

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 17/03/2015

All'indirizzo <http://xn--leggedistabilit2013-kub.diritto.it/docs/36925-i-doveri-informativi-degli-intermediari-finanziari-la-linea-di-confine-tra-invalidit-e-responsabilit>

Autore: Girinelli Federica

I doveri informativi degli intermediari finanziari: la linea di confine tra invalidità e responsabilità.

Contratto in genere; intermediari e promotori finanziari; violazione degli obblighi informativi nei confronti del cliente; rimedi esperibili; nullità; responsabilità contrattuale; responsabilità precontrattuale; risarcimento del danno.

I doveri informativi degli intermediari finanziari: la linea di confine tra invalidità e responsabilità.

Nota a: Cassazione civile, sezione I, 10 aprile 2014, n. 8642 - Salmè *Presidente* - Didone *Relatore* - Fimiani *P.M* - S.B (Avv. Antonucci) - Intesa San Paolo SpA (Avv. Spinelli Giordano).

"In tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di corretta informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi finanziari può dar luogo a responsabilità pre-contrattuale - con conseguenze risarcitorie ove dette violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d. contratto quadro) - o a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni compiute in esecuzione al contratto quadro; in ogni caso, è da escludere che, mancando un'esplicita previsione normativa, la violazione dei doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c., la nullità del c.d. contratto quadro o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso".

SOMMARIO: 1. PREMESSA; 2. IL CASO; 3. LE QUESTIONI; 4. LA SOLUZIONE; 5. LE CONCLUSIONI.

1. Premessa

Nella sentenza in commento la Suprema Corte è tornata ad occuparsi dell'intermediazione finanziaria e, specificamente, degli obblighi che incombono sugli intermediari e sui promotori finanziari. Come noto, il contratto di intermediazione finanziaria costituisce un esempio di contrattazione diseguale, in cui vi è una parte fisiologicamente debole (il cliente), in quanto ignara delle informazioni e priva delle competenze di cui dispone l'altra parte contrattuale (l'intermediario): il Legislatore, al fine di porre rimedio alla diseguaglianza *de facto*, ha introdotto *de iure* una serie di obblighi specifici di informazione in capo agli intermediari, attualmente disciplinati nel TUF (D.lgs. 58/1998) e nel Regolamento Intermediari Consob n. 11522/1998. L'aspetto problematico della disciplina in parola consiste, tuttavia, non nella definizione degli obblighi degli intermediari, bensì nella individuazione dei rimedi di cui il cliente può avvalersi in seguito ad un'operazione di investimento gestita in modo non corretto da parte dell'intermediario. In altre parole, la disciplina legislativa risulta monca: chiarisce *cosa* l'intermediario deve fare nei confronti del cliente (informazioni, correttezza, diligenza, trasparenza) ma non si esprime su *quali*

rimedi il cliente possa esperire a fronte di un'operazione finanziaria illecita (non informata, scorretta, negligente, oscura). A quest'ultima domanda, ormai da tempo, la Giurisprudenza cerca di dare delle risposte che siano al tempo stesso soddisfacenti, sul piano sostanziale, e logiche, sul piano giuridico.

2. Il caso

La vicenda che ci occupa trae origine da un'azione intentata dal Sig. S.B. avverso la banca Intesa Sanpaolo S.p.A, avente ad oggetto la richiesta di dichiarazione di nullità del contratto di acquisto di obbligazioni BEI-99/29 step down, con restituzione della somma investita e risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali derivati al cliente dagli illeciti commessi dai funzionari della banca convenuta, i quali avrebbero realizzato un'operazione in conflitto di interessi ed in violazione dell'art. 21 TUF, nonché del pedissequo regolamento Consob . La domanda veniva respinta sia in primo grado che in grado di appello. Il Sig. S.B., pertanto, presentava ricorso per Cassazione, denunciando diverse violazioni di legge. In primo luogo, la violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1, lett. b), in relazione all'art. 28, comma 2, reg. Consob 11522/1998: segnatamente, la lett.b del primo comma dell'art. 21 TUF pone in capo agli intermediari l'obbligo di "*acquisire le informazioni necessarie dai clienti ed operare in modo che questi siano sempre adeguatamente informati*", così come ribadito dall'art. 28, comma 2, del regolamento intermediari, che infatti impone agli stessi di fornire ai clienti informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni dell'operazione finanziaria. In secondo luogo, la violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1, lett. a), in relazione all'art. 29, reg. Consob 11522/1998: specificamente, la lett. a del primo comma dell'art. 21 pone in capo agli intermediari l'obbligo di "*comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati*" e l'art. 29, comma 1, del regolamento intermediari impone ai medesimi di astenersi dalle operazioni inadeguate "*per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione*" rispetto al cliente. Infine, violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1, lett. c), in relazione all'art. 29, reg. Consob 11522/1998: in particolare, la lett. c pone in capo agli intermediari l'obbligo di "*utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti*".

3. Le questioni

La sentenza in commento si pone in continuità con la giurisprudenza in materia inaugurata dalle celebri Sezioni Unite del 2007 (sentenze n. 26724 e 26725 del 2007). Al fine di poter comprendere un principio ormai entrato a far parte del diritto vivente, giova individuare le tematiche di cui la Suprema Corte si è dovuta occupare.

