

La riscoperta del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. tra squilibrio e irrazionalità dello scambio contrattuale

Mariella Lamicela
(Ricercatrice confermata di Diritto privato
nell'Università Ca' Foscari Venezia, Italia)

Abstract The article examines the case-law processed by different degree courts denying legal significance to many investment contracts, as the interests those relative agreements should satisfy are considered unworthy of legal protection. The script highlights the limits of this case-law approach and proposes alternative legal solutions to prevent legal force to investments contracts of the same kind of those examined by the case-law treated.

Sommario 1. Le sollecitazioni della giurisprudenza di merito e di legittimità. – 2. L'atipicità dei contratti di investimento *For you e My way* e l'autonomia del giudizio di meritevolezza. – 3. I parametri di accertamento della meritevolezza di tutela giuridica degli interessi perseguiti mediante il contratto atipico. Osservazioni critiche. – 4. La funzione normativa del giudizio di meritevolezza: la causa dello scambio nella negoziazione di strumenti finanziari derivati e nelle complesse operazioni negoziali *For you e My way*. – 5. Conclusioni.

Keywords Contratto. Causa. Invalidità.

1 Le sollecitazioni della giurisprudenza di merito e di legittimità

Si è da qualche tempo affermato un nuovo indirizzo giurisprudenziale rivolto ad una decisa rivalutazione del giudizio di meritevolezza degli interessi che le parti intendono realizzare mediante la conclusione di contratti non riconducibili ad alcuno degli schemi negoziali nominati e disciplinati dal Codice Civile¹. L'ambito sul quale maggiormente si è concentrata l'attenzione

¹ Alle recenti pronunce di legittimità relative all'immeritevolezza degli interessi perseguiti mediante la stipula di contratti atipici denominati *For you e My way*, cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949, si aggiungono diverse sentenze di merito, cfr. Trib. Brindisi, Sez. Fall. 21 maggio 2005, 8 luglio 2008, 4 giugno 2009; Trib. Salerno, 12 aprile 2007, in *Giur. It.*, 2008, p. 134 ss., con nota di G. LIACE; Trib. Cagliari, 8 gennaio 2014, reperibili anche in *Banca Dati De Jure*, Giuffrè.

ne delle Corti è quello rappresentato dai contratti rivolti alla prestazione di servizi di investimento, in relazione ai quali negli ultimi decenni, come è noto, l'autonomia privata ha dato prova di illimitata capacità creativa.

A dispetto dunque di quanti, numerosi e autorevoli, hanno con vari argomenti sostenuto la sostanziale irrilevanza normativa dell'art. 1322, co. 2, c.c.², tale disposizione torna prepotentemente alla ribalta, in controtendenza anche rispetto all'orientamento giurisprudenziale prevalente in passato, il quale, disapplicandone i contenuti o, alternativamente, sostenendo la loro coincidenza con quelli disposti dall'art. 1343 c.c. in relazione al giudizio di liceità della causa contrattuale, ha a lungo avallato l'idea di una sua irrimediabile marginalità all'interno dell'ordinamento civilistico repubblicano³.

Il ricorso all'applicazione dell'art. 1322, co. 2, c.c. da parte delle tante pronunce di merito e di legittimità che hanno dato vita a tale nuovo indirizzo sembra dunque smentire in modo netto l'opinione della sua sostanziale inutilità o addirittura dell'opportunità di una sua formale abrogazione⁴. La necessità, ripetutamente invocata, di sottoporre l'accordo tra le parti, ove esso non corrisponda ad alcuno degli schemi contrattuali tipici disciplinati dal Codice Civile, alla verifica della ricorrenza delle "potenzialità" formali utili a riconoscerne la rilevanza giuridica, avvalora piuttosto l'idea che il giudizio di meritevolezza sugli interessi da realizzare mediante la conclusione di un contratto innominato assolve una funzione di indispensabile filtro contro un accesso indiscriminato degli atti di volontà dei privati all'apparato di tutele apprestate dall'ordinamento giuridico nei confronti

2 Cfr. G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 29 (nt. 1); G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1954, p. 203 ss.; G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. comm.* 1971, II, p. 81 ss.; Id., *Ancora in tema di meritevolezza dell'interesse*, in *Riv. dir. comm.* 1979, I, p. 1 ss.; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, (voce) in *Digesto delle disc. priv.*, Sez. Civ., XI, Torino, 1994, p. 332; Id., *Mertevolezza dell'interesse e utilità sociale*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 799 ss.; V. ROPPO, *Il Contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, a cura di P. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, pp. 424-425; M. GAZZARRA, *Considerazioni in tema di contratto atipico, giudizio di meritevolezza e norme imperative*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 55 ss.

