

Aldo Angelo Dolmetta

(professore ordinario di Diritto Privato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Cattolica)

Strutture rimediali per la violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)

(*)

SOMMARIO. - 1. *Immissio*. – 2. Il problema e le soluzioni prospettate. – 3. La sentenza di Cass. n. 19024/2005. - 4. L'ordinanza di Cass. n. 3683/2007. - 5. Qualche ulteriore riflessione sulla categoria degli obblighi legali di fattispecie e sulle strutture rimediali nelle operazioni di borsa.

1. *Immissio*.

Nell'arco del variegato panorama di problemi che vengono oggi a presentare le operazioni denominate - secondo una terminologia tradizionale, quanto ancora oggi decisamente «comoda» - come «di borsa» un posto centrale occupa la tematica inerente al c.d. «risparmio tradito». Com'è notissimo, gli anni a cavallo del secolo hanno visto il verificarsi di più e importanti rovesci finanziari, con titoli finiti per evaporare nel nulla: a ciò è seguita - è non meno noto - la reazione di schiere di investitori (i «traditi», appunto) che hanno cercato di recuperare i vanificati loro risparmi agendo (oltre che contro gli emittenti, più o meno decotti, soprattutto) contro gli intermediari finanziari, concretamente furti a tramite (in senso lato) delle operazioni poi terminate in modo così malaugurato.

Il tema, in verità, per sua natura viene a coinvolgere un numero di distinti profili assai elevato: dal tipo di controlli esercitati (o non esercitati) su comportamenti e attività degli emittenti; alla realtà fattuale del c.d. *grey market*; al livello di diligenza tenuto dagli intermediari nel riscontro «prodotti finanziari»; alla definizione dei contenuti puntuali degli obblighi imposti (dall'art. 21 Tuf, come specificato e integrato dalla normativa del Regolamento Intermediari n. 11522/'98) agli intermediari nei confronti dei clienti investitori; all'effettiva rilevanza delle diversità «categoriali» e non degli investitori (sul fronte, dunque, del ritaglio degli «operatori professionali» di cui al citato Regolamento, come su quello del grado di rilievo assegnato, a livello di singola fattispecie concreta, alle caratteristiche proprie dei diversi investitori coinvolti). E così via.

(*) Relazione al Convegno «I contratti di negoziazione di strumenti finanziari», organizzato dal Consiglio Superiore della magistratura – Formazione Decentrata dei Magistrati del Distretto di Brescia in collaborazione con l'Ordine degli avvocati di Mantova, tenutosi in Mantova, 30 novembre 2007.

Nella presente sede, peraltro, il compito assegnatomi è – per mia buona ventura - più limitato. In sé più ridotto; pure, certamente non meno interessante: se non altro, perché si tratta di dare conto di una delle polemiche più vive, in materia, sotto il profilo (non solo) tecnico.

2. Il problema e le soluzioni prospettate.

2.1.- Questa, dunque, la sostanza del problema qui da affrontare: per il caso sia in concreto accertata la violazione degli obblighi comportamentali posti dalla legge a carico degli intermediari finanziari (: di flusso informativo e di positivo riscontro delle sole «operazioni adeguate»), occorre individuare – in mancanza di espresse parole portate dalla legge - il tipo di vicenda «rimediale» che a ciò viene a conseguire.

Alla giurisprudenza, pratica come teorica, si sono profilate, in particolare, due classiche linee dell'orizzonte: - da una parte, quella data dal rimedio di taglio risarcitorio per il danno sofferto dall'investitore (e al di là dei criteri di quantificazione poi prescelti, secondo i modelli della responsabilità contrattuale o precontrattuale); - dall'altra parte, quella – concettualmente opposta e (nel rapporto immediato tipo di violazione/tipo di rimedio) di più pronta tutela delle ragioni dell'investitore – di taglio restitutorio (restituzione delle somme a suo tempo versate per l'esecuzione di «ordini» di acquisto a seguito di dichiarazione di nullità o di annullamento del contratto; v. meglio *infra*, nota 2).

Per entrambe le linee, comunque, con l'addizione degli interessi e della rivalutazione¹.

