

Intermediari finanziari

Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U.

CASSAZIONE CIVILE, Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 - Pres. Carbone - Rel. Rordorf - P.M. Nardi - Fin.Com. Valori S.r.l. in liq.ne c. San Paolo Imi S.p.A.

Intermediazione finanziaria - Disciplina degli intermediari - Servizi di investimento - Svolgimento dei servizi - Violazione di norme di comportamento dei contraenti - Nullità del contratto - Esclusione - Eventuale risoluzione del contratto e risarcimento del danno

(Cod. civ. artt. 1337, 1418, 1453; L. 2 gennaio 1991, n. 1, artt. 6 e 13; D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 21)

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

La Corte (omissis).

1. Il primo motivo del ricorso tocca la questione di diritto per la cui risoluzione sono state investite le sezioni unite. I ricorrenti, lamentando la violazione dell'art. 1418 c.c., e della L. 2 gennaio 1991, n. 1, art. 6, nonché vizi di motivazione dell'impugnata sentenza, criticano la corte d'appello per aver affermato che la violazione delle prescrizioni con cui il citato art. 6, impone determinati comportamenti agli intermediari finanziari nei riguardi dei propri clienti, incidendo tali prescrizioni sul momento prenegoziale o su quello esecutivo ma non sul contenuto del contratto, non potrebbe determinarne la nullità. Altrimenti - argomentano i ricorrenti - non sarebbe mai possibile far discendere la nullità del contratto dalla violazione di norme imperative che pongono limiti alla libertà delle parti con riferimento a situazioni esterne al negozio, come ad esempio quelle concernenti la qualità dei contraenti o i presupposti e le procedure del contrarre; ma, viceversa, vi sono molteplici casi (per esempio: mancanza di autorizzazione allo svolgimento dell'attività d'intermediazione mobiliare, difetto di adempimenti preliminari in materia valutaria,

e simili) in cui la violazione di norme non attinenti al contenuto del negozio è stata ritenuta sufficiente a provocare la nullità.

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

(*Omissis*).

Dal «contratto quadro», cui può darsi il nome di contratto d'intermediazione finanziaria e che per alcuni aspetti può essere accostato alla figura del mandato, derivano dunque obblighi e diritti reciproci dell'intermediario e del cliente. Le successive operazioni che l'intermediario compie per conto del cliente, benché possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto d'intermediazione. Gli obblighi di comportamento cui alludono le citate disposizioni della L.

n. 1 del 1991, art. 6 (non diversamente, del resto, da quelli previsti dall'art. 21 del più recente D.Lgs. n. 58 del 1998), tutti in qualche modo finalizzati al rispetto della clausola generale consistente nel dovere per l'intermediario di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente, si collocano in parte nella fase che precede la stipulazione del contratto d'intermediazione finanziaria ed in altra parte nella fase esecutiva di esso.

(*Omissis*).

1.3. I ricorrenti sostengono che, nella specie, il San Paolo ha violato alcune delle disposizioni sopra ricordate. L'istituto bancario, infatti, avrebbe suggerito, e poi direttamente eseguito in veste di controparte, operazioni nelle quali aveva un interesse conflittuale con quello della cliente Fincom (con violazione, dunque, della lett. g del citato art. 6), ed avrebbe consigliato ed eseguito operazioni eccessivamente rischiose, se rapportate alla situazione patrimoniale della medesima Fincom (con violazione, dunque, della lett. f del medesimo articolo). Su tale presupposto i ricorrenti affermano che i contratti mediante i quali il San Paolo ha, di volta in volta, compiuto dette operazioni sono da ritenere nulli, in quanto contrari a norme imperative, non potendosi condividere l'assunto della corte d'appello secondo cui la violazione delle norme sopra richiamate potrebbe generare, eventualmente, una responsabilità risarcitoria o esser causa di risoluzione dei contratti in questione, ma non anche determinarne la nullità ai sensi dell'art. 1418 c.c. È specificamente su questo punto, come già accennato, che è stato sollecitato l'intervento in chiave nomofilattica delle sezioni unite.

(*Omissis*).

Innanzitutto, è evidente che il legislatore - il quale certo avrebbe potuto farlo e che, nella medesima legge, non ha esitato ad altro proposito a farlo - non ha espressamente stabilito che il mancato rispetto delle citate disposizioni interferisce con la fase genetica del contratto e produce l'effetto radicale della nullità invocata dai ricorrenti. Non si tratta quindi certamente di uno di quei casi di nullità stabiliti dalla legge ai quali allude l'art. 1418, comma 3, c.c. Neppure i casi di nullità contemplati dal secondo comma, dell'articolo da ultimo citato, però, sono invocabili nella situazione in esame. È vero che tra questi casi figura anche quello della mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, e che il primo di tali requisiti è l'accordo delle parti. Ma, ove pure si voglia ammettere che nella fase prenegoziale la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario sopra ricordati siano idonei ad influire sul consenso della controparte contrattuale, inquinandolo, appare arduo sostenere che sol per questo il consenso manca del tutto; ed i vizi del consenso - se pur di essi si possa parlare - non determinano la nullità del contratto, bensì solo la sua annullabilità, qualora ricorrano le condizioni previste dall'art. 1427 c.c. e segg. Resta però da considerare l'ipotesi che, in casi come quello di cui qui si discute, la

nullità possa dipendere dall'applicazione della disposizione dettata dal primo comma del citato art. 1418: che si possa, cioè, predicare la nullità (c.d. virtuale) del contratto perché contrario a norme imperative, tali essendo appunto le norme dettate dalla L. n. 1 del 1991, art. 6. (*Omissis*).

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

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

(*Omissis*)...l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell'art. 1418, comma 1, c.c. è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo.

(*Omissis*)...è tempo di tornare alla domanda se, nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria, sia eventualmente riscontrabile un principio di segno diverso, tale cioè da derogare al criterio di distinzione sopra tracciato tra norme di comportamento e norme di validità degli atti negoziali e da condurre ad una differente conclusione. La risposta deve essere negativa. In detto settore non è dato assolutamente rinvenire indici univoci dell'intenzione del legislatore di trattare sempre e

comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri d'informazione dell'altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti. (*Omissis*).

Se si ha poi riguardo, in modo particolare, al tenore letterale delle norme dettate per disciplinare l'attività ed i contratti delle società d'intermediazione mobiliare, si constata immediatamente come il legislatore abbia espressamente ipotizzato alcune ipotesi di nullità, afferenti alla forma ed al contenuto pattizio dell'atto [*omissis*], nessuna delle quali appare tuttavia riconducibile alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione del cliente e di divieto di operazioni in conflitto d'interessi o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente medesimo. Situazioni, queste ultime, che il legislatore ha invece evidentemente tenuto in considerazione per i loro eventuali risvolti in tema di responsabilità, laddove ha espressamente posto a carico dell'intermediario l'onere della prova di aver agito con la necessaria diligenza (*omissis*).

Né giova appellarsi alla valenza generale dell'interesse alla correttezza del comportamento degli intermediari finanziari, per i riflessi che ne possono derivare sul buon funzionamento dell'intero mercato. Alla tutela di siffatto interesse sono preordinati il sistema dei controlli facenti capo all'autorità pubblica di vigilanza ed il regime delle sanzioni che ad esso accede, ma nulla se ne può dedurre in ordine alla pretesa nullità dei singoli contratti sul piano del diritto civile, tanto più che questa dovrebbe pur sempre logicamente esser concepita in termini di nullità di protezione, ossia di nullità relativa (*omissis*), e già questo, in difetto di qualsiasi norma che espressamente lo preveda, rende problematico ogni ancoraggio alla figura generale della nullità configurata dall'art. 1418, comma 1, c.c. È significativo, d'altronde, che al descritto quadro normativo, per lo specifico profilo ora considerato, il legislatore non abbia mai avvertito la necessità di apportare modifiche di rilievo da quando fu emanata la L. n. 1 del 1991, nonostante le ripetute rivisitazioni di tale normativa sino al recentissimo del D.Lgs. 17 settembre 2007, n. 164, che ha recepito la direttiva n. 2004/39/Ce e che del pari si è astenuto dall'estendere l'esplicita previsione di nullità alla violazione delle regole di comportamento contrattuale e precontrattuale di cui si sta discutendo.

