

GIURISPRUDENZA DI MERITO

direttore scientifico **Ciro Riviezzo**

12-2008

XL — dicembre 2008 , n°12

| estratto

IL CASO "MY WAY" E IL CONTRATTO
ALEATORIO UNILATERALE

di Valerio Sangiovanni



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE
MILANO

512 CONTRATTI ATIPICI E INTERESSI MERITEVOLI DI TUTELA SECONDO L'ORDINAMENTO GIURIDICO

TRIBUNALE DI BRINDISI - 8 LUGLIO 2008, N. 489 - PRES. FEDELE - EST. PALMIERI - A.B. (AVV. PUTIGNANO) C. B.M.D.P.D.S. S.P.A. (AVV.TI CARBONETTI, DELLA VECCHIA, MARRAZZA)

Obbligazioni e contratti - Cause e motivi - Illeciti - Contratti atipici - Contratto aleatorio unilaterale - Causa illecita - Nullità del contratto.

(C.C., ARTT. 1322, 1343, 1418)

Il «contratto aleatorio unilaterale», nel quale l'alea — quale elemento attinente alla causa del contratto — è tutta concentrata nella sfera giuridica del risparmiatore non è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.), in quanto l'ordinamento non può ammettere la validità di contratti atipici che, lungi dal prevedere semplici modalità di differenziazione dei diversi profili di rischio, trasferisca piuttosto in capo a una sola parte tutta l'alea derivante dal contratto, attribuendo invece alla controparte profili certi quanto alla redditività futura del proprio investimento.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO. - Con atto di citazione ritualmente notificato, A.B. ha convenuto in giudizio la B.d.M.d.P.d.S. s.p.a., esponendo che: in data 3 luglio 2001 egli aveva concluso con la B.d.S. (di seguito fusasi nell'odierna convenuta) un piano finanziario denominato «my way»; egli aveva stipulato il contratto sulla base delle duplice assicurazione sia che trattavasi di prodotto previdenziale, sia che egli avrebbe potuto in qualsiasi momento sciogliersi dal contratto, ottenendo la restituzione delle somme già corrisposte, maggiorate degli interessi; rassicurato da tale prospettazione dell'investimento, egli si era impegnato a versare la somma di ex lire 300.000 mensili; tale contratto doveva reputarsi nullo, annullabile o comunque inefficace, per le ragioni esposte in atti. Ha chiesto pertanto dichiararsi la nullità, annullamento o inefficacia del contratto in esame, con contestuale condanna della banca convenuta alla restituzione delle somme da lui versate, maggiorate della rivalutazione monetaria e degli interessi legali. Il tutto con vittoria delle spese di lite, da distrarsi in favore del suo procuratore anticipatario.

Costituitasi in giudizio, la banca M.d.P.d.S. s.p.a. ha chiesto il rigetto della domanda, con vittoria delle spese di lite.

A seguito d'istanza ex art. 12 d.lg. n. 5 del 2003, il giudice relatore ha fissato udienza collegiale per il 15 aprile 2008. A tale udienza le parti hanno illustrato le relative conclusioni e discusso oralmente la causa. Di seguito, previa conferma del decreto del g.r. e successiva attività istruttoria, all'udienza del 17 giugno 2008 le parti hanno nuovamente discusso la causa, e il Tribunale — ai sensi dell'art. 15 comma 5 d.lg. n. 5 del 2003 — ha riservato il successivo deposito della sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE. - La domanda dell'attore è fondata, per quanto di ragione, e deve pertanto essere accolta, nei limiti di cui appresso.

Con il primo motivo di censura, deduce l'attore la nullità del contratto in esame, per contrarietà con la previsione di cui agli artt. 1322-1343 c.c.

La censura è fondata.

Il contratto oggetto del presente giudizio, denominato «my way», costituisce la risultante di una serie di operazioni economiche fra di loro funzionalmente collegate. Precisamente, il negozio si articola nella concessione, da parte della banca proponente l'investimento, di un finanziamento destinato esclusivamente all'acquisto di particolari strumenti finanziari, e segnatamente di titoli «European Investment Bank», nonché di quote del fondo comune di investimento «Spazio Finan-

za Concentrato». Quale contropartita della concessione del finanziamento, il risparmiatore — per tutta la durata del rapporto negoziale — è tenuto al pagamento di una rata costante che comprende un tasso d'interesse del 6,20% annuo.

Tale essendo il contenuto essenziale del contratto, occorre ora individuarne la natura giuridica, al fine dell'individuazione della disciplina applicabile.