2.2.- Sul fronte restitutorio si è speso un buon numero di tribunali, che si sono andati ad attestare sulla linea della nullità (del contratto quadro e di diversi ordini ovvero dei singoli ordini: alternativa, questa, che in sé pone un problema delicatissimo, su cui v. un cenno in nota 2). Assai meno seguita, in questo contesto, è stata la scelta dell'annullamento per vizio della volontà dell'investitore: specie in ragione delle difficoltà di ordine probatorio, come pure per l'atteggiamento tradizionalmente restrittivo che i nostri giudici mostrano per l'errore incidente su meri profili di valutazione economica.

¹ Quanto all'eventualità della risoluzione [che, teoricamente, consentirebbe il risultato di ottenere un *mix* di restituzione e di risarcimento (a seguito, va da sé, della sommatoria di due distinte domande processuali)] è ben noto che – di fronte alla situazione tipo qui in discorso – la stessa incontra dei problemi gravissimi di realizzabilità. Esclusa la possibilità di una risoluzione del contratto quadro, per sua natura incapace di proporre una struttura dinamica di risoluzione/restituzione, la risoluzione del singolo ordine incontra insormontabili difficoltà nell'ipotesi – normale – in cui l'intermediario si limiti a fungere da mandatario (occorrerebbe un intervento di legge al riguardo). Per il caso in cui l'intermediario si renda controparte diretta col cliente (c.d. operazioni in conto proprio), poi, non si può non considerare (al di là di ogni stortura sistematica) che - nella specie in esame - lo stesso non si trova inadempiente a un obbligo di prestazione, sinallagmatico, bensì di tipo diverso (secondo la terminologia tradizionale «accessorio») e per di più con fonte diretta e immediata nella legge (anche a tale proposito, insomma, si dovrebbe passare attraverso una esplicita prescrizione di legge).

Questa tesi della nullità è venuta, per la verità, a «scandalizzare» il *milieu* dei giuristi di carattere tradizionalista. Scontato, per ogni opinione, il carattere imperativo delle norme impositive degli obblighi agli intermediari; astrattamente riconosciuto non indisponibile lo strumento della nullità virtuale, il dissenso si è focalizzato, soprattutto, sulla struttura degli obblighi imposti agli intermediari rispetto alla fattispecie contratto. E cioè su un punto, per così dire, «fortemente» dogmatico.

Per condurre alla nullità – si è detto –, la contrarietà a norme imperative deve concernere la struttura o il contenuto del contratto e non già obblighi comportamentali (come invece sono – e non v'è dubbio al riguardo – quelli in questione); questi ultimi per loro natura stanno fuori dalla fattispecie: o nella fase delle trattative stanno o in quella dell'esecuzione. Da ciò, al fondo, la scelta di un cospicuo numero di decisioni per la strada segnata dal rimedio risarcitorio.

2.3.- Ciò riferito, non sembra inopportuno adesso notare che – sul punto del rapporto *in sé* tra violazione di norma comportamentale e tipologia di rimedio – il fronte risarcitorio propone una lettura critica dell'opposto orientamento che si manifesta non poco datato, per un verso, e non centrato, per un altro verso. Come indicano gli ordini di ragioni qui in appresso accennati.

La tesi risarcitoria sembra affrontare la materia in termini, ancor più che di logica astratta, addirittura ontologici. Per constatarlo, basta considerare la seguente formula cardine: «la nullità del contratto postula che la violazione della norma imperativa attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale». In realtà, sembra chiaro che il nostro tema abita la più modesta veste del problema di livello legislativo: e qui si ferma. Come non esiste *in natura* un monolite disciplinare, *tout court* designabile quale disciplina generale dell'azione di nullità *ex art.* 1418 ss. c.c. (si pensi anche solo al settore del diritto societario ovvero a quello delle nullità per protezione di determinate categorie); così non si vede perché dovrebbe esistere – sempre *in natura* - un solo ordine, e tipico, delle (possibili) cause di nullità.

