

DIRITTO CIVILE

Prof. GIOVANNI FURGIUELE

Lezioni a cura della Dott.ssa Giulia Tesi

*(Continua: **CAPITOLO 2 – BUONA FEDE**)*

1. (<i>Continua</i>) Il concetto di buona fede.....	pag. 96
2. Il principio di buona fede in ambito giurisprudenziale.....	pag. 100
2.1. Regole di comportamento e norme di validità del contratto: analisi della sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, n. 26724 del 2007.....	pag. 100
2.2. Contratti finanziari e obblighi informativi: analisi della sentenza della Corte di Cassazione n. 12544 del 2017.....	pag. 109
2.3. Il rispetto dei principi di buona fede e correttezza nei contratti atipici di intermediazione finanziaria: Cassazione n. 2900 del 2016.....	pag. 112

(Continua: CAPITOLO 2 – BUONA FEDE)

1. (Continua) Il concetto di buona fede.

Procediamo con l'analisi dei profili salienti relativi al concetto di buona fede.

Il quinto punto concerne la bilateralità della valutazione in termini di buona fede.

5) Bilateralità

Bilateralità vuol dire che si deve valutare il comportamento dell'uno e dell'altro soggetto, fra cui intercorre il contratto.

La buona fede determina una certa valutazione e, naturalmente, la valutazione della condotta che viene realizzata, dal punto di vista esecutivo, deve riguardare sia il comportamento di colui che pone in essere una prestazione, sia di colui che deve ricevere la prestazione.

Prendiamo, per esempio, il caso che, nell'ambito di un certo rapporto contrattuale, sia previsto, a carico di una delle parti, l'obbligo di consegna di un bene. Naturalmente, colui su cui grava tale obbligo deve comportarsi in un certo modo, deve agire secondo buona fede. Dal punto di vista del comportamento corretto, però, si deve valutare anche la condotta di colui che deve ricevere il bene, il quale, ad esempio, non adotta un comportamento corretto se non si fa trovare nel luogo prefissato per la consegna del bene medesimo.

Pertanto, è necessario valutare, nello stesso analogo momento, sia la condotta di colui che è obbligato; sia la condotta di colui che ha diritto alla prestazione. Quest'ultimo, nella sostanza, deve agire per agevolare l'adempimento della prestazione altrui.

Il sesto punto è quello inerente al rapporto fra buona fede e attività contrattuale.

6) Buona fede e interpretazione del contratto

Per quanto concerne il problema della rilevanza della buona fede

nell'ambito dell'attività contrattuale, è opportuno, innanzitutto, leggere due norme: l'articolo 1374 e l'articolo 1375 del codice civile.

L'articolo 1374 c.c. – *“Integrazione del contratto”* – considera l'attività contrattuale in una dimensione di carattere più ampio, rispetto alla letteralità espressiva del singolo contratto.

Esso così recita: *“Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”*.

L'integrazione degli effetti obbligatori che scaturiscono dall'attività contrattuale viene esercitata con riferimento, certo sulla base di ciò che risulta letteralmente espresso, ma anche considerando ciò che è previsto a livello legislativo, ciò che è prescritto secondo gli usi ed, infine, secondo l'equità.

L'integrazione del contratto, così prevista, vuole costituire una chiave di formazione della regola contrattuale che deve essere, appunto, integrata ed ampliata, tenendo conto dei riferimenti di cui all'articolo 1374 del codice civile.

Nella norma, come è evidente, non vi è alcun richiamo alla buona fede.

Nel successivo articolo 1375 c.c., però, si parla di *“Esecuzione di buona fede”* e si dice: *“Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede”*.

In questa norma, quindi, si fa riferimento alla buona fede come obbligo di comportamento nell'ambito dell'espressione dell'attività esecutiva.

Quella che risulta dal codice civile è una valutazione, rispetto alla quale si deve, abbastanza tranquillamente, prendere le distanze. Si ritiene, infatti, che la buona fede, al di là del contenuto degli articoli 1374 e 1375 c.c., sia un'ulteriore fonte di integrazione del contratto.

Pertanto, al di là del riscontro specifico a certe situazioni previste nell'ambito del codice civile, si ha una valenza generale del comportamento secondo correttezza.

Il comportamento di buona fede costituisce, nella sostanza, un'immagine di fondo del sistema; non per nulla, nel paragrafo precedente, abbiamo sottolineato il fatto che la buona fede, come criterio di ordine, trae la sua origine dall'ordinamento di partenza dei privati.

Se è così, diventa necessario il momento integrativo. Il comportamento che viene realizzato, nell'ambito di una relazione contrattuale, a prescindere dalla lettera del contratto, deve essere valutato secondo ciò che deriva dalla normativa di buona fede e correttezza.

I principi di buona fede e correttezza sono, poi, anche richiamati nell'ambito degli articoli 1337 e 1338 c.c., in riferimento alla fase di formazione del contratto.