3 Hanno evidenziato nel tempo l'esiguità del numero delle pronunce espressamente rivolte ad accertare la meritevolezza degli interessi negoziali ex art. 1322, co. 2, c.c., oltre che la frequente assimilazione del giudizio di meritevolezza a quello di liceità ex art. 1343 c.c., tra i tanti, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, pp. 55-56; A. GUARNIERI, *Meritevolezza dell'interesse*, *op. cit.*, p. 329 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e Impr.* 1987, p. 423 ss.

4 È noto che all'indomani del crollo del regime fascista, il d.l. lgt. 14 settembre 1944, n. 287 dispose l'abrogazione, nell'ambito del Codice Civile, di una serie di norme palesemente connotate dall'ideologia fascista, senza che tuttavia tra codeste vi fosse l'art. 1322, co. 2, c.c., benché il significato inizialmente attribuito a tale norma ed espressamente condiviso dalla Relazione ministeriale al Codice Civile fosse ampiamente evocativo dell'ideologia fascista. Cfr. A. GUARNIERI, *op. ult. cit.*, p. 325 ss. Sull'inutilità di una eventuale abrogazione dell'art. 1322, co. 2, c.c., cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 61.

delle più varie espressioni dell'autonomia negoziale⁵, godendo altresì di un'irriducibile autonomia rispetto al giudizio di liceità, tanto più lampante quanto più lo schema negoziale atipico risulti all'evidenza scevro da profili di contrarietà a norme imperative o ai principi dell'ordine pubblico e del buon costume⁶.

Un'attenta analisi degli argomenti cui prima i giudici di merito e poi anche i giudici di legittimità hanno fatto ricorso per sostenere la fondatezza delle loro decisioni mostra tuttavia non poche debolezze e ambiguità, sia con riferimento ai contenuti sostanziali di alcuni parametri prescelti al fine di accertare che gli interessi perseguiti dalle parti contraenti siano meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, sia, più in generale, rispetto alla distinzione, spesso tutt'altro che rigorosa, tra i parametri cui fare ricorso per procedere alla valutazione *ex art.* 1322, co. 2, c.c. e quelli che invece dovrebbero essere azionati per verificare la liceità di un atto di autonomia privata. Debolezze e ambiguità che agevolmente potrebbero incoraggiare i fautori di una piena e incondizionata libertà espressiva dell'autonomia privata a denunciare che l'unico risultato realizzato perseguito attraverso la rivalutazione normativa dell'art. 1322, co. 2, c.c. ad opera della giurisprudenza sia quello da sempre paventato di accreditare la legittimità di ingerenze eteronome sulla conformazione

5 Obbligato in proposito il rinvio alle riflessioni del più convinto assertore di tale funzione E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 172 ss.

6 Tra i primi a sostenere l'autonomia del giudizio di meritevolezza degli interessi *ex art.* 1322, co. 2, c.c. rispetto al giudizio di liceità della causa *ex art.* 1343 c.c., cfr. P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 220 ss. Gli argomenti sostenuti in dottrina a favore della diversità funzionale degli accertamenti da condurre sul profilo causale del contratto, rispettivamente *ex art.* 1322, co. 2, c.c. ed *ex art.* 1343 c.c., non sono affatto coincidenti. A quanti hanno esaltato la funzione responsabilizzante assolta dal controllo di meritevolezza degli interessi negozialmente perseguiti nei confronti dei soggetti contraenti, chiamati per questa via alla «solidarietà al sistema economico» intesa come «tributo individuale agli "interessi generali della produzione"», cfr. F. LUCARELLI, *Solidarietà e autonomia privata*, Napoli, 1970, p. 171; o hanno ritenuto opportuno valorizzare il concetto di "utilità sociale" disposto dall'art. 41, co. 2, Cost. quale parametro di riferimento per valutare la meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti mediante la stipula del contratto, cfr. M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano 1975, p. 92 ss.; si sono contrapposti coloro i quali hanno attribuito indubbia rilevanza e autonomia normativa all'art. 1322, co. 2, c.c., ma al contempo hanno suggerito l'adozione di criteri decisamente più formali per procedere allo stesso giudizio. Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 52 ss.; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. di Dir. Civ. e Comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2002, p. 101 ss.; M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 430 ss.; G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e illiceità del contratto atipico*, in *Contr. e Impr.*, 2004, p. 545 ss. Più recente ma, come si vedrà, dotato di crescente credito in giurisprudenza, è l'indirizzo dottrinario che invece fa coincidere il giudizio di meritevolezza *ex art.* 1322, co. 2, c.c. con la verifica della congruità del rapporto tra prestazione e controprestazione negoziale. Cfr. R. ROLLI, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008, p. 145 ss.; R. LANZILLO, *Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale*, in *Contr. e Impr.*, 1985, p. 309 ss.; Id., *La proporzione fra le prestazioni contrattuali: corso di diritto civile*, Padova, 2003, p. 224 ss.

causale dei contratti⁷, oggi con specifico riferimento ai contratti di investimento finanziario⁸, domani nei confronti di qualsiasi altro atto negoziale non tipizzato posto in essere dall'autonomia privata.