D'altra parte, bisogna pure rilevare che, essendo le norme imperative anche inderogabili, è sicuramente nullo il patto che esoneri l'intermediario dal rispetto dei detti obblighi [per fare un esempio, si pensi alla regola di divieto delle «operazioni non adeguate» (art. 29 Regolamento Intermediari) e a un ipotetico patto di esonero dell'intermediario dal divieto stesso; è manifesto, invero, il circolo vizioso cui darebbe luogo (oltre a tutto il resto) sostenere la validità di una simile convenzione: questa non potrebbe non risultare – *a priori*, e cioè prima del compimento di una qualunque operazione di investimento – patto «non adeguato» alla tipologia di rischi conformi alle caratteristiche dell'investitore]. La tesi della nullità dunque non appare, in sé, così peregrina: un indizio di coerenza sistematica (seppure non decisivo) viene ad alimentarla; in ogni caso, cioè, un profilo di coerenza complessiva del sistema viene per forza a delinearci (ma v. pure, *infra*, nel n. 5.2.).

Appare un po' semplicistico, d'altro canto, chiudere l'alternativa di collocazione strutturale di questi obblighi comportamentali degli intermediari tra il lato delle trattative e il lato dell'esecuzione del contratto. In effetti, gli obblighi in questione - *pour cause* da

definire nei termini propri di «obblighi legali di fattispecie» - paiono collocarsi (non in un quadro di trattative, in fatto per di più inesistenti, bensì) nell'ambito della costruzione della fattispecie contrattuale, come momento proprio della stessa (: la «formazione del contratto», per riprendere la nota formula normativa dell'art. 1337 c.c.). La dichiarazione dell'investitore (il c.d. «ordine») viene cioè a seguire, dipendendone, dalla dichiarazione di informazione e di adeguatezza che l'intermediario è tenuto a compiere (più articolata, ma nella sostanza omologa, la fattispecie di ordine *on line*).

Insomma, il tema propone effettivamente più angoli di serietà problematica.

3. La sentenza di Cass. n. 19024/2005.

3.1.- Quale che sia il valore dei rilievi appena sopra formulati, non si può non tenere conto che, per altro, il fronte del rimedio risarcitorio viene a presentare - sul piano del diritto applicato - un ragguardevole *atout*: esso conta, tra le sue fila, l'unica sentenza della Corte di Cassazione che sia stata emessa propriamente in termini (Cass., 29 settembre 2005, n. 19024. Talvolta, viene richiamata in materia anche la pronuncia di Cass., 9 gennaio 2004, n. 111; in realtà, l'apporto di tale decisione non va oltre questa frase: «è appena il caso di aggiungere che ... la doglianza del ricorrente circa la pretesa violazione, da parte della banca, dell'obbligo di fornire preventivamente adeguate informazioni al cliente non è in nessun modo riconducibile ad un'ipotesi di nullità dei contratti e non può certo trovare ingresso per la prima volta nel giudizio di legittimità»).

Ora, a proposito di tale orientamento generale è ora da notare come, nel concreto, esso venga poi a dividersi - nella prospettiva per cui degli obblighi comportamentali non potrebbero partecipare alla struttura della fattispecie contrattuale (che lo stesso orientamento è venuto, si è appena sopra accennato, ad «autoimporsi») - nell'affermare, taluni, una situazione di inadempimento contrattuale e, altri, una situazione invece di violazione di tipo precontrattuale.

Per potersi reggere, il primo sub-indirizzo (per cui la violazione degli obblighi di informazione e adeguatezza dà luogo a un inadempimento) è costretto a dare un valore pregnante e, anzi, decisivo al c.d. contratto quadro, con cui l'investitore apre sì il rapporto con l'intermediario, ma non lo rende ancora realmente operativo. In tale prospettiva, cioè, il contratto quadro - lungi dal risolversi in un semplice negozio normativo - non può (per contro) non assumere il ruolo di elemento fondante e costitutivo dell'intera vicenda: e così relegare al rango di atti di mera esecuzione i singoli ordini, nei quali pur si concreta la struttura decisoria dei singoli, effettivi investimenti. Un'antinomia abbastanza scoperta, in definitiva.

E' (forse) per questa ragione che la citata pronuncia della Cassazione è andata a orientarsi nel senso della responsabilità precontrattuale: inevitabilmente ponendo l'accento, in tal modo, sul momento degli ordini operativi. E inevitabilmente venendo a trovarsi - però - su una linea cosparsa di «porte da aprire».

