

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 17 - giugno 2018

L'IMMERITEVOLEZZA DEI PRODOTTI "FOR
YOU" E "MY WAY":
ANCORA UNA "SCONFITTA" PER MPS.
LA NUOVA ORDINANZA N. 29985 DEL
13/12/2017 DELLA CASSAZIONE

Pierluigi Montella

**L'IMMERITEVOLEZZA DEI PRODOTTI "FOR YOU" E "MY WAY":
ANCORA UNA "SCONFITTA" PER MPS.
LA NUOVA ORDINANZA N. 29985 DEL 13/12/2017 DELLA CASSAZIONE**

Pierluigi Montella

*Dottorando di ricerca - Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli "Federico II"*

CASSAZIONE CIVILE, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 29985 – Pres. Scaldaferri – Rel. Acerno – MPS c. VD

Contratto – Contratto di investimento – Collegamento contrattuale – Insussistenza Contratto atipico – Sussistenza – Meritevolezza dell'interesse – Valutazione – Insussistenza – Conseguenza – Nullità.

In tema di autonomia contrattuale, non è meritevole di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c., in quanto si pone in contrasto con i principi di cui agli art. 38 e 47 cost., sulla tutela del risparmio e l'incentivo delle forme di previdenza, anche privata, l'interesse perseguito mediante il contratto atipico <<for you>>, fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali dell'utenza da parte di operatori professionali ed avente ad oggetto il compimento di operazioni negoziali complesse, relative alla gestione di fondi comuni, che comprendano anche titoli di dubbia redditività, il cui rischio sia unilateralmente trasmesso sul cliente, al quale, invece, il prodotto venga presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, a basso rischio e con libera possibilità di disinvestimento senza oneri

Con l'ordinanza 29985/2017 la Cassazione ha nuovamente esaminato il tema dei prodotti finanziari "My Way" e "For you", veri e propri contratti di investimento diffusi presso il pubblico sotto le mentite spoglie di piani previdenziali. Nell'articolo, dopo una breve descrizione di tali prodotti, viene affrontato il tema della meritevolezza dei contratti atipici, vero e proprio "ariete" attraverso il quale la Corte ha dichiarato la nullità dei prodotti in questione condannando la banca a restituire quanto indebitamente percepito.

With the ordinance 29985/2017, the Court of Cassation once again examines the issue of the "My Way" and "For you" financial products, real investment contracts disseminated to the public under the guise of social security plans. The article, after a brief description of these products, the issue of the merit of atypical contracts, a real "ram" through which the Court has declared the nullity of the products in question condemning the bank to return what has been unduly received.

1. Poco prima della fine dell'anno, la Suprema Corte di Cassazione ha rigettato, confermando la sentenza di secondo grado, il ricorso proposto dal gruppo bancario "*Monte dei Paschi di Siena*" S.p.a.. Durante il primo grado di giudizio, un investitore aveva convenuto in giudizio la banca chiedendo la declaratoria di nullità del contratto di investimento stipulato avente ad oggetto il prodotto finanziario denominato "*For you*". Il Tribunale di Napoli con sentenza del 29.06.2011, aveva accolto la domanda di nullità per violazione dell'art. 21 *ex d.lgs. 58/1998*, condannando la banca a restituire quanto illegittimamente percepito.

La banca aveva proposto appello, ma questo era stato rigettato con sentenza dell'11.11.2014 dalla Corte di merito, sia pure con motivazione diversa da quella del giudice di primo grado. I giudici avevano ricondotto la nullità del contratto al fatto che si trattasse di un'operazione atipica non idonea a perseguire interessi meritevoli di tutela¹.

Tale decisione, come si diceva innanzi, è stata confermata dalla Corte di Cassazione, che riportandosi ad altri suoi precedenti conformi², ha rigettato il ricorso.

L'analisi della sentenza della Cassazione in commento deve naturalmente partire dalle caratteristiche del prodotto finanziario denominato "*For you*"

¹ Il tema dell'invalidità dei contratti atipici di intermediazione finanziaria è stato esaminato più e più volte dalla giurisprudenza di legittimità. Per la verità, nelle note sentenze gemelle nn. 26724 e 26725 la Cassazione individua i profili di responsabilità degli intermediari sia in relazione al momento antecedente la stipulazione del contratto, sia in quello successivo quando la regolamentazione tra le parti è già in essere. La Suprema Corte, infatti, sottolinea come la violazione dei doveri informativi gravanti su chi propone un servizio di investimento legittima il cliente a richiedere l'eventuale risarcimento del danno subito a titolo di responsabilità precontrattuale. Al contrario, laddove dovessero verificarsi violazioni inerenti alle operazioni, in qualsivoglia modo siano intese, oggetto del contratto di investimento, allora si paleserà una responsabilità di tipo contrattuale, con susseguente risoluzione del contratto medesimo. La Corte ha quindi categoricamente escluso, nelle decisioni prese, che possa essere dichiarata la nullità del contratto, soprattutto in presenza di "*semplici*" violazioni dei doveri di informazione, come spesso denunciato dagli investitori nelle fattispecie riguardanti i *My way* e i *For you*, poiché mancherebbe una violazione di norme imperative cui ricollegare la nullità *ex art. 1418 c.c.* . Cfr. BUONANNO L., *Immeritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante un contratto atipico di finanziamento: nullità o inefficacia?*, in *Contratti*, n. 10, 2016, pagg. 900 e ss.

Se si confrontano tutti i ricorsi che hanno condotto alle decisioni della Corte relative ai contratti di cui ci stiamo occupando, è possibile notare che la violazione dei doveri di comportamento da parte degli intermediari è sempre posta in non cale rispetto al tema sempre ricorrente dell'immeritevolezza delle pattuizioni impugnate.

² La S.C. nella sua ordinanza ha richiamato, in particolare, le sentenze nn. 19599/2015, 2900/2016, 3949/2016 e 4907/2017.

per poi rapportarlo alle disamine dottrinali concernenti l'orientamento formatosi relativamente all'art. 1322 del Codice civile, nonché alla nutrita casistica giurisprudenziale creatasi su di un prodotto che non ha mancato di sollevare numerose polemiche, sin dai primi momenti della sua commercializzazione.

Tale prodotto, insieme ai suoi "gemelli" denominati "My way"³, "Piano Visione Europa" et similia (con sovrabbondanza di nomi accattivanti⁴), prevede un mutuo oneroso di lunga o lunghissima durata. Tale somma, tuttavia, non viene di fatto erogata al mutuatario, poiché contestualmente alla stipula del contratto di investimento, quest'ultimo deve necessariamente effettuare un investimento finanziario, il più delle volte⁵, in obbligazioni.

³ Recentemente, una sentenza di merito, precisamente quella del Trib. Napoli n. 12298 del 19 dicembre 2017, ha dichiarato la nullità di tre contratti sottoscritti da un consumatore il quale aveva, nell'anno 2000, deciso di investire i suoi risparmi in quello che reputava essere un piano di risparmio – a causa della presentazione che veniva fatta dall'intermediario creditizio – e che invece, come il giudice di primo grado ha statuito, altro non prevedeva che: "[...] tre distinte operazioni in rapporto di collegamento: 1) l'acquisto di obbligazioni European Investment Bank; 2) la sottoscrizione di quote di fondo comune di investimento; 3) la concessione di un finanziamento per l'acquisto dei predetti titoli obbligazionari e delle predette quote di Fondo comune, garantita da tali strumenti finanziari e con assistenza di una polizza assicurativa. Alla restituzione del finanziamento [...] deve provvedere mediante il pagamento di rate costanti dell'importo unitario di € 309.87 (£ 600.000) e per 30 anni". L'attore di tale controversia aveva richiesto che il Tribunale dichiarasse la nullità del contratto per contrarietà alla norma imperativa costituita dall'art. 1322, poiché gli stessi, così come erano strutturati, trasferivano tutta l'alea dell'operazione a carico del solo investitore, cosa che aveva indotto la Cassazione, ancor prima dell'ordinanza che si va a commentare e della sentenza appena citata, a dichiararne la nullità, ancorandosi ad un *leit motiv* ormai ricorrente (cfr. Cass. civ., n. 4907 del 27 febbraio 2017), secondo la quale il contratto *My way*: "[...] si risolve in un contratto atipico che non è diretto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, e deve perciò essere dichiarato radicalmente nullo, poiché esso comporta uno squilibrio enorme tra le controprestazioni, a favore di un operatore specializzato e professionale qual è la banca. Tale contratto, infatti, pone l'alea dell'operazione in capo al solo risparmiatore, il quale a fronte dell'obbligo di restituire le somme mutate a un saggio d'interesse non tenue, non ha una certa prospettiva di lucro, al contrario della controparte bancaria [...]".