Pertanto, sarà necessario valutare il comportamento tenuto dalle parti nello svolgimento delle trattative contrattuali.

Ancora, la buona fede caratterizza, secondo quanto previsto dall'articolo 1358 c.c., il comportamento dei soggetti nelle ipotesi di contratti sottoposti a condizione.

Ed, infine, il principio di buona fede, in virtù di quanto previsto dall'articolo 1366 c.c., deve essere rispettato nell'interpretazione del contratto.

Il settimo, e ultimo, punto concerne l'onere della prova.

7) Onere della prova

In materia di onere della prova, si hanno due norme: gli articoli 2697 e 2698 del c.c., i quali, nella sostanza, pongono, a carico di colui che agisce in giudizio, l'onere di dare la prova degli elementi che compongono la fattispecie.

In particolare, l'articolo 2697 c.c. – *“Onore della prova”* – stabilisce quanto segue: *“Chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento”*.

E si aggiunge: *“Chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda”*.

Pertanto, secondo la valutazione espressa dalla norma in commento, l'onere della prova grava, da un lato, su chi agisce e, dall'altro lato, su chi eccepisce, opponendosi a quanto sostenuto da chi ha presentato l'azione.

Al successivo articolo 2698 c.c. – *“Patti relativi all'onere della prova”* – si aggiunge: *“Sono nulli i patti con i quali è invertito ovvero è modificato l'onere della prova, quando si tratta di diritti di cui le parti non possono disporre o quando l'inversione o la modificazione ha per effetto di rendere a una delle parti eccessivamente difficile l'esercizio del diritto”*.

Con riguardo al discorso che stiamo affrontando, quindi, colui che pretende di aver agito in buona fede, secondo ciò che risulta dalla lettera degli articoli 2697 e 2698 c.c., ha, a suo carico, l'onere di dare la completezza della prova della sua buona fede.

È proprio così? Provare la buona fede significa dare una dimostrazione circa uno *status* soggettivo (mancanza di conoscenza, comportamento attendibile e corretto).

È difficile ritenere che tutto ciò sussista.

Bisogna, comunque, considerare il contenuto dell'articolo 1147, comma 3, c.c., il quale ragiona in maniera diversa e degna di maggiore considerazione.

Nella suddetta disposizione si legge: *“La buona fede è presunta e basta che vi sia stata al tempo dell'acquisto”*.

In ambito possessorio, quindi, la buona fede è presunta e spetterà alla controparte provare la mala fede del soggetto.

Si ritiene che la valutazione espressa dall'articolo 1147/3 c.c. dovrebbe essere estesa a tutte le situazioni che si caratterizzano con riferimento alla buona fede perché è, probabilmente, più semplice provare il comportamento in mala fede che non quello di buona fede.

2. Il principio di buona fede in ambito giurisprudenziale.

Per completare l'analisi del principio di buona fede, proponiamo l'analisi di una serie di sentenze significative sul tema in oggetto.

2.1. Regole di comportamento e norme di validità del contratto: analisi della sentenza della Cassazione, Sezioni Unite, n. 26724 del 2007.

Innanzitutto, proponiamo l'analisi di una sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che si è occupata di risolvere il problema delle conseguenze che possono derivare dalla violazione del principio di buona fede e correttezza contrattuale.

Nello specifico, la sentenza che andremo ad analizzare è la pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 26724, del 19 dicembre del 2007.

Cass., Sez. Un., n. 26724/07

La vicenda inizia quando, nel 1995, il Tribunale di Torino emette un decreto ingiuntivo a carico di due società – Fincom e Edilcentro – per i

debiti (circa 7 miliardi di vecchie lire) che esse avevano nei confronti della Banca San Paolo.

Tali debiti riguardavano un rapporto di conto corrente, al quale accedeva una linea di credito per l'acquisto di strumenti finanziari.

Sia la Fincom che la Edilcentro si opposero al decreto ingiuntivo, contestando questioni relative all'addebito della commissione di massimo scoperto e alla decorrenza degli interessi sul conto corrente.

Le due società soprattutto, però, ritenevano che i contratti, sottostanti al conto corrente e con i quali erano stati acquistati determinati prodotti finanziari, non determinavano la nascita di un obbligo di pagamento perché assimilabili, per l'elevato rischio dei prodotti finanziari acquistati, al gioco e alla scommessa e, quindi, rientranti nell'ambito di applicazione dell'articolo 1933 del codice civile.

Le opposenti aggiungono, anche, che l'ammontare del debito che si era accumulato sul conto corrente era, in realtà, stato causato dal comportamento della banca che, per quanto attiene allo svolgimento delle diverse operazioni finanziarie oggetto dei suddetti contratti di intermediazione finanziaria, non aveva rispettato quanto previsto dall'articolo 6 della legge n. 1 del 1991 (oggi sostituita dal D. Lgs. n. 58/98 cd. T.U.F.), il quale impone all'intermediario il rispetto dei doveri di diligenza, correttezza e professionalità; e pone a carico dell'intermediario stringenti obblighi informativi.