3.2.- Così facendo (è importante notare anche a riscontro della reale dinamicità propulsiva delle operazioni denominate «di borsa»), in effetti, la detta sentenza si è consapevolmente trovata a sconvolgere le linee portanti di un istituto generale del diritto civile quale quello della responsabilità *ex art. 1337 c.c.*, così come costruito dalla precedente e consolidata giurisprudenza.

Per la prima volta (a quanto consta, almeno; e, comunque, tra le prime), essa ha dichiarato applicabile tale responsabilità anche all'ipotesi in cui, nonostante tutto, il contratto sia poi stato concluso (ipotesi confinaria invero mi parrebbe quella della responsabilità per «ritardo nella conclusione del contratto», sancita da Cass., 16 ottobre 1998, n. 10249). La sentenza ha ritenuto, inoltre, la natura contrattuale di tale responsabilità (contro il tradizionale pensiero dei giudici, che le assegna natura aquiliana). Ha affermato, infine, che il danno risarcibile *ex art. 1337* non si arresta al segno dell'interesse negativo, ma va invece ragguagliato al «maggior aggravio economico» causato dal contegno lesivo tenuto dal danneggiante.

Ora, quest'ultimo anello della catena risulta, all'evidenza, profilo determinante per le operazioni di «risparmio tradito»: ché, altrimenti, la tutela dell'investitore rimarrebbe deprivata di ogni significato reale [così la sentenza si esprime su questo punto specifico: «il risarcimento, ... pur non potendo essere commisurato al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto posto in essere (il c.d. interesse positivo) ... deve essere ragguagliato al “minor vantaggio o al maggiore aggravio economico” determinato dal contegno sleale di una delle parti, ... salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento “da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto”»].

3.3.- Per cercare di sintetizzare: una pronuncia della Cassazione in sé importante. Su un piano generale, a una battuta di chiusura (: gli obblighi di fattispecie non esistono) ha fatto riscontro una serie di aperture in punto di responsabilità precontrattuale.

Sul piano pratico delle operazioni di borsa, si tratta di una decisione che certamente rifugge gli estremi. Ma non per questo può essere definita come decisione davvero mediana (tra rimedio risarcitorio e rimedio restitutorio). Al di là di ogni problema di ordine probatorio, caratteristico della vicenda risarcitoria (e invece blando assai nella prospettiva restitutoria), resta anche il punto della definizione del danno in sé risarcibile; questo, nella soluzione data dalla pronuncia in questione, rimane senz'altro circoscritto: sia rispetto al *quantum* recuperabile in via restitutoria, sia rispetto al pieno risarcimento dell'interesse positivo. Seppure, per la verità, non proprio chiarissimi appaiono i reali termini quantitativi della relativa limitazione.

4. L'ordinanza di Cass. n. 3683/2007.

4.1.- In ogni caso, sembrava ragionevole ipotizzare - sul piano del diritto applicato - che la detta sentenza della Corte venisse a mettere un punto fermo (o quasi) nella materia in esame. E, in effetti, più decisioni di merito cominciavano a uniformarsi ai dettati della

medesima, con motivazione di espresso rinvio all'autorità del precedente: questo, in via segnata, in relazione all'alternativa base «restitutoria/risarcitoria» (assai meno lineare, parrebbe, il punto della quantificazione dell'obbligo risarcitorio).

Ma non è stato davvero così; meglio, lo è stato solo per un breve periodo di tempo. Com'è noto, infatti, con l'ordinanza del 16 febbraio di quest'anno la Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la decisione di un ricorso in materia: rilevando la sussistenza di un «contrasto giurisprudenziale interno a questa Corte», ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c. («questione di diritto già decisa in senso difforme») e per gli effetti del «quasi precedente» di cui all'art. 374, comma 3, c.p.c. (per sé, in relazione diretta con la legge n. 1/1991, cui fa riferimento la fattispecie concreta oggetto del giudizio).