⁴ La somiglianza di tali prodotti tra loro è stata pienamente accertata da parte di alcune sentenze della Corte di Cassazione, come si vedrà *amplius* nel proseguo della lettura del testo. Cfr. per una breve descrizione degli stessi, DOLMETTA A.A., «My way», «For you», «Piano visione Europa» e Corte di Cassazione, ne "IL CASO.it", 4 luglio 2016, pagg. 1 e ss.

⁵ Nella maggior parte dei casi che sono stati sottoposti al vaglio della giurisprudenza, infatti, il denaro erogato all'investitore poteva essere investito sia in titoli obbligazionari, che in quote di fondi comuni di investimento. Cfr. da ultimo proprio Trib. Napoli n. 12298/17, ma vd. anche Cass. n. 17869/2017; Trib. Ancona nn. 893/2017 e 894/2017; App. Venezia n. 353/2017; Trib. Salerno n. 581/2017; Trib. Padova n. 1149/2017.

Tali titoli ⁶ vengono offerti in sottoscrizione se non ancora emessi, o in vendita se già sul mercato, dalla medesima banca mutuante oppure da altro intermediario appartenente allo stesso raggruppamento.

Il contratto di investimento, come riconosciuto dalla giurisprudenza, rientra nel *genus* dei negozi complessi⁷, costituiti da molteplici negozi giuridici ai quali va poi ascritta, in effetti, una causa unica che si differenzia dalle singole cause dei negozi singolarmente considerati⁸. Per tale motivo,

⁶ Del tipo cd. “zero coupon”.

⁷ È ovvio che, nell'emergere nella pratica degli affari di esigenze sempre più diversificate e strutturate, sia stato necessario avvalersi dell'art. 1322 c.c. per la creazione della figura dei cd. contratti complessi: tale fattispecie ricorre nel momento in cui singole prestazioni sono collegate (o collegabili) dalle parti all'interno di un unico contratto unico ed unitario strutturalmente e funzionalmente. Tale contratto è rappresentato da una volontà negoziale espressa in un medesimo contesto e racchiusa all'interno di uno stesso atto, ma che consente di ricondurre le prestazioni a diversi tipi negoziali. Come evidenzia la Cassazione in una nota sentenza (la n. 7074/2006), le prestazioni così “combinare”, come ad esempio i prodotti finanziari di cui ci occupiamo in questo scritto, sono impossibili da ricondurre *singulatim* ad un'unica causa indipendente dalle altre, poiché esse sono tra loro inscindibilmente collegate, dato che sono “dirette al raggiungimento di un intento negoziale unico”. È tipico della nostra economia dei servizi che le due o più parti di un contratto programmino il complessivo assetto contrattuale, formato appunto da un insieme di obbligazioni, in vista del risultato finale da perseguire. Diverso ancora è il contratto misto. Cfr. per un ampio approfondimento QUADRI E. - BOCCHINI F., *Diritto privato*, IV Ed., Giappichelli, Torino, 2011, pagg. 744 e ss. Essi derivano dalla commistione di due o più istituti, dando luogo ad una tipologia contrattuale completamente nuova e diversa. Secondo altri, invece, tra contratti complessi e misti vi sarebbe un rapporto di genere a specie, con i primi che avrebbero un portato normativo più ampio tale da ricomprendere elementi anche non essenziali dei singoli negozi. Altra autorevole dottrina, invece, ritiene le due tipologie contrattuali perfettamente sovrapponibili. Cfr. ad esempio BIANCA C.M., *Diritto Civile*, Vol. 3, II Ed., Giuffrè, Milano, 2015, pagg. 478 e ss.

Da ultimo, anche la giurisprudenza (con Cass. 29111/2017) si è pronunciata sull'argomento. Cfr. CALVETTI S., *Plurime operazioni di investimento e disinvestimento: si tratta di contratto complesso?*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 198, 2017, pag. 10, in cui si afferma che: “I contratti complessi sono contrassegnati dall'esistenza di una causa unica, che si riflette sul nesso intercorrente tra le varie prestazioni con un'intensità tale da precludere che ciascuna delle predette prestazioni possa essere rapportata ad una distinta causa tipica e faccia sì che le predette prestazioni si presentino tra loro organicamente interdipendenti e tendenti al raggiungimento di un intento negoziale oggettivamente unico.”

⁸ Se alcune sentenze parlano di negozio complesso, la maggior parte della giurisprudenza ha invece ricondotto la fattispecie *de quo* a quella dei contratti atipici, come sarà possibile notare *infra* nel proseguo del lavoro e come ci sentiamo di condividere. Come evidenzia autorevole dottrina, tuttavia, in relazione al giudizio di meritevolezza (profilo esaminato dalla Corte relativamente ai contratti oggetto della nostra attenzione e del presente articolo), la decisione circa l'unitarietà o meno del contratto potrebbe non risultare decisiva, poiché si è giustamente evidenziato come il collegamento contrattuale presenti una propria causa, diversa

nel caso di specie, i due contratti si condizionano a vicenda, poiché l'uno non potrà venire ad esistenza senza l'altro⁹: in altre parole, la somma erogata (primo contratto) dovrà essere utilizzata solo ed esclusivamente per acquistare i titoli obbligazionari e, eventualmente, per le quote di un fondo comune di investimento (secondo contratto). L'elemento più critico di tutta la complessa alchimia finanziaria appena esposta è rappresentato dal pegno regolare che viene ad essere costituito obbligatoriamente sui titoli acquistati dal mutuatario/investitore, costituendo essi stessi la garanzia della restituzione del mutuo. Stante la garanzia pignorizia il cliente non ha alcuna possibilità di intervenire sui modi e termini del suo investimento, quand'anche esso andasse a subire, nel corso del tempo, sostanziali fluttuazioni di valore. Chiude la complessa operazione la previsione di un conto corrente dedicato al transito di tutti i movimenti di dare e avere scaturenti dal rapporto collegato di mutuo e investimento, con ulteriori costi per il cliente connessi alla sua accensione e poi gestione.

Il prodotto *For You* oggetto dell'ordinanza della Cassazione in analisi è per molti elementi identico (nella presentazione dell'offerta contrattuale, nei contenuti, finanche nei *dépliant* volti alla presentazione pubblica) al prodotto *My way*. Ad esempio: entrambi sembrerebbero denotarsi come piano previdenziale¹⁰, essendo proposti al pubblico come piano pensionistico¹¹. Un

da quella dei contratti collegati; da tale punto di vista, occorrerebbe valutare anche la meritevolezza della causa dell'operazione generale. Di talché, laddove i prodotti in questione dovessero essere considerati come negozio complesso, il giudizio di meritevolezza dovrebbe essere effettuato in relazione all'intera operazione economica considerata. Cfr. FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pagg. 402 e ss.

⁹ Cfr. DOLMETTA A.A., «*My way*», «*For you*», cit., pag. 2.

¹⁰ Per le pagine che seguiranno, soprattutto relativamente alla disamina della natura del giudizio di meritevolezza, ci siamo affidati al saggio di FORNASARI R., *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari My way, ovvero la valutazione della razionalità dello scambio*, in *Contratto e impresa*, n. 4, 2017. In questo momento, tuttavia, è d'uopo richiamare la riflessione del lettore sulla natura (poco) previdenziale dei prodotti *My way*, contenuta *ivi*, pagg. 1302 e ss., e i suoi rapporti con il giudizio di meritevolezza. Onde verificare se tale natura previdenziale rientri nel sindacato sulla meritevolezza, è necessario verificare come tale "obiettivo" rientri o meno nello scambio, e quindi nella causa, dedotta nel contratto medesimo; se tale funzione, infatti, non dovesse incidere sull'elemento causale del contratto, secondo l'Autore, condivisibilmente, la sua violazione non rilevarebbe ai fini del giudizio suindicato ma, tutt'al più, soltanto in rapporto ai vizi del consenso e/o alle regole di comportamento cui devono necessariamente attenersi gli intermediari finanziari.