In particolare, secondo le due società, la banca aveva suggerito investimenti rischiosi senza informare adeguatamente i clienti ed aveva posto in essere operazioni finanziarie nelle quali aveva un interesse in conflitto con quello dei clienti.

Le due società chiesero, quindi, il risarcimento dei danni subito a seguito del comportamento scorretto tenuto dalla banca.

In corso di causa, le società eccepirono, poi, la nullità dei contratti di intermediazione finanziaria suddetti per violazione della norma imperativa di cui all'articolo 6 della legge n. 1/91.

Il Tribunale accolse l'opposizione e revocò il decreto ingiuntivo, però, solo relativamente alle questioni inerenti alla commissione di massimo scoperto e alla decorrenza degli interessi.

La Corte d'appello di Torino rigettò il ricorso riproposto integralmente dalle due società.

In particolare, la Corte d'appello rigettò l'eccezione di nullità dei contratti perché le violazioni dedotte si riferivano al comportamento prenegoziale (precontrattuale) della banca e, come tali, non potevano riflettersi sulla validità dei contratti stessi.

Il giudice d'appello esclude, poi, l'applicazione dell'articolo 1933 c.c. perché i contratti in questione rientravano tra le ipotesi considerate dall'articolo 23 della legge del 1991 che, espressamente, escludeva l'applicazione della disposizione dell'articolo 1933.

Contro tale decisione, le due società propongono ricorso per Cassazione. Otto sono i motivi posti a sostegno del ricorso, però, noi analizzeremo soltanto quella parte dell'argomentazione, proposta dalle ricorrenti, che qui ci interessa maggiormente.

Le ricorrenti, infatti, ribadiscono la nullità, ex articolo 1418 c.c., dei contratti perché contrari a quanto previsto dall'articolo 6 della legge n. 1/91, il quale impone determinati comportamenti agli intermediari finanziari nei riguardi dei clienti.

Diversamente da quanto sostenuto dalla Corte d'appello (per la quale le violazioni delle suddette prescrizioni relative al comportamento prenegoziale delle parti non determinano la nullità del contratto), per le ricorrenti esistono, nel nostro ordinamento, tutta una serie di ipotesi, in cui la violazione di norme non attinenti al

contenuto del contratto ha, comunque, determinato la nullità del contratto medesimo. Vengono, nello specifico, citate le ipotesi di mancata adozione di specifici adempimenti preliminari in materia valutaria e l'ipotesi della mancanza dell'autorizzazione nello svolgimento delle attività di intermediazione mobiliare.

Si aggiunge, anche, che i comportamenti della banca hanno inciso sulla formazione del consenso e, quindi, sul contenuto dell'accordo.

Le società, infine, ribadiscono l'applicazione dell'articolo 1933 c.c. e la richiesta di risarcimento danni.

Con l'Ordinanza n. 3683/2007, la prima sezione civile della Cassazione rimette la questione alle Sezioni Unite.

Nell'Ordinanza di remissione, innanzitutto, si sottolinea che esiste, in materia, un consolidato orientamento giurisprudenziale (ribadito, da ultimo, dalla sentenza della Cass., n. 19024/2005), secondo cui l'inosservanza degli obblighi informativi di cui all'articolo 6 della legge del '91 non può cagionare la nullità del contratto. Ciò perché la nullità del contratto per violazione di norme imperative postula una violazione che si riflette sulla struttura e sul contenuto del contratto. Al contrario, l'illegittimità della condotta tenuta da una delle parti non può determinare la nullità del contratto, almeno che ciò non sia espressamente e specificatamente previsto.

Nella sostanza, il suddetto orientamento giurisprudenziale si rifà al tradizionale principio di non interferenza delle regole di comportamento con quelle di validità del contratto.

Nell'Ordinanza si fa, però, presente che, in altre circostanze e relativamente ad altre ipotesi, la Cassazione ha ravvisato ipotesi di nullità del contratto per violazione di norme imperative relative alla fase precontrattuale, o relative alle modalità di esecuzione del rapporto contrattuale. Ciò è avvenuto, per esempio, in caso di

mancata autorizzazione a contrarre, in casi di mancanza dei requisiti soggettivi di uno dei contraenti ed in caso di circonvenzione d'incapace.

In più, secondo quanto si legge nell'Ordinanza, il principio tradizionale di non interferenza delle regole di comportamento con le regole di validità del contratto è messo in discussione, anche, da alcuni recenti interventi del legislatore che assegnano, ai fini della validità del contratto, rilevanza al comportamento delle parti. Il riferimento è, in particolare, all'articolo 52 del Codice del Consumo per i contratti stipulati telefonicamente; all'articolo 34 del Codice del Consumo sulle clausole vessatorie; all'articolo 3 della l. 287/90 in tema di abuso di posizione dominante.

