. 3507/1999; 8013/1998; 5387/1997).

Quanto alla deduzione che la ipotesi di nullità dei contratti, derivante dalla mancata iscrizione della soc. Gestival nell'albo delle società di intermediazione mobiliare, sia sprovvista di base normativa, la tesi non può essere condivisa, né quando contesta che la riserva in favore della SIM dell'attività sia parametro utile per giudicare della validità dei contratti; né quando trae argomento da istituti diversi, ovvero considera - in termini generali - non decisiva la comminatoria penale dell'attività ai fini della validità del negozio; né, infine, laddove nega la invalidità assoluta di esso, per il fatto che la illiceità del comportamento sia stata di una sola delle parti.

Per una corretta soluzione del problema è indispensabile muovere dalla formula dell'art. 1418 c.c. che, dopo avere al primo comma stabilito che è nullo il contratto contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente, al terzo comma aggiunge «il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge». Tuttavia, se è necessario richiamarsi alla legge per decidere della nullità - o annullabilità - tale richiamo non offre sempre sicure soluzioni per l'ambiguità o la insufficienza delle espressioni usate dal legislatore, per cui diventa indispensabile valutare, ogni qualvolta vi sia difformità tra

fattispecie e schema normativo, se invalidità sussista e quale ne sia la portata, utilizzando come criterio di individuazione la natura degli tutelati nel quadro dei valori dell'ordinamento, progressivamente ampliato dai nuovi interessi che tendono a realizzarsi secondo diritto e che meritano di essere protetti in modo maggiore o minore, a seconda che corrispondano o meno agli interessi generali della collettività.

La nullità, pertanto, diventa - come osservato in dottrina - uno strumento di controllo normativo utile, insieme ad altri, a non ammettere alla tutela giuridica interessi in contrasto con i valori fondamentali del sistema e si differenzia dalla annullabilità, non solo perché l'atto è difforme dallo schema legale e pregiudica gli interessi del suo autore, ma perché mette a rischio i valori preminenti della comunità, il cui contrasto costituisce la ragione dell'impedimento che l'ordinamento oppone alla efficacia giuridica tipica degli atti.

Superata la concezione individualistica, fondata esclusivamente sul valore della autonomia privata, la valutazione della nullità del negozio si è così giovata del criterio del riscontro della utilità sociale, influenzato da scelte sociopolitiche, che è divenuto indice del giudizio di meritevolezza degli interessi delle parti, rispetto ai valori perseguiti dalla comunità, al punto che l'ordinamento, ove quel riscontro sia negativo, non assegna ad essi alcuna tutela ed anzi assoggetta alla sanzione della nullità l'atto compiuto per realizzarli. In sostanza elemento qualificante della validità non è più la tutela dell'interesse del contraente, ma quella degli interessi generali, che vengono preservati anche dalle iniziative individuali, al punto da prescindere dalle posizioni che in riferimento all'atto assume la parte - che pure la norma intende proteggere - in nome della equità, correttezza e stabilità dei rapporti sociali. E la circostanza che sono sempre maggiori le sollecitazioni in tal senso della collettività finisce per accrescere le ipotesi della nullità dei negozi, progressivamente riducendo lo spazio della autonomia privata. Tale impostazione dogmatica è in linea con il diritto positivo e con le norme citate - art. 1418 commi 1 e 3 c.c. - posto che è pur sempre il diritto oggettivo a stabilire, anche in situazione di contrasto con norme imperative, se assegnare tutela ed efficacia a fattispecie difformi dallo schema legale, sebbene in tal caso la sanzione della nullità, derivando automaticamente dalla previsione normativa, necessiti di una disposizione contraria perché resti inattuata.

A tale stregua il compimento dell'atto contro il divieto legale genera ipotesi di nullità, c.d. virtuali, proprio perché non necessitano di espressioni comminatorie di legge (Cass. 2493/1972; 2545/1970) - a fronte di quelle testuali dei commi 2 e 3 dell'art. 1418 c.c. - sempreché il controllo della natura della disposizione violata porti a verificare che l'interesse sotteso sia pubblico e non privato (Cass. 3266/1986; 6721/1985; 3642/1985), da un lato ciò corrispondendo al principio che la violazione di una norma positiva, anche sanzionata penalmente, non dà

luogo necessariamente a nullità del contratto compiuto, per via dell'inciso "salvo che la legge disponga diversamente", il quale lascia margine a meccanismi positivamente introdotti, per realizzare egualmente gli effetti del negozio, in considerazione degli apprezzamenti discrezionalmente compiuti dal legislatore, dei valori giuridici tutelabili imperativa; e dall'altro al dato positivo espresso dal combinato disposto del primo e del terzo comma dell'art. 1418 c.c., secondo cui la mancanza di una espressa sanzione di nullità dell'atto negoziale, in conflitto con il divieto, non è rilevante ai fini della nullità, sopperendovi la norma predetta, che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare una previsione di nullità (Cass. 6691/1987; 6601/1982; 5311/1979; 1901/1977).

Né consegue che, ove le norme imperative siano in linea generale inderogabili dalla volontà dei privati, in relazione a tali valori, tutto ciò che sia programmato o compiuto in contrasto con essi è interamente nullo, necessariamente estendendosi la illiceità della condotta all'atto compiuto, per il rilievo che la sanzione di invalidità ha in relazione all'interesse perseguito dalla norma, che risulterebbe frustrato, ove si accedesse alla tesi proposta dalla ricorrente della distinzione tra attività illecita ed atto valido, non potendo l'ordinamento tutelare l'autonomia privata nel momento in cui persegue interessi che contrastano con valori socialmente rilevanti e per i quali ha posto il divieto di operare, a causa della dannosità sociale di quella attività, che vano sarebbe sottoporre a sanzione penale, se poi raggiungesse il fine di conservare gli effetti degli atti compiuti, che l'ordinamento ha manifestato di rifiutare.

Ciò posto, con riguardo alla fattispecie in esame non par dubbio che la normativa introdotta dalla legge 2 gennaio 1991 n. 1 consideri interessi di carattere generale, che vanno dalla tutela dei risparmiatori *uti singuli*, a quella del risparmio pubblico, come elemento di valore della economia nazionale, a quella della stabilità del sistema finanziario, come considerata dalla direttiva 93/22 CEE del 10 maggio 1993; alla esigenza di preservare il mercato da inquinamenti derivanti dall'impiego di risorse provenienti da circuiti illegali, a quella di rendere efficiente il mercato dei valori mobiliari con vantaggi per le imprese e per la economia pubblica, interessi tutti chiaramente prevalenti su quelli del privato, che pure di riflesso ne rimane tutelato, e che attribuiscono alla iscrizione nell'albo, alla autorizzazione, ai successivi controlli una valenza che trascende la formale e ordinata gestione dell'attività ed investe l'atto in cui essa si sostanzia, essendo interesse dell'ordinamento rimuoverlo, per le turbative che crea sul sistema finanziario generale.

