

NULLITÀ SELETTIVE E “RIEQUILIBRIO EFFETTIVO”. L’EVOLUZIONE DELLA BUONA FEDE.

Di Giuseppe Vettori

| 21

SOMMARIO: *1. La Buona fede come rimedio risarcitorio e la distinzione fra regole di validità e regole di responsabilità. - 2. La coesistenza fra contratto valido e la responsabilità per la violazione della buona fede nelle trattative. - 3. Le asimmetrie informative e le regole di buona fede. - 4. La buona fede come strumento di riequilibrio del contratto.*

ABSTRACT. *Muovendo dall’analisi della disciplina dei contratti di investimento, il presente saggio analizza l’evoluzione del ruolo della buona fede nel diritto dei contratti, a partire dal riconoscimento di tale clausola generale come fonte di responsabilità in caso di sua violazione fino ad arrivare al riconoscimento della stessa come strumento di riequilibrio del contratto e di verifica della effettiva protezione del contraente cui la legge intende offrire tutela.*

Moving from the analysis of the discipline of investment contracts, this essay analyzes the evolution of the role of good faith in contract law, starting from the recognition of this general clause as a source of liability in case of its violation up to the recognition of the same as a suitable instrument to rebalance the contract and verify the effective protection of the contractor.



1. La Buona fede come rimedio risarcitorio e la distinzione fra regole di validità e regole di responsabilità.

La disciplina dei contratti di investimento è stata negli ultimi venti anni un laboratorio significativo per una pluralità dei motivi.

Tali rapporti sono oggetto di una contaminazione difficile fra fonti interne e sovranazionali, fra disciplina del contratto e funzionamento del mercato, fra pragmatismo anglosassone e regolazione europea, fortemente condizionata da tale egemonia.

Nei decenni successivi alla seconda metà del Novecento è mancato un approfondimento teorico e al contenzioso fra le Banche e i clienti si sono applicate le norme generali sul contratto. Solo negli anni Ottanta è cambiato tutto per diverse ragioni. Si inizia a teorizzare un sostegno alle imprese tramite il risparmio dei cittadini con investimenti finanziari¹. Nasce una branca del diritto che si occupa del tema ed inizia una prassi giurisprudenziale e un’attività di produzione privata di regole (come le Norme bancari uniformi) soggetta dagli anni Novanta ad un più penetrante controllo da parte dei giudici di legittimità, posto in luce chiaramente dalla sentenza in tema di anatocismo che inverte e soverte la precedente giurisprudenza².

Si consolida negli anni successivi la consapevolezza di un’asimmetria fra le parti, accentuata dal ruolo massiccio delle Banche nella collocazione di strumenti finanziari, come aspetto più evidente di un mutato ruolo degli Istituti verso l’idea di una Banca universale capace di fornire strumenti differenziati per attrarre il risparmio.

La legge chiaramente sembra preferire la valutazione dei comportamenti e le regole di responsabilità. La giurisprudenza inizia un’“opera di ricucitura”, ispirata dalla dottrina attenta alla diversità di potere fra le parti e alla necessità di una corretta e piena informazione che tuttavia oscilla, nella individuazione delle tutele, fra rimedi invalidanti e risarcitori, talora utilizzando strumenti come la meritevolezza e la causa in concreto, ancora da sperimentare nella loro capacità regolatoria.

Da qui la riflessione sulla distinzione fra regole di responsabilità e di validità da verificare e correggere. Il mondo dei comportamenti pone al centro il dovere di informazione e la necessità di regole sempre più minuziose e penetranti a carico degli intermediari spesso coinvolti in un groviglio di conflitti

¹ M. ONADO, *Alla ricerca della banca perduta*, Bologna, 2017 e R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d’investimento finanziario*, in *Questione Giustizia*, 2019

² Cass. 16 marzo 1999, n.2374 e Cass. 30 marzo 1999, n. 3096, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1153 e sul punto le osservazioni in G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Padova, 2017, p. 562 ss.

di interessi, dovuti alla funzione “universale” dei servizi offerti alla clientela.

In tale contesto, nel corso degli ultimi dieci anni, il ruolo della buona fede ha subito una significativa evoluzione giurisprudenziale, a partire dal 2007 sino alla recentissima sentenza del novembre 2019.

La decisione del 2007³ attribuiva un nuovo e rilevante ruolo alla responsabilità pre-contrattuale contro un contratto sconveniente, perché frutto di un contegno in mala fede di una parte. La sentenza del 2019⁴ attribuisce alla clausola una funzione di riequilibrio effettivo del contratto e di verifica della effettiva protezione di un contraente riconosciuta dalla legge. Emerge così un ruolo della clausola come strumento capace di assicurare la tutela adeguata alla lesione subita e di porre un limite allo statuto soggettivo di debolezza di una parte protetta dalla legge.

Questa evoluzione richiede una analisi attenta muovendo dal primo passaggio sino agli ultimi sviluppi.