1.9. Così stando le cose, la tesi secondo cui il mancato rispetto dei surriferiti doveri comportamentali dell'intermediario nella fase prenegoziale o in quella attuativa del rapporto sarebbe idoneo a riflettersi sulla validità genetica del contratto stipulato con il cliente, priva com'è di base testuale e di supporti sistematici, potrebbe nondimeno conservare una qualche plausibilità solo ove risultasse l'unica in grado di rispondere all'esigenza - sicuramente presente nella normativa in questione e coerente con la previsione dell'art. 47, comma 1, Cost. - di incoraggiare il risparmio e garantirne la tutela. Ma è

evidente che così non è, perché non può ragionevolmente sostenersi che la suaccennata esigenza implichi necessariamente la scelta, da parte del legislatore, del mezzo di tutela consistente proprio nel prevedere la nullità dei contratti nelle situazioni in discorso, così travolgendo sia il discrimine tra regole di comportamento e regole di validità sia quello tra vizi genetici e vizi funzionali del contratto. Richiamando la distinzione già prima tracciata tra gli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto d'intermediazione e quelli che si riferiscono alla successiva fase esecutiva, può subito rilevarsi come la violazione dei primi (*omissis*) è naturalmente destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni. Non osta a ciò l'avvenuta stipulazione del contratto. Infatti (*omissis*) la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto. La violazione dei doveri dell'intermediario riguardanti invece la fase successiva alla stipulazione del contratto d'intermediazione può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale: giacché quei doveri, pur essendo di fonte legale, derivano da norme inderogabili e sono quindi destinati ad integrare a tutti gli effetti il regolamento negoziale vigente tra le parti. Ne consegue che l'eventuale loro violazione, oltre a generare eventuali obblighi risarcitori in forza dei principi generali sull'inadempimento contrattuale, può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso. Si possono ovviamente avere opinioni diverse sul grado di efficacia della tutela in tal modo assicurata dal legislatore al risparmio dei cittadini, che negli ultimi anni sempre più ampiamente viene affidato alle cure degli intermediari finanziari. Ma non si può negare che gli strumenti di tutela esistono anche sul piano del diritto civile, essendo poi la loro specifica conformazione giuridica compito del medesimo legislatore le cui scelte l'interprete non è autorizzato a sovvertire, sicché il ricorso allo strumento di tutela della nullità radicale del contratto per violazione di norme di comportamento gravanti sull'intermediario nella fase prenegoziale ed in quella esecutiva, in assenza di disposizioni specifiche, di principi generali o

di regole sistematiche che lo prevedano, non è giustificato.

1.10. Da ultimo, va preso in considerazione un ulteriore rilievo, su cui insistono particolarmente i ricorrenti, i quali sostengono che gli obblighi per l'intermediario di non effettuare (oltre che di non consigliare) operazioni inadeguate alla situazione patrimoniale del cliente e di non effettuare operazioni in conflitto di interessi col cliente medesimo, rispettivamente contemplati dalle lettere f) e g) del citato art. 6, integrano veri e propri doveri di non fare, la cui violazione si traduce nella stipulazione di altrettanti contratti vietati da norma imperativa: il che, per quanto sopra detto, dovrebbe colpire alla radice gli atti vietati, rendendoli illeciti e perciò nulli.

A siffatto rilievo si deve però opporre che, come già in precedenza chiarito, il compimento delle operazioni di cui si tratta, ancorché queste possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale (ma è significativo che la norma le definisca col generico termine di «operazioni»), si pone pur sempre come momento attuativo di obblighi che l'intermediario ha assunto all'atto della stipulazione col cliente del «contratto quadro». Il divieto di compiere operazioni inadeguate o in conflitto d'interessi attiene, perciò, anch'esso - lo si è già notato - alla fase esecutiva di detto contratto, costituendo, al pari del dovere d'informazione, una specificazione del primario dovere di diligenza, correttezza e professionalità nella cura degli interessi del cliente. Il modo stesso in cui la norma è formulata e l'esplicito accostamento dei suaccennati doveri di informazione e di cura dell'interesse del cliente, nel compimento delle singole operazioni, denota come il legislatore abbia qui sempre voluto contemplare obblighi di comportamento precontrattuali e contrattuali, non già regole di validità del contratto (sia esso il contratto d'intermediazione finanziaria o i singoli negozi con cui a quello vien data esecuzione); ed è appena il caso di osservare che, sotto tal profilo, è del tutto irrilevante la circostanza che l'operazione compiuta dall'intermediario sia consistita nel procurarsi da terzi i valori o gli strumenti finanziari ordinatigli dal cliente oppure nel fornirli egli stesso, trattandosi di varianti esecutive che non incidono sull'obbligo di diligenza cui l'intermediario è tenuto e che, ai fini del presente discorso, lasciano intatta la natura esecutiva dell'operazione da lui compiuta.

1.11. In conclusione, va perciò enunciato il principio per cui la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre

alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c. L'impugnata sentenza della corte d'appello non si è discostata da siffatto principio ed il primo motivo di ricorso non può perciò trovare accoglimento.

2. Sul tema del risarcimento del danno derivante dalla violazione delle menzionate regole di comportamento dell'intermediario occorrerà poi ritornare, quando si esamineranno il sesto ed il settimo motivo del ricorso (*infra*, punto 3). Prima, però, è necessario sgomberare il campo dalle questioni sollevate con i motivi dal secondo al quinto, che appaiono logicamente preliminari ma nessuno dei quali - può anticiparsi - risulta fondato. (*Omissis*).

3. Sgombrato così il campo dalle censure volte a mettere in discussione la validità del rapporto negoziale dedotto in lite e delle garanzie fideiussorie che vi accedono, è tempo di tornare al tema della violazione delle più volte richiamate regole di condotta dettate dalla L. n. 1 del 1991, art. 6 - ma questa volta per gli eventuali profili risarcitori che ne possano conseguire - addebitati dai ricorrenti al San Paolo nell'instaurazione e nell'esecuzione di tale rapporto. È appunto su questo tema che si soffermano il sesto ed il settimo motivo di ricorso.

3.1. In particolare, col settimo motivo (*omissis*) vien messa in discussione la declaratoria d'inammissibilità totale della domanda di risarcimento dei danni proposta dal Sig. G. e quella d'inammissibilità parziale dell'analoga domanda risarcitoria formulata dalla Fincom. Secondo i ricorrenti, che denunciano la violazione degli artt. 183 e 189 c.p.c., nonché vizi di motivazione della sentenza impugnata, entrambi tali decisioni sono errate, perché la corte d'appello non ha considerato che i fatti posti a base della pretesa risarcitoria puntualizzata in corso di causa dalla Fincom erano già contenuti nella prospettazione originaria, e quindi non integravano un'inammissibile *mutatio libelli*, e che - anche con riferimento alla domanda del Sig. G. - la tacita accettazione del contraddittorio ad opera della controparte avrebbe dovuto precludere la declaratoria d'inammissibilità di dette domande.

3.2. Il sesto motivo riguarda, invece, il mancato accoglimento di quella parte della domanda di risarcimento dei danni avanzata dalla Fincom che la corte d'appello ha stimato ammissibile, siccome proposta sin da principio in via riconvenzionale nell'atto di opposizione a decreto ingiuntivo.

La domanda era fondata su due addebiti rivolti al San Paolo: l'aver suggerito operazioni poi eseguite direttamente in qualità di controparte versando in conflitto

d'interessi, e l'aver suggerito operazioni eccessivamente rischiose. La corte territoriale ne ha escluso l'accogliibilità sotto il primo profilo in base a due distinte ed autonome argomentazioni: perché non era stata raggiunta la prova (ed appariva anzi inverosimile) che il danno del cliente non si sarebbe prodotto se l'operazione fosse stata eseguita tramite altro intermediario, anziché direttamente in proprio dal San Paolo, e perché l'operare in conflitto d'interessi nella fase prenegoziale può generare un obbligo di risarcimento del danno in capo all'istituto di credito, ma solo entro i limiti del cosiddetto interesse negativo (*id quod interest contractus non fuisset*), che però non era stato nella specie provato. Quanto al secondo addebito, la corte torinese ha ritenuto non dimostrato che le operazioni rivelatesi poi svantaggiose per il cliente fossero conseguenza di suggerimenti formulati dai funzionari del San Paolo.

Siffatta pronuncia - secondo i ricorrenti - è frutto di errata applicazione della L. n. 1 del 1991, artt. 6 e 13, oltre ad esser motivata in modo insufficiente e contraddittorio. La corte d'appello non avrebbe infatti compreso che il conflitto d'interessi non risiedeva nel modo e nei termini in cui le operazioni di cui si discute erano state compiute dal San Paolo, bensì nella decisione stessa di compierle. Il San Paolo, infatti, in forza dei doveri impostigli dalla sua qualità d'intermediario finanziario, avrebbe dovuto sconsigliare in proposito il cliente, anziché incoraggiarlo, ed i guadagni lucrati dall'intermediario già di per sé dimostrano l'esistenza del contestato nesso di causalità tra l'operare del San Paolo in conflitto d'interessi ed il danno del cliente. Lamentano poi ancora i ricorrenti che la corte d'appello non abbia tenuto conto, a questo riguardo, dell'inversione A dell'onere della prova posta dalla citata L. n. 1 del 1991, art. 13, u.c., né del fatto che le concrete modalità con cui le operazioni in valuta sono state attuate denotano come, nel porle in essere, il San Paolo non si sia attenuto all'obbligo di ricercare le migliori condizioni per il cliente. Viene infine contestata l'attendibilità delle deposizioni testimoniali rese dai funzionari dell'istituto di credito e la loro stessa capacità a deporre.

3.3. I due riferiti motivi di ricorso appaiono fondati, per alcuni profili, ed infondati per altri.

3.3.1. Quanto ai profili processuali, conviene subito chiarire che non possono trovare autonomo spazio censure concernenti pretesi vizi della motivazione del provvedimento impugnato, giacché, con riferimento a detti profili, questa corte è anche giudice del fatto.

Venendo poi all'esame dei denunciati *errores in procedendo*, occorre ribadire il principio secondo cui il regime di preclusioni, introdotto nel codice di rito dalla L. n. 353 del 1990, è inteso non solo a tutela dell'interesse di parte ma anche dell'interesse pubblico al corretto e celere andamento del processo, con la conseguenza che la tardività di domande, eccezioni, allegazioni e richieste deve essere rilevata d'ufficio dal giudice indipendentemente dall'atteggiamento processuale della controparte

al riguardo (cfr., tra le altre, Cass. 27 luglio 2006, n. 17152; e Cass. 11 maggio 2005, n. 9875).