Per queste ragioni, quindi, la prima sezione civile della Cassazione chiede l'intervento delle Sezioni Unite.

Vediamo come rispondono le Sezioni Unite, in riferimento a tale tema controverso.

In primo luogo, esse sottolineano che, diversamente da quanto affermato dall'Ordinanza di remissione, non esiste in materia un effettivo contrasto giurisprudenziale perché le decisioni richiamate dalla medesima Ordinanza (ad eccezione della sentenza del 2005) sono tutte relative a questioni diverse rispetto al caso oggetto della controversia. Ciò, comunque, non esclude che ci troviamo di fronte ad una questione di massima importanza che merita di essere approfondita.

Premesso quanto sopra, soffermiamoci sul contenuto specifico dell'articolo 6 della legge 1/91 (il cui contenuto è stato ripreso integralmente dal T.U.F.). Esso, come già anticipato, pone una serie di principi generali e di regole di comportamento a cui l'intermediario finanziario deve uniformarsi nell'esercizio delle sue attività.

In particolare, l'intermediario ha un dovere di diligenza, correttezza e professionalità; ha un obbligo di informazione preliminare circa la regolamentazione e l'esercizio dell'attività di intermediazione finanziaria; ha l'obbligo di tenere costantemente informato il cliente circa i rischi delle operazioni che vengono, di volta in volta, intraprese; non deve consigliare, né effettuare operazioni inadeguate rispetto alla situazione finanziaria del cliente; non può svolgere operazioni in conflitto di interesse.

Pertanto, dal contratto di intermediazione finanziaria derivano una serie di reciproci obblighi e diritti dell'intermediario e del cliente. Tutte le operazioni successive, che l'intermediario compie per conto del cliente, costituiscono attuazione del contratto di intermediazione finanziaria, per cui, gli obblighi di comportamento prescritti dall'articolo 6 (e ribaditi dal T.U.F.) sono, in qualche modo, finalizzati al rispetto della clausola generale che impone all'intermediario di comportarsi con correttezza, diligenze e professionalità.

Nell'ambito del rapporto contrattuale che lega l'intermediario finanziario ed il cliente, poi, secondo le Sezioni Unite, alcuni dei suddetti obblighi comportamentali si collocano nella fase precontrattuale (obbligo di consegnare al cliente il documento informativo; dovere dell'intermediario di acquisire le informazioni generali sulla situazione finanziaria del cliente).

Altri obblighi comportamentali, invece, si collocano nella fase di esecuzione del rapporto contrattuale (obbligo di informare il cliente sui rischi delle operazioni che, di volta in volta, vengono effettuate; obbligo di comunicare l'esistenza di eventuali situazioni di conflitto di interesse).

Non vi è, quindi, dubbio che l'articolo 6 è norma imperativa, in quanto dettata nell'interesse generale all'integrità del mercato finanziario.

Il fatto, però, che l'articolo 6 sia norma imperativa non dimostra, in modo automatico, che la sua violazione determina la nullità del contratto. La violazione degli obblighi comportamentali prescritti dalla norma in commento avrà, sicuramente, delle conseguenze, però non è detto che tale conseguenza sia la nullità.

Innanzitutto, per le Sezioni Unite, non è possibile parlare di nullità *ex* articolo 1418/3 c.c. – *“Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge”* – perché il legislatore non l'ha espressamente prevista.

Non è, neppure, possibile far riferimento alla nullità di cui all'articolo 1418/2 c.c. – *“Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346”*. Tra queste ipotesi rientra, anche, la mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto di cui all'articolo 1325 c.c., però, anche volendo ammettere che gli obblighi comportamentali dell'intermediario finanziario influiscono sul contenuto dell'accordo contrattuale, è difficile sostenere che, in questi casi, manchi totalmente il consenso.

Resta da verificare, quindi, se sia possibile, in questi casi, far riferimento alle ipotesi di nullità *cd. virtuale*, di cui al primo comma dell'articolo 1418 c.c. – *“Il contratto è nullo quando è contrario norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente”*.

Secondo le Sezioni Unite, la suddetta domanda ha già avuto motivata risposta negativa da parte della Cassazione, con la sentenza n. 19024/2005. Tale pronuncia, come abbiamo detto, si fonda sulla

tradizionale distinzione fra norme di comportamento e norme di validità del contratto. Pertanto, in virtù di ciò la violazione di norme comportamentali (sia nella fase precontrattuale che nella fase di esecuzione del contratto) genera responsabilità e può portare alla risoluzione del contratto, ma non incide sulla genesi, sulla struttura dell'atto negoziale.