La Corte di Cassazione, a sezioni unite, del 2007⁵ ha tracciato i confini fra le vecchie categorie e i nuovi rimedi. Il caso concerne i contratti di investimenti e la violazione degli obblighi di informazione⁶ posti a carico degli intermediari finanziari, ma la decisione va oltre tale vicenda e offre un ripensamento decisivo sul rapporto fra regole di responsabilità e di validità e sull’obbligo di buona fede nella fase pre-contrattuale. Questi gli aspetti più significativi che ricordo cominciando dal primo.

Come è noto la legge pone a carico degli intermediari obblighi di informazione sempre più analitici, ma non si è mai pronunciata espressamente sulla nullità dei contratti conclusi in violazione di tali doveri. Ciò a partire dall’art. 6 della legge n. 1 del 1991, poi sostituito dall’art. 23 del d.lgs n.58 del 1998, sino al d.lgs n.164 del 2007 che attua la Direttiva MIFID I e il Decreto legislativo 3 agosto 2017, n.129 che recepisce la Direttiva 2014/65/UE (MIFID II)

Da qui la diversità di soluzioni in ordine al trattamento di tali contratti e le decisioni che innovano, con una riflessione attenta sulle tradizionali categorie.

³ Oggetto di un mio commento dal titolo *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Persona e Mercato*, 208 (24.6.2008) che riproduco quasi per intero visto la difficoltà di reperire il testo pubblicato anche in *Obb. e contr.*, 2008, ora cessata.

⁴ v. Cass.4 novembre 2019 n. 28314, in www.personaemercato.it

⁵ Cass. sez. un. 19 dicembre 2007 n. 6725 e 6724. Nel testo si farà riferimento in particolare alla prima.

⁶ V. sul punto G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obb. cont.*, 2007, 10, 785 ss.



Sono note le diverse opinioni espresse dai giudici di legittimità a cavallo del secolo. Una prima sentenza della Cassazione aveva privilegiato la responsabilità e il risarcimento perché, si era detto, i comportamenti delle 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 nullità⁷. Una successiva ordinanza⁸ aveva rilevato, invece, l’erosione costante, nella legislazione speciale, della netta distinzione fra regole di responsabilità e di validità e sottolineava come spesso la violazione di doveri di comportamento era sanzionata dalla legge con la nullità dell’atto. Si era posto, così, in discussione il precedente e aveva vacillato l’idea che la nullità non potesse essere affermata per la violazione di un dovere di tenere un determinato contegno⁹.

Le Sezioni Unite hanno riaffermato nel 2007 la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità. Con un correttivo importante. Si osserva che la violazione delle norme di comportamento nella fase di formazione e di esecuzione del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, non determina nullità ma responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, quando non siano correttamente adempiuti il dovere di protezione e gli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente.

Ciò si ricava da un’attenta ricognizione dei principi del codice civile e in particolare dell’obbligo di buona fede, esaminato come vero prototipo delle regole di comportamento. Di tali norme (1337 e 1375 c.c.) si precisa il contenuto e le conseguenze. Si ribadisce il loro valore di “principio immanente dell’intero sistema giuridico” che ha base nel dovere di solidarietà fissato nell’art. 2 della Costituzione e si ricorda che la violazione di quella clausola generale si può riflettere sugli effetti dell’atto (determinando annullabilità per dolo, rescissione o risoluzione), ma non produce mai nullità radicale pur avendo carattere imperativo. La conclusione è che la violazione della correttezza determina, in ogni caso, responsabilità (contrattuale o pre-contrattuale) ed eventuale risoluzione del contratto. Ed è chiaro, secondo la Corte, il perché. “Il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo ..legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”. Né tale considerazione è vanificata, secondo i Giudici di legittimità,

dalle novità legislative in base ad un argomento convincente. L’evoluzione della legislazione speciale che spesso ingloba nelle regole di validità la violazione della buona fede e dei doveri di comportamento non è di per sé decisiva: dalle norme speciali non si può ricavare un principio applicabile a settori diversi e nulla autorizza a trarre dalle nuove nullità speciali, regole generali in contrasto con l’impostazione del codice civile. Resta da rimarcare un aspetto decisivo della motivazione. Un chiarimento che supera la tradizionale partizione dogmatica se solo si ha la pazienza di dedicare una lettura attenta alla motivazione. Vediamola da vicino.

La sentenza ha piena consapevolezza che l’area delle “norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto (art. 1418, comma 1,) è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo”. Si osserva che vi sono comprese sicuramente anche “le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto” e il lettore deve fare attenzione a questo passaggio¹⁰.

Se la norma vieta di stipulare l’atto di autonomia, continua la Corte, siamo al “di fuori di comportamenti afferenti alla fase di conclusione o di esecuzione “, poiché in tal caso” non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso, bensì il tenore della clausola in esso prevista”. Ebbene se si leggono con attenzione queste osservazioni si trae che la distinzione tradizionale fra norme di comportamento e di validità è utilizzata ma corretta. Dalla motivazione si può comunque trarre il seguente ragionamento.