Né può considerarsi l'assunto che i contratti di *swap* richiedano solo che esiste il soggetto - impresa, cui l'autorizzazione gioverebbe semplicemente a rimuovere gli ostacoli giuridici all'esercizio dell'attività, che di per sé l'impresa è bene in grado di svolgere. Tale affermazione è infatti contraddetta proprio dalla natura degli interessi

protetti, che la legge dimostra di voler tutelare, stabilendo la riserva in favore delle Sim (art. 21 L. 1/1991); prevedendo per esse la iscrizione in un albo apposito, istituito presso la Consob (art. 3), ed una espressa autorizzazione con la specificazione delle attività - tra quelle menzionate nell'art. 1 - per le quali essa è rilasciata, in base all'accertamento di una serie di requisiti che attengono alla struttura dell'ente autorizzato; al suo capitale; e, in termini di professionalità ed onorabilità (art. 1 lett. c L. 23 marzo 1983 n. 77, richiamato dall'art. 3 citato), agli organi di gestione e persino ai soggetti che in virtù della partecipazione al capitale, in via indiretta o per interposta persona, o per il tramite di società fiduciaria o di società controllata, ovvero in virtù di particolari vincoli o accordi, esercitano il controllo della società; stabilendo che l'esercizio dell'attività sia "soggetto alle disposizioni della presente legge", al punto da identificare l'attività di intermediazione esclusivamente con quella che si svolge in conformità alla normativa; imponendo controlli e limitazioni (artt. 2 e ss.), oltre all'obbligo per le società di intermediazione di avvalersi esclusivamente della opera di promotori finanziari iscritti nell'albo unico nazionale dei promotori, anch'esso istituito presso la Consob (art. 5 commi I e V), previa verifica, anche in tal caso, di specifici requisiti di onorabilità e professionalità, con la previsione, anche per essi, della riserva di attività e delle sanzioni penali di cui all'art. 14 (art. 5 comma X); prevedendo che la attività di gestione dei patrimoni e di negoziazione dei valori mobiliari (artt. 8 e 11) sia svolta nel rispetto di regole, considerate imperative al punto che i patti in deroga sono espressamente sanzionati da nullità (art. 8 comma 4 e art. 11 comma 11). E la circostanza che la vigilanza della Consob e della Banca d'Italia (art. 9) sia finalizzata al rispetto di regole di comportamento, volte a garantire, tra l'altro, «che nello svolgimento delle suddette attività non si abbia scambio di informazioni e di responsabilità di gestione tra chi opera nelle diverse attività»; «il rispetto delle modalità di negoziazione prescritte per i mercati regolamentati», «la tenuta di idonee registrazioni relative alle transazioni eseguite, che devono essere conservate per i periodi prestabiliti» (lett. b, e f art. 9); e abiliti l'organo che la esercita alla sospensione sino a 60 gg. dell'attività, ove siano accertate irregolarità gravi o gravi violazioni di legge, di regolamenti o di disposizioni impartite dall'autorità di vigilanza e comunque ogniqualvolta lo richieda «la tutela del pubblico risparmio» (art. 13 comma 2), conferma che la natura degli interessi tutelati trascende quelli della clientela ed ad oggetto quelli generali della regolarità dei mercati e della stabilità del sistema finanziario, espressamente considerati dal disposto dell'art. 13 comma 5, in cui i pericoli ad essi relativi e connessi alle irregolarità e violazioni accertate giustificano l'intervento del Ministro del Tesoro per la cancellazione dall'albo della Sim e la nomina di un commissario preposto alla tutela e alla restituzione dei patrimoni di proprietà dei clienti della società. Tale norma da un lato evidenzia la rilevanza pubblica di quei va-

lori e dall'altro fornisce argomento testuale, seppure indiretto, alla tesi della nullità assoluta dei contratti stipulati dall'intermediario abusivo, posto che, nel momento in cui prevede per quello iscritto, la cui condotta non si sia conformata ai precetti di legge e di regolamento, l'obbligo di restituzione dei patrimoni dei clienti della società, incide sui rapporti negoziali instaurati, sanzionandone la improseguibilità con la rescissione di quelli in corso, si dà privare di valenza giuridica gli atti futuri che fossero compiuti nell'esercizio della attività non più consentita; a riprova che nella fattispecie in esame l'attività non consentita genera contratti nulli.

Per tale verso non sono utilizzabili gli arresti giurisprudenziali in merito alla attività assicurativa (Cass. 12910/1995; 586/1995; 3096/1992; 1150/1977; 3291/1973), dai quali la ricorrente trae argomento favorevole alla tesi della validità dei contratti. L'art. 75 T.U. 13 febbraio 1959 n. 449, sull'esercizio delle assicurazioni private, stabilisce che «i contratti di assicurazione stipulati... presso imprese che opera in violazione delle disposizioni del presente testo unico... sono risolti, su semplice denuncia del contraente», così individuando, tra quelle previste dall'ordinamento, la reazione di minor rigore e con effetti *ex nunc*, dal legislatore dell'epoca apprezzata come sufficiente a reintegrare la situazione creata dalla violazione della norma, lasciata alla determinazione dell'interessato e chiaramente predisposta alla sua esclusiva tutela.

Quanto ai contratti conclusi dal banchiere di fatto, la invalidità per difetto del presupposto giuridico soggettivo, costituito dalla qualità formalmente riconosciuta alla banca dalla autorizzazione ad operare nel settore del credito, non è contraddetta, ma anzi confermata dalla circostanza che quei negozi siano validi in quanto ascrivibili alla categoria generale dei contratti di deposito o di mutuo una volta che resti ferma la esclusione di validità sub specie degli artt. 1834-1860 c.c.

Né giova alla tesi della ricorrente l'art. 18 D.L.gs 23 luglio 1996 n. 415, entrato in vigore il 1 settembre 1996, che, nel recepire la direttiva 93/22/CEE del 10.5.1993, relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari, e quella 93/6/CEE del 15.3.1993, relativa alla adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, ha in larga parte sostituito la normativa sulle SIM. Prevede tale norma due ipotesi di nullità, in riferimento ai contratti stipulati dai soggetti regolarmente abilitati, di cui agli artt. 2 e 23 del citato decreto e 106 ss. T.U. in materia bancaria e creditizia, approvato con D.L.gs 1 settembre 1993 n. 385, aventi ad oggetto i servizi previsti dal decreto 415: e cioè la mancanza della forma scritta e il rinvio ad usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico; aggiungendo al terzo comma che essa può essere fatta valere solo dal cliente.

A fronte di tale disposizione, che commina la nullità a tali contratti, benché stipulati da soggetti debitamente autorizzati, la tesi che restino esclusi dalla sanzione di

nullità, in via generale, quelli stipulati da intermediari abusivi è doppiamente incongruente, perché suppone la indifferenza del sistema civilistico agli atti compiuti in violazione di norme penali di rilevanza maggiore rispetto a quella testé richiamata, civilisticamente sanzionata, e perché conferisce validità piena ai negozi, privi di forma scritta, e alle pattuizioni che rinviano agli usi con riguardo all'oggetto suindicato, una volta che risultino compiuti da coloro che abbiano operato *contra legem*. Né potrebbe sostenersi la inconferenza della norma esaminata, per essere - in quanto entrata in vigore l'1 settembre 1996 - estranea alla disciplina che regola gli atti per cui è causa, poiché nell'impianto del decreto 415/1996 il principio della nullità dei negozi posti in essere dai soggetti non abilitati è rimasto inespreso quanto nella legge 1/1991, pur operando, come il Collegio ritiene abbia operato, per i contratti stipulati sotto il precedente regime quanto sotto il successivo; sicché la citata disposizione, lungi dal contraddire quella nullità, la ribadisce, attraverso la configurazione di ulteriori ipotesi di invalidità, di minore gravità, in quanto rivolte palesemente alla tutela di interessi inferiori rispetto a quelli più sopra analizzati, posto che è dato solo al cliente il potere di farla valere.