La suddetta distinzione è, secondo la Cassazione, anche confermata dal fatto che dal dovere generale di buona fede e correttezza nell'ambito del rapporto contrattuale, il codice civile fa discendere conseguenze risarcitorie che possono incidere sulla sopravvivenza dell'atto, ma che non determinano mai la radicale nullità del contratto.

Ed ancora, le disposizioni legislative, richiamate nell'Ordinanza di remissione, per le Sezioni Unite, sono solo il sintomo di una tendenza in atto che, però, non è in grado di scardinare il principio tradizionale di non interferenza fra regole di comportamento e regole di validità.

A questo punto, le Sezioni Unite cercano di capire se il suddetto principio generale possa, però, essere messo in discussione nello specifico settore dell'intermediazione finanziaria.

Anche in questo caso, la risposta è negativa perché, innanzitutto, non vi sono indici normativi univoci dell'intenzione del legislatore di considerare sempre le regole di comportamento alla stessa stregua delle regole di validità. Non si può, neppure, far riferimento al fatto che la correttezza del comportamento dell'intermediario è strettamente collegata al buon funzionamento del mercato finanziario. Rispetto a ciò, infatti, opera il sistema di controlli da parte dell'autorità pubblica di vigilanza. In più, il legislatore, evidentemente, non ha mai sentito la necessità di modificare in modo significativo

quanto previsto dalla legge n. 1 del 1991 che, come abbiamo detto, è stata ripresa pressoché integralmente dal D. Lgs. 58/98 (T.U.F.).

Pertanto, esclusa la nullità del contratto, la violazione degli obblighi comportamentali che si collocano nella fase precontrattuale rientra nel campo della responsabilità precontrattuale e, quindi, determina l'obbligo, per l'intermediario, di risarcire i danni cagionati con il suo comportamento scorretto.

La violazione degli obblighi comportamentali che si collocano nella fase esecutiva del contratto di intermediazione finanziaria, invece, può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento contrattuale, con conseguente risarcimento dei danni e, eventuale, risoluzione del contratto medesimo.

Le Sezioni Unite, infine, sottolineano che il compimento di operazioni inadeguate, o in conflitto di interessi con il cliente rientrano, comunque, nell'ambito del generale dovere di correttezza e diligenza sancito dall'articolo 6, per cui, anche per queste ipotesi valgono le regole sopra enunciate.

In conclusione, secondo quanto affermato dalle Sezioni Unite, la violazione del principio di buona fede e correttezza da parte dell'intermediario finanziario non comporta la nullità del contratto, ma solo il risarcimento dei danni. Pertanto, nel caso di specie, la sentenza d'appello viene cassata e la questione è rinviata ad un nuovo giudice chiamato a decidere in ordine ad un eventuale risarcimento dei danni.

2.2. Contratti finanziari e obblighi informativi: analisi della sentenza delle Corte di Cassazione n. 12544 del 2017.

La seconda sentenza di cui proponiamo la trattazione è quella della Corte di Cassazione, n. 12544, del 18 maggio 2017.

Cass. n. 12544/17

Questa sentenza, come molte altre, ci dimostra come il contenzioso sugli obblighi informativi non sia certamente finito con la pronuncia delle Sezioni Unite del 2007, sopra esposta.

Anche in questo caso, si dibatte sul mancato adempimento degli obblighi informativi che la disciplina di correttezza e buona fede – specifica in norme di dettaglio in materia finanziaria – impone ai soggetti che gestiscono le attività di intermediazione finanziaria.

Nel caso di specie, si tratta di obbligazioni argentine e di obbligazioni di due società acquisite da un investitore che lamenta, appunto, il mancato adempimento degli obblighi informativi e, per questo, agisce nei confronti della banca.

Il Tribunale di Udine, in primo grado, condannava la banca intermediaria al risarcimento dei danni. La decisione del tribunale arriva, infatti, dopo la pronuncia delle Sezioni Unite del 2007 e, per questo, ripete, in modo abbastanza pacifico, l'idea per cui la violazione degli obblighi informativi non si ripercuote sulla validità del contratto, ma è ragione di risarcimento del danno. Pertanto, si discute, piuttosto, se e in che misura quegli obblighi furono inadempiti e, quindi, se e in che misura ci debba essere il risarcimento del danno.

La Corte d'appello di Trieste, diversamente dal giudice di primo grado, diminuisce l'entità del risarcimento del danno, in quanto riteneva che, almeno in buona parte, gli obblighi informativi fossero stati assolti.

L'investitore, deluso dalla decisione di appello, ricorre per Cassazione presentando una serie di motivi. Qui noi ci concentreremo su due motivi in particolare: il numero due e il numero tre che sono quelli che vengono accolti e che determinano l'assorbimento degli altri motivi presentati. Si tratta di motivi volti a mettere in evidenza, nella prospettiva dell'investitore accolta dalla Cassazione, un errore di valutazione da parte della Corte d'appello. Quest'ultima aveva ritenuto correttamente adempiuti gli obblighi informativi, mentre, secondo la Cassazione, tali obblighi non furono adempiuti in maniera esatta.