La violazione di regole di comportamento nella fase di conclusione ed esecuzione del contratto genera, di massima, una responsabilità. Può accadere che la legge vieti, senza disporre l’invalidità, un risultato negoziale attraverso la rilevanza di alcune circostanze soggettive e in tal caso occorre distinguere: la clausola contraria al divieto può essere dichiarata nulla ai sensi dell’art. 1418 1 comma c.c., in base ad una valutazione da operare, caso per caso, confrontando la *ratio* della norma con il risultato programmato¹¹ dalle parti. Il comportamento forma-

¹⁰ Così testualmente G. VETTORI, op. loc. cit.

¹¹ Tutto ciò sollecita l’abbandono di molti schemi logici del passato e pone al centro della riflessione la *ratio* della norma e l’adeguatezza del rimedio che essa configura. Per decidere sulla nullità o meno si dovrà accertare se la legge non disponga una conseguenza diversa (art.1418, 1 comma), se in divieto rappresenta la finalità essenziale per la protezione dell’interesse, se vi è congruenza fra invalidità dell’atto e protezione degli interessi tutelati. Ne segue che la distinzione fra atto e comportamento, validità e responsabilità, deve essere adattata alla complessità delle fonti e agli interessi protetti. V. per tali aspetti G.

⁷ Cass. 29 settembre 2005, n.19024, in *Foro it.*, 2006, I, 11005, con nota di SCODITTI.

⁸ Cass. (ord.), 16 febbraio 2007, n. 3683.

⁹ Per questa vicenda G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, cit., 785 ss.



tivo o esecutivo di tale assetto va valutato, invece, in base al dovere di buona fede (1337 e 1375 c.c.) per accertare l’esistenza di una responsabilità e di un danno¹².

Con questa chiave di lettura la motivazione è condivisibile perché fondata su di una premessa non espressa dalla sentenza, ma logicamente necessaria.

Ogni assetto di interessi privato va esaminato come atto, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei congegni formativi ed esecutivi in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronuncia di responsabilità. Ciò perché la disciplina dell’atto e dei congegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità¹³. Questa consapevolezza è del tutto innovativa, nelle pronunzie di legittimità, come innovativo è il ruolo che si assegna alla responsabilità pre-contrattuale. La sua coesistenza con la validità del contratto e dunque il suo cumulo con le regole di validità è una svolta radicale della giurisprudenza che si affianca alla dottrina che da tempo aveva sollecitato tale orientamento¹⁴.

Occorre una precisazione.

Come si è osservato esattamente, in virtù delle Direttive Mifid “l’unico contratto di risparmio gestito che l’intermediario può stipulare con il cliente è quello che genera uno strumento finanziario adeguato alle caratteristiche conoscitive, patrimoniali e finanziarie del soggetto nei cui confronti è reso il servizio”, perché “in queste ipotesi muta lo stesso carattere della norma non più regola di comportamento, ma di validità del contratto gestito”¹⁵. Con conseguenze ancora da precisare in modo condiviso.

PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 43; G. FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983; ID., *Nullità (diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XXI, Roma, 1990; V. SCALISI, *Invalità e inefficacia: modalità assiologiche della negoziazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 2, 210; G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, cit., 787-788.

¹² G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., p. 46-56; ID., *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003.

¹³ G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., 46.

¹⁴ Sul punto SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, in *Foro it.*, 2006, I, 1105.

¹⁵ D. IMBRUGLIA, *La regola di adeguatezza e il contratto*, Milano, 2017, p. 521; G. DE NOVA, *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova 2011, 50-60; U. BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contratti*, 1/2018, 5 ss.

2. La coesistenza fra contratto valido e la responsabilità per la violazione della buona fede nelle trattative.

Certo è che la novità dopo la sentenza Rordorf del 2007 è stata questa.

Le regole di validità non esauriscono ogni valutazione sui congegni delle parti nella fase formativa del contratto. Anzi. A fianco delle norme rigide sui vizi del consenso, sulla incapacità e sulla rescissione coesiste e opera una regola duttile e primaria che impone di non approfittare, di non usare pratiche sleali ingannevoli o aggressive¹⁶. Sicché la partizione tradizionale (fra regole di comportamento e di validità) esce innovata e potenziata. Tutto ciò non è stata affatto un ritorno alla tradizione.

In passato, e in alcune opinioni recenti, non si giustificava altro controllo sui congegni formativi quando il contratto era già stato concluso. Ciò perché si diceva che le norme di validità avrebbero in tal caso assorbito ogni altro giudizio¹⁷. Gli argomenti utilizzati erano sostanzialmente due. Da un lato si era osservato che la responsabilità per scorrettezze pre-negoziali, in presenza di un contratto valido, avrebbe eroso la certezza e stabilità dei rapporti, spostando il controllo della libertà contrattuale, dalle fattispecie di validità al dovere di buona fede di incerta individuazione¹⁸. Dall’altro si era sostenuto addirittura che la coesistenza di un illecito in presenza di contratto di trasferimento valido avrebbe comportato un’eclissi nella coscienza dei valori che si connettono alla libera circolazione dei beni¹⁹. Ma è proprio tale considerazione che è esclusa dalle Sezioni Unite.