Né è condivisibile l'argomento difensivo, secondo il quale, perché si ritenga vietato il contratto e risulti quindi nullo, occorre che sia punito il comportamento negoziale di entrambe le parti, per cui nelle fattispecie negoziali plurisoggettive l'antigiuridicità penale della condotta di una parte non si comunica all'altra e quindi non investe il negozio. Nella specie la nullità è stata, infatti, desunta dalla natura imperativa della norma, che fa divieto a chiunque - siano i soggetti che intendono esercitare professionalmente, nei confronti del pubblico, le attività di intermediazione mobiliare, siano le controparti, pur se esenti da sanzione penale - di stipulare i contratti di *swap* e ogni altro previsto dall'art. 1 L. 1/1991, nonché dalla generalità degli interessi tutelati (Cass. 6601/82) e non solo dalla condotta criminosa di uno dei contraenti, la quale rilevarebbe in senso contrario solo se la sanzione fosse concepita in funzione della tutela esclusiva dell'altro.

Assume, tuttavia, la ricorrente che quand'anche si ravvisasse una ipotesi di nullità, non si tratterebbe di nullità assoluta, ma relativa, invocabile dal solo risparmiatore; ma la tesi è contraddetta proprio dalle considerazioni che precedono. Al di là della configurabilità in astratto della categoria delle nullità relative - si è osservato in dottrina che la nullità, essendo una qualificazione negativa del negozio, non può che essere unica di fronte a tutti, per cui, avendo carattere obiettivo non è concettualmente possibile parlare di nullità relativa - il problema si traduce in termini di legittimazione ad esperire l'azione, alla stregua del disposto dell'art. 1421 c.c., e in ordine ad essa l'argomento che abilitato sia solo il risparmiatore, in quanto unico interessato a far valere la nullità, costituisce una petizione di principio, giacché suppone quanto

invece avrebbe dovuto essere dimostrato e cioè che l'interesse alla rimozione dell'atto sia solo suo. Le considerazioni svolte più sopra, che hanno evidenziato l'ampiezza degli interessi protetti, giovano a disattendere il rilievo della ricorrente e al rigetto delle sue censure.

Con il terzo motivo la società ricorrente deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 1337 e 1338 c.c., relativamente alla richiesta di risarcimento del danno; assume che la ignoranza, giudicata inescusabile dalla sentenza impugnata, deve considerarsi riferita non a norme di legge ma ad una situazione di fatto non conforme a legge, essa discendendo dal fatto che la soc. Gestival non aveva ottenuto le autorizzazioni previste. La scusabilità della ignoranza andrebbe riferita alla particolarità della normativa, della quale non era possibile che il cliente avesse esatta conoscenza, al contrario della Gestival, che, esercitando professionalmente quella attività, avrebbe dovuto secondo la diligenza richiesta all'operatore informarsi presso le sedi competenti della eventuale necessità di autorizzazioni. Quanto, poi, alla misura del danno, corrispondendo la fattispecie alla ipotesi di responsabilità contrattuale e non precontrattuale - il contratto infatti era stato concluso - era da considerare sia il danno emergente che il lucro cessante, risultando inadempita la obbligazione riconducibile allo schema dell'art. 2043 c.c.

La censura è infondata anche sotto tale aspetto, prospettato in via subordinata per la ipotesi che le censure principali, in ordine alla contestata nullità e alla sua natura, fossero disattese. Ha rilevato la corte territoriale che correttamente il primo giudice aveva rigettato la domanda di risarcimento dei danni, sotto il profilo della responsabilità precontrattuale, per la ragione che nella specie, trattandosi di invalidità derivante da una norma di legge, non è configurabile una ignoranza incolpevole, tenuto anche conto che nella specie non era stata dedotta, neanche in fatto, la ignoranza della normativa di cui al-

la L. 1/1991, ed ha aggiunto «in ogni caso il risarcimento del danno previsto dall'art. 1338 c.c. concerne il solo interesse contrattuale negativo, non dimostrato e neanche dedotto dall'odierna appellante, limitatasi a chiedere il risarcimento dell'interesse contrattuale positivo derivante da un contratto nullo e privo di effetti». Al contrario la ricorrente invoca la responsabilità piena, trattandosi di contratti conclusi, rispetto ai quali «la mancata comunicazione della causa di nullità farebbe sorgere in capo alla parte una obbligazione riconducibile all'art. 2043 c.c., senza che operi la limitazione all'interesse negativo».

La conclusione del giudice di merito non merita le critiche della ricorrente, che riferisce la propria ignoranza, non già alle norme di legge, ma alla situazione di fatto non conforme a legge, relativa alla mancata autorizzazione alla soc. Gestival a svolgere la attività di intermediazione mobiliare. Siffatta prospettazione non giova però a modificare la decisione della corte di merito, posto che, se esclude la ignoranza della normativa, invece considerata dalla sentenza impugnata inidonea a giustificare la pretesa risarcitoria, propone l'omesso accertamento della iscrizione della soc. Gestival nell'albo previsto dalla legge, che avrebbe potuto agevolmente conseguirsi e che aveva la ricorrente l'onere, con l'esercizio della ordinaria diligenza, di conseguire a fronte di operazioni finanziarie di tanto rilievo, così verificando la causa che ha poi portato alla invalidazione dei contratti. Alla stregua di tale rilievo la inescusabile ignoranza della inidoneità della Gestival a contrarre privano di tutela la pretesa, dal momento che gli artt. 1337 e 1338 c.c., di cui la ricorrente lamenta la violazione, mirano a tutelare nella fase precontrattuale il contraente di buona fede ingannato o fuorviato dalla ignoranza della causa di invalidità del contratto che gli è stata sottaciuta e che non era nei suoi poteri conoscere (Cass. 1987/1985).

...Omissis...

IL COMMENTO

di Vincenzo Mariconda

Le questioni affrontate

La pronuncia che si annota ha affrontato e risolto interessanti questioni connesse a una complessa e non del tutto chiarita vicenda contrattuale qualificata, per la parte rilevante ai fini della decisione, come di *domestic indexed swap*.

Sulla premessa di detto inquadramento è stata anzitutto esaminata la questione della nullità dei contratti intervenuti nella specie, per contrasto con l'art. 1, commi 1 e 2, della L. Sim (l'abrogata legge 2 gennaio 1991 n. 1): la società, poi fallita, che aveva garantito il rischio del cambio, non rivestiva la qualità di società di inter-

mediazione finanziaria e, quindi, non era autorizzata a concludere contratti quali quelli intervenuti tra le parti.