Sul punto, reputa il Collegio che si esula senz'altro, nel caso in esame, sia dalla figura del mutuo semplice, sia da quella del c.d. mutuo di scopo. Ciò in quanto caratteristica precipua del mutuo — almeno nella sua connotazione c.d. reale — è rappresentata dalla messa a disposizione di una somma di danaro in capo al mutuatario, il quale ne acquista la proprietà, con l'obbligo di restituirla alla scadenza, secondo le modalità indicate nel contratto di mutuo. Particolare configurazione del contratto di mutuo è poi rappresentata dal c.d. mutuo di scopo, ricorrente tutte le volte in cui lo scopo del finanziamento assurge a causa del contratto, nel senso che il finanziamento è concesso a condizione (*sine qua non*) che la somma mutuata venga utilizzata dal mutuatario per una particolare finalità convenzionalmente pattuita. Con la conseguenza che l'impossibilità originaria dello scopo determina nullità del contratto, nel mentre la sua mancata realizzazione dà luogo ai rimedi risolutivi (art. 1453 ss. c.c.) normativamente previsti.

Nulla di tutto ciò accade invece nel contratto in esame. Ciò in quanto la somma asseritamente «mutuata» non è in alcun modo messa a disposizione del cliente, neppure con la sola limitazione rappresentata dalla sussistenza di un particolare scopo. Piuttosto, il finanziamento resta sul piano puramente nominale, in quanto, per espressa previsione negoziale (art. 1), esso «sarà esclusivamente utilizzato per l'acquisto/sottoscrizione degli strumenti finanziari indicati ai seguenti punti nn. 2 e 3».

Alla luce di tali caratteristiche del contratto in esame, reputa il Collegio che esso esula senz'altro dalla fattispecie del mutuo, ponendosi piuttosto quale contratto atipico, la cui causa è da ricercarsi nel particolare collegamento negoziale sussistente tra le operazioni di riferimento. In particolare, reputa il decidente che la causa del contratto in esame sia da ricercarsi non solo — e non tanto — nel finanziamento di somme di danaro da parte della banca proponente l'investimento quanto, piuttosto, anche nella vendita di particolari prodotti finanziari da parte della banca medesima. Vendita attuata non già mediante acquisto diretto e immediato di tali prodotti da parte del cliente, sibbene attraverso la concessione di un finanziamento da destinarsi al relativo acquisto.

Chiarita la natura giuridica del contratto in esame (contratto atipico con finalità, collegata, sia di finanziamento di somme, sia di acquisto di prodotti finanziari), occorre ora valutare se esso realizzi interessi meritevoli di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c.

Sul punto, osserva il Collegio che, per la particolare struttura del contratto in esame, la banca fa acquistare dall'attore prodotti finanziari riconducibili alla banca stessa, lucrando un tasso d'interesse certo e definito (nella specie, il 6,20%). In tal modo, la banca si autofinanzia, riuscendo non soltanto a collocare sul mercato titoli di altrimenti difficile negoziazione — essendo gli stessi quotati non in Borsa, ma, a voler tutto concedere, in mercati non regolamentati — ma a collocare titoli propri (o comunque a essa riconducibili), lucrando in tal modo su un'operazione rivolta a suo prevalente, se non esclusivo, favore.

A fronte di un guadagno certo della banca (il tasso di interesse del 6,20% annuo convenzionalmente pattuito) all'attore sono, invece, attribuiti margini di redditività del tutto aleatori. Invero, lo stesso contratto (sez. 1, punto 6) dà atto del fatto che «le operazioni eventualmente eseguite su strumenti finanziari non negoziati in mercati regolamentati possono comportare gravi difficoltà di liquidare gli strumenti finanziari acquistati e comunque di valutarne il valore effettivo», per aggiungere poi che tali operazioni «sono caratterizzate da una rischiosità molto elevata, con possibilità di perdite anche eccedenti l'esborso originario, il cui preventivo apprezzamento è ostacolato dalla loro complessità». In maniera ancora più significativa, con riferimento all'acquisto di quote del suddetto fondo comune d'investimento, è lo stesso contratto a riconoscere che «non v'è garanzia del rendimento futuro delle stesse».

Riepilogando, con l'operazione in esame la banca acquista un doppio vantaggio, rappresentato sia dal fatto che la stessa si autofinanzia (in quanto vengono acquistati prodotti a essa stessa riconducibili, e di altrimenti difficile collocazione sul mercato), sia dal fatto che essa lucra anche un tasso d'interesse da un'operazione, già di per sé, economicamente vantaggiosa.

Di contro, l'attore finanzia la banca, e lo fa a sue spese, in quanto acquista prodotti della banca stessa, pagando un tasso fisso certo (il 6,20% annuo), senza però avere alcuna garanzia certa circa la redditività futura del proprio investimento, e anzi dovendo mettere in conto «...una rischiosità molto elevata, con possibilità di perdite anche eccedenti l'esborso originario».