Il contratto di intermediazione finanziaria. Da tempo¹, il Legislatore italiano ha preso coscienza della necessità di dedicare un'apposita disciplina positiva alle attività di investimento e di intermediazione finanziaria: in tali attività, infatti, una parte fisiologicamente "forte" viene in contatto con una parte fisiologicamente "debole". Ne consegue che le disposizioni in materia hanno avuto il precipuo fine di riequilibrare sul piano giuridico dei rapporti naturalmente ed intrinsecamente squilibrati. L'intervento legislativo organico in materia si è avuto con il D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo Unico della Finanza), il quale dedica un intero capo alle modalità di svolgimento dei servizi e delle attività finanziarie (Titolo II, Capo II). Ivi, segnatamente, è ubicato l'art. 21 che indica i criteri generali a cui l'attività di intermediazione finanziaria deve attenersi. In particolare, la condotta degli intermediari finanziari non è libera da vincoli: sugli intermediari incombono gli obblighi di comportarsi secondo diligenza, correttezza e trasparenza. Incombe, inoltre, un duplice obbligo informativo, esplicito in modo chiaro nell'art. 28 del Regolamento Intermediari Consob n. 11522/1998: in primo luogo, un obbligo informativo "passivo", consistente nel prestare in modo continuo e costante tutte le informazioni agli investitori sugli investimenti e sui prodotti finanziari; in secondo luogo, un obbligo informativo "attivo", consistente nel reperire informazioni relative alla situazione patrimoniale dei clienti, alla loro esperienza in materia di investimenti finanziari ed alla loro propensione al rischio, in modo da poter dare consigli adeguati e corrispondenti alle aspettative. Tanto sono penetranti gli obblighi informativi *de quibus* che il Legislatore impone agli intermediari di effettuare i servizi di investimento solo dopo aver fornito all'investitore le informazioni adeguate in ordine alla natura ed ai rischi connessi al servizio richiesto. Le operazioni finanziarie sono state giuridicamente qualificate attraverso diverse ricostruzioni: le difficoltà sorgono, poiché si tratta di qualificare non un unico rapporto contrattuale, bensì un rapporto originario a cui seguono diversi e molteplici atti esecutivi. In passato, un'opinione dottrinale² si esprimeva in termini di contratto unitario di mandato: in altre parole, vi sarebbero un originario ed analitico contratto tra la banca intermediaria ed il cliente investitore, in cui vengono indicati i criteri e date le indicazioni per gli investimenti futuri, ed atti esecutivi dell'originario incarico. Un'altra opinione in Letteratura³ si è pronunciata in termini di ordinario contratto d'opera professionale, con la conseguenza della possibilità di far sorgere il vincolo anche dal mero "contatto

¹ V. Legge 2 gennaio 1991, n. 1: *Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari*; Regolamento Consob n. 5387/1991; Direttiva 93/22/CEE; Legge 6 febbraio 1996, n. 52: *legge comunitaria 1994*; D. Lgs. 23 luglio 1996, n. 415: *decreto Eurosime*; D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; Regolamento Consob n. 11522/1998; Direttiva 2004/39/CE (MIFID); D. Lgs. 17 settembre 2007, n. 164;

² Così Galgano, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e Impresa*, 2005, p. 889 ss: gli ordini del cliente alla banca sono istruzioni del mandante al mandatario e la banca, quale mandataria, si obbliga ad eseguire le istruzioni del cliente, acquistando o vendendo a seconda degli ordini impartiti. Si tratta, segnatamente, di un mandato senza rappresentanza, in cui il ritrasferimento dei diritti acquisiti da parte della banca non è necessario, poiché la rappresentanza ha per oggetto l'acquisto di cose mobili (gli strumenti finanziari);

³ Così Panzini, *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contratto e impresa*, 2007, p. 1007 ss: secondo questa impostazione, proprio per il fatto che la responsabilità degli intermediari finanziari viene ad essere legata al semplice *status* professionale di appartenenza, è possibile ravvisare degli obblighi di comportamento per il sol fatto che si sia instaurato un contatto sociale tra intermediari e risparmiatori, sulla base della categoria residuale di obbligazioni prevista dall'art. 1173 c.c., essendo irrilevante il fatto che si sia stipulato un negozio;

sociale" tra l'intermediario ed il cliente: in questa ottica, diviene irrilevante verificare la presenza ed analizzare la struttura dell'originario contratto di intermediazione finanziaria. Infine, l'opinione attualmente prevalente sia in Letteratura⁴ che in Giurisprudenza⁵ ricostruisce l'intermediazione finanziaria in termini di collegamento negoziale tra un originario ed indispensabile contratto presupposto (contratto - quadro) e successivi ordini di investimento. Da quanto esposto, si evince che il Legislatore é stato molto analitico e preciso nell'individuazione degli obblighi dell'intermediario, non lasciandoli alla disciplina civilistica comune, ma specificandoli e valorizzandoli ulteriormente nel contesto di un rapporto finanziario; tuttavia, non si nota eguale chiarezza in ordine all'individuazione dei rimedi esperibili dagli investitori a fronte della violazione da parte degli intermediari di una delle regole di condotta sopra elencate. L'unico rimedio individuato positivamente consiste nel risarcimento del danno: l'art. 23, comma 6, TUF, infatti, sancisce che, nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente delle operazioni finanziarie, é onere dell'intermediario dimostrare di avere adoperato la specifica diligenza richiesta dallo svolgimento dello sua attività professionale.

La violazione degli obblighi informativi. Giova precisare gli obblighi che la normativa di settore pone in capo agli intermediari finanziari. In Letteratura si parla di "cinque doveri, cinque violazioni"⁶: in primo luogo, gli intermediari hanno l'obbligo di stipulare un contratto quadro in forma scritta con gli investitori, mentre i successivi ordini di acquisto possono rivestire anche forma orale; in secondo luogo, gli intermediari sono tenuti ad una diligenza qualificata, in quanto legata ad una professione intellettuale, e devono porre in essere condotte corrette e trasparenti; in terzo luogo, gli intermediari devono acquisire dagli investitori tutte le informazioni necessarie allo svolgimento dell'incarico ed attinenti alla situazione patrimoniale ed alla esperienza in materia da parte dei clienti; in quarto luogo, gli intermediari devono conoscere in modo approfondito gli strumenti finanziari che si propongono di far acquistare ai clienti, in modo tale da tenere questi ultimi sempre informati ed aggiornati sull'andamento dei titoli; infine, gli intermediari hanno l'obbligo di astenersi dall'effettuare operazioni inadeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione, e possono procedere ad operazioni inadeguate solo in presenza di una richiesta specifica e resa in forma scritta da parte del cliente. L'attenzione degli interpreti si é focalizzata sui doveri informativi, i quali

⁴ Così Guadagno, *Violazione degli obblighi di informazione nell'attività di intermediazione finanziaria: quali rimedi?* Nota a Trib. Firenze, 21.06.2006, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, p. 545 ss: la fattispecie dei contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi d'investimento nell'ambito mobiliare é caratterizzata da una struttura a doppio livello. A valle si ha l'acquisto di prodotti finanziari, che avviene sulla base di ordini impartiti dal cliente alla banca, la quale li esegue; ma tali ordini presuppongono a monte la stipulazione di un contratto quadro che regoli le modalità a cui dovrà avvenire la successiva prestazione del servizio di negoziazione di strumenti finanziari per conto del cliente;