Dicono che la pronuncia delle Sezioni Unite sia ormai prossima (alla data del 30 novembre 2007, nel sito della Cassazione la questione relativa non compare più tra quelle pendenti, ma non risulta tra quelle decise). Nell'attesa, non si può non rilevare che più cose dell'ordinanza di remissione riescono a colpire.

4.2.- Da segnalare sono, anzitutto, composizione e contenuti dell'orientamento «diverso» da quello formato dalla Cass. n. 19024/2005. In concreto vengono richiamate le sentenze del 7 marzo 2001 n. 3272 (da cui sono riprese le successive citazioni), del 15 marzo 2001, n. 3753, del 5 aprile 2001, n. 5052. Si tratta di tre fattispecie quasi del tutto uguali (semplificando un poco, nel senso che nell'ultima di esse rileva anche un problema di *jus superveniens*).

Ora, i citati interventi della Cassazione prendono origine da opposizioni allo stato passivo del fallimento della s.p.a. Gestival. Nella sostanza, tre clienti (privi dei panni dei risparmiatori individuali) avevano concluso con la Società poi fallita dei contratti di swap. In tutti i tre gradi di giudizio (tribunale e appello di Firenze), le insinuazioni venivano respinte in ragione della decisa nullità dei detti contratti di swap. Con questa motivazione: la Gestival era società non iscritta all'albo delle SIM; il mancato rispetto del requisito dell'iscrizione comporta la nullità dei relativi contratti, che siano stipulati dall'operatore abusivo, pur in assenza di una precisa prescrizione di legge al riguardo; tale nullità va qualificata, inoltre, come assoluta e non relativa. Come si vede, proprio non siamo di fronte a obblighi comportamentali di fattispecie (sul punto specifico compare solo un passaggio astratto, incidentale e obliquo: «la circostanza che la vigilanza della Consob e della Banca d'Italia sia finalizzata al rispetto di regole di comportamento ...conferma che la natura degli interessi tutelati trascende quelli della clientela»).

I contenuti espressi nei passaggi motivi di tali sentenze, d'altra parte, non paiono del tutto coordinati tra di loro. Si ritrovano insieme, così: un'importante affermazione sulla funzionalizzazione dell'autonomia privata ai fini sociali (: «la valutazione della nullità del negozio si è ... giovata del criterio del riscontro della utilità sociale, influenzato da scelte sociopolitiche, che è diventato indice del giudizio di meritevolezza degli interessi delle parti, rispetto ai valori perseguiti dalla comunità»); un compiuto fraintendimento della figura della nullità relativa [che da strumento massimo di protezione solidaristica di una categoria sociale, qual è, diventa una sottospecie di annullabilità (: «l'argomento che abilitato sia solo il risparmiatore, in quanto unico interessato a far valere la nullità,

costituisce una petizione di principio»; la sottolineatura costituisce un'aggiunta)]; il singolare accostamento per cui sarebbe «doppiamente incongruente» escludere la nullità dei contratti stipulati dall'intermediario abusivo di fronte alla certa e dichiarata nullità dei contratti stipulati dagli operatori abilitati non in forma scritta (quasi si trattasse di svolgere un argomento *a fortiori*).

Non si può trascurare, ancora, che le dette sentenze risultano – considerate rispetto alle caratteristiche delle fattispecie concrete decise – fortemente punitive per la posizione dei clienti (: la nullità va a vantaggio della procedura; viene esclusa anche una qualunque responsabilità risarcitoria *ex art.* 1338; anche la soluzione del punto del *jus superveniens* è contraria alla posizione del cliente).

Insomma, si deve proprio dire che, nella specie, i termini del «contrasto giurisprudenziale» in seno alla Corte rivestono toni di una forte, spiccata «peculiarità».

4.3.- Nell'ordinanza in questione colpisce, altresì, la circostanza che essa non si limiti a richiamare contenuti e termini degli orientamenti in contrasto, bensì espliciti in via dichiarata una serie di sue argomentazioni: contro le tesi svolte dalla Cass. n. 19024. E ciò sia con rilievi diretti (: 8.4.), sia indiretti (: n. 8.3.).