Su queste premesse la pronuncia dedica ampio spazio all'esame delle conseguenze della mancanza, in capo alla società garante, della qualità soggettiva richiesta ai fini della conclusione di validi contratti di *swap*: la conclusione della nullità dei contratti viene ampiamente argomentata sia avendo riguardo agli interessi generali coinvolti nella disciplina della attività dei mercati finanziari, anche alla luce delle modifiche introdotte nel settore specifico dei valori mobiliari dal d.lgs. 23 luglio 1996 n. 415 (l'Eurosim, il cui contenuto è stato in larga parte tra-

sfuso nel testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria); sia prendendo in esame la normativa relativa ad altri settori di pari rilievo generale, quali in particolare quello assicurativo e bancario.

Il secondo ordine di questioni, affrontato sul presupposto della ritenuta nullità del contratto, ha investito il tema della responsabilità precontrattuale, sotto lo specifico profilo della lamentata violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c. per la mancata comunicazione, ad opera dell'intermediario finanziario, della causa di invalidità del contratto.

Sempre al tema della responsabilità precontrattuale sono dedicate le argomentazioni finali della pronuncia al fine di ribadire la risarcibilità del solo interesse negativo.

I contratti

La vicenda che ha originato la controversia decisa dalla sentenza annotata si presta ad essere ricostruita alla luce di alcuni spunti contenuti nella narrativa. Alla base del rapporto contrattuale intervenuto tra le parti in causa vi era una operazione di finanziamento in divisa estera intervenuta tra un istituto finanziatore estraneo alla controversia e una società cooperativa: quest'ultima aveva contestualmente stipulato altro accordo con un operatore finanziario poi fallito, in virtù del quale lo stesso aveva garantito alla prima il rischio del cambio relativo alla restituzione del finanziamento stabilendo che in caso di deprezzamento della lira esso avrebbe pagato la differenza necessaria per acquistare la valuta estera da restituire e in caso di apprezzamento avrebbe riscosso la differenza attiva.

Verificatosi il fallimento dell'operatore finanziario la cooperativa aveva proposto domanda di insinuazione al passivo del proprio ingente credito, originato, a quanto è dato desumere, dal maggior esborso da essa sofferto in conseguenza dell'avvenuto deprezzamento della lira.

Sia l'esclusione del credito, sia il rigetto della opposizione allo stato passivo, sia, infine, il rigetto dell'appello erano stati argomentati dalla ritenuta nullità dei contratti, da cui era scaturito il credito, costantemente qualificati come specie dei contratti di *swap* del tipo *domestic indexed swap*.

Ciò contro la ricostruzione operata dalla società cooperativa che, come emerge dalla illustrazione del secondo motivo del ricorso, aveva sostenuto di avere stipulato con l'operatore finanziario un contratto di mandato a gestire il finanziamento estero, in coerenza con l'attività propria della società fallita, consistente nella prestazione alla clientela di servizi di consulenza e di assistenza finalizzati a gestire nel migliore dei modi i costi delle posizioni di indebitamento che il cliente aveva autonomamente assunto presso un istituto finanziatore.

Non pare dubbio che, sia pure con gli aspetti peculiari del caso concreto, la vicenda contrattuale sulla quale si è innestata la decisione annotata è riconducibile allo schema del *domestic swap*, comunemente definito come «il contratto mediante il quale una parte si ob-

bliga a corrispondere, al termine stabilito, un importo in lire pari alla differenza positiva tra a) il valore in lire di una somma in valuta estera al tempo della conclusione del contratto e b) il valore in lire della stessa somma di valuta estera al termine stabilito e contestualmente l'altra si obbliga a corrispondere allo stesso termine un importo in lire pari alla differenza negativa tra gli stessi valori» (1).

Meno pacifica è la riconducibilità del *domestic indexed swap* al contratto di *swap*, quale operata dalla pronuncia annotata, allo specifico fine di affermare l'applicazione della disciplina dell'ormai abrogata legge n. 1/1991 (2).

Note:

(1) La definizione riportata tra virgolette è tratta da Caputo Nasseti, *Profili civilistici dei contratti "derivati" finanziari*, Milano, 1997, 127, ad avviso del quale lo *swap* domestico non avrebbe nulla «in comune con il contratto di *swap* utilizzato nel mercato dei cambi. In questo ultimo caso esso è sinonimo di contratto "pronti contro termine", cioè quella combinazione di una vendita ed una retrovendita della stessa divisa in tempi diversi, strutturalmente simile al riporto. Tale fattispecie appare *ictu oculi* diversa, in quanto presenta un duplice scambio di divise (quattro pagamenti), mentre lo *swap* domestico comporta un solo pagamento pari alla differenza tra due somme».

(2) Sulla problematica dei contratti di *swap*, sui rapporti tra *domestic indexed swap* e *swap* e sull'assoggettamento degli stessi alla disciplina di cui alla legge Sim esiste un'ampia letteratura e un rilevante numero di interventi giurisprudenziali: per la prima, cfr. il già citato volume di Caputo Nasseti ove si trovano ampi riferimenti dottrinari sia italiani, sia stranieri, nonché, tra gli altri, Inzitari, *Swap (contratto di)*, in *Contr. e impresa*, 1988, 597 ss., dello stesso Autore *Il contratto di swap*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, vol. III, trattato diretto da Francesco Galgano, 1995, 2441 ss.; F. Rossi, *Profili giuridici del mercato degli swaps di interessi e di divise in Italia*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1993, I, 602 ss.; Preite, *Recenti sviluppi in tema di contratti differenziali semplici (in particolare caps, floors, swaps, index futures)*, in *Dir. comm. int.*, 1992, 171 ss.. Le posizioni originarie, in relazione ai rapporti tra attività riservate alle Sim e contratti di *swap* nonché sulla qualificazione degli *swap* come valori mobiliari, erano molto più articolate di quanto pare emergere dagli interventi più recenti, inclini a ricomprendere gli *swap* nell'attività riservata alle Sim. Nel senso dell'applicabilità delle norme della legge 2 gennaio 1991 n. 1 ai soli casi di cessione del contratto di *swap*, Perrone, *Osservazioni a Trib. Milano, 21 febbraio 1995 e 11 maggio 1995, in tema di applicabilità agli swaps della l. 2 gennaio 1991 n. 1*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, II, 442; nello stesso senso Tonelli, *L'offerta al pubblico di swap e l'attività di intermediazione mobiliare*, ivi, 342 ss., in specie 345. Costi, *Prime note esegetiche in tema di società di intermediazione mobiliare*, in *Dir. banca*, 1992, 159 ss., dopo avere premesso «che le Sim possono stipulare contratti di *swap*» pone l'interrogativo: «in quale tipo di attività rientra la loro stipulazione?» e risponde che «l'unica specie alla quale forse si potrebbero ricondurre è quella della negoziazione per proprio conto di valori mobiliari. Ma si tratta di una forzatura evidente: stipulare un contratto di *swap* significa al più "emettere" un valore mobiliare (rappresentato appunto dal contratto di *swap*) ma non negoziare lo stesso». L'Autore espone di avere «molti dubbi sul fatto che una siffatta attività di mera emissione di valori mobiliari, sia effettivamente riservata alle Sim». Negano che gli *swaps* rientrino nell'attività riservata alle Sim, Righini, *I valori mobiliari*, Milano, 1993, 290 ss.; Carbonetti, *I contratti di intermediazione mobiliare*, Milano, 1992, 49. Si esprime nel senso della necessità di esaminare le caratteristiche del singolo contratto Bocchicchio, *Intermediazione mobiliare e sollecitazione al pubblico risparmio nella disciplina del mercato mobiliare*, in *Trattato di dir. comm. dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, Padova, 1994, 64 ss., secondo il quale «occorre verificare come sia posto in essere il collegamento tra il contratto di *swap* e l'operazione sottostante e, di riflesso, come siano determinati i rischi ed i rendimenti. In seguito a sif-

(segue)

La sola massima ufficiale della sentenza è dedicata a far emergere i tratti caratteristici dello *swap* anche nel contratto di *domestic indexed lira swap* senza che le peculiarità del caso concreto, sia sotto il profilo soggettivo sia sotto quello oggettivo, siano di ostacolo a tale inquadramento.