Può essere utile, allora, soffermarsi brevemente sull'analisi dei più rilevanti passaggi argomentativi proposti dai giudici in alcune delle pronunce citate, per evidenziarne le incertezze e verificare se, al di là delle censure formulabili rispetto ai contenuti di questo o quel *decisum*, esistano comunque o siano piuttosto da escludere senza appello margini formali per sostenere, nel caso di contratti innominati, la necessità funzionale di un duplice controllo normativo degli atti di autonomia privata: il primo finalizzato ad accertare che il relativo atto sia potenzialmente degno di accedere alla dimensione del giuridicamente rilevante, il secondo rivolto invece ad escludere che lo stesso atto sia concretamente diretto a realizzare finalità contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

2 L'atipicità dei contratti di investimento *For you e My way* e l'autonomia del giudizio di meritevolezza

In tutte le più recenti decisioni di legittimità formulate in relazione alla rilevanza giuridica dei contratti di investimento finanziario denominati *For you e My way* ex art. 1322, co. 2, c.c. si prendono le mosse dal condivisibile presupposto che tale tipologia di accordi⁹, al di là di qualsivoglia sterile formalismo, rappresenti un'operazione negoziale unitaria articolata in un complesso di scambi tra loro indissolubilmente connessi¹⁰. La conclusione

7 Cfr. G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 88 ss.

8 Sui contenuti caratterizzanti tale tipologia contrattuale e sulla centralità della nozione di "strumento finanziario" ex artt. 1, co. 2 e 5 e 21 del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, testo unico dell'intermediazione finanziaria (di seguito t.u.f.), al fine di qualificare come "tipico" o al contrario come "atipico" il contratto concluso tra un investitore ed un intermediario in vista della realizzazione di un investimento finanziario, Cfr. G. LA ROCCA, *Lo «strumento finanziario» in Cassazione*, nota a Cass., 3 febbraio 2012, n. 1584, in *Foro It.*, 2012, c. 2430 ss.

9 Le denominazioni attribuite alle relative proposte di investimento finanziario sono invero le più fantasiose e non si esauriscono in quelle, decisamente più frequenti, enunciate nel testo. In Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, si assume ad esempio come del tutto simile il contratto denominato "Visione Europa", oggetto della decisione sottoposta al giudizio di legittimità di Cass., 03 aprile 2014, n. 7776.

10 Secondo Cass., 10 novembre 2015, n. 22950 ricorrerebbe «non, quindi, un mero collegamento negoziale, perché le singole operazioni previste per raggiungere lo scopo finale dell'investimento non hanno alcuna autonomia concettuale, giuridica o pratica, ciascuna di esse richiedendo, per mantenere la struttura e la funzione dell'insieme, la contestuale stipula delle altre». Nello stesso senso, cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900. Ma si vedano anche in precedenza Cass., 03 febbraio 2012, n. 1584 e Cass., 03 aprile 2014, n. 7776. Sulla distinzione praticata in giurisprudenza tra "contratti collegati", "contratti misti" e "contratti complessi", cfr. Cass., 22 marzo 2013, n. 7255. In

di siffatti contratti comporta infatti un particolare intreccio di interessi in virtù del quale l'erogazione di un mutuo da parte della banca risulta vincolato all'acquisto, da parte della stessa banca e su mandato del mutuatario, di prodotti finanziari emessi dall'istituto finanziatore, sui quali viene altresì costituito un diritto di pegno a garanzia della piena restituzione della somma mutuata e del pagamento dei relativi interessi da parte del cliente/investitore, il quale, dal canto suo, dovrebbe trarre vantaggio dallo scarto atteso tra l'ammontare dell'onere finanziario previsto a suo carico ed il rendimento dei prodotti finanziari acquistati mediante l'impiego del denaro oggetto del mutuo. Sicché, mentre la chiara finalizzazione del complesso programma negoziale alla realizzazione di un investimento finanziario consente di escludere che l'operazione appena descritta possa rientrare nella fattispecie del semplice "servizio accessorio" ex art. 1, co. 6, lett. c), t.u.f.¹¹, la rilevata irriducibile interdipendenza delle singole operazioni di scambio previste conduce al riconoscimento della ricorrenza di un contratto atipico, rispetto al quale si rende necessario procedere al giudizio di meritevolezza disposto dall'art. 1322, co. 2, c.c., senza nulla concedere all'ipotesi che il trattamento normativo dello stesso regolamento contrattuale possa invece ricavarsi dalla meccanica scomposizione dei suoi contenuti in una pluralità di operazioni di scambio tipiche, come tali da considerarsi già riconosciute meritevoli di tutela dall'ordinamento giuridico¹².