In base al secondo motivo di ricorso, si contestava uno specifico passaggio della motivazione della sentenza d'appello, in il giudice aveva valorizzato, ai fini della sua decisione, una formulazione che era stata inserita dalla banca negli ordini d'acquisto. In essi, infatti, era presente una formula prestampata con la quale si diceva che l'investitore prendeva atto del fatto che l'operazione fosse inadeguata al suo profilo di rischio e ciò in ragione delle difficoltà di smobilizzo che l'operazione medesima presentava. Pertanto, secondo la Corte d'appello, se la banca ha inserito in tutti i moduli degli acquisti questa formula e l'investitore l'ha sempre sottoscritta, il medesimo investitore era correttamente informato e non poteva contestare il mancato adempimento degli obblighi informativi.

Secondo il ricorrente, però, questo tipo di informazione non era tale da poter essere considerata puntuale, compiuta e adeguatamente comprensibile. Non era, cioè, una informazione tale da poter diventare *«un cofattore della decisione consapevole dell'investitore»*. In altri termini, tale formulazione non è in grado di mettere l'investitore nella condizione di decidere in ordine all'investimento perché manca l'indicazione relativa all'aspetto fondamentale dell'operazione

finanziaria. Negli ordini di acquisto, infatti, ci si limitava ad informare il cliente sulle difficoltà di smobilizzo degli investimenti senza, però, dire niente in riferimento al rischio dell'operazione finanziaria effettuata. Questo era, nei fatti, il rischio sul quale occorreva attirare l'attenzione dell'investitore, attraverso un'informazione puntuale e completa.

Il mero rinvio ad una presa d'atto dell'inadeguatezza per una ragione diversa e molto meno grave non rappresenta, nella sostanza, un adempimento degli obblighi informativi corretto e rispettoso del principio di buona fede.

Altrettanto fondato si rivela anche il terzo motivo di ricorso, in cui si contesta un altro passaggio della decisione d'appello, ossia quello nel quale la Corte d'appello aveva valorizzato la circostanza che il nostro investitore aveva un portafoglio di investimenti comprensivo di varie operazioni, anche rischiose, e, quindi, per effetto di questa sua pregressa carriera di investitore, aveva acquisito un profilo speculativo che rendeva adeguati anche gli investimenti di cui si discute.

Il ricorrente e la Cassazione non ritengono soddisfacente questa motivazione per alcune ragioni. Innanzitutto, si sottolinea che un'osservazione nei suddetti termini è troppo generica.

In secondo luogo, si aggiunge che, anche ammesso che ci possano essere stati in precedenza investimenti rischiosi, non necessariamente ciò dimostra che l'investitore avesse, nel frattempo, acquisito quella consapevolezza e capacità di distinguere che giustificerebbe la valutazione del suo profilo in termini di speculatore.

Infine, si aggiunge che, anche ammettendo che questi investimenti fossero adeguati al profilo di rischio del soggetto, in ogni caso, resta

l'inadempimento riguardo al dato informativo fondamentale, ossia il forte rischio del mancato rimborso del capitale investito. Anche perché, in data precedente all'investimento, l'agenzia *Moody's* aveva comunicato che vi era un rischio di mancato rimborso delle obbligazioni argentine. Per questa ragione, la banca intermediaria avrebbe dovuto, per diligenza professionale, informare l'investitore e ciò anche volendo ritenere l'investimento adeguato al profilo di rischio del cliente.

Pertanto, accogliendo i due motivi e assorbendo gli altri, la Cassazione ritiene che si debba considerare inadempito l'obbligo di informazione e, quindi, richiamando la precedente giurisprudenza, ritiene che si possa presumere il nesso di causalità fra la mancata (o non completa) informazione ed il danno subito con conseguente riconoscimento, a favore dell'investitore, di un ristoro sul piano risarcitorio.

2.3. Il rispetto dei principi di buona fede e correttezza nei contratti atipici di intermediazione finanziaria: Cassazione n. 2900 del 2016.

L'ultima sentenza che analizzeremo è quella della Corte di Cassazione, n. 2900, del 15 febbraio 2016.

Cass. n. 2900/2016

La pronuncia, come quella delle Sez. Unite del 2007 già vista, ha ad oggetto un contratto di intermediazione finanziaria intercorso fra un risparmiatore privato ed un istituto bancario.

Anche in questo caso, come nel precedente, il cliente sostiene la nullità del contratto e richiede la restituzione delle somme versate in esecuzione del contratto stesso.