È peraltro evidente la funzione di copertura del rischio di cambio perseguita dall'accordo raggiunto tra la società cooperativa che aveva contratto il finanziamento estero e l'operatore finanziario poi fallito. Si trova, infatti, puntualizzato, nella narrativa, che «la Gestival aveva garantito alla predetta cooperativa il rischio del cambio relativo alla restituzione di un finanziamento, regolando alla scadenza il differenziale determinato dalla variazione di cambio, nel senso che in caso di deprezzamento della lira la Gestival avrebbe pagato la differenza necessaria per acquistare la valuta estera da restituire e in caso di deprezzamento avrebbe riscosso la differenza attiva».

Non emerge dalla sentenza se la mancata esecuzione del mandato a gestire il finanziamento in divisa estera sia dipesa dal fallimento dell'operatore finanziario, ma si arguisce che si era verificata la prima alternativa del rischio di cambio, costituita dal deprezzamento della lira, con la conseguenza che la società cooperativa, operata la restituzione del finanziamento in divisa, aveva chiesto l'insinuazione al passivo fallimentare per un ammontare pari alla differenza di lire che essa aveva dovuto corrispondere in più per acquistare la divisa estera.

La nullità virtuale per difetto di qualità soggettiva

La sentenza annotata si colloca nel solco del consistente orientamento giurisprudenziale incline a valorizzare la formula di apertura dell'art. 1418, comma 1, c.c., al fine di costruire nullità virtuali, così denominate per non essere espressamente comminate, ma per essere ricavate dal contrasto tra l'atto di autonomia e una norma imperativa (3).

È noto che in relazione al disposto dell'art. 1418 e, in particolare, ai rapporti tra le previsioni del primo e del secondo comma dello stesso articolo, la dottrina ha evidenziato i forti margini di incertezza insiti nel sistema codicistico delle nullità che, mentre con la previsione del primo comma propone la complessa indagine relativa sia al contrasto tra contratto e norma imperativa sia al rilievo del contrasto ai fini della nullità del contratto, con la formulazione di cui al terzo comma dello stesso articolo individua un concorrente criterio di formazione di casi di nullità costituito dalla espressa comminatoria.

La sentenza annotata dedica una serie di puntualizzazioni di carattere generale sulla portata delle nullità c.d. virtuali, allo scopo di evidenziare il criterio volto a segnare l'ambito di applicazione del primo comma del citato art. 1418, c.c.; e, in tale prospettiva, valorizza il carattere aperto delle nullità nel momento in cui sottolinea che la norma «rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui

alla violazione dei precetti imperativi assoluti non si accompagna una previsione di nullità».

Ma poiché il menzionato principio generale può incontrare le eccezioni conseguenti a una diversa disposizione normativa, così come emerge dall'inciso finale del primo comma, la pronuncia annotata pare limitare la portata di dette eccezioni ai soli casi in cui l'interesse tutelato dalla norma imperativa sia di carattere pubblico e generale e non semplicemente privato e particolare: ciò nel senso che non vi sarebbero casi di contrarietà a norma imperativa ispirati alla realizzazione di interessi generali per i quali siano contemplate conseguenze diverse dalla nullità.

E poiché «la normativa introdotta dalla legge 2 gennaio 1991 n. 1 considera interessi di carattere generale ... interessi tutti chiaramente prevalenti su quelli del privato, che pure di riflesso ne rimane tutelato ...» la sentenza ha affermato senza incertezze la nullità dei contratti rientranti nell'ambito di applicazione della legge Sim allorché siano stati stipulati da un operatore finan-

Note:

(segue nota 2)

fatta verifica, si potrà concludere per l'inclusione del contratto nel campo mobiliare od in altro settore finanziario». Nel senso che gli swaps sono valori mobiliari cfr., tra gli altri, Capriglione, *Gli swaps come valori mobiliari*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1991, 792 ss.

Questa conclusione si è venuta consolidando in giurisprudenza: oltre alla pronuncia di Cass. 14 novembre 1997, n. 11279, in *Foro it.*, 1998, I, 3292, con nota di Catalano, si segnalano i numerosi interventi della magistratura milanese e, da ultimo, Trib. Milano, 27 marzo 2000 in *Giur. milanese*, 2000, 6, 226 che propone un ampio iter argomentativo allo specifico fine di affermare che «nel concetto di valore mobiliare ai fini dell'assoggettamento alle garanzie della legge "SIM" rientra ogni contratto a termine che operi come strumento finanziario collegato a valori mobiliari, tassi di interessi o valute».

La massima redazionale tratta dalla sentenza è nel senso che «il contratto di compravendita a termine di valuta che abbia ad oggetto immediato il pagamento del differenziale tra il prezzo pattuito all'epoca della stipulazione e quello corrente sul mercato al momento della restituzione, e che sia quindi diretto al conseguimento di finalità speculative, seppure non coincidente con lo schema negoziale dello *swap* rientra di certo nel concetto di valore mobiliare e deve quindi essere assoggettato, a pena di nullità, ai requisiti di forma previsti dalla legge 2 gennaio 1991, n. 1 (c.d. legge SIM)». La sentenza è pubblicata pure ne *I Contratti*, 2000, 777, con nota di Girino. Cfr., altresì, App. Milano, 26 gennaio 1999, in *Giur. milanese*, nn. 8-9, 1999, 257; Trib. Milano, 17 aprile 1999, in *Banca, borsa e tit. cred.* 2000, II, 674; Trib. Torino, 10 aprile 1998, in *I Contratti*, 1999, 45, con nota di Girino, pubblicata anche in *Giur. it.*, 1998, 1881; Trib. Milano, 20 febbraio 1997, in *Giur. milanese*, 1997, 9, 115; Trib. Milano, 3 gennaio 1996, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, II, 550; Cons. di Stato, 10.5.1994, n. 525, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1327; Collegio Arbitrale, 26 marzo 1996, Pres. Tarzia, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1996, IV, 669 ss..

Il problema dei criteri distintivi tra operazioni di compravendita valutaria e i c.d. d.c.s. (*domestic currency swap*) è stato oggetto di alcune comunicazioni della Consob (n. 91007445 del 18 dicembre 1991 e n. 95001970 del 9 marzo 1995) orientate nel senso che l'intermediazione avente ad oggetto le valute non rientra tra le attività riservate agli intermediari.