Per tali caratteristiche, il contratto atipico in esame realizza una figura finora ignota al panorama giuridico italiano, quella, cioè, del «contratto aleatorio unilaterale». Invero, l'alea — quale elemento attinente alla causa del contratto — è tutta concentrata nella sfera giuridica del risparmiatore, che paga un saggio d'interesse fisso con il concreto rischio di «perdite anche eccedenti l'esborso originario», nel mentre la banca si giova di tale saggio (nonché del primario beneficio dell'autofinanziamento) senza, di contro, obbligarsi — neppure in via ipotetica, secondo i dettami dell'alea — ad alcuna corrispondente prestazione nei confronti della controparte.

È evidente, allora, lo squilibrio contrattuale derivante da tale genere di operazione. Squilibrio di tipo soltanto unilaterale, e non anche, invece, bilaterale. Per tali ragioni, reputa il Collegio che tale contratto non è meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.). Ciò in quanto l'ordinamento non può ammettere la validità di contratti atipici che, lungi dal prevedere semplici modalità di differenziazione dei diversi profili di rischio, trasferisca piuttosto in capo a una sola parte tutta l'alea derivante dal contratto, attribuendo invece alla controparte profili certi quanto alla redditività futura del proprio investimento. L'insanabile squilibrio iniziale fra le prestazioni oggetto del sinallagma contrattuale rende allora l'intero contratto in esame radicalmente nullo, per sua contrarietà alle previsioni di cui agli artt. 1322-1343 c.c., non essendo detto negozio volto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Naturalmente, la nullità del contratto determina — in applicazione delle norme sull'indebito oggettivo (art. 2033 ss. c.c.) e in accoglimento della domanda principale dell'attore — la condanna della banca alla restituzione, in favore del B., delle somme da quest'ultimo versate in esecuzione del contratto nullo, pari a euro 13.014,68, oltre alle somme versate fino al momento della presente decisione.

Quanto alla decorrenza degli interessi legali sulla somma da restituire, rileva il Collegio che non sono emersi nel presente giudizio elementi tali da escludere la buona fede iniziale del convenuto (buona fede che, come è noto, si presume — art. 1147 c.c.). Per tale ragione, in ossequio al disposto dell'art. 2033 c.c., gli interessi legali sulla somma da restituire devono essere computati dall'1 ottobre 2007 — data di notifica dell'atto di citazione e conseguente *dies a quo* di decorrenza della mora — al soddisfo.

Quanto alla richiesta di rivalutazione monetaria della somma, occorre ricordare che, trattandosi di obbligazione di valuta, il creditore aveva l'onere di dimostrare il maggior danno subito per effetto del ritardato adempimento (art. 1224 comma 2 c.c.), mediante riferimento, ad es., alla redditività media del capitale da lui utilizzato.

A tali oneri l'attore non ha assolto, sicché la sua domanda relativa alla rivalutazione monetaria deve essere rigettata.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo, con distrazione in favore del procuratore anticipatario dell'attore.

P.Q.M. - Il Tribunale di Brindisi — Settore Fallimentare — pronunciando sulla domanda proposta da A.B. con atto di citazione ritualmente notificato a M.d.P.d.S. s.p.a. (quale successore a titolo universale di B.d.S. s.p.a.), nel contraddittorio delle parti costituite, così provvede:

1) accoglie la domanda principale dell'attore, per quanto di ragione, e per l'effetto: dichiara la nullità del contratto in esame; condanna l'istituto di credito convenuto alla restituzione, in favore dell'attore, delle somme da quest'ultimo corrisposte in esecuzione del contratto in esame, pari a euro 13.014,68, oltre alle somme ulteriormente versate dall'attore fino al momento della

risparmiatori. Vi è invece una serie di vicende di minore rilevanza, fra cui rientra proprio il caso «my way», oggetto della sentenza in commento.

La sentenza del Tribunale di Brindisi merita di essere commentata in quanto si occupa di profili completamente diversi da quelli che costituiscono l'oggetto della maggior parte dei provvedimenti giudiziari in materia di responsabilità delle banche. Normalmente, difatti, ciò che viene contestato agli intermediari finanziari è la violazione di norme di condotta, in particolare di doveri informativi.

Al riguardo, nella sentenza n. 19024 del 2005 ⁽²⁾, la Corte di cassazione ha affermato che gli obblighi d'informazione attengono alla fase delle trattative precontrattuali e, pertanto, la loro inosservanza non può determinare nullità del contratto, pur non essendo revocabile in dubbio che esse abbiano carattere imperativo. La contrarietà a norme imperative, considerata dall'art. 1418 c.c. quale causa di nullità del contratto, postula — difatti — che essa attenga a elementi «intrinseci» della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto. I comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità non può dar luogo a nullità del contratto.