⁵ Così Trib. Monza, 27.07.2004, in *Resp. Civ. e prev.*, 2005; Trib. Ferrara, 25.02.2005, in *Contratti*, 2006; Cass. Civ. Sez. Un. sentenze n. 26724 e 26725 del 2007. La giurisprudenza é ormai pressoché concorde nell'accostare l'obbligo di forma scritta ai sensi dell'art. 23 TUF solo al contratto quadro e non ai singoli ordini di acquisto: così Trib. Milano, 25.07.2005, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2006; Trib. Venezia, 22.11.2005, in *Giur. Comm.*, 2005;

⁶ Così Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, 2008, n. 4, p. 393 ss

rappresentano la traduzione, nel contesto dei contratti di intermediazione finanziaria, del generale dovere di buona fede, sia durante le trattative negoziali (art. 1337 c.c.) che durante la vita stessa di un rapporto obbligatorio (art. 1175 c.c.). In altre parole regole di condotta, che servono ad indicare un parametro a cui deve attenersi la condotta delle parti di un rapporto obbligatorio *in itinere* ovvero di un rapporto già instaurato e che, tradizionalmente, si ritengono foriere di obblighi risarcitori in caso di loro violazione. I dubbi sono sorti quando, sull'onda dei casi Cirio, Parmalat e Bond Argentini, alcuni tribunali di merito⁷, qualificando come imperative le disposizioni del TUF afferenti ai doveri informativi in commento, hanno dichiarato nulli i contratti - quadro di intermediazione finanziaria, ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c.c., la cosiddetta nullità virtuale. In particolare, la nullità virtuale consiste nella violazione di norme imperative, in cui il Legislatore non sancisce espressamente come conseguenza la nullità. Si è tornati, di conseguenza, a discutere della tradizionale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento. Come noto, la Dottrina tradizionale⁸ distingue due categorie di regole imposte dal Legislatore alle parti che vogliono realizzare un rapporto obbligatorio: da una lato, vi sono regole di validità, che individuano il modello legale minimo che qualsiasi contratto deve avere per potere essere considerato conforme a legge; dall'altro lato, vi sono regole di condotta, che individuano il comportamento a cui le parti si devono attenere durante la fase delle trattative negoziali e durante lo svolgimento del rapporto obbligatorio. L'autonomia delle categorie in esame ha sempre comportato l'autonomia dei rimedi nelle ipotesi di violazione delle regole stesse; in particolare, il rimedio ad una violazione di una regola di validità, attingendo la medesima alla sostanza del contratto, non può che consistere nella nullità dell'atto stesso; mentre, la violazione di una regola di condotta, essendo relativa al comportamento delle parti e non all'atto contrattuale, potrebbe tradursi esclusivamente nel rimedio del risarcimento del danno. Giova precisare che la distinzione in parola trae origine dall'introduzione nell'attuale codice civile della responsabilità precontrattuale (artt. 1337 - 1338 c.c.), la quale sorge in violazione del generico dovere di correttezza a cui devono attenersi i paciscenti durante le trattative contrattuali ed anche nel corso di tutto lo svolgimento del rapporto obbligatorio⁹: nel codice del 1865, infatti, tutto l'*iter* di formazione del contratto, dalle trattative alla sua esecuzione, era regolato da norme di validità e non di responsabilità. L'introduzione della

⁷ Così Trib. Mantova, 18.03.2004, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, p. 440 ss; Trib. Venezia, 22.11.2005, in *Giur. Comm.*, 2005, p. 489 ss; Trib. Palermo, 17.1.2005, in *Giur. it.*, 2005, p. 2096 ss;

⁸ Così Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 171 ss: la contravvenzione al principio di buona fede esplica la sua influenza in altre maniere, obbligando al risarcimento dei danni o riflettendosi sull'interpretazione o sull'esecuzione del negozio, ma non ne compromette la validità; D'Amico, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 37 ss: le regole di validità attengono alla fattispecie del contratto ed alla sua struttura, stabilendo le condizioni alle quali l'atto deve corrispondere per essere vincolante per entrambe le parti, mentre le regole di condotta sono dirette ad assicurare la correttezza e la moralità delle contrattazioni;

⁹ Così Bianca, in *Diritto civile 4: l'obbligazione*, p. 86: la correttezza o buona fede in senso oggettivo è un fondamentale principio di solidarietà che il codice sancisce nella disciplina del contratto e, più in generale, nella disciplina dell'obbligazione. Le parti del rapporto contrattuale sono tenute a comportarsi secondo buona fede già nella precedente fase delle trattative e della formazione del contratto (art. 1337 c.c.), in pendenza della condizione (art. 1358 c.c.), nella interpretazione (art. 1366 c.c.) e nella esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.): il principio di buona fede che governa il rapporto contrattuale si specifica negli obblighi della lealtà e della salvaguardia;