(3) Sul tema della nullità per violazione di norme imperative cfr. Villa, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, ove ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; cfr., altresì, Mariconda, *Le cause di nullità*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa-Bessone, IV, Torino, 1991, 368 ss.; Gentili, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, 1257 ss., in specie 1330.

ziario non iscritto nell'albo di cui all'art. 3 della stessa legge.

La conclusione, positivamente argomentata alla luce del collegamento tra la formula dell'art. 1418, c.c., la legge sulle Sim e la natura degli interessi dalla stessa tutelati, è stata sottoposta, per così dire, a tre "prove di resistenza": a) la prima relativa agli "arresti giurisprudenziali in merito alla attività assicurativa"; b) la seconda avente ad oggetto "i contratti conclusi dal banchiere di fatto"; c) e, infine, quella desumibile dalla normativa dell'Eurosim (e, quindi, del testo unico, nel quale la nuova normativa è stata trasfusa).

Tralasciamo di approfondire ulteriormente il problema se i contratti di *swap* rientrano, anche con riferimento alla specie dei *domestic indexed swap*, nell'area riservata alle società di intermediazione autorizzate ad operare nel mercato dei valori mobiliari: la questione della nullità virtuale presuppone già risolta, nel senso di cui alla pronuncia, quella relativa alla ricomprensione dei contratti nell'area riservata alle Sim: poiché nessuna norma stabilisce la nullità dei contratti aventi ad oggetto valori mobiliari perché posti in essere da soggetti non autorizzati, la conclusione cui perviene la pronuncia annotata, quale espressa nella massima non ufficiale, costituisce diretta applicazione dell'art. 1418, primo comma, c.c..

Il tracciato argomentativo brevemente riportato in precedenza sconta le inevitabili incertezze, denunciate in larga misura dalla dottrina, di una formula, qual è quella di apertura dell'art. 1418, c.c., rispetto alla quale si ripropone frequentemente il problema della verifica della sua effettiva portata.

Esemplari di dette incertezze sono i casi dei reati commessi da un contraente ai danni dell'altro in occasione della trattativa e/o della conclusione del contratto (4) e degli atti di disposizione relativi agli spazi per parcheggio di cui alla famosa, anche se mai del tutto chiarita, previsione dell'art. 18 della legge-ponte (5).

La giurisprudenza con riferimento ad entrambi gli esempi richiamati, è venuta delineando casi di nullità in relazione ai quali è lecito esprimere molte riserve.

Così, nell'iter logico-argomentativo seguito per affermare la nullità degli atti di trasferimento relativi alle aree di parcheggio senza il corrispondente trasferimento degli immobili, è presente il salto logico insito nell'aver immedesimato il divieto di alienare a terzi nel vincolo di destinazione relativo all'area: eppure la norma imperativa non riguarda i contratti relativi alle aree, ma la destinazione delle aree in sé considerate.

Per cui era parso corretto osservare che l'orientamento giurisprudenziale non si era limitato a fare applicazione dell'art. 1481, primo comma, c.c., in relazione ad un precetto per la cui violazione la norma non prevedeva espressamente la nullità, ma ha finito col costruire un precetto che non è presente nel disposto normativo.

Se, in altri termini, la norma avesse espressamente previsto il divieto di alienazione agli estranei degli spazi

di parcheggio, non vi sarebbe stato bisogno della cominatoria di nullità, perché si sarebbe dovuto fare applicazione dell'art. 1418, primo comma, c.c.; ma poiché la norma urbanistica non prevede nessun divieto di quel tipo ipotizzato, l'orientamento giurisprudenziale è apparso arbitrario proprio in considerazione della impossibilità di considerare i contratti relativi alle aree in questione come "contrari a norme imperative" (6).

Considerazioni analoghe, anche se non sempre suscettibili di univoca applicazione, possono valere con riferimento al campo dei divieti di carattere soggettivo, per i quali, accanto a casi di previsione espressa delle conseguenze della relativa violazione vi sono altre molteplici situazioni in relazione alle quali si è posto il problema della nullità dei contratti.

In via meramente esemplificativa, si possono menzionare: a) i casi di divieto accompagnati dalla espressa previsione della nullità dei contratti (così, ad es., art. 1471, nn. 1 e 2, c.c.); b) i casi di divieto con previsione di conseguenze diverse dalla nullità (ad es., art. 1471, nn. 3 e 4, c.c. e art. 2357, primo e quarto comma, c.c.); c) i casi di divieto non accompagnati dalla indicazione delle conseguenze della relativa violazione, per i quali la nullità deve essere affermata in virtù del disposto dell'art. 1418, comma primo, c.c. (così, ad es., art. 1261 c.c.); d) i casi di subordinazione dello svolgimento di determinate attività all'iscrizione in appositi albi o ruoli con espressa previsione del divieto di stipulazione di contratti per coloro che non siano iscritti nel ruolo o nell'albo (così, ad es., la previsione di cui all'art. 9 della legge 12 marzo 1968 n. 316 che non si limitava a prevedere, per chi non fosse iscritto nel ruolo di cui alla legge, di non esercitare l'attività di agente o rappresentante di commercio, ma prevedeva espressamente il divieto di contratti di agenzia o rappresentanza per i non iscritti) (7); e) i casi di ri-

Note:

(4) Cfr. Cass. 29 ottobre 1994 n. 8948, con nota di Mariconda, *Quale invalidità contrattuale nel caso di circonvizione di incapace?*, in questa Rivista, 1995, 217 ss.; cfr., inoltre, Cass. 20 settembre 1979, n. 4824 in *Giust. civ.*, 1980, I, 943 e ss., con nota critica di Raganelli e in *Foro it.*, 1980, I, 2861, con nota critica di Moschella.

(5) Cfr. sia Mariconda, *Nullità urbanistiche e disciplina generale del contratto nullo: la pretesa nullità relativa ai parcheggi*, in questa Rivista, 1987, 857 ss., sia Mariconda, *Le cause di nullità*, cit..

(6) Per i più recenti riferimenti alla sterminata produzione giurisprudenziale in materia vedi Cass. 14 novembre 2000, n. 14731, in *Urb. e app.*, 2001, 620 ss., con nota di Greco, a cui si rinvia per gli ulteriori riferimenti.

(7) L'art. 9 della legge 12 marzo 1968 n. 316, contenente la "Disciplina della professione di agente e rappresentante di commercio", prevedeva testualmente che: «è fatto divieto a chi non è iscritto al ruolo di cui alla presente legge, di esercitare l'attività di agente o rappresentante di commercio. Sono vietati i contratti di agenzia o rappresentanza nei quali l'agente o rappresentante sia persona non iscritta al ruolo di cui alla presente legge. I contravventori sono puniti con l'ammenda da lire 25 mila a lire 250 mila».

Per le modifiche legislative, occorse alla disciplina del ruolo degli agenti e rappresentanti di commercio dal 1968 ad oggi, e per l'evoluzione giuri-

(segue)

serva di attività per gli iscritti agli albi e/o ai ruoli ovvero di divieti per i non iscritti con l'espressa previsione della esclusione, nel caso di prestazione eseguita da un soggetto non iscritto, dell'azione per il pagamento della retribuzione (così, in particolare, l'art. 2231, c.c., e l'art. 6 della legge 3 febbraio 1989 n. 39 in materia di mediazione); f) la previsione della riserva di attività in capo a determinate categorie di soggetti ovvero del divieto di attività nei confronti dei non appartenenti alla categoria autorizzata (in quest'ultima categoria si possono collocare le riserve di attività contemplate in materia di società di intermediazione mobiliare, di assicurazioni e di banche; nonché, con riferimento ai divieti, l'art. 9 della legge 3 maggio 1985 n. 204 che riproduce il divieto «a chi non è iscritto al ruolo di cui alla presente legge di esercitare l'attività di agente o rappresentante di commercio», senza prevedere l'ulteriore divieto relativo alla stipulazione di singoli contratti da parte del non iscritto).