Nelle successive sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007 ⁽³⁾ la Corte di cassazione ha

(a cura di Perrone), Milano, 2008, 1 ss.; PICARDI, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali in tema di responsabilità degli intermediari*, in *Dir. giur.*, 2007, 192 ss.; ROPPO-AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss.; SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e «nullità sopravvenuta»*, in *Contr.*, 2008, 653 ss.; SANGIOVANNI, *Contratti derivati e dichiarazione del rappresentante legale*, in *Corr. mer.*, 2008, 41 ss.; SANGIOVANNI, *Acquisto di obbligazioni e risoluzione del contratto*, in *Contr.*, 2008, 5 ss.; SANGIOVANNI, *Contratto di swap e nozione di operatore qualificato*, in *Contr.*, 2007, 1093 ss.; SANGIOVANNI, *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*, in *Contr.*, 2007, 778 ss.; SANGIOVANNI, *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MIFID*, in *Contr.*, 2007, 243 ss.; SANGIOVANNI, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *Contr.*, 2006, 1133 ss.; SANGIOVANNI, *Inadeguatezza della operazione finanziaria, risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno*, in *Corr. giur.*, 2006, 1569 ss.; SANGIOVANNI, *La nullità del contratto di gestione di portafogli di investimento per difetto di forma*, in *Contr.*, 2006, 966 ss.; SANGIOVANNI, *La nullità del contratto per inosservanza di forma nel caso delle obbligazioni argentine*, in *Corr. mer.*, 2006, 737 ss.; SANGIOVANNI, *Sollecitazione all'investimento, nullità del contratto e frode alla legge*, in questa Rivista,

2006, 1389 ss.; SANGIOVANNI, *Scandali finanziari: profili di responsabilità dell'intermediario*, in *Danno e resp.*, 2006, 874 ss.; SANGIOVANNI, *La responsabilità dell'intermediario nel caso Cirio e la recente legge per la tutela del risparmio*, in *Contr.*, 2006, 686 ss.; SANGIOVANNI, *La responsabilità dell'intermediario nel caso Parmalat e la recentissima legge per la tutela del risparmio*, in *Società*, 2006, 605 ss.; TICOZZI, *Violazione di obblighi informativi e sanzioni: un problema non solo degli intermediari finanziari*, in *Contr.*, 2007, 363 ss.; TODOROVA, *Violazione delle regole di comportamento degli intermediari finanziari. Responsabilità precontrattuale o risoluzione per inadempimento*, in *Giur. it.*, 2008, 1307 ss.; VIGLIONE, *Circolazione di prodotti finanziari privi di prospetto: nuove forme di tutela del risparmio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 43 ss.; VIGLIONE, *Nullità e risarcimento del danno nell'art. 100 bis T.U.F.: quale tutela per l'investitore non professionale?*, in *Contr. impr.*, 2008, 55 ss.; VIGLIONE, *La tutela dell'investitore retail nel nuovo art. 100-bis t.u.f.*, in *Studium iuris*, 2007, 779 ss.

⁽²⁾ Cass. 29 settembre 2005, n. 19024. La sentenza è stata pubblicata e commentata in numerose riviste, in particolare in *Contr.*, 2006, 446 ss., con nota di Poliani; in *Corr. giur.*, 2006, 669 ss., con nota di Genovesi; in *Danno e resp.*, 2006, 25 ss., con nota di Roppo-Afferni; in *Foro it.*, 2006, I, 1105 ss., con nota di Scoditti; in *Giur. it.*, 2006, 1599 ss., con nota di Sicchiero.

⁽³⁾ Cass. 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. Queste due sentenze sono state pronunciate lo stesso giorno ed enunciano l'identico principio di diritto.

affermato il principio di diritto secondo 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 fra 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 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.

2. LA NULLITÀ DEI CONTRATTI D'INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA PER CONTRARIETÀ A DISPOSIZIONE IMPERATIVA

Il cliente che consegna i propri danari alla banca affinché questa acquisti strumenti finanziari può cercare di ottenerne la restituzione chiedendo la declaratoria di nullità del contratto intercorso con l'intermediario. Si tratta di un rimedio radicale: se il contratto è nullo, chi ha prestato qualcosa in base a esso ha diritto a ottenerne la restituzione. Trova difatti applicazione l'art. 2033 c.c., secondo il quale «chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripetere ciò che ha pagato». Proprio questo è il beneficio principale derivante dall'esercizio dell'azione di nullità: la possibilità di ottenere la restituzione dell'intera somma messa a disposizione per l'investimento. Le azioni di carattere risarcitorio producono invece effetti diversi, in quanto l'attore può essere ristorato solo nei limiti del danno subito (anche se conserva la titolarità degli strumenti finanziari).

Le ragioni per cui si può chiedere la nullità di un contratto sono le più diverse. Il catalogo delle cause di nullità è contenuto nell'art. 1418 c.c. Nello specifico contesto dei contratti d'intermediazione finanziaria è spesso eccepita dai clienti la nullità del contratto per contrarietà a disposizione cogente: la legge stabilisce che «il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente» (art. 1418 comma 1 c.c.).

Cosa si intende per disposizione «imperativa» ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c.?