responsabilità precontrattuale, pertanto, è stata interpretata dalla Dottrina come intenzione del Legislatore di introdurre una certa "moralizzazione" nella negoziazione tra privati e come netta separazione tra due fasi dell'*iter* di formazione di un rapporto contrattuale: la fase delle trattative, dominata dal profilo della responsabilità e dai conseguenti rimedi risarcitori, e la fase della stipulazione del contratto, segnata dal profilo della validità, nelle due articolazioni della nullità e della annullabilità. Tuttavia, già all'epoca, voci autorevoli avevano evidenziato la necessità di intendere la buona fede precontrattuale non solo come regola di condotta, ma anche come aspetto inseparabile della disciplina unitaria del negozio e del rapporto giuridico, fondata, pertanto, non solo sui canoni di lealtà e correttezza, ma anche sui canoni dell'affidamento e della autoresponsabilità¹⁰. La soluzione cui sono giunti numerosi tribunali di merito con riferimento ai contratti di intermediazione finanziaria non è priva di un ragionamento logico né tantomeno di un substrato culturale: l'autonomia tra regole di condotta e regole di validità, infatti, appartiene ad un'epoca in cui il contratto era effettivamente il frutto di una trattativa individuale tra parti poste su un medesimo livello e parimenti informate. Non v'è chi non veda quanto diversa sia la situazione attuale: sono cambiati, infatti, la funzione e la struttura dell'atto di scambio. In particolare, il prezzo dei beni e dei servizi non sempre rappresenta la convergenza degli interessi ed un parametro di equilibrio, bensì sovente costituisce il risultato di una serie di clausole contrattuali a cui l'acquirente può aderire o non aderire, ma in nessun caso negoziare. Nell'epoca della contrattazione di massa e dei contratti per adesione, il confine tra regola di comportamento e regola di validità sembra essere sempre più labile: basti pensare ai numerosi interventi europei ed ai pedissequi decreti statali di attuazione che impongono obblighi specifici e positivi di condotta alle parti contrattuali giudicate fisiologicamente "forti"¹¹, a beneficio e tutela delle parti "deboli". Con riferimento agli obblighi di avviso ed informazione, non v'è chi non veda la necessità di bilanciare due opposte esigenze: da un lato l'esigenza di solidarietà e dall'altro l'esigenza di garantire autonomia e libertà nella negoziazione. Tuttavia, al fine di bilanciare gli interessi in gioco, occorre considerare diversi profili, tra i quali: la qualità dei contraenti, la natura e l'importanza del contratto, le circostanze in cui è stato concluso, gli usi e l'organizzazione economico-sociale. In Letteratura ed in Giurisprudenza tutti sono concordi nel ritenere imperativa la natura della normativa in materia di intermediazione finanziaria; tuttavia, vi è una considerevole eterogeneità di opinioni in ordine ai rimedi esperibili a fronte della violazione dei doveri informativi incombenti sugli intermediari finanziari. In primo luogo, come anticipato, si è sostenuta la nullità per contrarietà a norme imperative, idonee da sole a determinare l'invalidità del negozio. In secondo luogo, si è ipotizzata la possibilità per il cliente di agire al fine di ottenere la risoluzione del contratto - quadro che, in quanto atto presupposto,

¹⁰ Così Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 66 ss;

¹¹ Così Direttiva 97/7/CE sui contratti a distanza; Direttiva 87/102/CEE sul credito al consumo; Direttiva 90/314 CEE sui pacchetti di viaggio; D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo);

determinerebbe la caducazione anche degli ordini esecutivi di acquisto dei prodotti finanziari¹². In terzo luogo, si è ritenuto possibile invocare l'annullamento del contratto - quadro per errore del cliente, in quanto non adeguatamente informato dall'intermediario circa i prodotti acquisiti¹³. Infine, un'altra opinione dottrinale si è espressa in termini di mera responsabilità precontrattuale per violazione del dovere di buona fede, la quale può sussistere anche in presenza di un contratto validamente concluso¹⁴. Come è agevole intuire, la scelta in ordine al rimedio esperibile a fronte della violazione degli obblighi informativi propri degli intermediari comporta rilevanti conseguenze sia per la stabilità dei mercati che per l'effettiva tutela dei clienti: infatti, il rimedio della nullità, se da un lato agevola i clienti e li esime dalla *probatio diabolica* dell'inadempimento contrattuale degli intermediari, dall'altro lato rende di certo instabili i mercati ed insicuri i rapporti di intermediazione; il rimedio della responsabilità, invece, con annessa conseguenza risarcitoria, agevolerebbe la posizione degli intermediari e l'affidabilità delle transazioni finanziarie, ma renderebbe meno effettiva e più tortuosa la tutela dei clienti.

4. La soluzione

La sentenza in commento esprime un principio di diritto conforme alle Sezioni Unite del 2007, che avevano cercato di arginare le pronunce eterogenee da parte dei Tribunali di merito sulla tematica in oggetto.

La tradizione: responsabilità precontrattuale o inadempimento contrattuale. La sentenza in commento afferma che la violazione dei doveri informativi posti dalla legge in capo agli intermediari finanziari conduce a rimedi differenti a seconda della fase dell'*iter* negoziale in cui la

¹² Così Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 3, p. 896 ss: gli obblighi di cui parliamo sono obblighi legali, in quanto scritti nelle norme di legge, ma sono anche obblighi contrattuali, sia perché trasfusi dalle parti nel contratto quadro sia perché, anche se non trasfusi espressamente, vi entrerebbero per via della integrazione di cui all'art. 1374 c.c. Se la banca viola tali obblighi, pertanto, commette inadempimento e l'inadempimento, essendo di non scarsa importanza, può condurre alla risoluzione del contratto quadro violato, ai sensi dell'art. 1455 cc;

¹³ Così Trib. Milano, 11 maggio 2005, n. 6093: laddove si dimostri che il consenso è stato viziato da errore essenziale nonché riconoscibile da parte dell'intermediario, il contratto può essere senz'altro annullato; Trib. Parma, 16 giugno 2005;

¹⁴ Così Roppo, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 3, p. 896 ss: il comportamento dell'intermediario che non adempia ai propri doveri informativi precontrattuali nei confronti del cliente trasgredisce all'obbligo generale di comportarsi secondo buona fede durante le trattative e la formazione del contratto. Non risulta ostativa la presenza di un contratto validamente concluso, come dimostra la disciplina normativa e la pedissequa evoluzione giurisprudenziale in tema di dolo incidente (art. 1440 c.c.); Roppo e Affèrni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 1, p. 33: il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale non solo può essere chiesto quando la condotta illecita o sleale di controparte non sia stata tale da determinare l'invalidità del contratto, ma anche quando la vittima, nel caso di contratto solo annullabile, non voglia avvalersi di questo rimedio ovvero non possa più farlo, a causa della prescrizione dell'azione di annullamento o della convalida del contratto; Cass. Civ. Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024: l'esame delle norme positivamente dettate dal Legislatore pone in evidenza che la violazione dell'art. 1337 c.c. assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace, ma anche quando il contratto posto in essere sia valido e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (art. 1440 c.c.);