Come si è avuto modo di sottolineare *supra* in questo lavoro, è necessario focalizzarsi su come il contratto di investimento dovrebbe realizzare questa funzione previdenziale: essa si traduce nel fatto che il prodotto dovrebbe generare, nel lungo periodo, rendimenti che possano entrare nelle disponibilità dell'investitore e che siano maggiori rispetto al totale dei costi

ulteriore elemento che denota la somiglianza dei prodotti in oggetto, è data dalla “*assenza*” pressoché totale del cliente: sia dal punto di vista decisionale, poiché questi, come si è detto, non ha alcun potere di stabilire in quali titoli, obbligazioni o quote di un fondo comune investire la provvista del mutuo, ma anche (e soprattutto) nella fase della materiale disponibilità delle somme, poiché il mutuo è destinato esclusivamente all’acquisto dei titoli appena menzionati.

A giusta ragione la dottrina segnala¹² la sentenza del Tribunale di Brindisi dell’8 luglio 2008, nella quale il giudice pugliese ha evidenziato come la banca, con la vendita dei prodotti *My way* e *For you*, riesca ad autofinanziarsi, riuscendo a vendere titoli che altrimenti avrebbero trovato una difficoltosa collocazione, lucrando in tal modo su di un’operazione volta a proprio ed esclusivo favore¹³. Ed in effetti il Tribunale correttamente

soportati per effettuare l’operazione. Soltanto così, in effetti, risulterebbe conveniente per l’investitore sacrificare parte dei propri risparmi. Ora, se davvero la funzione previdenziale fosse realizzata, i prodotti offerti dovrebbero presentare un basso profilo di rischio, al di là della ineliminabile alea contrattuale insita in qualunque pattuizione. Rischio che, invece, rimane elevatissimo e soltanto a carico dell’investitore, dati i guadagni certi che comunque la banca riesce a realizzare. Ecco quindi che la funzione previdenziale, lungi dall’essere la semplice “*motivazione*” per la quale il cliente è spinto ad investire, oppure frutto dell’eventuale dolo da parte dell’intermediario che artatamente ha convinto l’investitore a concludere quel contratto, presuppone “[...] *una determinata struttura dello scambio tra prestazioni, astrattamente meritevole, che però in concreto non è quella propria del contratto. [...]*” L’investitore, quindi, si è obbligato ad eseguire una determinata prestazione in cambio di un’altra, che dovrebbe costituire il risparmio per il suo futuro, che nei fatti non esisterà mai.

Da qui la legittimità del sindacato della Corte in merito al giudizio di meritevolezza sulla funzione previdenziale, dato che quest’ultima entra a far parte, anche se solo sul piano astratto, della causa del contratto di investimento.

¹¹ Al contrario, come indica sempre DOLMETTA A.A., *op.cit.*, pag. 3, questa sorta di maschera non è presente per il prodotto “*Piano visione Europa*”, poiché esplicitamente il mutuo viene proposto come finanziamento, e la somma va restituita in un’unica volta allo scadere del termine indicato nel contratto: i versamenti periodici anche in questo caso previsti, infatti, altro non costituiscono che il pagamento degli interessi di preammortamento, mentre la sorte capitale viene restituita, come si diceva, alla fine del rapporto.

¹² Cfr. DOLMETTA A.A., *op.cit.*, pag. 4 nt. 5.

¹³ “*Il negozio che si articola nella concessione da parte della banca proponente l’investimento di un finanziamento destinato esclusivamente all’acquisto di particolari strumenti finanziari riconducibili alla banca stessa non può essere qualificato come mutuo semplice né come mutuo di scopo; ciò in quanto caratteristica precipua del mutuo è rappresentata dalla messa a disposizione di una somma di danaro in capo al mutuatario, il quale ne acquista la proprietà, con l’obbligo di restituirla alla scadenza; il contratto suddetto si pone quindi come contratto atipico, la cui causa è da ricercarsi non solo e non tanto nel finanziamento di somme di danaro da parte della banca proponente l’investimento quanto*

individua che a fronte di un interesse annuo della banca pari al 6.20 %, l'investitore sottoscrive un contratto nel quale si afferma che *“le operazioni eventualmente eseguite su strumenti finanziari non negoziati in mercati regolamentati possono comportare gravi difficoltà di liquidare gli strumenti finanziari acquistati e comunque di valutarne il valore effettivo”*. Ciò significa, appunto, che l'alea dell'investimento va a ricadere interamente sul cliente della banca, poiché al contrario, in un modo o nell'altro (attraverso il collocamento dei titoli propri e/o la remunerazione derivante dagli interessi puntualmente pagati), è comunque sempre assicurato il guadagno dell'istituto di credito.

Più nel dettaglio, con riferimento ai prodotti summenzionati, la giurisprudenza ha evidenziato come il rendimento dei prodotti finanziari MPS funzioni in questo modo: l'investitore (sempre non professionale, dato che il contratto era offerto in sottoscrizione a soggetti interessati ad un piano di accumulo a fini previdenziali) riceve il mutuo e, tramite l'investimento effettuato, dovrebbe ottenere rendimenti che dovrebbero essere, in teoria, maggiori degli interessi versati al mutuante; su tali rendimenti dovrebbe realizzarsi il guadagno dell'investitore che conclude il contratto, realizzando così la funzione previdenziale che il contratto stesso *“dovrebbe”* avere¹⁴. L'intermediario, invece, riceve gli interessi sulle somme mutate, il pagamento dell'intermediazione dei singoli ordini e la garanzia della restituzione del finanziamento tramite il pegno sui titoli. Inoltre, laddove i titoli acquisiti siano di società controllate o collegate, la banca beneficerà di una sorta di finanziamento in via indiretta proprio grazie alla collocazione dei propri titoli¹⁵. È evidente, allora, che le concrete modalità attraverso le quali il *My way* è stato strutturato hanno generato numerosissime

piuttosto anche nella vendita di particolari prodotti finanziari da parte della banca medesima; simile contratto realizza una figura sinora ignota al panorama giuridico italiano, quella cioè del contratto aleatorio unilaterale, nel quale l'alea è tutta concentrata nella sfera giuridica del risparmiatore che paga un saggio di interesse fisso con il concreto rischio di perdite anche eccedenti l'esborso originario; l'insanabile squilibrio iniziale tra le prestazioni oggetto del sinallagma contrattuale rende allora l'intero contratto in esame radicalmente nullo, per sua contrarietà alle previsioni di cui agli art. 1322-1343 c.c., non essendo detto negozio volto alla tutela di interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico; ciò in quanto l'ordinamento non può ammettere la validità di contratti atipici che, lungi dal prevedere semplici modalità di differenziazione dei diversi profili di rischio, trasferisca piuttosto in capo ad una sola parte tutta l'alea derivante dal contratto.” Vd. *amplius* Repertorio Foro Italiano, 2008, Contratto in genere [1740], n. 350.

¹⁴ Cfr. FORNASARI R., *Il giudizio di meritevolezza dei prodotti finanziari My way*, cit., pag. 1293.

¹⁵ Cfr. Trib. Brindisi, sent. del 21 giugno 2005.

problematiche, alla base dell'ampio contenzioso avente ad oggetto i prodotti in questione. Difatti, valutando le diverse obbligazioni dei contraenti, si coglie che lo scambio che il contratto è teoricamente diretto a realizzare risulta sostanzialmente alterato nella pratica, poiché da un lato vengono posti, come si è visto, a carico dell'investitore tutti i rischi legati all'operazione di investimento; dall'altro i rendimenti garantiti dai titoli acquistati risultano inferiori rispetto ai costi sostenuti dal risparmiatore, cosicché l'operazione comporta per l'investitore stesso una perdita, non un guadagno.

2. È chiaro, quindi, che l'utilizzazione effettiva di questi prodotti così strutturati e dai tratti così peculiari, inevitabilmente ha indotto il profilarsi di alcuni problemi in relazione alla loro tenuta giuridica, problemi che sono approdati, com'era naturale che fosse, all'attenzione della giurisprudenza di legittimità¹⁶. Se però è lapalissiano che, in virtù di quanto spiegato nei paragrafi che precedono, le più recenti pronunce si siano orientate alla tutela degli investitori e quindi all' assoluta invalidità giuridica dei prodotti in commento, dall'altro alcune più risalenti sentenze, avevano invece mostrato una certa “*apertura*” verso gli stessi¹⁷ (orientamento, peraltro, che non ha

¹⁶ Cfr. DOLMETTA A.A., *op.cit.*, pagg. 6 e ss.