Le riviste che si sono occupate della questione hanno talvolta pubblicato una sola delle due pronunce. Le sentenze sono state pubblicate fra l'altro in *Contr.*, 2008, 221 ss., con nota di Sangiovanni; in *Corr. giur.*, 2008, 223 ss., con nota di Mariconda; in *Danno e resp.*, 2008, 525 ss., con note di Roppo e di Bonaccorsi; in *Giur. comm.*, 2008, II, 604 ss., con nota di Bruno-Rozzi; in *Giur. it.*, 2008, 347 ss., con nota di Cottino; in *Società*, 2008, 449 ss., con nota di Scognamiglio. In relazione alle sentenze nn. 26724 e 26725 cfr. anche GALGANO, *Il contratto di intermediazione fi-*

nanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss.; GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, 393 ss.; MAFFEIS, *Dopo le Sezioni Unite: l'intermediario che non si astiene restituisce al cliente il denaro investito*, in *Contr.*, 2008, 555 ss.; MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contr.*, 2008, 403 ss.

La Corte di cassazione ha stabilito che la natura imperativa della norma violata deve essere individuata in base all'interesse pubblico tutelato ⁽⁴⁾. La Cassazione afferma che occorre specificamente controllare la natura della disposizione violata e tale controllo si risolve nella indagine sullo scopo della legge e in particolare sulla natura della tutela apprestata, se cioè di interesse pubblico o privato.

Nella materia dell'intermediazione finanziaria si rinvencono sia disposizioni finalizzate alla tutela d'interessi pubblici sia norme preposte alla tutela d'interessi privati. In questo senso è significativo l'enunciato dell'art. 5 comma 1 t.u.f. secondo cui «la vigilanza sulle attività disciplinate dalla presente parte ha per obiettivi: a) la salvaguardia della fiducia nel sistema finanziario; b) la tutela degli investitori; c) la stabilità e il buon funzionamento del sistema finanziario; d) la competitività del sistema finanziario; e) l'osservanza delle disposizioni in materia finanziaria». La lettura di questa disposizione fa emergere chiaramente due obiettivi di tutela: l'uno pubblicistico (fiducia, stabilità, buon funzionamento e competitività del sistema finanziario), l'altro privatistico (tutela degli investitori).

Questa duplice finalità della vigilanza trova un riscontro espresso nel contesto delle norme di comportamento degli intermediari finanziari, e segnatamente nell'art. 21 comma 1 lett. a t.u.f., dove si stabilisce - fra le altre cose - che «nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: a) comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, *per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati*». «Interesse dei clienti» e «integrità dei mercati» esprimono, rispettivamente, il profilo privatistico e quello pubblicistico della disciplina. Si tratta di due obiettivi che convivono nella materia in esame. La legge stabilisce dunque espressamente che le norme di condotta degli intermediari finanziari sono finalizzate *anche* alla realizzazione di interessi pubblici. Chi scrive condivide pertanto quanto ha stabilito la Corte di cassazione nelle sentenze nn. 26724 e 26725 del 2007, secondo cui l'art. 21 t.u.f. va considerato come una disposizione imperativa, alla luce degli interessi di carattere pubblicistico che tale disposizione intende tutelare. La natura pubblicistica trova fra l'altro riscontro nel fatto che le inosservanze delle norme di comportamento sono punite con sanzioni amministrative ⁽⁵⁾. Il risparmio, infine, è protetto addirittura da una disposizione costituzionale ⁽⁶⁾.

Queste osservazioni sulla natura pubblicistica di alcuni degli interessi tutelati dalla disciplina dell'intermediazione finanziaria assumono rilievo, in relazione alle norme di comportamento degli intermediari, se si riflette sul fatto che alcune sentenze di legittimità hanno stabilito che la nullità del contratto può realizzarsi indipendentemente da una previsione espressa in tale senso. Ad esempio nel 2001 la Corte di cassazione ha deciso che, in presenza di un negozio contrario a norme imperative, la mancanza di un'espressa sanzione di nullità non è rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale in conflitto con il divieto, in quanto vi sopperisce l'art. 1418 comma 1 c.c., che rappresenta

⁽⁴⁾ Cass. 18 luglio 2003, n. 11256.

⁽⁵⁾ V. in particolare l'art. 190 comma 1 t.u.f., che prevede l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria da euro 2.500 a euro 250.000 in caso di violazione - fra le altre disposizioni - dell'art. 21

t.u.f.

⁽⁶⁾ L'art. 47 comma 1 Cost. stabilisce che «la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme».

un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità ⁽⁷⁾. Si tratta del fenomeno della nullità c.d. «virtuale», che prescinde cioè dall'espressa statuizione che la violazione di una certa disposizione comporta nullità. La nullità per contrarietà all'art. 21 t.u.f. può dunque verificarsi anche in assenza di una previsione espressa che sancisca che tale norma è imperativa.