Dalla sentenza emerge con chiarezza che è sempre possibile un rimedio risarcitorio (ai sensi dell’art. 1337 c.c.) quando “il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto”. Con ciò si vuol ribadire due aspetti fondamentali. La “risarcibilità del danno da scorrettezza”²⁰ in “funzione correttiva dell’equilibrio economico risultante dal contratto” è “compatibile con il principio di certez-

¹⁶ V. già Cass., 7 marzo 2007, n. 5273.

¹⁷ V. in particolare F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, 171; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1961, 28; P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell’errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 209 ss.; V. PIETROBON, *L’errore nella dottrina del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 104 ss.

¹⁸ G. D’AMICO, “Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 245 ss.; ID., *Buona fede “in contrahendo”*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 351 ss.

¹⁹ Così testualmente A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1995, p. 744-745.

²⁰ E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*, op. cit.

za e stabilità dei fatti giuridici”, perché validità e responsabilità “operano su piani diversi e non possono entrare in contraddizione”²¹. Le prime regole concernono la struttura e dunque gli “effetti del titolo rilevante per l’ordinamento e per i terzi”²²; stabiliscono, insomma, la validità e l’efficacia immediata e prevalente di un acquisto compiuto nel rispetto della legge di circolazione²³. Le seconde, ai soli fini risarcitori, valutano un comportamento in mala fede dell’acquirente. Tale giudizio non incide sul controllo strutturale dell’atto di autonomia o sulla conformazione della proprietà ed è coerente con il sistema e il diritto vivente affermato dalle Sezioni Unite della Cassazione²⁴.

Occorre solo aggiungere un correttivo che una buona dogmatica consente di precisare.

Il giudice deve accertare, su impulso di parte, l’esistenza di un comportamento scorretto e ciò in base ad un giudizio, non di fatto ma di diritto, secondo un procedimento e una motivazione che è censurabile sotto il profilo della legittimità. Sicché l’accertamento della buona o mala fede è regola di diritto al pari di qualsiasi altro giudizio. D’altra parte la vicenda andrà esaminata in base alle circostanze specifiche e alla concreta condotta di entrambe le parti. Se la conclusione del contratto è avvenuta con la piena consapevolezza di entrambi i contraenti sull’esistenza di comportamenti scorretti non si potrà poi sollevare la violazione della buona fede, senza venire *contra factum proprium*. Queste ed altre accortezze argomentative possono consentire giudizi equilibrati e ragionevoli²⁵.

Ma seguiamo ancora la motivazione della Corte che “ha voluto dare continuità” ad una precedente pronuncia del 2005.

3. Le asimmetrie informative e la regola di buona fede.

Nel caso di asimmetria di tipo informativo i problemi sono essenzialmente due: quando scatta l’obbligo di informazione e quali conseguenze sono ipotizzabili per la violazione²⁶. La soluzione del primo quesito dipende da alcune variabili dell’affare, dalla natura dell’informazione (se questa concerne, ad esempio, un profitto di chi deve informare o una perdita di chi deve essere informato) e dalla qualità delle parti (se uno o entrambi sono professionisti)²⁷, ma dipende anche dal ruolo che si riconosce alla buona fede.

Le Corti inglesi continuano a distinguere la violazione di un diritto dalla violazione di un obbligo morale, in ossequio alle legittime aspettative del mondo degli affari²⁸. I giudici continentali sono invece sensibili al dovere di correttezza²⁹ e la sentenza in esame attribuisce ad essa un compito primario. Quanto alle conseguenze della violazione la Cassazione ha un’idea precisa, come si è chiarito. Il contegno scorretto “assume rilievo non soltanto nel caso di rottura 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”.

Nel leggere la motivazione si ha l’impressione di un felice sintesi fra passato e futuro in un’ottica rimediabile³⁰. Per capire che cosa intendo, con questa

²⁶ G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di comportamento*, cit.

²⁷ V. ROPPO, *L’informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 4, p.753-757. Il diritto comunitario si propone di eliminare ogni barriera conoscitiva fra professionista e consumatore e affida spesso al contratto il compito di trasmettere le informazioni indispensabili al corretto funzionamento del mercato e all’equilibrio dei rapporti.

²⁸ R. Goode, *Il diritto commerciale del terzo millennio*, Milano, 2003, p. 23 ss., 51 ss. e v. ora l’analitica rassegna e le osservazioni limpide di F. DELLA NEGRA, *MIFID II and Privat Law. Enforcing EU Conduct of Business Rules*, HART, 2019, 148 ss.

²⁹ V. da ultimo Cass., 7 marzo 2007, n. 5273 che da rilievo (parlando di *exceptio doli generalis seu praesentis*) al dolo “come rimedio di carattere generale utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, e diretto a precludere l’esercizio fraudolento o sleale dei diritti paralizzando l’efficacia dell’atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, ogniqualvolta l’attore abbia sottaciato situazioni sopravvenute al contratto ovvero abbia avanzato richieste di pagamento prima facie abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di venire *contra factum proprium*”. E ancora F. DELLA NEGRA, *op. cit.*, p. 139 ss. per le corti Francesi, 159 ss per le corti Italiane, 165 ss. per le corti spagnole.