medesima avviene: nell'ipotesi in cui l'intermediario non rispetti tali doveri precedentemente alla stipulazione del contratto - quadro di investimento, questi incorre in una responsabilità precontrattuale, a fronte della quale l'unico rimedio esperibile da parte del cliente consiste nel risarcimento dei danni; nell'ipotesi in cui l'intermediario non rispetti i doveri informativi nelle operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto - quadro, l'intermediario incorre in responsabilità contrattuale, a fronte della quale il cliente può accedere alla tutela della risoluzione con annesso risarcimento dei danni. La Giurisprudenza della Suprema Corte esclude categoricamente che la violazione degli obblighi informativi degli intermediari possa tradursi in una nullità del contratto - quadro: non di certo una nullità testuale (art. 1418, co. 3, c.c.), dal momento che la normativa non la prevede in modo chiaro e specifico¹⁵; né tantomeno una nullità strutturale (art. 1418, co. 2, c.c.), poiché la violazione dei doveri informativi non è giudicata idonea ad inficiare l'accordo contrattuale¹⁶. Con riferimento alla nullità virtuale, la giurisprudenza di legittimità la esclude, ritenendo la violazione di norme imperative non idonea, isolatamente considerata, a determinare l'invalidità di un contratto: in altre parole, ove non espressamente previsto dal Legislatore (come ad esempio in materia consumeristica), la violazione del fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede può comportare esclusivamente responsabilità risarcitoria, ma in nessun caso la nullità radicale del contratto. Da quanto esposto si evince che la distinzione tradizionale tra regole di condotta e regole di validità regge ancora e il proliferare di leggi speciali di ispirazione europea che collegano il rimedio della nullità alla violazione di regole di comportamento viene considerata una *tendenza* e non un'*acquisizione*¹⁷.

L'innovazione: la nullità di protezione e il contratto asimmetrico. Se è certo che la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità è parte della nostra cultura giuridica, tuttavia è noto che una sua concezione rigida e incondizionata appartiene ad un'epoca diversa dalla attuale ed è

¹⁵ Così Sangiovanni, *Commento a Cass. Civ. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26724*, in *I contratti*, 2008, 3, p. 233: l'art. 1418, co. 3, c.c. stabilisce che il contratto è nullo negli altri casi previsti dalla legge. La corte osserva però che non vi è una norma che stabilisca espressamente che la violazione delle norme di comportamento degli intermediari determina la nullità del contratto;

¹⁶ Così Mariconda, *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corriere Giuridico*, 2008, 2, p. 233: la corte esclude che la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario possa originare una nullità riconducibile al secondo comma dell'art. 1418 c.c., che come noto costituisce il riflesso negativo dei requisiti essenziali del contratto, la cui mancanza ovvero, quanto all'oggetto ed alla causa, la cui illiceità determina a sua volta la nullità del contratto. Al più, l'esistenza di vizi del consenso potrebbe tradursi nella annullabilità del contratto quadro;

¹⁷ Così Sangiovanni, *Commento a Cass. Civ. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26724*, in *I contratti*, 2008, 3, p. 235: se è la sola condotta dell'intermediario a violare norme imperative, ciò non determina la nullità del contratto. Ai sensi dell'art. 1321 c.c., il contratto è il risultato dell'accordo dei contraenti, non il comportamento di una delle parti. Ne consegue che, se le parti inserissero nel contratto di investimento una clausola contraria ad uno dei principi espressi nell'art. 21 TUF, la medesima sarebbe nulla per violazione di norme imperative. I comportamenti scorretti delle parti non entrano a far parte del programma contrattuale e non possono determinarne l'invalidità;

superata dalla stessa dottrina civilistica¹⁸. Basti pensare alla disciplina consumeristica. Con l'avvento del diritto dei consumatori, alcune categorie dogmatiche hanno iniziato a vacillare: all'uopo è opportuno considerare i principali profili di novità che presenta la disciplina consumeristica rispetto al diritto comune. In primo luogo, vi sono molte ipotesi in cui il Legislatore predetermina alcuni aspetti del rapporto contrattuale, incidendo in tal modo sull'autonomia privata¹⁹; in secondo luogo, è in atto il fenomeno del cosiddetto "neo-formalismo", caratterizzato dall'imposizione di numerosi oneri formali a tutela delle parti deboli²⁰; in terzo luogo, il Legislatore impone una serie di doveri informativi in capo alle parti contrattuali fisiologicamente forti, al fine di porre rimedio alle asimmetrie informative connesse ai rapporti di consumo²¹; in quarto luogo, molti contratti del consumatore sono esposti ad una peculiare tipologia di recesso che prende il nome di 'diritto di pentimento'²²; infine, il contratto del consumatore è esposto in modo molto esteso

¹⁸ Così Amadio, *Autorità indipendenti e invalidità del contratto*, in AA.VV. *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, a cura di Gitti, Bologna, 2006, p. 227; Scalisi, *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 244; a Vettori, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, p. 242; Gentili, *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *I contratti*, 2003, p. 200;

¹⁹ Così l'art. 86 cod. cons. con riferimento al contratto di viaggio tutto compreso: il contratto deve contenere eterogenei elementi predeterminati, tra i quali la durata, la destinazione, il prezzo e la copertura assicurativa. Così l'art. 70 cod. cons. con riferimento all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito su beni immobili, dove il professionista deve consegnare ad ogni persona richiedente informazioni un documento contenente numerosi elementi relativi alle caratteristiche dell'immobile e al contratto; l'art. 71 cod. cons. precisa che il contratto deve contenere, oltre a tutti gli elementi di cui al documento informativo dell'art. 70, ulteriori dati sulla fase del rapporto contrattuale. Così anche l'art. 124 TUB che, con riferimento ai contratti di credito al consumo, prescrive un contenuto minimo consistente nella modalità del finanziamento, nel numero e nella scadenza delle rate, nel TAEG e nelle caratteristiche dei beni e dei servizi;

²⁰ Così l'art. 47 cod. cons. con riferimento ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali prevede che la nota informativa al consumatore sulle modalità del recesso deve essere scritta. Con riferimento alla vendita dei pacchetti turistici, la disciplina legislativa sancisce l'obbligo di rispettare la forma scritta, la chiarezza e la precisione per il contratto (art.85 cod. cons.), per l'opuscolo informativo (art. 88), per la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali (art. 91). Con riferimento ai contratti di multiproprietà, la disciplina legislativa prevede la forma scritta sia per il documento informativo sulle caratteristiche dell'immobile venduto in time-sharing (art. 70 cod. cons.) sia per la conclusione del relativo contratto di acquisto (art. 71). Con riferimento ai contratti stipulati a distanza, l'art. 51 del codice del consumo prevede che le informazioni fornite dal professionista oralmente o comunque o non propriamente scritte nel senso tradizionale devono essere confermate per iscritto o, a scelta del consumatore, su altro supporto duraturo e a lui accessibile. Con riferimento ai contratti stipulati tra professionista e consumatore, le clausole contrattuali, oltre a non dover essere vessatorie, devono essere sempre redatte in modo chiaro e comprensibile (art. 35 cod. cons.).