¹⁷ Si veda, ad esempio, Cass. 21600/2013, nella quale viene respinto il ricorso di uno dei soggetti, poiché è ritenuta inammissibile (anche perché estraneo, fondamentalmente, alle questioni sollevate nel merito) la doglianza concernente l'esistenza di uno squilibrio del rapporto contrattuale nella sua interezza.

Ci sentiamo di dissentire, almeno nel merito, da questa affermazione. Se è pur vero che la Suprema Corte è giudice del diritto e non del fatto, è altrettanto lapalissiano che lo squilibrio del rapporto contrattuale va valutato alla luce di una corretta sussunzione della fattispecie concreta all'interno della previsione astratta delineata dall'art. 1322 c.c. Il Giudice del terzo grado di giudizio avrebbe allora dovuto e potuto accogliere la doglianza della parte relativamente ad uno squilibrio delle prestazioni tale da ritenere non meritevole di tutela il regolamento contrattuale e quindi nullo per violazione di norme imperative.

Meno a noi risalente è la sentenza 16049/2012, con nota di GUADAGNO S., *I piani finanziari complessi tra tipicità e giudizio di meritevolezza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 1, 2013, pagg. 286 e ss., la quale, negando ancora una volta tutela al soggetto investitore, ribadisce l'irrelevanza ai fini di un'eventuale pronuncia di nullità, della violazione degli obblighi di comportamento (per i quali vedi *infra* in questo articolo), escludendo che la rischiosità dell'operazione oggetto della sentenza possa essere da solo causa della declaratoria di nullità del contratto, *sub specie* della non meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* dell'assetto contrattuale delineato. In effetti, l'autrice della nota a sentenza si allinea a quella parte della giurisprudenza (perlopiù di merito) che ravvisa non un contratto atipico ma un collegamento negoziale, realizzatosi attraverso molteplici contratti che conserverebbero la loro causa autonoma e distinta. Non solo: secondo Guadagno, dietro al giudizio di meritevolezza utilizzato grazie alla norma su richiamata del Codice, si celerebbe un - a suo dire - incongruo

mai ricevuto molto credito presso le Corti territoriali competenti nel merito).

Alcuni autori¹⁸ hanno suddiviso le decisioni della Corte di legittimità in due “*filoni*”, a seconda delle censure mosse dai giudici ai prodotti *de quo*. Il primo filone si incentra sulla nullità per omesso richiamo nei testi contrattuali della facoltà di recesso a favore del cliente richiesta per il collocamento dei prodotti finanziari fuori dalla sede dell'emittente, *ex art. 30, comma sesto, Tuf*¹⁹: si veda, ad esempio, Cass. 1584/2012 (*For you*),

sindacato giudiziale sulla convenienza economica del contratto, dato il nostro sistema giuridico che, al contrario, esalta l'autonomia privata come l'unica in grado di pervenire al compromesso più conveniente tra gli opposti interessi delle parti contrattuali. E del resto, non potrebbe *a fortiori* applicarsi il giudizio di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.*, dato che l'autrice nega che ci si trovi dinanzi ad un contratto atipico, aderendo a quell'orientamento minoritario (e da noi non condiviso in questa sede) che giustificerebbe la tipicità dei prodotti *My way, For you* etc.. Ciò grazie all'art. 1, co. 6., lett. c del Tuf, il quale tra i cd. servizi accessori rimanda all'allegato I della legge, che contempla *expressis verbis* la “*concessione di crediti o prestiti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a uno o più strumenti finanziari, nella quale interviene l'impresa che concede il credito o il prestito*”. Secondo tale autrice e secondo la dottrina minoritaria che qui si richiama, di fronte alla violazione, da parte della banca, degli obblighi di correttezza e diligenza, la soluzione prospettata sarebbe, laddove ve ne siano i presupposti sostanziali e processuali, la risoluzione o il risarcimento del danno (in forza del principio, richiamato dalla stessa autrice della nota a sentenza, ribadito anche da Cass. nn. 26724 e 26725 del 2007, della non interferenza tra regole poste per la validità del contratto e regole implicanti responsabilità risarcitoria a carico dell'autore della violazione).

¹⁸ Cfr. DOLMETTA A.A., *op. cit.*, pagg. 7 e ss.

¹⁹ L'articolo *de quo* è richiamato anche nella recentissima sentenza del Trib. di Napoli del 19 dicembre 2017, la quale, dopo aver individuato la nullità dei contratti a causa dell'esito negativo del giudizio di meritevolezza, procede ad esaminare un altro vizio parimenti censurabile all'interno del contratto di investimento *My way* sottoscritto dal cliente: la mancanza, all'interno della proposta contrattuale, dell'enunciazione del diritto di recesso. Com'è noto (e le innovazioni apportate dalla MiFID II non hanno inciso in merito) sin dall'introduzione di tale facoltà a beneficio del cliente, questi ha diritto di venire a conoscenza della possibilità, entro sette giorni decorrenti dalla stipulazione del contratto, di recedere dallo stesso, e la legge sanziona espressamente con la nullità l'accordo raggiunto laddove l'intermediario ometta, all'interno del formulario propinato al cliente, di porre alla sua attenzione tale eventualità; con nullità eccezionale soltanto dal cliente. Come il giudice di prime cure correttamente rileva, già le Sezioni Unite hanno evidenziato come il diritto di recesso accordato all'investitore *ex art. 30, co. 6 del Tuf*, e la relativa e susseguente declaratoria di nullità, trovi applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario stesso in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la vendita sia avvenuta su esecuzione di ordini impartiti dal cliente in esecuzione di un contratto quadro (sent. 13905/2013). Non solo: nella sentenza 11722/2013 qui richiamata, il giudice di Napoli ha respinto l'eccezione sollevata da banca MPS, la quale aveva chiosato che l'art. 30 *ex d.lgs. 58/1998* non si applicasse a tutti i servizi

Cass. 7776/2016 (Piano visione Europa), Cass. 4473/2016 (*My way*). Un altro filone, invece, basa il suo *thema decidendi* sulla causa in concreto, per giudicare senz'altro non meritevoli di tutela gli interessi perseguiti nei contratti stipulati, come Cass. 19559/2015 (*For You*), Cass. 22950/2015 (*My way*), Cass. 3949/2016 (*For you*).

Analizzando l'ordinanza 19559/2015, notiamo come la Corte chiarisca la indispensabilità del vaglio di meritevolezza degli interessi laddove ci si trovi dinanzi ad un contratto atipico com'è, appunto, il contratto *For you*. Tale analisi deve avere ad oggetto la cd. causa concreta, figura già nota nel nostro

di investimento, ma solo a quelli concernenti i servizi di promozione e collocamento presso il pubblico di strumenti finanziari (art. 1, co. 5, lett. c) del Tuf), ascrivendo i *My way*, al contrario, nella semplice negoziazione di strumenti finanziari (art. 1, co. 5, lett. a) e lett. b) del Tuf); il giudice di prime cure, infatti, ha inteso richiamare una sentenza della Cassazione, precisamente la n. 7776/2014, la quale invece ritiene applicabile la disciplina del recesso *ex art. 30, co. 7, del Tuf* sia alla “[...] vendita di strumenti finanziari per i quali l’intermediario ha assunto un obbligo di collocamento nei confronti dell’emittente, sia nel caso di mera negoziazione di titoli [...]”. Per la verità, autorevole dottrina (cfr. ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Giappichelli, Milano, 2017, pagg. 194 e ss.) critica la modifica operata dal legislatore *ex art. 56 - quater* del d.l. 69/2013, che ha aggiunto al comma sesto dell’art. 30 TUF il seguente periodo: “ferma restando l’applicazione della disciplina di cui al primo e secondo periodo ai servizi di investimento di cui all’art. 1, comma 5, lettere c), c-bis) e d), per i contratti sottoscritti a decorrere del 1° settembre 2013 la medesima disciplina si applica ai servizi di investimento di cui all’art. 1, comma 5, lettera a)”. La ratio di tale modifica è da ricercare nella volontà di cercare un compromesso tra la previgente formulazione del comma sesto *ex art. 30*, e l’interpretazione giurisprudenziale avvenuta ad opera delle Sezioni Unite nella suaccennata sentenza n. 13905/2013, la quale aveva inteso il termine “collocamento” in senso ampio, ricomprendendovi qualsivoglia operazione implicante la vendita all’investitore di strumenti finanziari, ritenendo di conseguenza applicabile la disciplina in tema di *ius poenitendi* anche a quei contratti, conclusi fuori sede, aventi ad oggetto i servizi di negoziazione per conto proprio, insieme all’esecuzione di ordini per conto dei clienti e alla ricezione e trasmissione di ordine, in aggiunta a quanto la norma *ante* 2013 prevedeva in riferimento al solo collocamento di strumenti finanziari ed alla gestione di portafogli individuale. Tale definizione, come rileva la dottrina, non sarebbe coerente con il dato letterale, previsto dall’art. 1, co. 5, lett. c) e c-bis) del Tuf, che esplica la portata interpretativa del termine “collocamento”.