In questa seconda direzione, in particolare, si afferma: «in realtà frequenti sono i casi giurisprudenziali di dichiarazioni della nullità del contratto per violazioni di norme imperative non attinenti al contenuto del negozio, oppure concernenti la mancata attuazione di adempimenti preliminari o le modalità esecutive del rapporto contrattuale». E segue un'articolata casistica: dal contratto di agenzia, alla normativa valutaria, alla circonvenzione di incapace, alla normativa antimafia in materia di appalti pubblici, ecc.

In definitiva, pur non utilizzando la relativa terminologia, l'ordinanza ha cura di mostrare – essa – la sussistenza, nel nostro ordinamento, di più ipotesi e situazioni di obblighi legali di fattispecie (viene in modo esplicito «messo in discussione il principio di non interferenza delle regole di comportamento con le regole di validità e ammesso che il comportamento della parte possa rilevare ai fini della nullità del negozio»).

4.4.- Nel contesto di queste positive e proprie indicazioni, l'ordinanza passa poi a rilevare anche delle ragioni che, a suo avviso, potrebbero condurre alla soluzione della nullità con riguardo al diretto campo degli obblighi gravanti sugli intermediari finanziari.

In proposito, è tuttavia da segnalare che le osservazioni svolte dal provvedimento si pongono tutte come indici (solamente) esterni, non più che tali. Il punto è palese: si richiama la normativa sui contratti a distanza, sull'abuso di dipendenza economica, sulla data dei pagamenti. L'ordinanza non scende nello specifico della materia. E certo non lo fa neppure quando afferma che «le norme di comportamento previste in un regolamento contrattuale prefigurato *ex lege* possono costituire regole di protezione imposte all'intermediario non solo per colmare l'asimmetria informativa ... ma anche per attuare la trasparenza del mercato» (: la disciplina sull'intermediazione come normativa di ordine pubblico economico).

Il doppio ruolo di una tutela orientata verso il cliente è noto da tempo: a quello della categoria solidaristica aggiungendosi, appunto, la ricerca di una migliore efficienza e correttezza del mercato. Ma tale discorso verte, per sua natura, su qualità e quantità degli obblighi caricati sull'intermediario. Nella nostra specie, per contro, non si discute di posizione di obblighi, ma dei rimedi connessi alla violazione degli obblighi che, comunque, risulta siano stati posti [salvo il caso in cui si intenda predicare una manifesta velleitarietà degli obblighi imposti (e non sembrerebbe questa l'ipotesi), fondamentale per l'ordine pubblico economico è il contenuto effettivamente assegnato all'obbligo, non le conseguenze civilistiche che vengano tracciate per la violazione del medesimo].

5. Qualche ulteriore riflessione sulla categoria degli obblighi legali di fattispecie e sulle strutture rimediali nelle operazioni di borsa.

5.1.- L'imminenza (ipotetica) dell'uscita della pronuncia delle Sezioni Unite inevitabilmente dà alla materia un senso di accentuata precarietà, di provvisorietà. In questa situazione sembra opportuno limitarsi a fermare qualche appunto ulteriore.

Un poco a sintesi, per la verità, del percorso che il diritto vivente ha sin qui condotto. E senza proporre pronostici (tanto meno, va da sé, giudizi) sulla soluzione che verrà data allo specifico problema della definizione del rimedio da dare alla violazione – nell'ambito della materia denominata delle operazioni di borsa – degli obblighi comportamentali in capo agli intermediari. Casomai provando a portare, in proposito, un rilievo di ordine metodologico.

5.2.- A me sembra da dare, prima di ogni altra cosa, come acquisita e certa la sussistenza degli obblighi legali di fattispecie; preciso: in termini di categoria autonoma e generale, a sé stante. Restringere la possibilità di obblighi comportamentali alle sole fasi della dialettica delle trattative e della esecuzione significa pensare alla fattispecie contrattuale come evento retto unicamente dall'autonomia delle parti, senza la possibilità di nessun intervento di tipo eteronomo. Il che è sicuramente errato: per constatarlo, basta pensare alla disciplina di cui all'art. 1341, comma 1 (meccanismo di definizione di non rilevanza del consenso); ovvero – e sempre rimanendo al livello della pura esemplificazione – al disposto dell'art. 1339 c.c. (meccanismo di sostituzione automatica).