dottrina, cfr. R. CLARIZIA, *Contratti innominati*, (voce), in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p. 3; C.M. BIANCA, *Il Contratto*, Milano, 2000, p. 478 ss.

11 L'art. 1, co. 6, lett. c) t.u.f. qualifica come servizio accessorio «la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari, nella quale interviene il soggetto che concede il finanziamento». Nega la sussumibilità del piano finanziario oggetto dei contratti di cui si tratta nella fattispecie disposta dall'art. 1, co. 6, lett. c), t.u.f., Cass., 3 febbraio 2012, n. 1584. Precisa a riguardo che vanno considerati come servizi di investimento solo «le operazioni preordinate all'assunzione da parte del risparmiatore di una specifica decisione di investimento» mentre «un servizio accessorio può comprendere esclusivamente operazioni che, pur attinenti al mercato finanziario, sono prive di una diretta incidenza su decisioni di investimento», G. LA ROCCA, *op. cit.*, c. 2433. Ritiene al contrario che il modello contrattuale rappresentato dal contratto *My way* rientri «senza alcuna difficoltà nella definizione di cui all'art. 1, co. 6, lett. g), t. u. f.», E. SABATELLI, *Validità del prodotto finanziario My Way e tutela dell'investitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, p. 365.

12 Cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900. Spostando così l'attenzione dal profilo della disciplina degli effetti a quello della funzione assoluta dall'atto negoziale, appare sostanzialmente aggirata la nota obiezione secondo la quale, al di là delle declamazioni teoriche, il nostro ordinamento non conoscerebbe la categoria del contratto atipico, essendo dagli interpreti costantemente risolta la questione del trattamento da riservare a regolamenti contrattuali privi di un'espressa menzione da parte dell'ordinamento mediante la loro riconduzione alla disciplina di uno o più schemi tipici. Cfr. R. SACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1966, II, p. 785 ss. e anche R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Civ.*, diretto da R. Sacco e G. De Nova,

La solidità degli argomenti utilizzati dai giudici di legittimità per riconoscere l'atipicità dei contratti di investimento finanziario *For you e My way* subisce tuttavia una prima incrinatura non appena diviene necessario determinare la funzione normativa del giudizio di meritevolezza e la sua specificità rispetto al controllo di liceità della causa contrattuale. Nei casi in cui il tema è espressamente affrontato, si ritiene, per un verso, che l'accertamento da condurre, piuttosto che interessare «l'area del proibito», alla stregua del giudizio di liceità, sia finalizzato ad escludere la «agiuridicità» ovvero l'irrelevanza giuridica dell'atto di volontà, intesa come assenza «di una ragione giustificativa plausibile del vincolo», utile viceversa quest'ultima a conferire allo stesso atto potenziale dignità giuridica¹³. Quando poi, però, si precisa che la rilevanza giuridica dell'atto negoziale può essere riconosciuta solo in virtù della sua accertata conformità al sistema giuridico vigente e ai suoi valori costituzionali¹⁴, le ragioni

II, Torino, p. 444 ss. La presa di posizione della Corte, d'altronde, si fonda sull'assunto della piena riconducibilità degli schemi contrattuali oggetto d'indagine alla categoria per così dire "aperta" del contratto d'investimento, alla cui disciplina il t.u.f. dedica ampia attenzione, in funzione palesemente protettiva nei confronti dell'investitore. Sul punto cfr. G. VERSACI, *Giudizio di meritevolezza e violazione di regole di condotta in materia di intermediazione finanziaria*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 6/2016, p. 855. Osservazioni critiche sull'opzione interpretativa adottata dalla Suprema Corte a proposito della natura complessa ma unitaria dell'operazione negoziale esaminata sono espresse da E. SABATELLI, *op. cit.*, p. 356 ss. Più in generale, con riguardo alle questioni teoriche relative al rapporto tra la nozione di atipicità contrattuale, la nozione di contratto misto, quella di contratto complesso e infine quella di collegamento negoziale, cfr. G. SICCHIERO, *Il contratto con causa mista*, Padova, 1995, p. 38 ss. e p. 158 ss.; F. GALGANO, *op. cit.*, p. 108 ss.; A. CATADELLA, *I contratti*, Torino, 2014, p. 217 ss.; E. GABRIELLI, *Il contratto e l'operazione economica*, in *Riv. dir. civ.* 2003, I, p. 93 ss.