In una realtà normativa tanto articolata e complessa la dottrina e la giurisprudenza hanno finito col sovrapporre i casi elencati in precedenza omologandoli per lo più, ad eccezione di quelli per i quali vi sia l'espressa previsione di una conseguenza diversa dalla nullità del contratto, come casi di nullità virtuali.

Può darsi che questa omologazione risulti alla fine corretta, ma non può non sottolinearsi la necessità di un percorso argomentativo più analitico di quello proposto. Se, ad esempio, nel caso dell'art. 1261, c.c., non par dubbio che si debba partire dalla considerazione dell'esistenza del divieto di cessione con la conseguenza che la relativa violazione è automaticamente ricompresa nel disposto dell'art. 1418, c.c., per essere il contratto contrario a norma imperativa, non pare consentito il medesimo inquadramento nei casi caratterizzati dall'assenza dello specifico divieto della stipulazione dei contratti pur a fronte della riserva o subordinazione di certe attività (professionali o imprenditoriali) in capo agli appartenenti a determinate categorie.

Di fronte al disposto dell'art. 2231, c.c., è, ad esempio, insoddisfacente la comune conclusione della nullità del contratto d'opera professionale stipulato col professionista non iscritto all'albo e ciò pur a fronte di una norma che, in sé considerata, potrebbe essere letta anche nella diversa prospettiva di un contratto valido ma non suscettibile di generare «azione per il pagamento della retribuzione». Ed è appena il caso di ricordare che, con riferimento alla analoga formula dell'art. 1933, c.c., nessuno dubita della validità del contratto di gioco o di scommessa dal momento che la norma si riferisce espressamente «al gioco o alla scommessa non proibiti».

Nel caso della prestazione professionale del non iscritto all'albo può venire in considerazione il problema del rilievo civilistico della violazione dell'art. 348 c.p. e cioè del reato di abusivo esercizio di una professione che è integrato, salvo che sia previsto diversamente come, ad es. in materia di mediazione (8), anche dal compimento di un solo atto professionale.

Senonché, appare quanto meno dubbio che il singolo contratto concluso col professionista non iscritto all'albo sia contrario a norme imperative nel senso di cui all'art. 1418, comma 1, c.c.: ed infatti o si ipotizza che entrambe le parti abbiano inteso dedurre quale oggetto dell'accordo la prestazione professionale del non iscritto all'albo con la conseguenza che il contrasto tra l'atto di autonomia e la norma penale è effettivamente bilaterale oppure, nel caso di ignoranza da parte del cliente del requisito di legittimazione richiesto dalla legge ovvero di un suo errore in ordine alla qualità soggettiva dell'altro contraente, riesce molto più difficile ricomprendere automaticamente il contratto nel disposto del primo comma dell'art. 1418 c.c. (9).

Pare che analoghe osservazioni debbano essere riferite anche al contratto avente ad oggetto la negoziazione di valori mobiliari da parte di soggetti non autorizzati: è un dato di fatto che sia la legge Sim, sia la successiva normativa di cui al d.lgs. 23 luglio 1996 n. 415 e al vigente T.U. delle disposizioni in materia finanziaria, pur disciplinando sia i profili soggettivi sia i profili oggettivi dell'attività di intermediazione, non hanno previsto espressamente la nullità dei contratti ricompresi nel loro ambito di applicazione allorché siano stipulati da intermediari non autorizzati ed hanno contemplato fattispecie di nullità contrattuali che, in linea con la più recente normativa in materia bancaria, possono essere fatte valere solo dal cliente.

Non vi è dubbio che la finalità perseguita da queste leggi sia rispondente alla tutela di interessi di carattere generale, interessi che peraltro coincidono in primo luogo con la tutela dei risparmiatori: la tutela del risparmio e del corretto andamento del mercato dei valori mobi-

Note:

(segue nota 7)

sprudeniale, anche in relazione alla sentenza della Corte di giustizia 30 aprile 1998, n. C-215/97 che ha dichiarato incompatibile alla direttiva comunitaria n. 653 del 1986 la normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in un apposito albo, cfr. Venezia, *Il ruolo agenti e l'efficacia delle direttive comunitarie*, in *I contratti*, 1999, 1056 ss. e Baldi, *La sentenza della Corte UE e il ruolo degli agenti di commercio*, *ivi*, 1999, 88 ss.. Si veda anche E.M. Tripodi, *Modificata la disciplina codicistica relativa al contratto di agenzia*, in *questa Rivista*, 1999, 6, 672.

(8) L'art. 8 della legge 3 febbraio 1989 n. 39, contenente «Disciplina della professione del mediatore» stabilisce al comma 1 che «chiunque esercita l'attività di mediazione senza essere iscritto nel ruolo è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma compresa tra lire un milione e lire quattro milioni ed è tenuto alla restituzione alle parti contraenti delle provvigioni percepite. Per l'accertamento dell'infrazione, per la contestazione della medesima e per la riscossione delle somme dovute si applicano le disposizioni di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689» e aggiunge al comma 2 che «a coloro che siano incorsi per tre volte nella sanzione di cui al comma 1, anche se vi sia stato pagamento con effetto liberatorio, si applicano le pene previste dall'articolo 348 del codice penale, nonché l'articolo 2231 del codice civile».

(9) La giurisprudenza è assestata sulla conclusione della nullità del contratto posto in essere dal non iscritto all'albo professionale: cfr., ad es., tra le tante, Cass. 16 ottobre 1995 n. 10769, in *Giust. civ.*, 1996, I, 66; Cass. 22 giugno 1982 n. 3794, in *Giur. it.*, I, 1, 224.

liari costituisce l'altra faccia della tutela dei risparmiatori e degli investitori, nel senso che risulta realizzata nella misura in cui è assicurata protezione alla particolare categoria dei consumatori, esposti al rischio di finire in balia di intermediari poco scrupolosi o disonesti. Rischio che è immanente sia al caso dell'operatore non iscritto nell'apposito albo, sia a quello, cui ci ha abituato la cronaca giudiziaria, dell'operatore iscritto ma operante *contra legem* (10).

L'orientamento enunciato dalla sentenza annotata si risolve in definitiva, nella sostanziale compromissione della particolare categoria di soggetti, risparmiatori e/o investitori, che possono entrare in rapporto con operatori finanziari privi dei necessari requisiti per lo svolgimento dell'attività di intermediazione.