Questo rilievo è sufficiente a far considerare prive di ogni fondamento le censure riguardanti, in modo specifico, la pronuncia d'inammissibilità della domanda di risarcimento dei danni tardivamente proposta dal Sig. G. Non può infatti da alcun punto di vista ritenersi che detta domanda fosse, sia pur solo implicitamente, già contenuta nell'atto introduttivo del giudizio, giacché in quell'atto - diversamente da quello di opposizione a decreto ingiuntivo spiccato dalla Fincom - nessuna domanda riconvenzionale appare esser stata avanzata e non si vede davvero come le argomentazioni ivi formulate possano esser poste al servizio di un *petitum* risarcitorio del tutto inespresso.

Non altrettanto è invece a dirsi per la Fincom, che una domanda riconvenzionale di risarcimento dei danni ebbe sin da principio a formulare, sicché, per quel che la riguarda, gli aspetti di novità riscontrati dalla corte d'appello attengono unicamente alla *causa petendi*, che in corso di giudizio sarebbe stata inammissibilmente ampliata in quanto all'addebito mosso al San Paolo di aver consigliato operazioni in conflitto d'interesse ed eccessivamente rischiose si è aggiunto quello di avere eseguito siffatte operazioni, non adeguate alle risorse finanziarie del cliente.

Sennonché, premesso che il divieto di *mutatio libelli* è essenzialmente funzionale al rispetto dell'altrui diritto di difesa ed all'esigenza di ordinato e celere svolgimento del processo, onde la novità della domanda va apprezzata non tanto in relazione al tenore letterale delle espressioni adoperate dalla parte quanto alla diversità dei temi eventualmente introdotti in causa, all'effetto di sorpresa che per la controparte possa derivarne ed alla necessità di un ampliamento del *thema probandum* che nel giudizio possa prodursi, il raffronto tra l'impostazione difensiva presente nell'atto introduttivo e la formulazione finale della domanda risarcitoria avanzata dalla Fincom dimostra come non di una domanda nuova si sia trattato, bensì di una semplice e consentita migliore enunciazione della stessa domanda.

Certamente nessuna novità di rilievo è ravvisabile nell'aver qualificato le operazioni di cui si discute come sproporzionate, anziché eccessivamente rischiose, trattandosi soltanto di una più puntuale definizione di un concetto già implicito nella precedente espressione. Quanto, poi, all'aver fatto riferimento all'attività svolta dal San Paolo in esecuzione di tali operazioni, e non solo all'averle suggerite, non può trascurarsi che sin dal primo atto difensivo della Fincom la fase esecutiva è stata espressamente richiamata nell'ambito di un comportamento del San Paolo complessivamente descritto come non conforme ai precetti legali già più volte sopra ricordati: ragione per la quale lo scarto tra la prima e la successiva formulazione di detta domanda, identico essendo il *petitum* risarcitorio, non ha comportato l'enunciazione di ragioni di pretesa diverse e tali da richiedere

indagini e difese che già non fossero sin da principio comprese nell'orizzonte della causa.

Sotto il profilo da ultimo considerato, dunque, la doglianza contenuta nel ricorso merita accoglimento, e ciò conduce ad individuare una prima ragione di cassazione dell'impugnata sentenza, rendendosi necessario procedere, in sede di rinvio, all'esame del profilo di domanda risarcitoria della Fincom infondatamente dichiarato inammissibile: quello concernente, cioè, l'asserito compimento da parte del San Paolo di operazioni sproporzionate per frequenza e dimensioni alla situazione patrimoniale della cliente Fincom.

Dovrà perciò valutare il giudice di rinvio: se le operazioni di cui si tratta avessero quelle negative caratteristiche d'inadeguatezza di cui i ricorrenti si lagnano; se, in conseguenza delle anzidette caratteristiche e tenuto conto di quanto disponeva l'art. 6 del regolamento Consob n. 8850 del 1994 a quel tempo in vigore, il San Paolo avrebbe dovuto astenersi dal porle in essere; se e quali danni, ove l'indicato obbligo di astensione fosse ravvisabile, la Fincom abbia sofferto a causa della violazione di esso.

3.3.2. La statuizione del giudice d'appello deve invece restare ferma - e si entra così nell'esame del sesto motivo di ricorso - nella parte in cui ha dichiarato non fondato il profilo della pretesa risarcitoria che si basava sul presupposto secondo cui il San Paolo avrebbe anche suggerito alla Fincom di compiere le sproporzionate operazioni di cui si è prima parlato.

La corte d'appello ha escluso, in punto di fatto, che quei suggerimenti vi siano stati o che abbiano avuto un qualche significativo rilievo, e le doglianze formulate dai ricorrenti a questo riguardo non colgono nel segno. Esse si risolvono in una denuncia dell'inattendibilità dei testi escussi in istruttoria e nell'assunto secondo cui tali testi (o almeno alcuni di loro) avrebbero dovuto esser dichiarati incapaci a deporre a norma dell'art. 246 c.p.c.. Sotto il primo aspetto appare però evidente come un siffatto tipo di doglianza sconfini nel giudizio di merito e non possa, di conseguenza, trovare ingresso in cassazione; sotto il secondo aspetto è sufficiente osservare che la veste di dipendenti o funzionari del San Paolo, i quali hanno materialmente mantenuto col cliente i rapporti da cui sono scaturite le pretese risarcitorie discusse in causa, non basta a rendere i testi titolari di un interesse che ne giustificerebbe la personale partecipazione al giudizio, e quindi non determina la loro l'incapacità a deporre.

3.3.3. Sono viceversa condivisibili ulteriori profili di doglianza contenuti nel sesto motivo di ricorso, che attengono al rigetto della domanda di risarcimento dei danni per operazioni compiute dall'intermediario in situazione di asserito conflitto d'interessi.

La corte d'appello, come si è ricordato, non si è soffermata a valutare se sussistesse o meno la situazione di conflitto d'interessi denunciata dalla difesa degli odierni ricorrenti, poiché ha escluso che, comunque, vi fosse la

prova della dannosità dell'eventuale conflitto. E lo ha escluso sulla base della considerazione che le operazioni in questione, se anche compiute con un diverso intermediario, non avrebbero dato risultati differenti.

Un tale ragionamento non considera però che, in presenza di una situazione di conflitto di interessi non rivelata al cliente, o comunque in difetto di autorizzazione espressa del cliente medesimo, la disposizione contenuta nella lett. g) dell'art. 6 della dell'allora vigente L. n. 1 del 1991 (diversamente da quanto ora prevede il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1 bis, lett. a e b), faceva espresso ed assoluto divieto all'intermediario di dar corso all'operazione. Perciò, alla stregua di quella norma, o si sarebbe dovuto ritenere che il tipo di operazione era tale da escludere in radice il lamentato conflitto d'interessi - ma la corte d'appello non ha formulato un accertamento in tal senso - o non si sarebbe potuto altrimenti far leva su dette modalità operative al solo fine di negare ogni possibile nesso causale tra l'operazione eventualmente implicante un conflitto di interessi ed i danni sofferti dal cliente.

Infatti, se la situazione di conflitto fosse configurabile, non sarebbero le concrete e specifiche modalità esecutive a venire in questione, ma il compimento stesso dell'operazione che non avrebbe dovuto affatto aver luogo. Ai fini dell'individuazione di un eventuale danno risarcibile subito dal cliente e del nesso di causalità tra detto danno e l'illegittimo comportamento imputabile all'intermediario, assumono rilievo le conseguenze del fatto che l'intermediario medesimo non si sia astenuto dal compiere un'operazione dalla quale, in quelle circostanze, avrebbe dovuto astenersi (sempre che, s'intende, risulti provato che nel caso in esame aveva l'obbligo di astenersene), non quelle derivanti dalle modalità con cui l'operazione è stata in concreto realizzata o avrebbe potuto esserlo ipoteticamente da altro intermediario.

Neppure è poi esatto, con riferimento alla seconda ed autonoma *ratio decidendi* formulata a questo riguardo dalla corte d'appello, che quel danno s'identifichi con il mero interesse negativo da responsabilità precontrattuale (di cui non è stata fornita la prova). Non è infatti precontrattuale la responsabilità in cui incorre l'intermediario che compia operazioni in conflitto d'interesse, quando dovrebbe astenersene, ma si tratta invece - come già dianzi chiarito - di una vera e propria responsabilità da non corretto adempimento di obblighi legali facenti parte integrante del rapporto contrattuale d'intermediazione finanziaria in essere con il cliente: quindi di una responsabilità contrattuale, con riferimento alla quale il richiamo alla nozione di interesse negativo appare fuor di luogo.