Data la legittima sussistenza della categoria, si pone dunque il problema di individuare la tipologia di rimedi per la violazione degli obblighi di questo tipo. Problema che, a mio giudizio, si pone – in sé – come spazio propriamente aperto; e come tale va affrontato. Non è necessario, così, che la soluzione rimediale sia unica, costante per la violazione di ogni obbligo (seppure nell'avvertenza di cui al precedente n. 2.3.): in fondo, la qualificazione di obbligo legale di fattispecie indica solo una posizione strutturale (non anche un rilievo funzionale).

Non è improbabile, poi, che – ad affrontare seriamente e con la mente libera il problema – le sorprese non vengano a mancare. E lo spunto che segue, invero, solo in parte intende essere provocatorio.

Si è già richiamata sopra la norma dell'art. 1337 c.c. (in fine del n. 2.3.). Pare a me chiaro che essa codifichi, tra l'altro, la sussistenza generale di questa categoria degli «obblighi legali di fattispecie»: là dove essa predica, per l'appunto, che «le parti, ... nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede». Non è un caso, io credo, che questa norma generale taccia del tutto – non si occupi proprio – sulle conseguenze e rimedi legati alla violazione in concreto degli obblighi di buona fede nella fase di costruzione del contratto. Né, d'altro canto, potrebbe risultare veramente utile al riguardo la norma dell'art. 1338, come pure tante volte la letteratura ha sostenuto. La singolarità e la particolarità di questa disposizione – anche sotto il profilo in questione – appaiono trasparenti: nel caso dalla stessa contemplato, in sé la fattispecie contrattuale, cui potrebbero afferire degli obblighi di costruzione, è già invalida; è difficile pensare che la legge – smentendo sé stessa – la possa eventualmente sanare: resta, allora, il rimedio risarcitorio (rispetto al quale la limitazione al solo interesse negativo si manifesta, sempre più a me pare, una mera sovrastruttura interpretativa, non un dato normativo).

5.3.- Passando dal tema in generale allo specifico problema del rimedio per la violazione degli obblighi delle fattispecie di borsa, poi, a me pare che lo stesso sia stato trattato, in linea di massima, un poco troppo sulle linee esterne (astratte e generiche, per così dire).

E questo vale, anzitutto, per l'eventualità di una soluzione di taglio risarcitorio: finché ci si dibatte tra contratto quadro e ordini operativi, è chiaro che non si entra nel vivo del fenomeno, posto che, per definizione, il fenomeno non sta né *ante*, né *post* la fattispecie contrattuale. Ma in punto di genericità si considerino pure i due principali argomenti che parte della giurisprudenza di merito ha svolto contro la tesi della restituzione. Si è detto, così, che la sanzione di nullità costituisce il più severo dei rimedi civilistici; applicarla nei casi di violazione di norme comportamentali generali, in quanto prive di specificità, sarebbe contrario al principio di legalità; la violazione di tali norme, di conseguenza, non può non restare confinata ai limiti del rimedio risarcitorio: ora, a parte la constatazione che è contraddetto da tutta l'esperienza delle cc.dd. «clausole generali», il trascritto rilievo prova troppo: il principio di legalità vale ugualmente – per forma, spessore e quantità – tanto per il rimedio risarcitorio, quanto per quello della nullità negoziale. L'altro argomento esposto in replica all'orientamento della nullità si condensa nella sottolineatura di un argomento letterale, che sarebbe ritraibile dall'art. 23, comma 6, T.U.f., laddove l'inversione dell'onere probatorio è riferita ai «giudizi di risarcimento dei danni cagionati a clienti nello svolgimento dei servizi»; è agevole notare, in merito, che il riportato rilievo si rivela propriamente scentrato: la norma dell'art. 23 comma 6, se si occupa effettivamente di giudizi risarcitori, non ha alcuna pretesa, né intendimento, né potenzialità di affermare che – nel settore dell'intermediazione finanziaria – sono concepibili, ovvero risultano ammissibili, solo dei giudizi risarcitori.