La conclusione cui perviene la pronuncia trascura di considerare che la funzione concretamente svolta dal contratto di *domestic indexed swap*, stipulato nella specie, era assimilabile a quella del contratto di assicurazione e proponeva quindi una valutazione alla stregua di due parametri, entrambi menzionati nel corso della motivazione: a) quello specificamente emergente dal settore dei contratti di assicurazione contrassegnato dalla previsione di cui all'art. 75 del T.U. 13 febbraio 1959 n. 449 che dispone espressamente la risolubilità dei contratti stipulati con imprese operanti "in violazione delle disposizioni del presente testo unico" (11); b) quello dei contratti conclusi dal banchiere di fatto per i quali è detto che i negozi sono validi «in quanto ascrivibili alla categoria generale dei contratti di deposito o di mutuo una volta che resti ferma la esclusione di validità sub specie degli artt. 1834 - 1860 c.c.».

Ne deriva che, ipotizzata la nullità del contratto di *domestic indexed swap* per essere stato stipulato da un soggetto non autorizzato, ma individuata la funzione concreta del *domestic indexed swap* nella assicurazione contro il rischio del cambio (così come visto in precedenza), si sarebbe dovuto affrontare il problema, sollecitato dal ricorrente, della applicabilità del disposto dell'art. 59 del T.U. precitato.

Ignoranza di norma imperativa e responsabilità precontrattuale

Che, peraltro, il filo logico argomentativo seguito dalla sentenza annotata si risolva fino in fondo nella compromissione degli interessi del cliente dell'operatore finanziario emerge ulteriormente dal modo in cui la Cassazione respinge anche il motivo del ricorso relativo alla lamentata violazione delle norme in materia di responsabilità precontrattuale.

Esiste, è noto, un saldo orientamento giurisprudenziale in virtù del quale non ricorre la responsabilità di cui all'art. 1338 c.c. quando «malgrado la reticenza dell'altro contraente, colui che si pretende leso sia a conoscenza della causa di invalidità, ovvero avrebbe potuto conoscerla con l'ordinaria diligenza e avvedutezza» (12).

Diretta conseguenza di detto principio è quello se-

condo cui «se la causa di invalidità deriva da una norma imperativa o proibitiva di legge, o da altre norme aventi efficacia di diritto obiettivo, tali cioè da dover essere note per presunzione assoluta alla generalità dei cittadini e, comunque, tali che la loro ignoranza bene avrebbe potuto e dovuto essere superata attraverso un comportamento di normale diligenza, non si può configurare colpa precontrattuale a carico dell'altro contraente, che abbia ommesso di far rilevare alla controparte l'esistenza delle norme stesse» (13).

Il richiamato orientamento è stato giustamente criticato dalla dottrina che, con riferimento ad entrambi gli argomenti sui quali esso fa leva, costituiti dalla necessità della mancanza di colpa in capo al contraente che aspira al risarcimento ed alla situazione di colpa insita nell'ignoranza della legge, ne ha evidenziato la inconsistenza (14), una inconsistenza tanto più evidente a voler considerare l'accresciuto rilievo delle posizioni di garanzia che il sistema assegna a coloro che svolgono attività qualificate rispetto alla massa degli utenti di dette attività.

L'inciso finale della sentenza, con cui si esclude la possibilità di chiedere il risarcimento dell'interesse positivo nel caso di responsabilità precontrattuale, pur rappresentando esso stesso la riaffermazione di un altro costante indirizzo giurisprudenziale (15), lascia pure esso insoddisfatto l'interprete: nella specie il danno lamentato era individuato nella quantità di lire in più che la cooperativa aveva dovuto pagare in conseguenza del mancato intervento dell'operatore finanziario a ciò tenuto, che, come ricordato, «aveva garantito alla predetta cooperativa il rischio del cambio relativo alla restituzione di un finanziamento ...».

Ora è evidente che l'assunto della cooperativa

Note:

(10) Sulla problematica della inadeguatezza della nullità dei contratti a tutelare l'investitore cfr. Schlesinger, *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1992, I, 721 ss..

(11) Cfr. Cass. 19 giugno 1995 n. 586 secondo cui «i contratti di assicurazione stipulati con imprese che operino in violazione delle norme dettate dal d.P.R. 13 febbraio 1959 n. 449 (testo unico sull'esercizio delle assicurazioni private), e, quindi, in difetto od oltre i limiti dell'autorizzazione ministeriale ivi prescritta, non sono nulli o annullabili, ma solo suscettibili di risoluzione *ex nunc* su formale denuncia dell'interessato»; nonché Cass. 18 dicembre 1995 n. 12910, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1996, I, 569 ss. con nota di Cimino.

(12) Cfr. Cass. 18 giugno 1987 n. 5371, in *Foro it.*, 1988, I, 181; Cass., 3 luglio 1964 n. 1738, in *Giust. civ.*, 1964, I, 1991 ed in *Giur. it.*, 1966, I, 1, 182; Cass. 27 marzo 1963 n. 763, in *Giust. civ.*, 1964, I, 445; Cass. 14 aprile 1951 n. 919, in *Foro it.*, 1951, I, 537; Cass. 10 maggio 1950 n. 1205, in *Foro it.*, 1950, I, 1307.

(13) Cfr. Cass. 14 ottobre 1966 n. 2459, in *Giur. it.*, 1968, I, 1, 207; Cass. 30 maggio 1959 n. 1638, in *Giust. civ.*, 1960, I, 581; Cass. 9 ottobre 1956 n. 3414, in *Giust. civ.*, 1956, I, 2010.

(14) Cfr., per tutti, Benatti, *Culpa in contrahendo*, in *Contratto e impresa*, 1987, 287 ss..

(15) Cfr., tra le tante, Cass. 14 febbraio 2000 n. 1632, in *Danno e resp.* 2000, 982 con nota di Maninetti e in *Giur. it.*, 2000, 2250 con nota di Musy.



volto ad ottenere il risarcimento del danno nella misura pari al deprezzamento della lira, assunto collegato alla ipotizzata nullità del contratto e alla lamentata violazione degli artt. 1337 e 1338 c.c., non si presta ad essere automaticamente escluso dal novero del c.d. interesse negativo al quale potrebbe essere ascritto qualora il cliente avesse allegato di avere sofferto il danno insito nella mancata stipulazione di un valido contratto di *domestic indexed swap* con un qualunque intermediario finanziario a ciò abilitato. Ma in tale prospettiva si sarebbe dovuta rimeditare una distinzione, quella tra interesse positivo e interesse negativo, che, da un lato, non presenta alcun aggancio normativo diretto e, dal-

l'altro, si espone a rilevanti argomentazioni critiche (16).

Nota:

(16) Cfr. Benatti, *Culpa in contrahendo*, cit., in particolare 307 e ss. e Luminoso, *La lesione dell'interesse contrattuale negativo (e dell'interesse positivo) nella responsabilità civile*, in *Contratto e impresa*, 1988, 792 ss.. Prossimamente su questa *Rivista* sarà pubblicato App.Venezia 31 maggio 2001 n. 724 che, pur ricomprendendo la fattispecie del dolo incidente di cui all'art. 1440 c.c. nella responsabilità precontrattuale, afferma che il danno in tal caso risarcibile «non si esaurisce nella mera considerazione del c.d. interesse negativo, bensì deve estendersi ad ogni conseguenza pregiudizievole - danno emergente e lucro cessante - nei limiti in cui sia ravvisabile un rapporto di diretta consequenzialità tra la condotta del *deceptor* e gli effetti pregiudizievoli».