Anche sotto questo ulteriore profilo l'impugnata sentenza deve essere perciò cassata ed occorre dare corso ad un giudizio di rinvio volto, innanzitutto, ad accertare: se nelle operazioni in questione fosse o meno davvero ravvisabile un interesse del San Paolo configgente con quello della Fincom (tenendo peraltro conto che siffatto

interesse non potrebbe in nessun caso identificarsi con quello alla percezione del compenso per l'opera prestata dall'intermediario, che è fisiologicamente presente in qualsiasi operazione d'intermediazione finanziaria non gratuita); se, in caso di risposta positiva al precedente quesito, il San Paolo abbia omesso di informare del conflitto la Fincom e di farsi eventualmente autorizzare

al compimento delle descritte operazioni; se, in conseguenza di quanto sopra, fosse configurabile un obbligo del San Paolo di astenersi dal compimento di dette operazioni; se e quali danni la Fincom abbia risentito per il fatto che il suindicato obbligo di astensione, ove sussistente, sia stato violato dall'intermediario.

(*omissis*).

IL COMMENTO

di Vittorio Scognamiglio

L'Autore sottolinea il condivisibile risultato cui perviene, con motivazione esaustiva, il recente arresto delle Sezioni Unite in materia di rimedi esperibili contro la violazione dei doveri di comportamento degli intermediari finanziari. In particolare, viene escluso dalla Corte regolatrice, come invece era stato affermato in un recente passato da numerose sentenze delle Corti territoriali, che la violazione da parte dell'intermediario delle norme comportamentali previste dalla normativa di settore possa determinare la nullità *cd. virtuale* dei negozi stipulati.

I. La pronuncia in commento, resa dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, è di grande attualità dal momento che risolve (1) la questione dei rimedi esperibili contro la violazione degli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari.

L'arresto delle Sezioni Unite si caratterizza non solo e non tanto per la condivisibilità del risultato cui perviene, ma anche e soprattutto per la pregevole *ratio decidendi* che sorregge con forte persuasività il *decisum*.

Pertanto, prima di esporre le mie considerazioni, da un lato sottolineo sin da ora che le stesse non hanno né possono avere - anche in considerazione del rilievo della questione - alcuna pretesa di esaustività e, dall'altro, mi permetto di raccomandare la lettura integrale della sentenza che peraltro tocca temi che il presente commento non tratterà anche per una doverosa esigenza di sintesi (2).

La decisione (3), nell'affrontare temi estremamente delicati della disciplina generale del contratto, quali i rapporti tra nullità virtuale e responsabilità precontrattuale, ha ribadito, con dovizia di argomentazioni, un importante principio di diritto in ordine alla rilevanza delle conseguenze generate dalla violazione degli obblighi informativi, sanciti dalla legislazione regolante l'attività degli intermediari finanziari (4), sui contratti da questi stipulati con gli investitori.

Come anticipato, si deve sin da ora rilevare che non vi era un vero e proprio contrasto in seno alla giurisprudenza di legittimità con riferimento alle conseguenze, sulla validità del contratto, della violazione delle regole

Note:

(1) Come noto, a seguito dell'intervento riformatore attuato con il D.Lgs. n. 40/2006, il legislatore ha rafforzato la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, prevedendo, attraverso il nuovo terzo comma del riformato art. 374 c.p.c., la regola in base alla quale se la sezione semplice non condivide il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso. Tal che, se in futuro una sezione semplice della Suprema Corte dovesse in ipotesi non condividere il principio di diritto espresso dalla pronuncia in commento, non potrà disattenderlo *sic et simpliciter*.

(2) Ci riferiamo al (i) secondo motivo di ricorso, con il quale i ricorrenti denunciavano la violazione dell'art. 1933 c.c., nonché vizi di omessa pronuncia e difetti di motivazione; al (ii) terzo motivo di ricorso, attraverso il quale i ricorrenti denunciavano la violazione degli artt. 633 e 125 c.p.c.; (iii) al quarto e al quinto motivo di ricorso, ove si deduceva l'asserita estraneità all'oggetto sociale di operazioni compiute dall'amministratore della società ricorrente. Tutti detti motivi non sono stati accolti, sulla base di una motivazione pienamente condivisibile e che in questa sede non posso che richiamare; in ogni caso, le questioni ad essi sottese non hanno costituito in alcun modo oggetto dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite.

(3) Le sentenze sono in realtà due (n. 26724 e n. 26725, entrambe pubblicate il 19 dicembre 2007), ma di contenuto identico in relazione alla questione di diritto per la cui risoluzione sono state investite le Sezioni Unite nonché con riferimento agli altri motivi di ricorso comuni ai due giudizi di legittimità; tuttavia, la pronuncia n. 26725 non tratta alcune questioni perché oggetto del solo ricorso che ha condotto alla sentenza n. 26724.

(4) Per una panoramica sui vari orientamenti dottrinali e giurisprudenziali riguardo i rimedi a disposizione dell'investitore, cfr., senza alcuna pretesa di esaustività: V. Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e impresa*, 2005, fasc. 3, 898 e ss.; V. Sangiovanni, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *I Contratti*, n. 12, 2006, 1133 e ss.; E. Battelli, *L'inadempimento contrattuale dell'intermediario finanziario*, in *I Contratti*, n. 5, 2006, 465 e ss.; S. Guadagno, *Violazione degli obblighi di informazione nell'attività di intermediazione finanziaria: quali rimedi?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, parte prima, 548 e ss.; A. Tucci, *La violazione delle regole di condotta degli intermediari fra «nullità virtuale», culpa in contrahendo e inadempimento contrattuale*, in *Banca borsa e titoli di credito*, n. 5, 2007, 632 e ss.; G. Mollo, *Violazione delle regole di comportamento degli intermediari: diversità dei rimedi civilistici ed intensità della tutela*, in *Giur. comm.*, 2006, fasc. 6, 1111 e ss.; M. Palmieri, *Responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione e protezione dell'investitore non professionale*, in *Giur. comm.*, fasc. 4, pt. 2, 2005, 513 e ss.; M. Ambrosoli, *Doveri di informazione dell'intermediario finanziario e sanzioni*, in *I Contratti*, 2005, fasc. 12, 1101 e ss.; G. Gobbo e C. E. Salodini, *I Servizi di investimento nella giurisprudenza più recente*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 29 e ss.; F. Denozza, *Il danno risarcibile tra benessere ed equità: dai massimi sistemi ai casi «Crio» e «Pamalat»*, in *Giur. comm.*, 2004, I, 331 e ss.; F. Sartori, *Il conflitto d'interessi tra intermediari e clienti nello svolgimento dei servizi di investimento e accessori: un problema risolto?*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, II, 191 e ss.

di condotta da parte di uno dei contraenti ai danni dell'altro. La vicenda portata all'attenzione delle Sezioni Unite involge comunque una questione di massima di particolare importanza, come ribadito dalla pronuncia in commento, tal che da un punto di vista formale la rimessione alle Sezioni Unite è comunque giustificabile.

La decisione in esame (5) è stata sollecitata dall'ordinanza n. 3683 del 16 febbraio 2007 (6) con la quale la Prima Sezione Civile della Corte di cassazione ha rimesso gli atti del procedimento avverso la sentenza n. 1476/01 della Corte d'Appello di Torino al primo Presidente, al fine di investire le Sezioni Unite della questione se il comportamento tenuto da un intermediario finanziario, in violazione delle norme che pongono a suo carico obblighi di informazione nell'interesse dei clienti, possa dar luogo alla nullità dei contratti di investimento stipulati.

I ricorrenti, con il primo motivo di ricorso, deducevano che le norme asseritamente violate dall'intermediario (nella fattispecie una Banca) sarebbero state (i) quelle dell'abrogata L. n. 1/1991, poi trasfusa nel D.Lgs. n. 58/1998 (nel seguito il «TUF»), comportanti, *inter alia*, obblighi informativi a carico degli intermediari finanziari nei confronti degli investitori e (ii) l'art. 1418 c.c. che regola, come noto, le cause di nullità del contratto. Muovendo da queste premesse, censuravano la sentenza della Corte d'Appello di Torino nella parte in cui aveva ritenuto infondata l'eccezione di nullità dei contratti aventi ad oggetto le operazioni finanziarie in quanto le violazioni poste in essere dall'intermediario riguardavano o la sua condotta prenegoziale oppure obblighi accessori afferenti all'adempimento dei contratti (7) già conclusi, non potendosi ad ogni modo riflettere sulla validità dei contratti stessi.

La Suprema Corte dava atto della posizione assunta sul punto da Cass. n. 19024 del 2005 (8), secondo cui la illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto medesimo (e ciò indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto), a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche con riferimento a detta ipotesi.

Inoltre, l'ordinanza rimettente, al fine di motivare l'esistenza di un contrasto in seno alle Sezioni semplici della Cassazione, riferiva (dimostrando di aderirvi), dell'orientamento asseritamente contrastante con quello sopra riportato, riconducibile alla sentenza n. 3272 del 2001 della Suprema Corte (9), secondo cui, in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di una 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 1, c.c., che rappresenta un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei principi imperativi non si accompagna una previsione di nullità.

Infine, l'ordinanza di rimessione affermava che il principio generale di non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità del negozio, fatto proprio da Cass. n. 19024 del 2005, parrebbe ormai essere revocabile in dubbio sulla base di svariate recenti modifiche normative, che attribuirebbero rilevanza al comportamento contrattuale delle parti anche ai fini della validità del negozio (10).