²¹ Con riferimento alla multiproprietà (artt. 70 - 71 cod. cons.) ed ai pacchetti turistici (artt. 87 - 88 cod. cons.), sia i contratti che gli opuscoli informativi devono contenere informazioni dettagliate e vincolanti; con riferimento ai rapporti di consumo, tutte le ipotesi di recesso in favore del consumatore sono accompagnate da norme che impongono al professionista di dare informazioni in ordine alla titolarità da parte del consumatore del diritto al recesso (ad es. art. 47 cod. cons. in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali); con riferimento ai contratti a distanza, la normativa sancisce numerosi obblighi informativi, sia per i contratti ordinari (art. 52 cod. cons.), sia nell'ambito della commercializzazione a distanza di servizi finanziari (art. 67 quater - 67 octies cod. cons.);

²² Così Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, p. 28 ss: si tratta del rimedio con cui si consente alla parte consumatrice, e solo a lei, di recedere dal contratto entro un breve tempo dalla conclusione, a prescindere da qualsiasi presupposto giustificante o anche solo obiettivo del recesso. Ad es. nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, i contratti a distanza e le vendite di multiproprietà;

all'operare della categoria della invalidità, in particolare della nullità²³. Da quanto esposto si evince che il diritto dei consumatori, di ispirazione europea, ha introdotto nel nostro ordinamento nazionale una serie di principi sovversivi rispetto alla disciplina comune del contratto: in particolare, viene attenuata la forza del vincolo contrattuale (basti pensare al diritto al pentimento); appare stemperato il principio della insindacabilità dell'equilibrio contrattuale fissato dalle parti; ed infine risulta sconfessata la rigida separazione tra regole di validità e regole di condotta (basti pensare al ruolo della buona fede nel determinare l'invalidità delle clausole inserite in un contratto)²⁴. Tanto precisato, il diritto dei consumatori di derivazione europea pone gli interpreti dinanzi ad un dilemma: se la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità sia ancora netta ed incondizionata, ovvero se le discipline normative specifiche, benché contenute all'interno della legislazione speciale, possano assumere carattere paradigmatico ed assurgere a principi generali di un nuovo diritto dei contratti. Il rapporto di consumo (consumatore - professionista) presenta un'evidente analogia rispetto al rapporto di intermediazione finanziaria (cliente - intermediario): in entrambi i casi entrano in rapporto una parte fisiologicamente debole ed una parte fisiologicamente forte. La debolezza e la forza, in particolare, sono il risultato delle conoscenze e degli strumenti economici a disposizione: non v'è chi non veda la superiorità economica, cognitiva ed organizzativa degli imprenditori e degli intermediari finanziari rispetto ai consumatori ed agli investitori. Pertanto, con specifico riferimento al consumatore, il Legislatore, su ispirazione europea, ha previsto la nullità delle clausole vessatorie, ossia delle clausole che determinano un significativo squilibrio, contrario a buona fede²⁵, dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto di consumo. Segnatamente, si tratta di una nullità peculiare, sia in ordine alla sua disciplina che in ordine alla sua funzione²⁶, non riconducibile *strictu sensu* alle ipotesi codicistiche di nullità del contratto: il giudizio di validità, ivi, dipende dalla condotta assunta dalle parti contrattuali e non da elementi intrinseci del contratto. Tale nullità impone una riflessione sui rimedi contrattuali e sulle categorie tradizionali. Ovviamente non può trascurarsi la fondamentale differenza tra la disciplina contenuta nel Codice del consumo e quella contenuta nel TUF: ivi, infatti, il Legislatore non prevede *expressis verbis* la nullità in seguito alla violazione dei doveri di cui all'art. 21. Tuttavia, alcuni tribunali di merito²⁷ sono giunti al rimedio della nullità attraverso un ragionamento logico - sistematico degno di considerazione. La mera violazione di regole di comportamento di per sé non determina

²³ Così Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, p. 32 ss: sui contratti del consumatore incombono nuove e moltiplicate invalidità, ignote al regime ordinario del contratto. Ma, quasi a compensazione, si tratta di invalidità che, sotto vari profili, finiscono per essere più leggere, più contenute e meno distruttive delle invalidità di diritto comune;

²⁴ Così Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, p. 34;

²⁵ Art. 36, D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206;

²⁶ Art. 36, D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, comma 3: si tratta di una nullità che può operare solo a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Si nota chiaramente che la nullità in esame ha una funzione protettiva di un soggetto (il consumatore), in considerazione del suo *status* di parte contraente debole, e non una funzione di eliminazione di un atto difforme ad una fattispecie legale;

²⁷ Così Trib. Venezia, 22 novembre 2004; Trib. Firenze, 19 aprile 2005; Trib. Mantova, 18 marzo 2004;