Vedremo come la banca, per contestare le richieste del cliente, richiami quanto affermato dalle Sez. Unite nel 2007 che, come

abbiamo visto, hanno escluso che la violazione delle norme che pongono una serie di obblighi di comportamento a carico dell'intermediario finanziario non comporta la nullità del contratto. Secondo le Sez. Unite, la violazione degli obblighi di informazione e dell'obbligo di buona fede e correttezza da parte dell'intermediario finanziario può ricadere nell'ambito della responsabilità precontrattuale – se la violazione è avvenuta nella fase di formazione del contratto – o nell'ambito della responsabilità contrattuale – se la violazione si realizza nella fase di esecuzione del contratto – con conseguente risarcimento dei danni.

Nel caso in esame, i giudici sono chiamati a pronunciarsi sulla validità del cosiddetto contratto “4You” proposto, tra il 2000 e il 2001, dal Monte dei Paschi di Siena ai propri clienti. Tale contratto è stato oggetto di numerose contestazioni che hanno portato anche ad altre pronunce giurisprudenziali, oltre a quella che stiamo analizzando.

Lo schema negoziale del contratto “4You” era caratterizzato dalla presenza di diverse operazioni negoziali.

Innanzitutto, la banca (MPS) concedeva un mutuo al cliente. L'importo del mutuo era, però, impiegato per l'acquisto di prodotti finanziari da parte dell'istituto bancario.

Per questo scopo, il cliente dava mandato alla banca per l'acquisto dei suddetti prodotti finanziari.

I titoli acquistati erano, poi, dati in pegno alla banca come garanzia per la restituzione delle somme concesse a titolo di mutuo.

Questo complesso schema negoziale era poi caratterizza anche dal fatto che l'istituto bancario, nella sostanza, determinava unilateralmente la natura e l'entità degli investimenti effettuati. Ed, anche, dal fatto che il recesso anticipato del cliente era ammesso solo

pagando una penale, particolarmente, elevata, pari solitamente al valore dell'intero investimento.

Il cliente, chiaramente, ottiene, attraverso l'erogazione del mutuo, le somme necessarie per effettuare determinati investimenti sul mercato finanziario e mira ad ottenere dei profitti dal rendimento dei prodotti acquistati.

Nel caso di specie, quindi, il cliente della banca MPS sottoscriveva un contratto "4You". Veniva concesso un mutuo e, con la somma mutuata, venivano acquistate dalla banca delle obbligazioni Interbanca e dei fondi comuni di investimento della Ducato Gestioni S.p.A.

Su tali titoli veniva costituito un pegno a favore della banca, come garanzia per la restituzione delle somme concesse a titolo di mutuo.

Come abbiamo detto, lo schema negoziale in questione è stato oggetto di numerose contestazioni e, anche in questo caso, il cliente, dopo essersi reso conto della rischiosità del contratto sottoscritto, agisce in giudizio per far accertare la nullità del contratto medesimo.

Il Tribunale rigetta la domanda. Viceversa, la Corte d'appello di Genova accoglie la domanda e dichiara la nullità del contratto "4You" per violazione di una serie di norme del TUF e del Regolamento Consob n. 11522 del 1998.

In particolare, si ritiene che lo schema negoziale in questione abbia violato l'articolo 21 TUF che impone all'intermediario finanziario l'obbligo di comportarsi con diligenza, correttezza e professionalità, in modo tale da far sì che l'operazione proposta sia adeguata alle esigenze dell'investitore.

Nel caso controverso, come già detto, l'acquisto dei prodotti finanziari è rimesso alla totale discrezionalità della banca che ha agito

senza informare il cliente in merito al tipo di prodotto acquistato e al prezzo dello stesso.

Tra l'altro la perizia di parte, effettuata nel giudizio di primo grado, aveva evidenziato che il cliente avrebbe realizzato una perdita sicura perché i titoli acquistati avevano una rendita più bassa, rispetto al tasso d'interesse che doveva essere pagato per la restituzione delle somme concesse a titolo di mutuo.

Si ritiene anche che venga violato quanto previsto dall'articolo 27 TUF. Il Monte dei Paschi, infatti, aveva effettuato operazioni in conflitto d'interessi, essendo le obbligazioni e i titoli acquistati emessi da società collegate con l'istituto bancario. Tali operazione erano state effettuate, in contrasto con quanto stabilito dall'articolo 27 TUF, senza informare il cliente e senza acquisire, in via anticipata, il consenso dello stesso.

Si contesta anche la violazione degli articoli 24 TUF e 37 del Reg. Consob perché il meccanismo negoziale prevedeva il recesso anticipato del cliente, però, dietro il pagamento di una penale equivalente al valore totale dell'investimento.

Ad avviso della Corte d'appello, le violazioni contestate non riguardano specifiche regole di condotta – che, come tali, avrebbero determinato l'operatività dei principi espressi dalle Sez. Unite nel 2007 – ma si tratterebbe di vizi strutturali e genetici del contratto, con conseguente nullità dello stesso per violazione di norme imperative.