In realtà, un esame delle due pronunzie menzionate consente di rilevare che la sent. n. 3272 del 2001 si riferisce ad una fattispecie relativa ad un contratto concluso da un intermediario non iscritto nell'apposito al-

Note:

(5) Oggetto di commento estremamente favorevole da parte di V. Mariconda, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Il Corriere Giuridico*, n. 2, 2008, 230 e ss. e di commento adesivo di V. Sangiovanni, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*, in *I Contratti*, n. 3, 2008, 231 e ss.

(6) In *Corriere Giuridico*, n. 5, 2007, 631 e ss. con nota critica di V. Mariconda, *Regole di comportamento nella trattativa e nullità dei contratti: la critica-bile ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite*.

(7) Come noto, e se ne fa cenno nella sentenza in commento, i contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi di investimento nell'ambito del mercato mobiliare sono caratterizzati da una fattispecie negoziale a formazione complessa avente una struttura a due livelli. Al primo livello c'è il cd. contratto quadro, destinato a disciplinare i contenuti generali del rapporto; al secondo livello vi sono i singoli ordini via via impartiti dai clienti, che costituiscono altrettanti atti negoziali destinati ad attuare ed eseguire il contratto quadro e che da quest'ultimo sono appunto disciplinati. Al contratto cd. quadro in argomento, secondo una condivisibile osservazione della pronuncia resa dalle Sezioni Unite, «può darsi il nome di contratto d'intermediazione finanziaria e (...) per alcuni aspetti può essere accostato alla figura del mandato» (Cass., S.U., n. 26724/07, pag. 13). In termini più generali, il contratto cd. quadro è suscettibile nell'ambito del c.d. contratto normativo, non previsto dal codice civile; in sintesi, il contratto normativo è il contratto destinato a stabilire, in tutto o in parte, il contenuto di una serie di contratti da concludersi successivamente tra le stesse parti, senza che, in ogni caso, le parti si obblighino alla stipulazione degli stessi (sul contratto cd. normativo, cfr. G. Guglielminetti, *I contratti normativi*, Padova, 1969; G. Gitti, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, 892 e ss.).

(8) Cass., sez. I (est. G. Marziale), 29 settembre 2005, n. 19024, in *Corriere Giuridico*, n. 5, 2006, 669 e ss., con nota di G. Genovesi, *Limiti della nullità virtuale» e contratti su strumenti finanziari*; anche in *I Contratti*, n. 5/2006, pagg. 446 e ss., con nota di F. Poliani, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione e in Foro it.*, 2006, I, 1105 e ss., annotata da Scoditti.

(9) Cass., sez. I, 7 marzo 2001, n. 3272 in *I Contratti*, n. 1, 2002, 28 e ss., con nota di E. Girino, *Contratti di swap: forma, autonomia, nullità e responsabilità*.

(10) Ord. Cass. n. 3683/2007, cit.; tali indici normativi, invero assai specifici e «settoriali», richiamati dall'ordinanza *de qua* al fine di dimostrare l'asserita tendenza del legislatore a sovvertire i principi generali del diritto dei contratti sono: (i) l'art. 9 della legge sulla subfornitura 18 giugno 1998, n. 192 in materia di abuso di dipendenza economica; (ii) l'art. 53, comma 3, del Codice del Consumo (D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206) che stabilisce, a pena di nullità, che devono essere dichiarati all'inizio della telefonata l'identità del fornitore e lo scopo della telefonata; (iii) l'art. 34 del Codice del Consumo in materia di rilevanza della trattativa specifica al fine di escludere la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti dei consumatori; (iv) l'art. 7 del D.Lgs. n. 231 del 2002 in materia di nullità dell'accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore e (v) l'art. 3 della L. n. 287 del 1990 in materia di abuso di posizione dominante.

bo, per il quale vi era divieto a contrarre; essa non sembra quindi porsi in diretto contrasto con la citata sentenza n. 19024 del 2005, che, invece, riferisce l'inapplicabilità della sanzione della nullità all'ipotesi di violazione di norme di comportamento, e, in particolare, di corretta informazione da parte dell'intermediario finanziario autorizzato. Sicché, sembra logico dedurre che l'unico effettivo precedente di legittimità relativo alla questione sottoposta alle Sezioni Unite fosse quello di cui alla sent. n. 19024 del 2005.

Pur condividendosi integralmente le critiche già autorevolmente rivolte all'ordinanza di rimessione (11), è ora opportuno focalizzare l'analisi sulla sentenza n. 26724/07 resa dalle Sezioni Unite, che offre un utile spunto per soffermarsi sulla materia dei rimedi civilistici esperibili contro l'inadempimento dei doveri di informazione posto in essere dagli intermediari finanziari.

Anzitutto, le Sezioni Unite chiariscono che non vi è la necessità di comporre alcun contrasto giurisprudenziale (12), facendo comunque salva la legittimità dell'ordinanza medesima, poiché riguardante una questione di particolare importanza (anche e soprattutto dal punto di vista della funzione orientativa della giurisprudenza che spetta alla Suprema Corte). A tal riguardo, peraltro, occorre precisare che, come rilevato incidentalmente dalla pronuncia in commento, sulla questione oggetto del decidere vi è contrasto nella giurisprudenza di merito (13) ove vi sono in sostanza due orientamenti che si contendono il campo.

Infatti, una parte delle Corti territoriali, inizialmente maggioritaria, è incline a dichiarare la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative ex art. 1418, comma 1, c.c. (14). L'altro orientamento giurisprudenziale, ad oggi prevalente, tende invece a ricondurre la violazione delle regole di condotta ad un inadempimento contrattuale che obbliga al risarcimento del danno e, nel caso in cui l'inadempimento sia grave, può determinare la risoluzione del contratto (15).

Prima di procedere oltre con l'analisi della sentenza resa dalle Sezioni Unite, pare qui necessario richiamare brevemente la disciplina generale delle cause di nullità (16) dei contratti dettata dal codice civile. Come noto, il disposto dell'art. 1418 c.c. si articola in tre commi, espressione al contempo del principio di atipicità e di tipicità del sistema delle nullità degli atti di autonomia privata (17).

In estrema sintesi, può dirsi che la disposizione di cui al primo comma dell'art. 1418 c.c. sancisce il principio della cd. nullità virtuale. In sostanza, si può parlare di nullità virtuali con riferimento alle nullità per contrarietà a norme imperative che operano pur in assenza di una norma che dichiara espressamente nullo il contratto.

Il secondo comma dell'art. 1418 c.c. si riferisce alle nullità cd. strutturali, dovute alla mancanza di uno degli elementi essenziali del negozio e, infine, il terzo comma della disposizione in argomento prevede la nullità del

contratto per specifica comminatoria contenuta in una norma di legge (cd. nullità testuale).

Venendo al profilo che maggiormente qui interessa, v'è da notare che ai sensi del primo comma dell'art. 1418 c.c. assume in primo luogo carattere dirimente valutare se la norma violata sia imperativa, ossia definisca posizioni o tutelati interessi non disponibili dai privati. Peraltro, occorre rilevare che, anche in tal caso, la nullità non è automatica; infatti, essa può escludersi sia in base ad un criterio testuale, in quanto lo stesso primo comma dell'art. 1418 c.c. fa salva l'ipotesi che la legge disponga diversamente, sia in base ad un criterio extratestuale legato alla *ratio* della norma imperativa violata

Note:

(11) V. Mariconda, *Regole di comportamento...*, cit.

(12) Di «contrasto apparente» scrive F. Mazzini, *Valido il contratto di investimento finanziario anche se è mancata l'informazione al cliente*, in *Guida al diritto*, n. 5 del 2 febbraio 2008, 41 e ss.

(13) Cfr. U. Salanitro, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1006, il quale osserva che in materia di nullità dei contratti di investimento per violazione delle regole di condotta degli intermediari esiste un contrasto nella sola giurisprudenza di merito.

(14) Tra le pronunzie favorevoli alla nullità per violazione di norme imperative, si segnalano, *ex multis*: Trib. Mantova 18 marzo 2004, in questa *Rivista*, n. 9, 2004, 1139 e ss., con nota di G. Gaffuri, *Violazione delle regole generali di comportamento nella prestazione dei servizi di investimento*; pubblicata anche in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 452 e ss. con note di Stocco e D. Maffei, *Conflitto di interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita a risparmiatori di obbligazioni argentine*; Trib. Venezia 22 novembre 2004, in questa *Rivista*, n. 5, 2005, 621 e ss., con nota di A. Colavolpe, *Prestazione di servizi di investimento: violazione delle regole di comportamento, della forma scritta e nullità virtuale*; Trib. Palermo 17 gennaio 2005, in *I Contratti*, 12, 2005, 1102 con nota di M. Ambrosoli (cfr. nt. 2); Trib. Firenze 19 aprile 2005, in *Corriere Giuridico*, n. 9, 2005, 1271 e ss. con nota di A. di Majo, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*; Trib. Brindisi 21 giugno 2005, in *Il Caso, Foglio di giurisprudenza mantovana*, www.ilcaso.it; Trib. Venezia 17 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, n. 6, 2007, 1248 e ss., con nota di C. A. Russo, *Il caso Parmalat: tra conflitto di interesse del lead manager e tutela risarcitoria*; Trib. Biella 28 ottobre 2005, in questa *Rivista*, n. 9, 2006, 1126 e ss., con nota di A. Pisapia, *Intermediari: servizi di investimento e violazione delle regole di comportamento*. Più di recente, dunque successivamente a Cass. n. 19024/2005, cit., Trib. Brindisi 18 agosto 2006, in www.ilcaso.it.