l'invalidità di un atto, poiché non è idonea ad incidere sul medesimo; tuttavia, in alcuni casi, la violazione di regole di condotta non esaurisce il suo effetto nel pregiudizio di interessi altrui, bensì incide sul regolamento contrattuale, alterando il procedimento di formazione dell'accordo²⁸. Giova precisare, come non hanno mancato di fare i tribunali di merito, che, ai sensi dell'art. 21, comma 1, lett. a) TUF, gli intermediari finanziari sono tenuti a comportarsi secondo diligenza, trasparenza e correttezza nell'interesse dei clienti, ma anche per l'integrità dei mercati: in altre parole, nella materia dell'intermediazione finanziaria, sussistono interessi di carattere generale che rendono inderogabili ed imperative le regole di comportamento imposte agli intermediari. Tali regole sono poste a tutela dell'ordine pubblico economico e, pertanto, sono idonee a giustificare il rimedio della nullità, che tradizionalmente è posto a tutela di interessi non di parte (come l'annullabilità), bensì generali²⁹. A riguardo, giova precisare che, in un'ottica evolutiva ed alla luce della disciplina consumeristica, la tutela del contraente debole può essere considerata *ex se* come interesse pubblico, in quanto rispondente al generale dovere di solidarietà previsto nella Carta Costituzionale (art. 2). La ristrettezza del ragionamento svolto dalle celebri Sezioni Unite del 2007 e pedissequamente seguito dalla pronuncia in commento si nota anche da un altro punto di vista: la giurisprudenza di legittimità, infatti, esclude la possibilità di ricorrere al rimedio della nullità virtuale essenzialmente perché la contrarietà a norme imperative deve inficiare elementi intrinseci del contratto oppure, ove essa infici elementi estrinseci, deve essere prevista *ope legis* (come accade nella disciplina consumeristica). Tuttavia, risulta evidente che, ragionando in tali termini non vi sarebbe spazio per la nullità virtuale di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., poiché il difetto di elementi intrinseci del contratto si traduce nella nullità strutturale di cui all'art. 1418, co. 2, c.c., mentre la previsione *ope legis* del rimedio della nullità si traduce nella nullità testuale di cui all'art. 1418, co. 3, c.c.³⁰. Ne consegue la necessità di rivedere i tradizionali rimedi contrattuali nell'ottica della società attuale, caratterizzata in molti casi dalla disequaglianza contrattuale fisiologica delle parti e dalla presenza di numerosi scambi economici privi di un accordo realmente ed effettivamente negoziato tra i soggetti coinvolti. In un'ottica di ripensamento della tradizionale distinzione tra regole di condotta e regole di validità,

²⁸ Così Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2008, 4, p. 393: non c'è mai invalidità per mera violazione di norma di comportamento, tuttavia dobbiamo chiederci se nella specie la violazione di una regola di comportamento sia lesiva di interessi ma senza riflessi sulla formazione della regola ovvero se incida anche sul processo di formazione della regola, determinando, oltre al pregiudizio agli interessi altrui, anche una concomitante negativa incidenza sulla regola negoziale, che possa giustificare l'invalidità;

²⁹ Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Corriere Giuridico*, 2005, 9, p. 1271: in conclusione, l'obbligo di correttezza e quello di trasparenza non hanno solo una dimensione protettiva con specifico riferimento alla formazione della volontà e del convincimento, ma assurgono ad un ruolo attivo di conformazione del rapporto, spostandosi così nella definizione di un modello ottimale ed efficiente di scambio di mercato;

³⁰ Roppo e Afferni, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e responsabilità*, 2006, 1, p. 31: è evidente che a questo punto per la nullità virtuale non residua alcun margine di autonoma esistenza. Ecco allora un bel rompicapo per l'interprete, che voglia per un verso salvare il senso e il valore di una norma, quale l'art. 1418, co. 1, c.c., e per altro verso salvare il senso e il valore della distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità;

interessanti spunti di riflessione possono trarsi anche dalla teoria del "contratto asimmetrico"³¹. La teoria in parola, in tutte le sue varianti ed interpretazioni, si basa su un assunto fondamentale: la possibilità di ravvisare nel nostro ordinamento un nuovo statuto contrattuale, autonomo e distinto rispetto al contratto di diritto comune, che trova applicazione in presenza di un elemento generale: la debolezza di una parte rispetto all'altra, ossia l'asimmetria di potere contrattuale. In altre parole, quando il contratto "*funziona da contratto*" e si traduce in un accordo tra pari, opera la disciplina codicistica ordinaria, comprensiva della netta separazione tra regole di validità e regole di responsabilità; tuttavia, quando ciò non accade ed entrano in contatto soggetti fisiologicamente diseguali, trova applicazione uno statuto contrattuale diverso, ma non eccezionale rispetto al precedente, caratterizzato da alcuni profili specifici, quali l'utilizzazione ampia del rimedio della nullità, l'imposizione di oneri formali e la previsione di numerosi doveri informativi. Ne consegue che nelle ipotesi in cui i doveri informativi sono espressamente previsti dalle normative in materia di contrattazione diseguale, come accade nella materia dell'intermediazione finanziaria, essi non devono essere ricondotti all'alveo dell'art. 1337 c.c., poiché assumono autonoma rilevanza come elementi costitutivi di un contratto asimmetrico, e, pur non essendo esplicita la nullità come rimedio alla loro violazione, tale rimedio si applica in ragione del nuovo statuto contrattuale afferente alla contrattazione diseguale. La ricostruzione in parola ha il pregio di evitare una frantumazione del concetto di nullità: essa, infatti, resta il rimedio dinanzi alle invalidità di un negozio. Tuttavia, l'attuale situazione del mercato e della società conduce verso la generalizzazione delle tutele poste a beneficio dei contraenti deboli, attraverso l'individuazione di un nuovo statuto contrattuale che dovrebbe trovare applicazione dinanzi alla fisiologica asimmetria, sia economica che cognitiva, delle parti coinvolte nella negoziazione. La prospettiva del contratto asimmetrico, tuttavia, pur riconoscendo la forza espansiva della nullità di protezione prevista *ope legis* solo in ordine alle clausole vessatorie contenute nei contratti di consumo, rispetta ancora la tradizionale impostazione che distingue l'ambito della validità del negozio dall'ambito della correttezza della condotta delle parti: si tratterebbe, infatti, di una nullità "speciale", specificamente prevista dal Legislatore nel "microcosmo" della contrattazione diseguale e, pertanto, suscettibile di estensione solo con riferimento alle violazioni delle normative introdotte a tutela dei contraenti deboli. In verità, da