Ciò premesso, bisogna però distinguere nettamente fra il comportamento della banca e il contenuto del negozio ⁽⁸⁾. Se è la sola condotta dell'intermediario a violare disposizioni imperative, ciò non determina la nullità del contratto. L'art. 1321 c.c. recita: «il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale». Nullo può essere solo il «contratto», vale a dire il risultato dell'accordo dei contraenti, non il «comportamento» di una delle parti. Un esempio aiuta a chiarire il concetto che si intende esprimere. Se le parti inserissero nel contratto d'intermediazione finanziaria una clausola in contrasto con l'art. 21 t.u.f., tale pattuizione sarebbe nulla per violazione di norma imperativa. Si immagini che la banca e il cliente introducano nel testo contrattuale una clausola che dispensa l'intermediario dall'acquisire le informazioni necessarie dai risparmiatori e dall'operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati. Una pattuizione del genere sarebbe in chiaro contrasto con il tenore letterale dell'art. 21 comma 1 lett. b t.u.f. ⁽⁹⁾. Siccome questa disposizione di legge è imperativa in quanto tutela interessi pubblici, la relativa clausola del contratto sarebbe nulla. Ma la situazione tratteggiata è radicalmente differente da quella riconducibile a un comportamento illegittimo dell'intermediario. Le condotte scorrette delle parti non entrano a far parte del programma contrattuale. Non vi è accordo sul punto e, dunque, non vi è — al riguardo — contratto. Ne consegue che non vi può essere nullità.

In definitiva il ragionamento svolto consente di giungere alle seguenti conclusioni:

- 1) l'art. 21 t.u.f. è disposizione imperativa;
- 2) la sua inosservanza dà luogo a nullità se la violazione è «contrattuale», ossia operata consensualmente da entrambi i contraenti;
- 3) la sua inosservanza non dà, al contrario, luogo a nullità se la violazione è «unilaterale», vale a dire posta in essere dal solo intermediario finanziario. L'art. 21 t.u.f. fissa norme di comportamento valevoli per la banca, non per il cliente, e — di conseguenza — l'unico soggetto che può violare le regole di condotta è l'intermediario finanziario.

⁽⁷⁾ Cass. 3 marzo 2001, n. 2109. Ma già molti anni prima Cass. 13 maggio 1977, n. 1901 aveva stabilito che l'ipotesi di nullità del contratto per contrarietà a norme imperative si verifica indipendentemente da una espressa comminatoria della sanzione di nullità nei singoli casi. La norma dell'art. 1418 c.c. esprime un principio generale, essendo rivolta a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione di precetti imperativi non si accompagna una specifica previsione di nullità. In tali casi unico compito del giudice è quello di stabilire se la norma o le norme

contraddette dall'autonomia privata abbiano carattere imperativo, siano — cioè — dettate a tutela dell'interesse pubblico.

⁽⁸⁾ Questa distinzione è operata, ad esempio, da Trib. Ferrara, 28 settembre 2007, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, II, 165 ss., con nota di Pellegrini.

⁽⁹⁾ Questa disposizione prevede che i soggetti abilitati devono «acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati».

3. IL CARATTERE ATIPICO DEL CONTRATTO

Il caso affrontato dal Tribunale di Brindisi si differenzia chiaramente dalla maggior parte delle sentenze rese in materia di responsabilità civile delle banche per investimenti andati male, in quanto l'*iter* argomentativo seguito dal giudice non tocca in alcun modo la questione della violazione delle norme di comportamento degli intermediari finanziari.

Nel caso di specie la nullità del contratto viene invece dichiarata sulla base del combinato disposto di tre importanti norme civilistiche: l'art. 1418 c.c. (sulle cause di nullità del contratto), l'art. 1343 c.c. (sulla causa illecita)⁽¹⁰⁾ e l'art. 1322 c.c. (sui contratti atipici)⁽¹¹⁾. L'*iter* logico del Tribunale di Brindisi è convincente, ma — essendo piuttosto articolato — deve essere seguito passo per passo, al fine di essere compreso in tutte le sue sfaccettature.

Con l'istituto della nullità del contratto l'ordinamento reprime certi comportamenti delle parti che vengono reputati non compatibili con lo stesso sistema giuridico. Nel caso di clausole contrattuali contrarie a disposizioni imperative (ipotesi che si è esaminata in dettaglio sopra), vengono espunti dall'ordinamento accordi fra privati che si pongono in contrasto con norme che l'ordinamento considera non derogabili. Ma il catalogo delle nullità non si ferma a ciò. L'ordinamento prevede molte altre situazioni che determinano tale risultato. Non essendo qui possibile soffermarsi su tutte le fattispecie regolate dal legislatore, si concentrerà l'attenzione sul caso della nullità del contratto per illiceità della causa.

Dal punto di vista normativo bisogna partire da quanto dispone l'art. 1418 comma 2 c.c., secondo cui produce nullità del contratto — fra l'altro — l'illiceità della causa. La legge prevede poi che «la causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume» (art. 1343). Infine il legislatore stabilisce che «le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1322 comma 2 c.c.).