(15) Tra le sentenze che hanno sancito l'obbligo di risarcimento e/o pronunciato la risoluzione del contratto, seppur con argomentazioni differenti, si ricordano, fra le altre: Trib. Roma 31 marzo 2005, in *Foro it*, 2005, I, 2538 e ss. con nota di A. Palmieri, *Prestiti obbligazionari, «default» e tutela «successiva» degli investitori: la mappa dei primi verdetti*; Trib. Palermo 16 marzo 2005, in *Foro it*, 2005, I, 2356 e ss., con nota di Palmieri, *Prestiti obbligazionari, «default» e tutela successiva degli investitori: la mappa dei primi verdetti*; Trib. Milano 25 luglio 2005, in *Giur. comm.*, 2006, fasc. 6, con nota di G. Mollo (cfr. nt. 2); sempre in favore della risoluzione e/o del rimedio risarcitorio si è espresso il Trib. Genova 15 marzo 2005, in *I Contratti*, n. 12, 2005, 1102, con nota di M. Ambrosoli, cit.; Trib. Trani 10 ottobre 2006, in *Banca, borsa, tit. cred.*, n. 5, 2007, 621 e ss. con nota di A. Tucci (cfr. nt. 2); Trib. Milano 26 aprile 2006, in *Corriere Giuridico*, n. 11, 2006, 1567 e ss., con nota di V. Sangiovanni, *Inadeguatezza della operazione finanziaria, risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno*.

(16) V. Roppo, *Il Contratto*, Milano, 2001, 739 e ss.

(17) G. Genovesi, *Limiti della « nullità virtuale » e contratti...*, cit., 673.

e, più precisamente, al modo in cui il contratto incide sugli interessi protetti dalla norma.

Fatte queste premesse, appare corretto l'assunto di carattere preliminare delle S.U. secondo cui le norme dettate dalla L. n. 1 del 2 gennaio 1991 (al pari di quelle che le hanno poi sostituite) (18) hanno carattere imperativo (nel senso che esse si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti, in quanto dettate non solo nell'interesse del singolo contraente ma anche nell'interesse generale dell'integrità dei mercati finanziari).

Ciò detto, le Sezioni Unite rilevano, altrettanto correttamente, che costituisce tuttavia un salto logico far derivare la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario col cliente dalla circostanza che le norme violate, in punto di obblighi di comportamento degli intermediari finanziari, abbiano carattere imperativo (19).

Al riguardo, infatti, pare essere determinante la circostanza che il legislatore non abbia espressamente stabilito che il mancato rispetto di tali precetti comportamentali sia in grado di interferire con la fase genetica del contratto e ne causi la nullità ai sensi del terzo comma dell'art. 1418 c.c. La mancata previsione di una nullità speciale per la violazione delle regole di condotta può dunque essere ritenuta, a ragione, un indizio della volontà del legislatore di non derogare ai principi desumibili dal diritto comune (20). Sul punto, le S.U. rilevano ineccepibilmente che «non si può negare che gli strumenti di tutela esistono anche sul piano del diritto civile, essendo poi la loro specifica conformazione giuridica compito del medesimo legislatore le cui scelte l'interprete non è autorizzato a sovvertire, sicché il ricorso allo strumento di tutela della nullità radicale del contratto per violazione di norme di comportamento gravanti sull'intermediario nella fase prenegoziale ed in quella esecutiva, in assenza di disposizioni specifiche, di principi generali o di regole sistematiche che lo prevedano, non è giustificato» (Cass., S.U., n. 26724/07, pag. 33). Pertanto, se è vero che le norme legislative in materia hanno carattere imperativo (21), al contempo da ciò non può automaticamente conseguire la sanzione della nullità per la loro violazione.

Non pare altresì coerente invocare i casi di nullità contemplati dal secondo comma dell'art. 1418 c.c. (cd. nullità strutturali) per mancanza di uno dei requisiti «intrinseci della fattispecie negoziale» (22) indicati dall'art. 1325 c.c., in specie, dell'accordo informato tra le parti. Infatti, ove pure si voglia ammettere che, nella fase precontrattuale, la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario sia idonea ad influire sul consenso della controparte, viziandolo, appare arduo sostenere che, solo per questo, l'accordo manchi del tutto. È infatti orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità quello secondo cui i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie ne-

Note:

(18) Il quadro normativo di riferimento in relazione alle regole di comportamento degli intermediari finanziari che operano nel settore dei servizi di investimento e dei servizi accessori non è di facile ricostruzione. Si può tuttavia qui ricordare brevemente che la L. 2 gennaio 1991, n. 1 (cd. Legge Sim) per prima attribuì al mercato mobiliare italiano una disciplina organica propria. In seguito, alla luce di quanto disposto dall'art. 11 della direttiva 10 maggio 1993, n. 93/22/CEE, relativa ai servizi di investimento nel settore dei valori mobiliari, veniva emanata la L. 6 febbraio 1996, n. 52 («Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 1994») che individuava i principi ai quali il legislatore avrebbe dovuto attenersi nello «stabilire la disciplina di comportamento degli intermediari, ispirandola ai principi di cura dell'interesse del cliente e dell'integrità del mercato, di diligenza, di correttezza, di trasparenza e di equità. Nell'applicazione dei principi si dovrà altresì tenere conto della esperienza professionale degli investitori». Con il D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (cd. «Decreto Eurosim») il legislatore delegato ha recepito la suddetta direttiva 93/22/CEE, anche operando numerosi rinvii alla normativa secondaria e attribuendo i poteri regolamentari alla Consob, alla Banca d'Italia e al Ministero del tesoro (oggi dell'economia). Successivamente, il D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 («Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della L. 6 febbraio 1996, n. 52», il cd. «T.U.F.») stabilisce (nella Parte II: Disciplina degli intermediari, Titolo II: Servizi di investimento, Capo II: Svolgimento dei Servizi) le regole alle quali gli intermediari abilitati alla prestazione dei servizi di investimento devono attenersi. Di fondamentale importanza l'art. 21 del T.U.F. («Criteri generali»), la cui attuazione è declinata dagli artt. 26 e ss. del Regolamento adottato con la Consob con delibera n. 11522 del 1 luglio 1998 e successivamente più volte modificato (il «Regolamento Intermediari»). Può ad ogni modo rilevarsi che i fondamentali precetti normativi disciplinanti la condotta degli intermediari in *subiecta materia* sono rimasti sostanzialmente immutati ove si confronti sul punto la Legge Sim e il T.U.F. Tale ultimo rilievo resta sostanzialmente immutato anche a seguito delle modifiche di recente apportate alla normativa in questione dal D.Lgs. n. 164 del 17 settembre 2007 - al riguardo, cfr. A. A. Rinaldi, *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in questa Rivista, n. 1, 2008, 12 e ss. - che ha implementato la direttiva 2004/39/CE (MiFID). Va peraltro aggiunto che la direttiva MiFID (*Markets in Financial Instruments Directive*), enfatizzando la difesa degli interessi particolari dei singoli risparmiatori, pare ricondurre la relativa tutela in un alveo più propriamente privatistico, svincolandola da quella presunta esigenza di salvaguardia (ad es.) dell'ordine pubblico economico su cui hanno anche fatto leva i sostenitori del rimedio della nullità cd. virtuale.

(19) Sul carattere imperativo della disciplina regolante l'attività degli intermediari finanziari vi è sostanzialmente unanimità di vedute. Cfr., per tutti, M. Bessone, *I mercati mobiliari*, Milano, 2002, 9 e ss.

(20) F. Galgano, *Il Contratto*, Padova, 2007, 277 e ss. rileva che benché siano considerate norme imperative, in generale, quelle «non derogabili per volontà delle parti», tuttavia il «grado di imperatività della norma violata, richiesto ai fini della nullità del contratto, è più elevato di quello che si esprime nella constatazione della non derogabilità per volontà delle parti. Questo più alto grado di imperatività è postulato dalla riserva finale dell'art. 1418, comma 1: se la violazione di norma imperativa non comporta nullità quando la legge dispone diversamente», è dunque chiaro che, ai fini della dichiarazione di nullità del contratto, «occorre identificare criteri atti a distinguere da norma imperativa a norma imperativa». In giurisprudenza, in senso analogo, cfr. Trib. Modena 14 ottobre 2005, in www.ilcaso.it ove si afferma che «(...) non può condividersi la tesi della nullità - quasi «necessitata» - che dovrebbe seguire ad ogni violazione del Tuif, stante la condivisa natura pubblicistica delle stesse».

(21) Si deve peraltro osservare che pare disputabile che la natura imperativa dei precetti possa essere riferita anche alle norme regolamentari, ciò che, al contrario, è da presumere che sia stato dato per scontato in molte sentenze di merito che hanno dichiarato la nullità dei contratti conclusi tra l'intermediario e il cliente. Non mi è qui consentito approfondire il tema, anche perché è irrilevante ai fini del commento della sentenza delle Sezioni Unite, che, in ogni caso, assume una espressa posizione sul carattere imperativo di norme legislative (Cass., S.U., n. 26724/07, pag. 18).

(22) Così in Cass. n. 19024 del 2005, cit.

goziale, e, pertanto, la loro eventuale illegittimità non può dar luogo alla nullità del contratto (23).