³⁰ V. U. MATTEI, *I Rimedi*, in *Il diritto soggettivo*, nel *Trattato di diritto civile*, dir. da R. Sacco, Torino, 2001, p.105 ss.; A. DI

²¹ E. SCODITTI, *op. cit.*

²² E. SCODITTI, *op. cit.* e G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit. p. 98 ss.

²³ G. VETTORI, voce “*Opponibilità*”, in *Enc. Giur.*, 1999, p. 11.

²⁴ Per quanto mi concerne avevo utilizzato la distinzione fra atto e comportamento nell’analisi degli strumenti di controllo della libertà contrattuale (G. Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., p. 83 ss.) e lo stesso schema avevo impiegato per analizzare la responsabilità del secondo acquirente in mala fede (G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1986, 163; Id., *Voce Opponibilità*, in *Enc. giur.*, 1999, p. 11). Tale metodo era stato considerato una “*trappola nominalistica*”, da A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 745 nota. La sentenza delle Sezioni Unite è stata la migliore risposta a quelle critiche.

²⁵ G. VETTORI, *Norme dogmatica e sentenze: quid juris?*, in *Nuovo dir. civ.*, 3-2016, p. 89 e in *Persona e mercato*.



espressione, è necessario ricordare³¹ che un tale approccio non incide sull’*an* della protezione ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all’obbligo sostanziale, ma intende fornire un piano di tutela adeguata, in presenza di violazioni di interessi e diritti. Proprio seguendo questo metodo la Cassazione in tema di responsabilità precontrattuale disciplinata dall’art.1337 c.c. ha recepito risultati indicati da una parte della dottrina³² foggiano un nuovo ed efficiente rimedio contro la slealtà, l’abuso e la mala fede nella fase precedente la stipulazione del contratto.

Nella sentenza si stabilisce che il risarcimento è “il mezzo per correggere il risultato lesivo dovuto al contegno scorretto”³³. Da qui la conseguenza che il giudice deve ripristinare non solo l’interesse negativo, ma l’interesse positivo della parte vittima del comportamento in mala fede a non “essere coinvolto nelle trattative di un contratto valido ma sconvolvente”. Sicché il danno deve essere commisurato al “minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una parte”³⁴. La *ratio* è chiara. Si tende a conservare l’operazione economica e la validità dell’accordo e a riequilibrare il contratto attraverso il risarcimento che può avere, si è detto, una precisione chirurgica. A ben vedere tale indirizzo è espressione della tendenza radicata alla espansione del rimedio per equivalente che esalta il valore economico dell’affare sino a prevalere sul controllo giuridico dell’atto. Ma passaggi ulteriori possono essere tracciati. Superato il dogma dell’egemonia della fattispecie e attribuita autonoma rilevanza ai contegni formativi ed esecutivi del regolamento è in questa area che si devono valutare squilibri e scorrettezze.

Resta da precisare la natura di questa responsabilità, discussa da sempre.

MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, 2, p. 341 ss.; Id., *Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi*, ivi, 2007, p. 2 ss.; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche rimediali*, ivi, 2005, p. 605 ss.; P.G. MONATERI, *Ripensare il diritto civile*, Torino, 2006.

³¹ U. MATTEI, op. cit., p. 108.

³² Mi permetto di richiamare ancora G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., p. 83 ss ma in particolare v. BENATTI, *Culpa in contraendo*, in *Contratto e impr.*, 1987, 298, e MANTOVANI, “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995 a cui si deve la più compiuta ricostruzione concettuale sul punto Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 e il commento di M. FRANZONI, *La responsabilità pre-contrattuale: una nuova stagione*, in *La responsabilità civile*, 2006, 4, p. 295 ss.

³³ M. FRANZONI, op.cit., p. 299.

³⁴ Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, cit.; V. anche C. TURCO, *L’interesse negativo nella culpa in contraendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 194.

La Corte di Giustizia si è pronunciata per l’area extracontrattuale³⁵ ed anche la Cassazione italiana ha preso posizione, in passato, in tal senso³⁶. Con una conseguenza. Si era stabilito che l’onere di provare la corrispondenza del comportamento ai canoni della buona fede, gravasse non su chi era receduto dal contratto, ma sull’altra parte. L’orientamento era in linea con la tradizione. Il fatto di cui si discuteva era il recesso ingiustificato dalle trattative e la natura della responsabilità non poteva che essere aquiliana perché, si era detto, il contratto non era concluso. La questione va ora affrontata alla luce delle novità giurisprudenziali più recenti. Anzitutto la sentenza del 2005³⁷, confermata dalle Sezioni Unite di cui si discute, ma non solo. Si deve ricordare che le recenti sentenze in tema di distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale inducono a ripensare questo orientamento.

Significativo è quanto affermato dalle sentenze³⁸ in tema di contatto sociale. Fra le quali è possibile comprendere la fase della conclusione del contratto, se si considera quanto segue. Le trattative creano un contatto qualificato e danno inizio ad un procedimento ove non esistono estranei o “passanti” ma due soggetti in una relazione qualificata volta alla conclusione di un contratto³⁹. Quando questo si conclude la violazione della buona fede nella fase

³⁵ Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, in *Giur. It.*, 2003, p. 1321.