Nel caso di specie il Tribunale di Brindisi ritiene che il contratto concluso dalla banca con il cliente sia atipico. In effetti il contratto posto in essere fra le parti presenta caratteristiche del tutto particolari, che inducono a qualificarlo come atipico. La banca concede un finanziamento «finalizzato» all'acquisto di strumenti finanziari; quale corrispettivo per tale finanziamento, il cliente deve pagare un tasso d'interesse annuo del 6,20%. Il Tribunale brindisino esclude che si tratti di un contratto di mutuo, in quanto la finalità dell'operazione non è il mero finanziamento del cliente, bensì anche l'acquisto degli strumenti finanziari. Manca inoltre, secondo la sentenza in commento, la «consegna» del danaro (elemento richiesto dalla definizione legislativa di mutuo)⁽¹²⁾, in quanto il danaro viene direttamente utilizzato per comprare gli strumenti finanziari.

⁽¹⁰⁾ Per un recente contributo in materia di causa del contratto cfr. BESOZZI, *La causa in concreto del contratto: un vero revirement?*, in *Contr.*, 2007, 1007 ss.

⁽¹¹⁾ Una rassegna dei contratti atipici che ricorrono con maggiore frequenza nella prassi è offerta da DELL'UTRI, *Commento all'art. 1322, in Codice ci-*

vile (a cura di Rescigno), I, 7^a ed., Milano, 2008, 2324 ss.

⁽¹²⁾ Secondo la legge «il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili, e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità» (art. 1813 c.c.).

Questa ricostruzione del Tribunale di Brindisi appare convincente. Per quanto è dato comprendere dal testo della sentenza la consegna del danaro non avviene. Con la conclusione del contratto in esame, la banca solo astrattamente «mette a disposizione» del cliente una somma, la quale però non entra nella reale disponibilità del cliente, in quanto essa viene direttamente e immediatamente utilizzata per comprare gli strumenti finanziari. Non vi è dunque un trasferimento di danaro dalla banca al cliente. Escluso che sussista un contratto di mutuo, il Tribunale di Brindisi afferma il carattere di atipicità del contratto di cui è chiamato a occuparsi ⁽¹³⁾.

4. LA MERITEVOLEZZA DI TUTELA SECONDO L'ORDINAMENTO GIURIDICO

I contratti atipici sono contratti diversi dai singoli contratti tipici, che sono disciplinati espressamente nel codice civile. Il codice civile contiene una lunga elencazione di contratti tipici, elencazione che occupa oltre 500 articoli dello stesso codice (artt. 1470-1986 c.c.), a partire dal contratto di vendita (definito nell'art. 1470) per arrivare al contratto di cessione dei beni ai creditori (definito nell'art. 1977 c.c.). Il contratto realizzatosi fra le parti nel caso di specie non è riconducibile a nessuno di quelli previsti espressamente nel codice civile (in particolare, come si è visto, non può essere ricondotto a un mutuo). Si tratta, dunque, di un contratto atipico.

I contratti atipici vengono regolati così nel codice civile: «le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico» (art. 1322 comma 2 c.c.). Il passaggio successivo con cui si confronta il Tribunale di Brindisi è allora quello di stabilire se il contratto sottoposto al suo esame sia o meno meritevole di tutela. Il Tribunale brindisino giunge alla conclusione che gli interessi perseguiti con il contratto di cui è causa non siano meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. La banca lucra un tasso di interesse certo, mentre il cliente si accolla da solo i rischi connessi all'acquisto e alla detenzione degli strumenti finanziari. Questi titoli risultano essere di difficile liquidabilità, non essendo negoziati in mercati regolamentati, ed è difficile valutarne il valore. Essi sono caratterizzati da una rischiosità molto elevata, con possibilità di perdite anche eccedenti l'esborso originario, e non vi è garanzia del loro rendimento futuro.

Si noti che, come risulta dal testo della sentenza in commento, il contratto intercorso fra le parti evidenziava chiaramente i rischi connessi all'operazione. Per questa ragione un'azione giudiziaria «classica» nei confronti della banca, consistente nel con-

⁽¹³⁾ Al riguardo si è rinvenuto un precedente di merito relativo proprio alla stessa vicenda «my way». Secondo Trib. Salerno 18 marzo 2008, n. 762, in *Codice civile* (a cura di Chinè-Garofoli), Roma, 2008, 2554, i contratti denominati «4 you» e «my way», con i quali la banca mette a disposizione dell'investitore una somma di danaro, che tuttavia viene da subito vincolata e veicolata, senza possibilità di diversa determinazione, verso un prestabilito piano finanziario di accumulo, costituito dall'acquisto di determinate obbligazioni, non è assimilabile al contratto di mutuo in quanto quest'ultimo si caratterizza per il fatto di

consentire al mutuatario di ottenere *statim* la liquidità occorrente per le proprie finalità, con il vantaggio di poter restituire la quantità di danaro presa a mutuo in forma dilazionata ed entro un periodo di tempo, da lui aprioristicamente ritenuto sufficiente per ottenere la provvista necessaria per remunerare il mutuante per il prestito concesso, laddove, nel caso di tali pattuizioni, il cliente è costretto a utilizzare l'importo mutuato per porre in essere una successiva operazione in tutto predisposta dalla banca, senza che su di essa possa avere in alcun modo interferito.