Occorre inoltre rilevare che, alla luce dei principi generali, sarebbe piuttosto difficile conciliare l'assunto secondo cui le regole sull'informazione precontrattuale sono fonte di nullità del contratto con il principio per cui la nullità è rilevabile d'ufficio (24), se non trasformando il giudizio di nullità da giudizio di diritto a giudizio di fatto che necessita di idonea e complessa istruzione probatoria (25).

Casomai, come correttamente rilevato dalle S.U., si potrebbe parlare di annullabilità per vizio del consenso, qualora ricorrono le condizioni previste dagli artt. 1427 e ss. del c.c., anche se, in tal caso, sarebbe problematico per l'investitore fornire la dimostrazione dell'essenzialità dell'errore, che dovrebbe spingersi fino alla prova del fatto che, laddove l'intermediario avesse adempiuto ai propri obblighi informativi, l'investitore non avrebbe stipulato il contratto.

Deve poi essere condivisa la posizione delle S.U. laddove, richiamando la motivazione della più volte citata sentenza n. 19024 del 2005, hanno riaffermato la tradizionale distinzione tra norme di comportamento dei contraenti e norme di validità del contratto: la violazione delle prime, infatti, sia nella fase precontrattuale che in quella esecutiva del rapporto, ove non sia diversamente stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ma non può incidere sulla genesi dell'atto negoziale (quanto meno nel senso che non è idonea a provocare la nullità).

È stata dunque disattesa la tesi sostenuta nell'ordinanza di rimessione secondo cui, nella moderna legislazione, la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinarsi del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto. Semmai, come impeccabilmente rilevato dalla pronuncia in esame, il carattere sempre più disorganico e di accresciuta incoerenza della recente produzione normativa imporrebbe agli interpreti una maggiore cautela nel desumere da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi generali di cui si invochi l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni.

In effetti, la tesi secondo cui il mancato rispetto dei doveri comportamentali dell'intermediario inciderebbe sulla validità del contratto stipulato con il cliente è priva sia di base testuale che di supporti sistematici. Una tesi di tal fatta potrebbe forse avere una giustificazione solo ove fosse l'unica base teorica per offrire uno strumento in grado di garantire la tutela di molte forme di cd. «risparmio tradito» (26). Ma, se da un lato è innegabile che si tratterebbe di una giustificazione «metagiuridica» o, comunque, di una forzatura interpretativa, dall'altro è agevole rilevare che già esistono strumenti di tutela per gli investitori sul piano del diritto civile.

In particolare, si pensi ai tipici strumenti di reazione contro l'inadempimento: la risoluzione e/o il risarcimento del danno.

Pertanto, *de iure condito*, è inevitabile giungere alla conclusione che - in assenza di disposizioni specifiche, di principi generali, o di regole sistematiche che lo prevedano - non è giustificato il ricorso allo strumento di tutela della nullità radicale del contratto per la violazione di norme di comportamento gravanti sull'intermediario nella fase prenegoziale ed in quella esecutiva.

In effetti, ritengo che la volontaria distinzione tra adempimenti prescritti a pena di nullità ed altri obblighi di comportamento, pure posti a carico dell'intermediario, impedisca una generalizzata sussumibilità di tutta la disciplina dell'intermediazione mobiliare nell'alveo di un sistema presidiato dalla cd. nullità virtuale. In questo senso, sembrerebbe deporre anche, fra gli altri, l'argomento letterale desumibile dal sesto comma dell'art. 23 del TUF (27), ove l'inversione dell'onere probatorio è riferito ai «giudizi di risarcimento dei danni cagionati ai clienti nello svolgimento dei servizi», e, come noto, il

Note:

(23) Cass. n. 19024 del 2005, cit., ove si richiamano sul punto anche Cass. 9 gennaio 2004, n. 111, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, 1 e Cass. 25 settembre 2003, n. 14234, in *I Contratti*, 2004, 151 e ss., con nota di A. Franchi, *Responsabilità della Banca per concessione abusiva del credito*.

(24) In merito alla rilevabilità d'ufficio della nullità, cfr. l'interessante scritto di F. Corsini, *Rilevabilità di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 667 e ss.

(25) V. Roppo, *La tutela del risparmiatore*, cit., 904.

(26) L'espressione, molto invalsa per descrivere sinteticamente gli effetti sul mercato *retail* di noti *crack* finanziari, può talvolta apparire inappropriata atteso che in alcune specifiche vicende, poi finite davanti ai Tribunali su iniziativa del «risparmiatore tradito», forse l'utilizzo di tale espressione non è consentaneo: è infatti verosimile che non pochi investitori che alcuni anni fa hanno acquistato titoli obbligazionari con tassi di rendimento vicini al 10% annuo (e magari con effettivo rendimento superiore, in ragione di un prezzo di acquisto inferiore al valore nominale), e poi hanno intentato causa agli intermediari, fossero pienamente consapevoli, al momento dell'acquisto, dell'esistenza di una concreta rischiosità dell'investimento. A quest'ultimo riguardo, non appare condivisibile il richiamo generalizzato, effettuato al fine di rafforzare la tesi dell'applicabilità della nullità cd. virtuale a fattispecie come quella risolta dalle Sezioni Unite, al «risparmio come valore costituzionale» e/o al «compito sociale pubblicistico che alla nullità viene sovente attribuito» (così F. Sartori, *La (ri)vincita dei rimedi risarcitori: note critiche a Cassazione*, (S.u.) 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Il Diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2008, I, 2^a parte, 1-31). Un tale genere di richiamo, così come effettuato, non mi sembra che colga nel segno: quanto al metodo, perché non pare fondatamente predicabile una interpretazione dell'art. 1418, comma 1, c.c., anche solo parzialmente condizionata dal tema della tutela dei risparmiatori anziché strettamente ancorata al testo della norma e ad un rigoroso rispetto dei principi giuridici del nostro ordinamento; quanto al merito, perché una cosa è il «risparmio» che aveva in mente l'Assemblea Costituente allorché, più di 60 anni fa, venne scritto l'art. 47 della Carta fondamentale («risparmio» che, tutt'ora, va da sé, è meritevole di piena tutela), altra cosa è un investimento che abbia un carattere prettamente speculativo, noto all'investitore.

(27) Sulla *ratio* e sulla portata della disposizione di cui all'art. 23, comma 6, TUF, cfr. S. Gilotta, *La ripartizione dell'onere probatorio nei giudizi di risarcimento dei danni derivanti dallo svolgimento di servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2005, II, 620, ove anche ampi riferimenti al panorama dottrinale con riferimento alla citata disposizione.

rimediazione risarcitoria non appartiene alla categoria delle nullità che prevedono, al contrario, effetti restitutori.

Dunque, le regole sulla validità dicono se il contratto è valido o invalido, mentre le regole di comportamento/responsabilità, a prescindere dalla validità o meno del contratto, dicono se una parte ha diritto di sciogliersi dallo stesso (28) e/o di chiedere il risarcimento del danno in conseguenza di comportamenti scorretti o lesivi tenuti dall'altra parte.

Le S.U. hanno quindi enunciato il principio di diritto di grande importanza, anche sistematica, secondo cui le violazioni poste in essere dall'intermediario possono dar luogo (i) a responsabilità precontrattuale, nel caso in cui esse vengano poste in essere precedentemente o contestualmente alla stipulazione del contratto di intermediazione; (ii) a responsabilità contrattuale, ed, eventualmente, in caso di inadempimento grave, alla risoluzione di tale contratto, in caso di violazioni riguardanti le operazioni eseguite in forza del medesimo contratto d'intermediazione finanziaria.

Tale riconoscimento di una duplice responsabilità dell'intermediario (29) - precontrattuale e contrattuale - è del tutto coerente con la premessa operata dalle S.U. in sede di ricostruzione teorica della relazione negoziale che si instaura tra intermediario e cliente: «(...) i diversi servizi alla cui prestazione l'intermediario si obbliga verso il cliente debbono essere disciplinati da un contratto scritto (perciò destinato ad assolvere alla funzione cd. di "contratto quadro" rispetto alle singole successive attività negoziali in cui l'espletamento di quei servizi si esplicherà) (...)» (Cass., S.U., n. 26724/07, pag. 12). Pertanto, muovendo da questa corretta precisazione, discende, come rilevato dalla pronuncia in commento, che soltanto la violazione degli obblighi informativi precedenti la conclusione del contratto «quadro» determina una responsabilità precontrattuale, mentre la violazione di ogni altro obbligo di comportamento nella fase delle singole, successive, attività negoziali non può che costituire un vero e proprio inadempimento, ossia una responsabilità contrattuale (30).

In ordine poi alla questione del risarcimento dei danni, le Sezioni Unite, nel rispetto del limitato effetto devolutivo del giudizio di legittimità (vincolato dai motivi di ricorso), censurano la sentenza impugnata, precisando che è necessario procedere, in sede di rinvio, all'esame del profilo della domanda risarcitoria formulata dalla ricorrente - che era stata dichiarata (infondatamente) inammissibile per un'errata valutazione di carattere processuale - concernente l'asserito compimento da parte della banca di operazioni sproporzionate per frequenza e dimensioni rispetto alla situazione patrimoniale della cliente. Saggiunge inoltre l'arresto in commento che, atteso quanto sopra, il giudice di rinvio dovrà valutare: se le operazioni di cui si tratta avessero quelle negative caratteristiche d'inadeguatezza di cui i ricorrenti si dolgono; se, in conseguenza delle anzidette caratteristiche e tenuto conto di quanto disponeva l'art. 6 del

regolamento Consob n. 8850 del 1994 a quel tempo in vigore, la banca avrebbe dovuto astenersi dal porle in essere; se e quali danni, ove l'indicato obbligo di astensione fosse ravvisabile, la cliente abbia sofferto a causa della violazione di esso.