³⁶ Cass., 5 agosto 2004, n.15040, in *Danno e resp.*, 2005, 597 con nota di R. PARDOLESI.

³⁷ Cass., 29 settembre 2005 n. 19024, cit.

³⁸ Cass. 26 giugno 2007 n. 14712. È opinione oramai molto diffusa che la responsabilità del debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta (1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l’obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto, ma anche quando “essa dipenda dall’inesatto adempimento di un’obbligazione preesistente quale ne sia la fonte”. È in base a tale ricostruzione la giurisprudenza ha ritenuto che sussista responsabilità contrattuale anche “in presenza di violazione di obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto bensì) di semplice contatto sociale, ogni qual volta l’ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento”. (medico dipendente della struttura ospedaliera Cass. n. 9085 del 2006; Cass. 12362 del 2006; Cass. n. 10297 del 2004; Cass. n. 589 del 1999; sorvegliante dell’incapace Cass. n. 11245 del 2003). Ne deriva che la distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest’ultima consegua dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l’inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto.” Si vedano anche Cass., 21 novembre 2011, n. 24438, in *Giur.it.*, 2012, p. 2662 ss. ed ivi Cass., 21 dicembre 2011, n. 27648, p. 2547 ss.

³⁹ L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360. e da ultimo E. SCODITTI, *La responsabilità per danni da clausola abusiva*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 2, p. 20 (dell’estratto).

preliminare non può che rimanere assorbita” nella disciplina dello stesso contratto e nella connessa responsabilità per inadempimento, con conseguente identità” della situazione giuridica tutelata e del danno risarcibile che va oltre l’interesse negativo⁴⁰.

Secondo tale ricostruzione, condivisibile, fra le parti di una trattativa è possibile riconoscere l’esistenza di un contatto sociale qualificato da un obbligo di comportamento secondo buona fede (1337 c.c.). Sicché è preferibile affermare la natura contrattuale di tale responsabilità. Ne segue una conseguenza importante sull’onere della prova. Se la violazione della correttezza, in questa fase, determina una responsabilità contrattuale l’attore dovrà seguire il reparto probatorio fissato dai giudici di legittimità per la domanda di adempimento risoluzione o risarcimento⁴¹. Sarà sufficiente così provare la fonte dell’obbligo (art. 1337 o 1375) e allegare l’inadempimento. Spetterà al debitore provare di aver adempiuto esattamente al dovere di buona fede⁴². E’ facile intuire la novità e l’utilità di tale possibile evoluzione.

L’esito sarebbe, dunque, del tutto innovativo. Solo che il precedente va esaminato alla luce di alcune sentenze che affermano ancora la natura aquiliana della responsabilità precontrattuale⁴³. A ben vedere il caso di specie si riferisce ad un recesso ingiustificato delle trattative e pone l’onere della prova a carico di chi subisce il recesso e la ragione della differenziazione si può, forse, trovare nella consapevolezza di due figure distinte di *culpa in contrahendo* a seconda che sia o meno concluso il contratto. Ma resta un’ambiguità di fondo che richiede un intervento che orienti verso una soluzione consolidata.

D’altra parte le novità della MIFID II sono notevoli.

Si accresce la quantità e qualità delle informazioni da fornire al cliente in base ad una analitica descrizione dei contegni (art. 24 par. 4), Si esige un penetrante *test* di adeguatezza in base al profilo dell’investitore e agli strumenti finanziari per lui più adatti (art. 25 par. 2); si regola con molta più attenzione il potenziale conflitto di interessi e si richiede alle imprese di “avvalersi di personale in possesso di adeguato livello di competenza finanziaria e di

conoscenza dei prodotti finanziari offerti o raccomandati” (art. 25 par. 1)⁴⁴.

4. La nullità selettiva e la buona fede come strumento di riequilibrio endo-contrattuale.

La sentenza delle Sezioni unite del 2019 (n. 28314) muove ancora dall’analisi di un contratto di investimento, ma alza lo sguardo a tutte le nullità di protezione per esaminare finalità e limiti di una disciplina numerosa e non del tutto omogenea, anche se espressione di un *genus* ispirato a interessi e valori fondamentali, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l’eguaglianza, almeno formale dei contraenti (art. 3 Cost.)⁴⁵.

Ciò consente una prima operazione.

L’art. 23 della legge del 1998 dispone la legittimazione esclusiva di una parte ad agire in giudizio come tratto unificante delle nullità di protezione, ma non prevede espressamente, il rilievo d’ufficio. Mentre l’appartenenza ad un unico *genus* consente un’interpretazione coerente ai comuni principi del diritto eurocomunitario che assicura, anche in tal caso, l’intervento officioso del giudice a vantaggio esclusivo del cliente-investitore.

La seconda argomentazione è più impegnativa e rilevante, perché attiene alla *ratio* e al fondamento delle nullità di protezione muovendo dall’ipotesi di un contratto di investimento.