Con la decisione del giudice d'appello, il MPS propone ricorso per Cassazione.

Il ricorso è articolato in sette motivi che possono essere così riassunti.

In primo luogo, la banca ricorrente inquadra la fattispecie nell'ambito dell'ipotesi del collegamento negoziale. Il contratto "4You", secondo l'istituto bancario, non è un contratto unitario, ma si hanno tre contratti autonomi e distinti (il contratto di mutuo; il contratto di mandato; il pegno) tra loro collegati.

In secondo luogo, partendo dalla qualificazione del rapporto contrattuale non in termini unitari, ma come ipotesi di collegamento negoziale, la banca esclude la nullità dell'atto contrattuale per violazione di norme imperative e sostiene che, viceversa, sia ravvisabile la violazione di specifiche regole di condotta che, come tali, non incidono sulla validità del negozio, ma determinano un semplice inadempimento contrattuale da cui conseguirebbe un risarcimento dei danni a favore del cliente.

A tal proposito, viene richiamato integralmente il ragionamento fatto dalla Sez. Unite con la sentenza n. 26724 del 2007. Come più volte detto, in virtù del suddetto ragionamento, la violazione di norme di condotta, collegate al rispetto degli obblighi di informazione e di buona fede e correttezza dell'intermediario finanziario, non determina la nullità del contratto, ma integra un'ipotesi di inadempimento che può sostanziarsi in una responsabilità precontrattuale o contrattuale con conseguente risarcimento del danno.

Vediamo, quindi, come risponde la Corte di Cassazione.

I giudici di Roma rigettano il ricorso e, sostanzialmente, fanno un ragionamento diverso, rispetto a quanto sostenuto dalla banca ricorrente.

Innanzitutto, la Cassazione ritiene che il meccanismo negoziale posto in essere con il contratto "4You" non debba essere inquadrato nell'ambito del collegamento negoziale.

Per i giudici non siamo dinanzi a tre contratti tipici (mutuo; mandato; pegno) tra loro autonomi, ma siamo dinanzi ad un contratto atipico di intermediazione finanziaria che, in quanto tale, deve essere sottoposto al vaglio di meritevolezza dell'interesse perseguito, secondo quanto stabilito dal secondo comma dell'articolo 1322 del codice civile.

L'articolo 1322/2 c.c., com'è noto, consente alle parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, di concludere contratti atipici purché realizzino interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Per questa ragione, il contratto atipico, prima che ad un giudizio di liceità *ex* articolo 1418 c.c., deve essere sottoposto ad un giudizio di meritevolezza dell'interesse *ex* articolo 1322/2 codice civile.

Anche perché, i principi affermati dalle Sez. Unite del 2007 valgono per i contratti atipici di intermediazione finanziaria che abbiano superato il vaglio di meritevolezza dell'interesse.

Al contrario, nel caso in cui il contratto atipico non superi il suddetto controllo, non si pone neppure il problema di stabilire se le violazioni delle regole di condotta, con esso perpetrate, rientrino nell'ambito della nullità, o comportino un mero risarcimento del danno.

In altri termini, la violazione di regole di condotta, attinenti al rispetto dei doveri di buona fede e correttezza, può essere valutata soltanto in riferimento ad un contratto valido e produttivo di effetti e non per uno schema contrattuale che ha subito un giudizio negativo *ex* articolo 1322/2 codice civile.

Fatta questa premessa di carattere generale, la Cassazione passa ad esaminare, in concreto, la meritevolezza degli interessi perseguiti con il contratto "4You".

Il giudizio della Corte è negativo. Essa ritiene che lo schema negoziale atipico in questione non persegue un interesse meritevole di tutela perché affetto da un grave squilibrio contrattuale.

Il rischio, tipico di tutti i contratti di intermediazione finanziaria, è, in questo caso, concentrato esclusivamente a carico dell'investitore. Siamo di fronte ad uno schema negoziale che sottopone il cliente soltanto a conseguenze svantaggiose. La banca intermediaria, invece, è priva di qualsiasi rischio perché può lucrare sugli interessi del mutuo e, al contempo, operare sul mercato finanziario.

In altre parole, con il contratto "4You" si promette al cliente un beneficio economico totalmente disatteso, attraverso l'acquisto di strumenti finanziari eccessivamente rischiosi ed inadeguati.

Per queste ragioni, il contratto "4You", vista l'enorme alterazione dell'equilibrio contrattuale, non è meritevole di tutela *ex* articolo 1322/2 c.c. e, quindi, è improduttivo di effetti fin dalla sua origine.

In conclusione, il ricorso della banca viene rigettato, arrivando a considerare il contratto atipico in questione non semplicemente nullo, ma addirittura, secondo l'articolo 1322/2 c.c., immeritevole di tutela.