Ma la valutazione di astrattezza vale – e non di meno – anche per la soluzione della nullità. Questa non risulta sia stata fondata su argomenti specifici e puntuali (v. sopra, spec. numeri 4.2. e 4.4.), come pure apparirebbe necessario: un conto è rilevare che la stessa è in sé possibile, un altro conto è dimostrarne la ricorrenza in concreto. Occorrono degli addentellati precisi.

Per cercare di meglio spiegarmi su questo ultimo punto, provo ad aiutarmi con un esempio. Sia il T.U.f. (art. 23 comma 1), che il T.U.b. (art. 117, commi da 1 a 3) dispongono che «i contratti sono stipulati per iscritto e un esemplare è consegnato al cliente». Il testo normativo prosegue poi stabilendo che la Consob e – rispettivamente - il CICR possono, per dati motivi, prevedere la stipulazione in «altra forma» dei contratti. Ora, nessuna ragione può autorizzare a considerare la locuzione «altra forma» come riferibile solo a un pezzo del dettato precedente: si tratterebbe, indubbiamente, di uno smembramento gratuito; per sua propria natura, invero, l'«altra forma» è nozione che viene a misurarsi e a dimensionarsi sull'unitaria previsione formulata dalla parte precedente del testo normativo. A chiudere il cerchio del discorso sta, poi, l'ultima parte della disposizione: «nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo», dove la «forma prescritta» altro non può essere – evidentemente – che quella indicata dai due precedenti tronconi della regola (fenomeno di attrazione della consegna nell'orbita della forma).

Ora, lo svolgimento di un simile ragionamento consente di potere affermare con una qualche tranquillità che, nei detti casi, l'inosservanza dell'obbligo di fattispecie costituito dalla consegna di un esemplare del testo contrattuale comporta la nullità della fattispecie.

5.4.- L'esempio appena condotto viene a ribadire, per la verità, un profilo che più volte è affiorato nel contesto della presente esposizione. La questione non può essere risolta sulla base di considerazioni solamente di genere o solamente generali. La questione dei rimedi tende, per sua natura, a misurarsi sul piano della tipologia contenutistica dei diversi obblighi di fattispecie. La soluzione relativa all'obbligo di consegna di esemplare del contratto al cliente potrebbe non valere per altri obblighi di fattispecie, quali quello attinente al flusso informativo ovvero quello dell'adeguatezza delle operazioni compiute.

Secondo quanto emerge, evidentemente, dagli «addentellati specifici» volta per volta reperibili: o nel senso del rimedio risarcitorio o nel senso, invece, del rimedio restitutorio. D'altra parte, in mancanza di indicazioni specifiche decisive nell'una o nell'altra direzione, non potrebbe che rendersi disponibile - mi pare - il criterio del rapporto di coerenza tra struttura e funzione (altrimenti detto, il principio di c.d. economicità dei mezzi giuridici).

Di conseguenza: la posizione di un rimedio restitutorio risulta coerente – di per sé - con una funzione sanzionatoria della violazione dell'obbligo della legge imposto all'intermediario²; la posizione del rimedio risarcitorio si coniuga per contro con una

² Le cose cambiano, in realtà, a seconda che nullo sia stimato l'intero plesso contrattuale intercorso tra intermediario e cliente ovvero solo dei singoli ordini: in questo secondo caso ci si trova di fronte a una sanzione civilistica molto più forte, in quanto preclude ogni utilizzabilità sostanziale (e, se si vuole, di «fatto») del principio della *compensatio lucri cum damno* (come avviene, per contro, a predicare la nullità di tutto e come è coerente – mi pare – con la funzione assegnabile al rimedio risarcitorio).

La sanzione della nullità, comunque, non precluderebbe – mi pare – la salvezza di eventuali soluzioni transattive; e neppure di altri (magari anche meno formalizzati e più «brevi») accordi tra intermediario e cliente su modi e contenuti della restituzione dei beni (titoli e somme) investiti.

funzione eliminativa della perdita concretamente subita dall'investitore, che (proprio per questa ragione, peraltro) comunque si situa sul filo del nesso di causalità tra comportamento e danno, senza l'introduzione di limitazioni che per la loro natura potrebbero risultare solo arbitrarie e aprioristiche.