Si pone in luce la natura e struttura del contratto quadro che deve essere redatto per iscritto, con obblighi specifici per l’intermediario. Ad esso seguono gli investimenti attraverso l’esecuzione degli ordini di acquisto. La forma scritta è imposta solo per il primo perché in esso si “cristallizzano gli obblighi dell’intermediario che il legislatore ha inteso rendere trasparenti”. Non solo. Tale obbligo (Cass, sez. un. n. 898 del 2018) costituisce il primo strumento di superamento dello squilibrio contrattuale da calibrare. Si richiama così una decisione, a cui si vuol dare continuità, che reputa sufficiente la sola firma del cliente o investitore perché l’atto è destinato alla

⁴⁰ V. G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, cit., 790 e C. TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, p.179 ss.; ID., *L’interesse negativo nella culpa in contrahendo (verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 194.

⁴¹ Sul principio di vicinanza della prova v. di recente Cass., sez. un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Foro it.*, 2006, I, 704.

⁴² V. sul punto E. SCODITTI, *La responsabilità per danni da clausola abusiva*, cit., 20.

⁴³ V. Cass., 3 ottobre 2019, n. 24738.

⁴⁴ V. ora il bel volume di F. DELLA NEGRA, *MIFID II and Private Law. Enforcing EU Conduct of Business Rules*, cit., p.7 ss.

⁴⁵ si vedano su tale sentenze i commenti di S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 988; G. PETTI, *L’esercizio selettivo dell’azione di nullità verso il giudizio delle sezioni unite*, in *Contratti*, 2019, p. 288; D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la “particolare importanza” di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corriere giur.*, 2019 p. 178 ss.; G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le “nullità selettive” nell’ambito della prestazione dei servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *Dirittobancario.it*.



loro protezione effettiva e non legittima un esercizio abusivo di tale preferenza.

Ciò consente di anticipare la linea di sviluppo dell’argomentazione.

I principi di buona fede e correttezza operano anche nella valutazione dell’esercizio di diritti in sede giurisdizionale e per la loro attuazione nel nostro caso si deve precisare i contorni della nullità di protezione come *genus* di una *species* prevista da una pluralità di discipline. Dato di partenza sono le norme speciali in tema di legittimazione relativa e rilievo d’ufficio, approfondite da un importante precedente (Cass. n. 26442 del 2014) come forme di applicazione di un principio solidaristico idoneo a ricomporre uno squilibrio asimmetrico e conosciuto a danno dei soggetti svantaggiati. I quali hanno però, a loro volta, un obbligo di lealtà espresso dal valore trasversale della clausola generale.

Da qui una prima conclusione.

La questione della nullità selettiva di protezione deve essere affrontata sulla base del criterio ordinante della buona fede, al “fine di esaminare se in sede giurisdizionale (tale nullità) possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla *ratio* riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto”⁴⁶. Insomma, l’indagine ulteriore richiede di esaminare le varie opinioni espresse sul punto nodale della “correlazione fra legittimazione ed effetti” dell’azione di nullità.

Se il regime di protezione si esaurisce nella legittimazione esclusiva all’azione, gli effetti sull’atto e le restituzioni possono essere fatti valere da entrambe le parti.

Se invece si reputi che la nullità attribuisca al soggetto svantaggiato una piena protezione, sostanziale e processuale, l’altra parte deve subire gli effetti della nullità selettiva.

Di fronte a queste due diverse opzioni la sentenza delinea una terza via: la buona fede, appunto, come strumento più adeguato per affrontare l’uso distorsivo della nullità. Ciò al fine “di ricostruire l’equilibrio effettivo della posizione delle parti, impedendo effetti di azioni esercitate in modo arbitrario con un abuso dello strumento di protezione”.

Resta da precisare come e le opinioni sono ancora diverse.

Da un lato si sottolinea di per sé il carattere opportunistico della selezione e si esclude la sua legittimità, vanificando le finalità della legge. Dall’altro si propone l’utilizzo dell’*exceptio doli* al fine di paralizzare un possibile effetto distorsivo (Cass. n. 12388, 12389, 12390 del 2017) basata sulla prova di una frode o di un contegno di male fede del cliente

o investitore”, tratta anche da alcune norme di settore (artt. 1993 2 comma e 2384 2 comma).

La soluzione proposta dalle Sezioni Unite segue un’altra direzione.

Il problema non può essere risolto sulla base dell’utilizzo di un criterio che richiami l’*animus* o l’intento del contraente. Si deve utilizzare la buona fede per accertare “la oggettiva determinazione di un ingiustificato e sproporzionato sacrificio” di una sola parte, con un ulteriore precisazione.

Non si può richiamare la figura dell’abuso di diritto che vieta di conseguire risultati diversi e ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri delle parti sono stati attribuiti (Cass. n. 15885 del 2013 e n. 10508 del 2018) e di perseguire un fine non coerente con la funzione della norma che ha attribuito il diritto di agire (Cass. n. 29792 del 2017). Occorre, invece, una valutazione in concreto del rapporto per esaminare vantaggi e svantaggi che l’investitore ha conseguito dalla sua esecuzione.