Da un punto di vista “fattuale”, inoltre, un modello così congegnato di *ius poenitendi* rischierebbe in realtà di andare contro gli interessi degli investitori. Si pensi, ad esempio, all’acquisto di uno strumento finanziario il cui valore di mercato è soggetto a pesantissime fluttuazioni dello stesso: nel lasso di tempo in cui, per sette giorni, l’ordine d’acquisto rimane sospeso per consentire l’esercizio del diritto di recesso, il prezzo dello strumento potrebbe essere notevolmente aumentato.

Proprio per ovviare a tale situazione incresciosa il legislatore ha cercato di intervenire sul tema, statuendo che anche per le negoziazioni per conto proprio *ex art. 1, co. 5, lett. a)* del Tuf si applichi il disposto dell’art. 30, co. 6, per tutti quei contratti conclusi dopo il 1° settembre 2013.

panorama dottrinale e giurisprudenziale²⁰, la quale si atteggia come “[...] *la sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato: infatti, la causa, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, non può essere che funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico - sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella*

²⁰ Cfr. FERRI G.B., *Causa e tipo nel negozio giuridico*, cit., pagg. 293 e ss. Sono moltissimi anni, infatti, come giustamente nota COSTANZA M., *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Le Società*, n. 6, 2016, pagg. 730 e ss. che le Corti territoriali ricorrono alla teoria della causa in concreto per dichiarare la nullità dei contratti i quali, pur risultando essere la sommatoria di schemi contrattuali già presenti nel nostro ordinamento, si rilevano piegati dalle parti a finalità illecite. Come giustamente osservato da autorevole dottrina, il concetto di tipo, inteso come paradigma della funzione economico sociale del contratto, e la rappresentazione della causa come funzione economica individuale, costituiscono i presupposti teorici sui quali si fonda la nozione di causa concreta, e questa sola si presterebbe alla verifica di liceità. L'atipicità diviene, così, quell'area occupata dalle sole fattispecie contrattuali che non ritrovano alcuna regola nelle disposizioni del Codice civile o delle leggi speciali dedicate a particolari tipologie contrattuali. E non può lasciarsi nell'ombra il fatto che l'elemento della causa non esprima solo un fine economico individuale, ma anche sociale. La disciplina della risoluzione del contratto e dei vari rimedi alle disfunzioni del sinallagma contrattuale è stato sempre utilizzato per verificare le ragioni giustificatrici di uno spostamento di *asset* patrimoniali. Discutere di causa concreta, allora, significa anche condurre una verifica sull'esistenza di una causa giustificatrice di quanto pattuito, e la sua assenza, al pari dell'illeceità della causa, è stata utilizzata dalla giurisprudenza per ottenere la declaratoria di nullità del contratto stesso. È diverso ancora dall'appurare l'esistenza di una causa in concreto è appunto il giudizio di meritevolezza, il cui substrato sostanziale fondamentale è, appunto, l'atipicità del contratto posto in essere tra le parti. È questo, infatti, l'elemento fondamentale che fa sì che l'interprete, non potendosi avvalere del positivo esperimento del giudizio di meritevolezza insito nei contratti riconosciuti come tipici dal legislatore, inevitabilmente dovrà verificare, alla luce dei principi giuridici dell'ordinamento, la possibilità che tale contratto possa essere riconosciuto come meritevole di tutela. Come vedremo *infra* nel testo, quasi tutte le sentenze oggetto del vaglio di meritevolezza da parte della Cassazione, tendono a individuare il *vulnus* che inficia la validità negoziale del contratto nell'alea del contratto di investimento che graverebbe solo ed unicamente sul soggetto investitore. Non è, dunque, l'estrema aleatorietà della pattuizione il problema: il nostro ordinamento consente, entro certi limiti, il giuoco d'azzardo e la scommessa equiparandoli, in un certo senso, a momenti di intrattenimento non sempre pericolosi, e quindi a maggior ragione consente una certa aleatorietà all'interno dei contratti aventi ad oggetto i servizi di investimento; tuttavia, quando si entra nel terreno dell'atipicità, il legislatore pone a salvaguardia dei diversi interessi il giudizio di meritevolezza degli assetti contrattuali delineati al fine di respingerne eventuali distorsioni a favore dell'una o dell'altra parte.

determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale [...]”. La “*causa concreta*” perciò costituisce del resto “*uno degli elementi essenziali del negozio, alla cui stregua va valutata la conformità alla legge dell’attività negoziale effettivamente posta in essere, in riscontro [...] per i contratti atipici, della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell’art. 1322 c.c. [...]*”,

E sulla base quindi della individuazione della sua causa concreta che l’operazione *For you* non supera il vaglio di meritevolezza da parte della Suprema Corte, perché come sottolinea quest’ultima, una parte posta in un’inevitabile posizione di forza all’interno del mercato mobiliare approfitta delle preoccupazioni previdenziali della propria controparte e, tramite la “*dis*”informazione contrattuale, lo convince a sottoscrivere prodotti per nulla vantaggiosi. In questo caso, un giudizio positivo di meritevolezza *ex art. 1322 c.c.* era impossibile da attribuire a causa della indebita violazione, perpetrata dal contratto di investimento oggetto della controversia, degli articoli 47, co. 1°, e art. 38, ult. co., Cost., l’interpretazione dei quali esige specificatamente che le preoccupazioni previdenziali del singolo non possano essere sfruttate dagli operatori professionali mediante operazioni negoziali complesse molto rischiose. Da qui, la successiva declaratoria di nullità da parte della S.C.

Quasi specularmente, con la sentenza n. 22950 del 10 novembre 2015, la Suprema Corte di Cassazione, allineandosi all’orientamento maggioritario, riconosce la natura di contratto atipico unitario che caratterizza questa volta il prodotto *My way*, negando che ci si trovi di fronte ad un mero collegamento negoziale, data la “[...] *stretta ed indissolubile connessione tra le varie operazioni nelle quali il contratto si scompone, onde unitaria ne è la causa [...]*”²¹. Anche in questo caso, dunque, la Corte conferma la natura di ingegneria finanziaria, idonea a produrre una nuova e diversa regolamentazione di interessi tramite l’unione di diversi tipi negoziali (quali finanziamento, investimento, mandato, pegno, deposito titoli, conto corrente bancario, eventuale assicurazione per eventi che colpiscano la persona del cliente a garanzia della restituzione dell’importo mutuato).

Interessante risulta notare, in quest’ultima sentenza, come il giudice sottolinei che il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto può essere rimesso al sindacato esclusivo del giudice di merito soltanto laddove esso appartenga alla specificità del caso concreto, destinato a restare confinato nell’ambito di tale giudizio; ma, nel caso di specie

²¹ Vd. sent. 22950/2015, par. 2.1.

esaminato dalla Cassazione, essendo il contratto di investimento basato su di una serie di casi analoghi, il giudice di legittimità non può far a meno di esplicitare il suo giudizio in punto di diritto e soprattutto con finalità nomofilattiche, anche e soprattutto al fine di garantire una certa prevedibilità delle future decisioni. Il *punctum dolens*, tuttavia, del ragionamento che pone in essere la Corte, è rappresentato proprio dalla definizione di utilità del contratto, e cioè che cosa si debba intendere, in concreto, per definire come meritevole di tutela l'autoregolamentazione di interessi operata dalle parti. Gli ermellini sottolineano come una volta superato il concetto di utilità sociale, retaggio di tendenze autoritarie, ma volendo comunque distinguere la meritevolezza dal concetto di liceità, si è ricercata una specifica connotazione degli interessi "*meritevoli*" come fondamento di un atto di autonomia.