testare la mancata informazione da parte dell'intermediario finanziario, non avrebbe probabilmente avuto successo. A ragione, dunque, l'attore sposta il profilo della sua contestazione dalla mancata informativa alla mancata meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto.

Il Tribunale di Brindisi qualifica il contratto sottoposto alla sua attenzione come un «contratto aleatorio unilaterale». L'unilateralità è dovuta al fatto che il rischio è in capo a una parte sola, il cliente. Mentre la banca lucra un tasso fisso sicuro, il risparmiatore non ha alcuna certezza di ottenere un ritorno dall'investimento effettuato. Lo squilibrio contrattuale, che la particolare struttura del contratto realizza nel caso concreto, non è meritevole di tutela secondo l'ordinamento. Il sistema giuridico non può accettare contratti che hanno la funzione di spostare tutto il rischio a carico di una parte sola.

Il Tribunale di Brindisi giunge dunque alla conclusione che il contratto sottoposto alla sua attenzione persegue interessi che non sono degni di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Rimane da stabilire quali siano le conseguenze di tale mancata meritevolezza. Al riguardo bisogna osservare che i contratti atipici, pur non avendo una disciplina espressa e dettagliata come i singoli contratti (artt. 1470 ss. c.c.), sono assoggettati alle disposizioni del codice civile che regolano i contratti in generale. In questo senso si esprime il disposto dell'art. 1323 c.c., secondo cui «tutti i contratti, ancorché non appartengano ai tipi che hanno una disciplina particolare, sono sottoposti alle norme generali contenute in questo titolo». Trovano insomma applicazione anche ai contratti atipici gli artt. da 1321 a 1469-*bis* c.c.

Per i fini che qui interessano giova rilevare che trovano applicazione tutte le disposizioni in materia di rimedi contrattuali, in particolare quelle sulla nullità del contratto (artt. 1418 ss. c.c.), sull'annullabilità del contratto (artt. 1425 ss. c.c.) e sulla risoluzione del contratto (artt. 1453 ss. c.c.). Si tratta allora di capire quale sia il rimedio corretto nei confronti di un contratto, quale quello oggetto della sentenza del Tribunale di Brindisi, che persegue interessi non meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico.

Secondo la soluzione fatta propria dal Tribunale di Brindisi, la mancata meritevolezza incide sulla causa del contratto. Si è visto che, ai sensi dell'art. 1323 c.c., tutti i contratti - anche quelli atipici - sono sottoposti alle disposizioni sui contratti in generale. Fra queste norme rientra anche l'art. 1325 c.c., che indica quali requisiti del contratto: l'accordo delle parti, *la causa*, l'oggetto e la forma. Anche i contratti atipici devono dunque avere una causa, poiché anche ai contratti atipici si applica l'art. 1325 c.c. ⁽¹⁴⁾. La decisione del Tribunale di Brindisi è conforme a una sentenza della Cassazione, secondo cui è alla causa del contratto — intesa come finalità in concreto perseguita attraverso lo strumento negoziale — che va fatto riferimento per stabilire se il contratto possa essere ritenuto valido per l'ordinamento ⁽¹⁵⁾.

La causa di un contratto, anche atipico, non può essere illecita, fattispecie che si realizza quando essa è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume (art. 1343 c.c.).

⁽¹⁴⁾ Cass. 28 gennaio 2002, n. 982, in *Corr. giur.*, 2003, 44 ss., con nota di Rolfi, ha deciso che anche i contratti atipici non possono essere privi di causa. Già prima Cass. 20 novembre 1992, n. 12401, aveva

stabilito che anche i contratti atipici non possono essere privi di causa.

⁽¹⁵⁾ Cass. 19 ottobre 1998, n. 10332, in *Riv. not.*, 1999, II, 717 ss., con nota redazionale.

In effetti pare sussistere, nel caso di specie, una contrarietà a disposizione cogente. La norma imperativa è l'art. 1322 comma 2 c.c. La contrarietà a disposizione cogente non è data dall'accordo dei contraenti: in questo caso si applicherebbe l'art. 1418 comma 1 c.c. È invece la finalità perseguita da una delle parti (il totale squilibrio fra le prestazioni) a essere contraria a norma imperativa. Ne consegue l'illiceità della causa.

La illiceità della causa determina la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 comma 2 c.c.