³¹ Così Roppo, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, p. 53 ss; Di Marzio, *Verso il nuovo diritto dei contratti, note sulla contrattazione diseguale*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2002: lo status delle parti contrattuali è nel tempo divenuto presupposto essenziale di disciplina. Secondo l'autore, alla base del nuovo diritto dei contratti vi è la teoria dell'abuso del diritto: essa, precisamente, avrebbe avuto il merito di svelare l'essenza delle operazioni economiche sottese ai contratti e di evidenziare la progressiva venuta meno del legame tra contratti - libertà - autonomia privata. Così Passagnoli, in *Nullità speciali*, Milano, 1995: dai recenti interventi normativi in materia contrattuale, sembra emergere un dato unificante e consistente nella presenza di tipologie di rapporti suscettibili di discipline speciali in ragione di uno squilibrio reputato dal Legislatore rilevante, il quale si pone non come evenienza anomala bensì quale connotato strutturale di determinate categorie di rapporti. In tale quadro due *rationes* sorreggono gli interventi normativi: la peculiare qualità soggettiva di uno dei contraenti (disciplina consumeristica) e la situazione di dominanza economica di una delle parti contrattuali (disciplina del cliente). I diversi interventi normativi, seppur con strumenti differenti, attribuiscono rilievo ad un dato comune: lo squilibrio strutturale tra le parti contraenti, idoneo ad alterare in radice i presupposti di esercizio dell'autonomia negoziale e le dinamiche concorrenziali. In tale quadro, la nullità si allontana dalla tradizionale prospettiva dell'interesse generale, per acquistare una dimensione funzionale legata alla tutela degli interessi dei contraenti. La disciplina in parola, inoltre, trovando applicazione in ordine ad uno squilibrio fisiologico, non si pone come eccezione bensì come regola dinanzi ad uno squilibrio negoziale strutturale, con conseguente possibilità di estensione analogica;

tempo ormai³², si riflette in Letteratura circa la possibilità di superare del tutto la tradizionale dicotomia tra regole di validità e regole di condotta. A tal fine sarebbe necessario prescindere del tutto dalla situazione di debolezza di uno dei contraenti e valutare la portata sostanziale della violazione del precetto precontrattuale: in altre parole, la considerazione della debolezza di uno dei contraenti ha portato alla teorica di una nullità di protezione ed alla sua progressiva estensione mediante l'elaborazione della categoria (puramente descrittiva) del contratto asimmetrico. Invece, la società attuale e le modalità di negoziazione inducono altra dottrina³³ ad affermare la necessità di valutare di volta in volta l'incidenza che la violazione di un precetto da parte di uno dei paciscenti ha avuto sulla contrattazione, a prescindere dalla qualificazione della natura della regola come regola di validità ovvero di condotta: ove tale violazione sia rimasta confinata all'area del fatto, si apre la strada del rimedio risarcitorio, ovvero, al più, del rimedio dell'annullabilità per errore; nell'ipotesi invece in cui la violazione del precetto abbia influito sul regolamento contrattuale, incidendo l'area del valore del contratto, risulta inevitabile ricorrere al rimedio della nullità. Ragionando in tali termini, non sarebbe più necessario l'intervento legislativo ogni qual volta si ravvisa il pericolo di diseguaglianza contrattuale tra le parti: in particolare, non occorrerebbe né l'individuazione da parte del Legislatore di discipline da applicare ad ambiti di diseguaglianza contrattuale né la previsione legislativa delle nullità di protezione. Per stabilire se la violazione di un norma imperativa, operante in sede precontrattuale, incida o meno sulla validità del contratto, infatti, sarebbe sufficiente comprendere se il comportamento scorretto sia o meno penetrato nel regolamento di interessi, determinando un disvalore strutturale o funzionale dell'atto.

5. Le conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto ed argomentato, risulta evidente che, con riferimento alla disciplina del contratto ed ai rimedi contrattuali, la *società* si sta trasformando, ma il *diritto* fa fatica a starle dietro. Un tempo era prerogativa della legge garantire l'eguaglianza formale delle parti all'interno della negoziazione contrattuale ed in tal modo il contratto è diventato simbolo dell'eguaglianza giuridica dei soggetti all'interno del nostro ordinamento. Oggi, invece, l'eguaglianza formale delle parti non è più sufficiente, poiché sovente si traduce in una

³² Così Benatti, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, p. 8 ss: alla luce della normativa speciale vigente, non risulta possibile relegare le nuove norme ad eccezioni, bensì occorre constatare il superamento della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, posto che le recenti disposizioni, sempre più inclini a configurare l'invalidità per violazione di un'obbligo di buona fede, non possono essere trascurate ai fini della rilettura della stessa formula generale di buona fede e del rapporto tra i due tipi di regole; Russo, in *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, p. 243 ss: le previsioni di obblighi informativi configurano un dovere generale di informazione. La fonte di tali doveri non è la buona fede, ma le apposite previsioni normative. Nel nuovo sistema normativo, la violazione del dovere informativo importa conseguenze non solo sul piano della responsabilità, ma anche sul piano della validità; Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italiano - europeo*, Napoli, 2013, p. 68 ss: le previsioni testuali, con l'avvento della legislazione europea, si sono a tal punto diffuse nel tessuto normativo da non consentire di disconoscere la valenza sistematica. È compito del interprete accertare se un trend, storicamente accertato, si sia trasformato in un dato acquisito nel sistema;

³³ Così G. Perlingieri, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italiano - europeo*, Napoli, 2013, p. 128 ss.

diseguaglianza di fatto tra soggetti diseguali, per cultura, organizzazione e disponibilità economiche. Ne consegue che l'intervento della legge deve essere diretto ad attribuire tutele in favore dei soggetti fisiologicamente deboli, al fine di riportare in equilibrio i rapporti negoziali. La pronuncia in commento, sebbene impeccabile sul piano logico - giuridico e rispettosa della giurisprudenza di legittimità in materia, sembra essere fuori dal tempo attuale e dalle problematiche proprie dell'odierno diritto dei contratti. Nessun riferimento viene fatto alla posizione fisiologicamente debole del cliente, all'eguaglianza sostanziale delle parti ed alle asimmetrie informative; ne tantomeno si cerca di spiegare perché situazioni similari (rapporto di consumo - rapporto di intermediazione finanziaria) dovrebbero avere discipline giuridiche eterogenee. Le esigenze dei consociati, pertanto, soccombono dinanzi all'esigenza di rispettare "istituti sacri". Tuttavia, la storia insegna che *ubi societas ibi ius* ed anche il diritto dei contratti si accorgerà, prima o poi, che la società è cambiata.

A cura di: Dott.ssa Federica Girinelli.