La pronuncia puntualizza quindi, opportunamente, che l'inadempimento da parte dell'intermediario dello specifico obbligo (contrattuale) di comportamento costituito dal divieto di compiere operazioni in conflitto d'interesse (31) non può essere *quoad effectum* «sterilizzato», come erroneamente fatto dalla Corte territoriale, attraverso una sorta di prova di resistenza in base alla quale la mera previsione della mancanza di risultati differenti dell'operazione (conclusa in violazione del suddetto divieto), ove questa fosse stata compiuta con altro intermediario, escluderebbe la dannosità dell'agere in conflitto. In realtà, specifica la sentenza, la violazione dell'obbligo di non effettuare operazioni in conflitto di interessi non consente, in assenza di un accertamento meritevole che escluda l'esistenza del conflitto medesimo, di far leva sulle concrete e particolari modalità esecutive dell'operazione (in ipotesi comportante un conflitto di interesse) e i danni lamentati dal cliente per

Note:

(28) Senza dimenticare che, in tema di risoluzione, l'art. 1455 c.c. riconduce la sanzione dello scioglimento del vincolo contrattuale ad una «regola di proporzionalità in virtù della quale la risoluzione del vincolo contrattuale è legislativamente collegata all'inadempimento di obbligazioni che abbiano notevole rilevanza nella economia del rapporto, avuto riguardo sia all'esigenza di mantenere l'equilibrio fra prestazioni di uguale importanza nei contratti con prestazioni corrispettive, sia nell'interesse dell'altra parte che non deve essere tanto inteso in senso subiettivo, in relazione alla stima che il creditore abbia potuto fare del proprio interesse violato, quanto in senso obiettivo, in relazione all'attitudine dell'inadempimento a turbare l'equilibrio contrattuale e a reagire sulla causa del contratto e perciò sul comune intento negoziale» (così, fra le altre, Cass., sez. II, 26 ottobre 1985, n. 5277).

(29) V. Roppo, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e Responsabilità*, 2005, 628, scrive di «doppia anima degli obblighi informativi a carico degli intermediari», osservando che tali obblighi «sono contrattuali, quanto alla fonte - costituendo pattuizioni del regolamento contrattuale convenuto dalle parti ovvero risultante dall'integrazione legale ex art. 1374 c.c. - e precontrattuali dal punto di vista della loro funzione, in quanto, appunto, funzionali alla conclusione dello specifico contratto di acquisto degli strumenti finanziari, che costituirebbe sviluppo e attuazione del contratto quadro. Di qui la possibilità di invocare, nel caso di loro violazione, un inadempimento del contratto quadro e, ove ricorrano gli altri presupposti di legge, la sua risoluzione, cui consegue la risoluzione «a cascata» del singolo ordine di acquisto degli strumenti finanziari».

(30) Sui rapporti tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale dell'intermediario cfr. il recente contributo di S. Panzini, *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contratto e impresa*, 2007, 982 e ss.

(31) Come specificato dalle Sezioni Unite, in presenza di una situazione di conflitto di interessi non rivelata al cliente, o comunque in difetto di autorizzazione espressa del cliente medesimo, la disposizione contenuta nella lett. g) dell'art. 6 della L. n. 1 del 1991 vigente ai tempi dei fatti di causa (diversamente da quanto ora prevede il D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1 bis, lett. a e b) faceva espresso ed assoluto divieto all'intermediario di dar corso all'operazione.

negare il nesso eziologico tra la prima e i secondi. È il compimento dell'operazione in conflitto, che non avrebbe dovuto essere compiuta, a determinare l'esistenza del nesso causale tra l'operazione conclusa ed il lamentato danno.

A tale ultimo proposito e, in particolare, con riferimento all'individuazione dell'eventuale danno risarcibile, la pronuncia della Suprema Corte ribadisce - in linea con quanto già statuito da Cass. n. 19024/05 - che non è esatto affermare che tale danno *s'identifichi con il mero interesse negativo da responsabilità precontrattuale (di cui non è stata fornita la prova)*. Non è infatti precontrattuale la responsabilità in cui incorre l'intermediario che compia operazioni in conflitto d'interesse, quando dovrebbe astenersene, ma si tratta invece - come già dianzi chiarito - di una vera e propria responsabilità da non corretto adempimento di obblighi legali facenti parte integrante del rapporto contrattuale d'intermediazione finanziaria in essere con il cliente: quindi di una responsabilità contrattuale, con riferimento alla quale il richiamo alla nozione di interesse negativo appare fuor di luogo» (Cass., S.U., n. 26724/07, pag. 55) (32).

La violazione da parte dell'intermediario dell'obbligo di astenersi dall'operare in conflitto di interessi, secondo la pronuncia in commento, poiché riguarda la fase successiva alla stipulazione del cd. contratto quadro, potrà costituire un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale, con ogni conseguenza non solo in punto di insorgenza di obblighi risarcitori, ma anche, in ipotesi di gravità, come previsto dal codice civile, in relazione alla risolubilità del contratto (33).

Va poi rilevato che l'aver stabilito che le violazioni degli obblighi informativi da parte dell'intermediario generano in capo allo stesso obblighi risarcitori mantiene ferma la questione, non sempre di agevole soluzione e comunque non risolvibile in via astratta bensì in stretta correlazione con la singola fattispecie, relativa alla dimostrazione del danno subito (34) e del nesso eziologico (35).

È infatti evidente che una declaratoria di nullità comporta *de plano* (i) l'avvio dell'azione restitutoria, che consente all'investitore danneggiato di recuperare senza problemi tutte le somme oggetto dell'investimento e, al contempo, (ii) esonera l'attore dall'onere di fornire la prova sia dell'ammontare del danno che della riconducibilità eziologica del medesimo alla condotta colpevole dell'intermediario.

Appare però più conforme al diritto la soluzione fatta propria dalle Sezioni Unite - così come quella suggerita da autorevole dottrina (36) - che, aggiungo, finisce con il determinare, fra l'altro, la applicabilità, nell'ambito delle regole della responsabilità civile, dell'art. 1227 del c.c. sul concorso di colpa del «creditore» (qui investitore danneggiato). Va infine da sé che tale soluzione ha anche il pregio di evitare (contrariamente al rimedio della ripetizione dell'indebito) la possibilità di recupera-

re per intero gli importi investiti quando per esempio il danno sia ascrivibile, anche solo parzialmente, ad elementi causali diversi (37).

Note:

(32) Con riferimento invece agli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto cd. quadro, le Sezioni Unite rilevano, nitidamente, che la loro violazione è «destinata a produrre una responsabilità di tipo precontrattuale, da cui ovviamente discende l'obbligo per l'intermediario di risarcire gli eventuali danni», non ostando a ciò «l'avvenuta stipulazione del contratto», poiché, «per le ragioni già da tempo poste in luce dalla migliore dottrina e puntualmente riprese dalla citata sentenza di questa Corte n. 19024 del 2005 - alla quale si intende su questo punto dare continuità - la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto» (Cass., S.U., n. 26724/07, 32). In dottrina, anche all'infuori delle ipotesi riconducibili al dolo incidente (art. 1440 c.c.), ammette il risarcimento del danno causato da un contratto validamente concluso ma pregiudizievole per la parte che sia soggetto passivo del comportamento scorretto, tra gli altri, R. Sacco, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, I, a cura di R. Sacco, Torino, 2004, 625.

(33) Al riguardo, Cass. n. 19024/05 aveva espressamente richiamato, ancorché come *obiter dictum*, gli artt. 1394 e 1395 del c.c.

(34) Sul problema del *quantum* del danno risarcibile si veda F. Poliani, *La responsabilità precontrattuale della banca...*, cit., 457, ove si dà atto che «la giurisprudenza non ha ancora sviluppato una prassi costante sul tema. La possibilità di valutazioni discrezionali in sede di giudizio è dunque ancora elevata».

(35) Sulla complessità, in questa materia, dell'assolvimento dell'onere probatorio, cfr. M. Ambrosoli, *Imprese di investimento*, cit., 1109 e 1110; G. Gobbo e C. E. Salodini, *I servizi di investimento*, cit., 39 e ss.

(36) Di recente, F. Galgano, *Il Contratto*, cit., 280, osserva che «Si è posto il problema se comporti nullità del contratto (...) la violazione di norme imperative che attengano ai comportamenti che l'intermediario finanziario, in particolare la banca, debba tenere (...), come le informazioni al risparmiatore circa i rischi dell'investimento, previste dal Testo unico dell'intermediazione finanziaria e dai regolamenti della Consob. La risposta deve essere negativa (...)».

(37) Cfr. Cass. 3 marzo 2001, n. 3132, che, sebbene in *obiter*, ritiene che un comportamento negligente degli investitori può ricevere una valutazione alla stregua degli artt. 2056, comma 1, e 1227 c.c.