3. Le decisioni citate e di cui si sono commentati *en passant* alcuni estratti, rivelano che la giurisprudenza ha fatto ricorso sempre di più all'uso di clausole generali tra cui, come i casi esaminati hanno evidenziato, quello della meritevolezza degli interessi *ex art.* 1322, comma 2, del Codice. Tale disposizione ha avuto la sua genesi²² nell'ordinamento dirigistico dell'epoca fascista; ed ha avuto una scarsissima applicazione giurisprudenziale, a causa delle difficoltà di verificare l'utilizzo autonomo della norma rispetto ad altre disposizioni dell'ordinamento²³, come l'art. 1343 sui motivi di illiceità della causa. È da registrare, tuttavia, un'importantissima inversione di tendenza soprattutto negli ultimi anni, poiché la giurisprudenza ha cercato di effettuare un controllo più approfondito del contenuto contrattuale che prescindesse dalla semplice verifica circa la liceità dello stesso.

Come la S.C. non ha mancato di sottolineare, infatti, il giudizio di meritevolezza si sostanzia in un ulteriore filtro predisposto dall'organo giudicante, che eventualmente è svolto non sull'intero regolamento di interessi ma solo su di una sua parte, come ad esempio una clausola. La valutazione del giudice, in effetti, consentirà di verificare quale accordo contrattuale possa trovare sistemazione all'interno del nostro ordinamento giuridico e quali invece (o quali parti di essi) debbano essere necessariamente espunti. La collocazione sistematica della disposizione, tra i principi generali delle obbligazioni (Libro IV, Titolo II, Capo I del Codice civile), suggerisce che la valutazione *ex art.* 1322 c.c. debba essere effettuata

²² Cfr. FORNASARI R., *Il giudizio di meritevolezza*, op.cit., pagg. 1281 e ss.

²³ Cfr. GUARNIERI A., *Meritevolezza dell'interesse*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XI, Torino, 1994, pag. 329.

in via generale su tutti i contratti, in relazione agli elementi fondamentali degli stessi; trascurando quindi i cd. elementi accessori della pattuizione, che come tali non possono influire sul vaglio di meritevolezza. La problematica, purtroppo, sta nel fatto che la norma non contiene elementi in base ai quali reputare degni di meritevolezza gli interessi statuiti nel contratto²⁴. Se ne deduce che tale valutazione è sempre stata foriera di notevoli incertezze²⁵.

L'introduzione di tale norma ha rappresentato un'importante novità rispetto agli ordinamenti di *civil law* e *common law*, ma anche rispetto al Codice civile del 1865. Il controllo sulla meritevolezza, insieme all'immissione di altre clausole generali (o il semplice ampliamento del loro ambito di operatività), frutto, come si diceva *supra*, di una concezione dirigistica da parte dello Stato fascista, il quale doveva fungere da arbitro non soltanto della vita pubblica, ma anche di quella privata, presupponeva un radicale cambiamento anche dell'attività posta in essere dall'organo giudicante, chiamato non più (o non soltanto) ad effettuare un'attività logica di sussunzione della fattispecie concreta, prevista dal contratto, nella norma di riferimento; ma incaricato anche di verificare la corretta corrispondenza degli interessi sottesi nell'accordo contrattuale con i valori e l'etica del modello corporativo. Tale corrispondenza biunivoca tra interessi concreti e funzione sociale è tipizzata a priori dal legislatore nei cd. contratti nominati; mentre, appunto, è compito del giudice effettuare tale verifica nei contratti atipici, per i quali l'opera "creativa" dei privati deve essere opportunamente veicolata.

Con la fine del fascismo vede la sua fine anche tale concezione dell'art. 1322, relegato ad una funzione sempre più marginale²⁶. La ragione è da ricercarsi nel fatto che dare un'autonoma valenza al giudizio di meritevolezza equivarrebbe, secondo parte della dottrina, per i motivi sopra elencati, da una parte a far soggiacere il contratto alla discrezionalità del giudice effettuante il controllo; dall'altra è vista come una superfetazione

²⁴ Cfr. COSTANZA M., *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 1987, pagg. 427 e ss.

²⁵ Sempre riferendoci al giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322 c.c., oltre alla giurisprudenza "famosa" sui prodotti *For you* e *My way*, i giudici di merito e legittimità hanno concentrato i loro sforzi sulle clausole *claims made* inserite nei contratti di assicurazione, brillantemente riassunti nel saggio di FORNASARI R., *La meritevolezza della clausola claims made*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pagg. 1372 e ss.

²⁶ Torna a prevalere, insomma, un approccio più formalistico alla causa, come correttamente ricostruito dal FORNASARI R., *Il giudizio di meritevolezza*, cit., pagg. 1285 e ss.

dell'art. 1343 c.c. In tale periodo, infatti, numerosi autori sostengono²⁷ che il giudizio di meritevolezza coinciderebbe con il giudizio di liceità della causa. Tuttavia, a partire dagli anni '70 del secolo appena trascorso, la dottrina sembra riscoprire il ruolo dell'art. 1322 c.c. e del conseguente giudizio di meritevolezza non più in un'ottica di mera realizzazione degli interessi statuali, ma in una visione del contratto che esalti e realizzi i principi espressi dal dettato costituzionale volti, com'è noto, a dare centralità alla persona umana intesa come baricentro di imputazione di diritti e doveri²⁸. Sempre la dottrina riporta come la meritevolezza fosse considerata in relazione alla capacità dell'accordo di realizzare gli interessi delle parti e di conferire, quindi, risalto ai motivi del contratto.

A tali intuizioni dottrinali, tuttavia, non corrisposero altrettante applicazioni giurisprudenziali del principio²⁹: la ragione principale è da ricercarsi in una sorta di rifiuto, da parte dei giudici di legittimità e di merito, di voler superare quella che veniva considerata la signoria della volontà, e cioè il rispetto quasi assoluto, salvo le cause di invalidità enucleate, dell'autoregolamentazione delle parti. Soltanto con il progressivo mutamento del contesto normativo le Corti si sono mano a mano "assuefatte", complice i rinnovati centri di produzione delle fonti normative, non più su base soltanto nazionale ma anche europea e globale, che hanno indotto un radicale ripensamento della funzione del diritto privato, il quale non può e non deve più essere visto come, appunto, un affare di esclusiva pertinenza delle parti, ma come un mezzo di realizzazione dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale e comunitario.

Ciò che più ci preme evidenziare in questa sede e che rappresenta, in ultima analisi, la più grande novità della giurisprudenza sui prodotti finanziari *My way* e *For you*, è la particolarità del giudizio condotto dagli organi giudicanti, che va oltre la semplice liceità del contratto. Nel gruppo di sentenze analizzate, e da ultimo anche una recentissima sentenza della Cassazione, la n. 31183 del 29 dicembre 2017, la Corte non asserisce la contrarietà del prodotto di investimento rispetto a delle norme imperative, per dichiararne la nullità, ma va a valutare come è avvenuto esattamente lo

²⁷ Cfr. MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, pagg. 81 e ss.; vds. anche più recentemente GUARNERI A., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, pagg. 814 e ss.

²⁸ Cfr. NUZZO M., *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, pagg. 98 e ss.

²⁹ Cfr. RICCIUTO V., *La disciplina del contratto di diritto europeo: i tentativi di costruzione di un nuovo paradigma generale di contratto*, in *Contratto e impresa*, 6, 2016, pagg. 1332 e ss.; Cfr. NIVARRA L., *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2016, pagg. 77 e ss.; Cfr. FORNASARI R., *op. cit.*, pag. 1291.

scambio, entrando nel merito del rapporto sinallagmatico (senza ovviamente entrare nel merito della vicenda, cosa che non gli spetta in quanto giudice di legittimità), onde verificare il contesto economico in cui il contratto è sorto e le posizioni delle parti³⁰. Insomma, viene analizzato lo scambio delle prestazioni.