Solo in tal modo è possibile “ristabilire una equivalenza” con una “verifica di effettività” che superi un riferimento alla condotta dolosa o prede-terminata e sia capace invece di modulare correttamente “il riequilibrio effettivo” del contenuto negoziale tenendo conto degli investimenti eseguiti e ponendo “in comparazione quelli oggetto dell’azione di nullità con quelli che ne sono “esclusi”. Al fine di “verificare se permanga un pregiudizio”.

Se questa negatività permane l’azione sarà stata esercitata correttamente. Se invece gli ordini hanno prodotto un risultato complessivamente positivo e superiore al danno vantato con la domanda selettiva, l’intermediario può reagire. E paralizzare, nei limiti delle allegazioni, “gli effetti della dichiarazione di nullità degli ordini selezionati” tramite “un’eccezione di buona fede”.

Insomma, se i rendimenti degli investimenti, non colpiti da nullità, superano il *petitum* l’effetto impeditivo è integrale, se invece residua un danno per l’investitore la riduzione opera nei limiti del vantaggio ingiustificato.

Le conclusioni sono ancora più esplicite.

- a) il regime giuridico delle nullità di protezione opera sul piano processuale e sostanziale a favore del solo soggetto protetto, in deroga agli articoli 1421 e 1422.
- b) L’altra parte non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è legittimata ad agire in via riconvenzionale o autonoma ai sensi degli articoli 1422 e 2033 c.c.
- c) I principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale (2, 3, 41, 47 della Costituzione) alla base delle nullità di protezione “operano in funzione di un riequilibrio effettivo en-

⁴⁶ V. sul punto le notazioni critiche di R. RORDORF., op. cit.



docontrattuale” quando la nullità selettiva determini un sacrificio economico sproporzionato nell'altra parte. La quale può paralizzare gli effetti restitutori dell'azione.

- d) Tale reazione non è configurabile come eccezione in senso stretto perché non incide sui fatti costitutivi dell'azione di nullità (dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori), ma sulle modalità di esercizio dei poteri delle parti.

5. Buona fede ed effettività

L'evoluzione del ruolo della buona fede è significativo sotto vari profili.

È noto come autorevoli Maestri⁴⁷ abbiamo in passato teorizzato un'equivalenza sostanziale nel riequilibrio del contratto fra risarcimento e eliminazione degli effetti, ma oggi non è proprio così. Se è vero che il risarcimento può compensare una perdita con un intervento chirurgico mirato, ciò non consente in assoluto un risultato efficiente nel binomio nullità -restituzioni che resta rigido senza un correttivo, come ricorda esattamente l'ultima sentenza della Cassazione sulla nullità selettiva.

Non solo. La comprensione del presente ci mostra come la distinzione fra regole di validità e regole di responsabilità non sia uno schema assoluto, ma anzi necessariamente flessibile nell'adattarsi al tempo e alla esigenza del controllo sull'atto di autonomia.

Nel diritto del consumo l'inserimento nel contenuto del contratto degli obblighi informativi apre ad una possibile eliminazione degli effetti di operazioni non adeguate al profilo sostanziale dell'investitore⁴⁸. E non solo.

Nel declinare l'incidenza del principio di effettività le sentenze e le regole si rincorrono.

Non si tratta di un procedere caso per caso. Né si devono leggere le pronunzie della Corte di Cassazione come un procedere privo di prevedibilità e di certezza per una ragione evidentissima.

La buona fede è utilizzata come strumento di verifica di effettività e di riequilibrio contrattuale utilizzando il suo contenuto di regola oggettiva che, oltre il rilievo della frode e del dolo, consente un'analisi del contenuto del contratto che serva a delimitare in concreto le restituzioni conseguenti ad una nullità di protezione.

In tal modo si ottiene un risultato importante e innovativo.

La violazione della clausola non determina solo un risarcimento del danno e non comporta solo la possibile inesigibilità di una clausola contrattuale che sia frutto di un comportamento di mala fede di uno dei due contraenti.

Essa può modellare i rimedi restitutori, aggirando l'automatica sequenza, prevista per la nullità dall' art. 1422 c.c.

L'eccezione di mala fede consente di paralizzare contegni abusivi anche del contraente protetto da una regola speciale e mostra le sue potenzialità come strumento adatto a intervenire per il riequilibrio di situazioni nuove che sfuggono ad una rigidità normativa, ed esigono un metodo diverso.

Una flessibilità cognitiva capace di saper affrontare situazioni difficili e complesse, alla ricerca, appunto, del rimedio più adeguato a tutela dell'equilibrio sostanziale e dell'interesse generale a realizzarlo anche in casi di protezione del più debole dei contraenti.

⁴⁷ Mi permetto ancora di richiamare la sintesi delle varie opinioni sul punto contenuta in G. VETTORI, *Contratti e rimedi*, op. cit., p. 779 ss.

⁴⁸ S. PAGLIANTINI, *Nuovi profili del diritto dei contratti. Antologia di casi e questioni*, Torino, 2014, in part. p. 255 ss.