4. Pur condividendo l'inquadramento posto dalla giurisprudenza sulla causa concreta dei prodotti in commento, cui fanno riferimento le sentenze, in questa sede vorremmo evidenziare le differenze tra il giudizio sulla liceità della causa e quello concernente la meritevolezza³¹. Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza citata, infatti, i due giudizi hanno la tendenza a sovrapporsi. In questa sede ci permettiamo di dissentire: in effetti, il controllo circa la liceità della causa è il presupposto, ma non la medesima cosa, rispetto alla verifica concernente la meritevolezza: la prima tende a verificare che il rapporto sinallagmatico tra le parti, e quindi le prestazioni che vengono dedotte nella regolamentazione pattizia, non vadano a violare le regole dell'ordinamento giuridico; la meritevolezza, invece, è un giudizio che va a valutare l'idoneità dello strumento elaborato dai privati ad assurgere a modello giuridico di regolamentazione degli interessi, stante la preventiva assenza di tipizzazione da parte del legislatore. Oltre ad effettuare un'analisi di conformità di tale scambio rispetto alla tutela del contraente debole e, in ultima analisi, ai principi fondamentali dell'ordinamento nazionale e comunitario. E', quindi, un passaggio ulteriore che deve essere effettuato, quello della meritevolezza, che prescinde dalla funzione economico sociale (o economico individuale)³² enucleata. Se ne deduce che il riferimento³³ agli

³⁰ Cfr. GITTI G., *La determinazione del contenuto*, in *Il terzo contratto*, a cura di GITTI G. e VILLA G., Bologna, 2008, pagg. 92 e ss.

³¹ Cfr. BUONANNO L., *Immeritevolezza degli interessi*, cit., pagg. 905 e ss., il quale a sua volta richiama il GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, il quale evidenzia le considerazioni che abbiamo condiviso nel corpo dell'articolo.

³² È storica la contrapposizione tra le diverse teorie che inquadrano la causa: secondo alcuni, come funzione economico - sociale del contratto (propugnata da Emilio Betti); secondo altri, come funzione economico - individuale (tesi avallata da G.B. Ferri). Mirabile la sintesi dei due diversi punti di vista effettuata dal BUONANNO L., *Immeritevolezza*, cit., pag. 902 e ss., nt. 10, il quale sottolinea come il Betti ritenesse che "[...] la definizione della causa quale funzione economico sociale del negozio costituisca il portato di una più generale concezione tra società, autonomia privata e ordinamento giuridico. L'esercizio dell'autonomia privata, data ai privati per assolvere ad una funzione economica e sociale, è idonea a soddisfare un interesse oggettivo (poiché prescinde dall'individuo) strettamente attinente al vivere sociale; [...] si esprime con la circolazione della ricchezza e delle risorse, indispensabili affinché la società possa riprodursi e svilupparsi (da qui l'attributo sociale).

artt. 47, comma 1, e 38, commi 2 e 5, Cost., più volte operato dalla Corte di Cassazione, non costituisce soltanto una sorta di *obiter dictum*: il collegamento che pongono in essere i giudici di legittimità è fondamentale nell'andare oltre l'analisi meramente "strutturale" del contratto al fine di valutare la sua meritevolezza, appunto, alla luce delle altre clausole generali e dei principi ritenuti fondamentali³⁴.

[...] Se, dunque, il contratto, per poter essere riconosciuto dall'ordinamento, soggiace al virtuale assolvimento di una funzione economico-sociale, la causa non può che coincidere con la predetta funzione. [...]". Di tutt'altro tenore la tesi del Ferri, il quale: *"[...] propone una rilettura dell'art. 1322 c.c., evidenziando la distinzione tra il tipo, strumento di qualificazione del negozio, e l'interesse, parametro di riferimento per il giudizio di meritevolezza. A monte di siffatto distinguo, è posta la nuova configurazione del negozio, collocato alla base dell'autonomia privata e in quanto tale - già nella realtà materiale - rappresentativo dell'atto di un individuo, spinto da un interesse esclusivamente personale, che potrebbe essere definito sociale solo nel senso che è idoneo a riferirsi ad altri individui. [...] il sistema giuridico non si preoccupa dell'eventuale atipicità dello schema negoziale creato dagli individui, riservandosi esclusivamente una valutazione dell'interesse che le parti perseguono attraverso quelle strutture. Corollario di tali rilievi è che il parametro del vaglio di meritevolezza giunge ad identificarsi nella mera legalità [...]".*

Per una disamina di una casistica giurisprudenziale volta al riconoscimento della validità della causa concreta, cfr. anche ROPPO V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente, né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. Dir. Civ.*, 4, 2013, pagg. 961 e ss., relativamente al collegamento tra un contratto di mutuo e uno di compravendita.

³³ Cfr. FORNASARI R., *ult. op. cit.*, pag. 1306.

³⁴ Brillante la ricostruzione che fa del tema della meritevolezza il PERLINGIERI P., *Controllo e conformazione negli atti di autonomia negoziale*, in *Rassegna di diritto civile*, I, 2017, pagg. 204 - 228. Di fronte alla prospettazione delle due tesi dottrinali che si è sommariamente accennato *supra*, e cioè tra chi vede nel giudizio di meritevolezza un'inutile duplicazione del giudizio di liceità (oltre agli Autori già citati *supra*, si veda anche ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Iudica - Zatti*, Milano, 2001, pagg. 425 e ss.) e chi, invece, vi riconosce *"[...] una valenza "assiologica" alla meritevolezza, ricercando "nel mercato" i valori ai quali ancorare il relativo giudizio [...]"* (PERLINGIERI P., *op. cit.*, pag. 212), l'Autore summenzionato propone un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1322 c.c., prendendo le mosse dalla locuzione, proposta dalla norma stessa, dei *"limiti imposti dalla legge"*. La conformità al sistema non si esaurirebbe in un controllo meramente negativo, cioè di verifica della mancata violazione di norme imperative, di contrarietà all'ordine pubblico o al buon costume, ma andrebbe individuata e verificata in relazione alle norme costituzionali, come gli artt. 2 e 3 Cost. che impongono valori positivi; e quindi l'atto sarebbe giudicato meritevole soltanto laddove esso fosse realmente attuativo dei valori fondanti il sistema. Cfr. in tal senso anche ID., *Il principio di legalità nel diritto civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, pagg. 176 e ss.

Sempre secondo PERLINGIERI, *"Il controllo non è un posterius del procedimento ermeneutico, ma ne è elemento ontologico e si traduce nel dovere di interpretazione adeguatrice degli atti di autonomia negoziale e nel conseguente passaggio dal «controllo»*

E questa tesi è confermata nella sentenza n. 3949 del 2016, dove la Cassazione parla di inefficacia della pattuizione derivante proprio dall'esito del giudizio di meritevolezza, che è diverso di per sé dal giudizio di illiceità della causa *ex art. 1343 cc.* Illiceità della causa che, sola, potrebbe portare alla nullità della pattuizione; mentre con i prodotti summenzionati, invece, il discorso è diverso poiché dovrebbe parlarsi più di inefficacia della pattuizione stessa ai sensi degli art. 1322 c.c. Quindi non di nullità dovrebbe discutersi, a nostro avviso, ma di inesistenza giuridica poiché è il contratto che, essendo immeritevole di tutela, non può assolutamente annoverarsi tra i contratti atipici degni di giuridica considerazione da parte del nostro ordinamento.

E tale nostra considerazione conclusiva si unisce perfettamente a quelle di chi riteneva che l'interesse, per essere considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, dovesse rispondere anche ad una funzione che fosse socialmente rilevante, non essendo sufficiente la semplice non contrarietà della causa alle norme imperative, al buon costume e all'ordine pubblico³⁵. E, del resto, una tesi alternativa³⁶ porterebbe soltanto a considerare l'art. 1322 come un inutile duplicato dell'art. 1343 del Codice civile.

alla «conformazione». [...]», l'interprete non deve limitarsi a conoscere una determinata norma, ma deve ricercarvi un significato dell'atto che sia conforme al sistema. Conforme, cioè, a determinati e precisi valori costituzionali di riferimento.

³⁵ Cfr. BUONANNO L., *Immeritevolezza*, cit., pagg. 906 e ss.

³⁶ Autorevolissima dottrina (cfr. SPENA A., *Commento sub art. 117*, in PORZIO M., BELLI F., LOSAPPIO G., RISPOLI FARINA M., SANTORO V., *Testo Unico Bancario. Commentario. Addenda di aggiornamento ai d.lgs. 141/2010 e 218/2010*, Giuffrè, Milano, 2011, pagg. 41 e ss.) ha a giusta ragione sottolineato come l'ultima modifica apportata dal d.lgs. 218/2010 all'art. 117 del Testo Unico bancario (d.lgs. 385/1993) ha ommesso qualsiasi riferimento ad un potere di «conformazione» dei titoli offerti al pubblico, esercitabile dalla Banca d'Italia o da qualsivoglia altra autorità, facendo venir meno anche la relativa sanzione di nullità laddove tali contratti siano difformi a quanto statuito dai regolamenti. La formulazione antecedente all'ultima modifica effettuata dal legislatore delegato, infatti, prevedeva il potere della Banca d'Italia, d'intesa con la Consob, di prescrivere un determinato contenuto tipico per i contratti stipulati ed i titoli venduti. Il riferimento alla Consob è attualmente sparito, così come sparito è il riferimento ai titoli.

E' chiaro, quindi, come si sia originato un ampio vuoto normativo relativamente a tali ultimi prodotti, per i quali, come sottolinea SPENA, l'ambigua denominazione (l'Autore cita i casi dei «BTP tel» e «BTP index», *ex multis* cfr. MALVAGNA U., *Prodotto finanziario «BTP Tel» e circostanze rilevanti per la valutazione della correttezza dell'agire dell'intermediario collocatore*, in www.dirittobancario.it.) può realmente porre in confusione il risparmiatore relativamente all'acquisto di titoli di Stato o altri prodotti, simili tra loro soltanto per il nome attribuitogli. Se il legislatore, *de iure condendo*, intervenisse sulla norma, la giurisprudenza potrebbe dichiarare la nullità dei titoli che siano difformi alle prescrizioni imposte.

“**Autorità:** Cassazione civile sez. VI

Data: 13/12/2017

n. 29985

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONE SESTA CIVILE
SOTTOSEZIONE 1

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SCALDAFERRI Andrea	- Presidente -
Dott. BISOGNI Giacinto	- Consigliere -
Dott. ACIERNO Maria	- rel. Consigliere -
Dott. FERRO Massimo	- Consigliere -
Dott. FALABELLA Massimo	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 12859-2015 proposto da:

BANCA MONTE PASCHI SIENA S.P.A., in persona del legale rappresentante

pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA TACITO n. 50, presso lo studio dell'avvocato PAOLO TORTO, che la rappresenta e difende unitamente agli avvocati RAFFAELLO TORIO, ALESSANDRO RONGA;

- ricorrente -

contro

V.D.;

- intimato-

avverso la sentenza n. 4558/2014 della CORTE D'APPELLO di NAPOLI, depositata il 19/11 /2014;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non partecipata del 10/10/2017 dal Consigliere Dott. MARIA ACIERNO.

Fatto

RAGIONI DELLA DECISIONE

Con sentenza del 29/06/2011 il Tribunale di Napoli, accogliendo la domanda proposta da V.D. nei confronti di Banca Monte dei Paschi di Siena S.p.a., dichiarava nullo il contratto "for You" stipulato dalle parti sulla base della violazione da parte dell'Istituto di credito degli obblighi di diligenza, trasparenza e correttezza di cui al D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 21 condannando la convenuta alla restituzione di tutte le somme incassate maggiorate degli interessi legali. Dichiarava altresì inefficace, in quanto vessatoria, la clausola contrattuale di recesso.

La Corte d'appello di Napoli, investita dell'impugnazione proposta dalla Banca, con sentenza del 11/11/2014 ha rigettato integralmente il gravame, fondando tuttavia la propria pronuncia su ragioni differenti da quelle poste dal primo giudice a fondamento della decisione appellata.

Atteso che il V., fin dall'atto introduttivo del giudizio di primo grado, ha chiesto al Tribunale di dichiarare la nullità del contratto, e che tale deduzione non vincola il giudicante ad uno specifico profilo di nullità, la Corte distrettuale ha rilevato officiosamente la nullità del contratto "for you" stipulato dalle parti sotto il profilo del difetto di meritevolezza ex art. 1322 c.c.

Avverso suddetta pronuncia propone ricorso per cassazione il Monte Paschi sulla base di quattro motivi. Non svolge difese l'intimato.

Non è stata depositata memoria ex art. 380 bis c.p.c.

Con il primo motivo viene denunciata l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione su un punto decisivo della controversia in relazione alla disciplina dell'art. 1322 c.c., perchè nella specie non è applicabile il vaglio di meritevolezza previsto da tale norma, dal momento che il contratto stipulato dalle parti consiste in un collegamento di negozi tipici che conservano la loro autonomia, senza che l'unificazione strumentale dia luogo a una diversa fattispecie contrattuale atipica.

Con il secondo motivo viene denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 1322 c.c., in quanto la Corte territoriale ha statuito che il contratto "for you" è immeritevole di tutela in ragione dell'alea unilaterale, violando il principio secondo cui le parti, nella loro autonomia, possono ben convenire l'unilaterale assunzione del rischio. Con il terzo motivo viene denunciata la violazione del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1322 e art. 1, comma 6, lett. c., perchè il contratto "for you", riproducendo il modello previsto da tale norma del t.u.f., risponde ad una fattispecie contrattuale tipizzata dal legislatore, non potendosi per conseguenza considerare atipica la sua causa.

Con il quarto e ultimo motivo viene lamentata la violazione dell'art. 184 c.p.c., comma 4 e art. 101 c.p.c., comma 2, per violazione del principio del contraddittorio, avendo la Corte d'appello posto a base della propria decisione una causa di nullità rilevata d'ufficio senza permettere alle parti di prendere posizione e contraddire sulla questione.

Il primo motivo, nel prospettare un vizio motivazionale, è inammissibile perchè del tutto generico e dedotto al di fuori del paradigma della nuova formulazione dell'art. 360 c.p.c., n. 5, mancando di dedurre il fatto decisivo che la Corte territoriale avrebbe omissso di esaminare (cfr. Cass., sez. un., n. 8053/2014, n. 8054/2014).

Il secondo e terzo motivo, da esaminarsi congiuntamente in quanto strettamente connessi e parzialmente ripetitivi, sono manifestamente infondati alla luce dell'ormai consolidato orientamento di questa Corte circa il giudizio negativo di meritevolezza del contratto "for You" ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2 (Cass. n. 19599/2015, n. 2900/2016, n. 3949/2016, n. 4907/2017).

Il quarto motivo è parimenti manifestamente infondato. Quanto al rilievo officioso di una causa di nullità diversa da quella prospettata dalla parte, deve rilevarsi che il giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di nullità contrattuale deve rilevare di ufficio l'esistenza di una causa di quest'ultima diversa da quella allegata dall'istante, essendo quella domanda pertinente ad un diritto autodeterminato, sicchè è individuata indipendentemente dallo specifico vizio dedotto in giudizio (Cass. n. 15408 del 26/07/2016). Quanto alla dedotta violazione del diritto di difesa, la giurisprudenza di questa Corte ha statuito che la violazione dell'art. 101 c.p.c. "è rilevante come causa di impugnazione della sentenza solo quando la parte che se ne dolga prospetti in concreto le ragioni che avrebbe potuto far valere in sua difesa qualora il contraddittorio sulla questione oggetto di rilievo officioso fosse stato tempestivamente attivato, in quanto, alla stregua del canone costituzionale di ragionevole durata del processo, detta indicazione non costituisce un adempimento fine a se stesso, la cui omissione è censurabile in sede d'impugnazione a prescindere dalle sue conseguenze pratiche, ma assume rilievo solo in quanto finalizzata all'esercizio effettivo dei poteri di difesa" (Cass. n. 25054 del 07/11/2013, Rv. 629139 - 01). Invero, non sussiste la nullità della sentenza nel caso in cui il giudice esamini d'ufficio, come nella specie, una questione di puro diritto, senza procedere alla sua segnalazione alle parti onde consentire su di essa l'apertura della discussione (c.d. terza via), giacchè da tale omissione non deriva la consumazione di altro vizio processuale diverso dall'*error iuris in iudicando*" ovvero dall'*error in iudicando de iure procedendi*", la cui denuncia in sede di legittimità consente la cassazione della sentenza solo se tale errore sia in concreto consumato (Cass., sez. un., n. 20935/2009; in senso conforme, da ultimo, Cass.-12977/2017).

In conclusione, il ricorso deve essere respinto. Non occorre provvedere in ordine alle spese processuali del presente giudizio in considerazione della mancata attività difensiva della parte intimata.

PQM

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso.

Ai sensi del D.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 quater, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo contributo unificato, pari a quello dovuto per il ricorso.

Motivazione semplificata.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 10 ottobre 2017.

Depositato in Cancelleria il 13 dicembre 2017”

da *www.iusexplorer.it*