13 Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900. Tra quanti da tempo sostengono l'autonomo statuto normativo dell'art. 1322, co. 2, c.c., vi è chi, pur rifuggendo dall'assimilazione del giudizio di meritevolezza alla verifica di una non meglio definita nozione di utilità sociale, ne riconosce l'autonomia funzionale rispetto al controllo di liceità e ne identifica il contenuto nella verifica della «idoneità dell'assetto privato a derogare lo schema della tipicità legale», sia dal punto di vista del rispetto delle regole relative al «procedimento di creazione dello strumento contrattuale», sia dal punto di vista «dell'intenzione giuridicizzante delle parti». Cfr., F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 66 ss. Attribuisce invece al controllo disposto dall'art. 1322, co. 2, c.c. sui contratti atipici il compito di accertare che l'atto negoziale «realizzi uno scambio economicamente apprezzabile, assicurando la rispondenza dell'operazione alle regole del mercato», G. SICCHIERO, *La distinzione tra meritevolezza e illiceità del contratto atipico*, cit., p. 552. Individua nell'area delle «operazioni di autonomia non proibite e tuttavia non immediatamente coercibili in giudizio», collocabile «tra la bizzarra immagine dei patti che soddisfano interessi insensati e la corposa realtà degli interessi proibiti», l'ambito operativo del controllo di meritevolezza degli interessi perseguiti mediante la conclusione di contratti atipici, U. BRECCIA, *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 1999, p. 106.

14 Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950. In dottrina, ritiene che per effettuare il controllo ex art. 1322, co. 2, c.c., ovvero per rilevare la «attitudine dello schema contrattuale atipico ad assumere, come tale, giuridica rilevanza» si debba procedere «d'obbligo ed in via esclusiva» al raffronto con i principi contenuti nella Carta costituzionale, M. COSTANZA,

della distinzione tra la valutazione richiesta ex art. 1322, co. 2, c.c. e il giudizio di liceità ex art. 1343 c.c. sembrano, per altro verso, inesorabilmente svaporare.

Le considerazioni della Suprema Corte non sembrano contrastare con l'efficacia che ci si aspetterebbe i rischi da sempre denunciati come altrettanti deterrenti alla piena e autonoma valorizzazione normativa del giudizio da condurre ex art. 1322, co. 2, c.c. anche sotto il profilo della più puntuale determinazione dei parametri da adottare per verificare se gli interessi ispiratori dei contratti di investimento finanziario di cui si tratta siano o meno meritevoli di tutela. Tre sembra siano gli indici più frequentemente richiamati nelle diverse pronunce della Suprema Corte a riguardo. Il primo è quello della censurabilità dell'accordo per lo squilibrio dell'assetto di interessi espresso dal contratto di investimento finanziario di cui si tratta; squilibrio desumibile, secondo le parole della Corte, dal «prepotere della finanziatrice...consistente nella concessione ad essa della facoltà di unilaterale e discrezionale determinazione della composizione dei fondi» e dal conseguente trasferimento a carico della controparte della totalità del «rischio d'impresa» connesso alla stipula del contratto, a fronte dell'accettazione da parte dell'investitore della complessa operazione economica prospettata sulla base della sua presentazione quale prodotto a basso rischio mirato alla realizzazione di finalità previdenziali¹⁵. Il secondo indice è quello della contrarietà ai precetti costituzionali, con particolare riferimento ai principi ispiratori degli artt. 47 e 38 Cost., la cui lettura congiunta sembrerebbe rivelare la tutela e l'incoraggiamento normativo rispettivamente del risparmio e della previdenza, realizzata anche in forma privata. Qui, come si vedrà più avanti, non pare priva di importanti ricadute la circostanza che l'affermazione di tale contrasto appaia il più delle volte associato al rilievo dello «squilibrio abnorme tra le controprestazioni»¹⁶, o alla «enorme alterazione dell'equilibrio contrattuale realizzato con il modello contrattuale *For you*»¹⁷. Infine, il terzo indice, che a primo acchito si mostra come il più rispettoso degli steccati formali entro i quali dovrebbero svolgersi i controlli normativi sulla legittimità degli atti di autonomia privata¹⁸, si risolve nel rilievo dell'immeritevolezza

Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 430. La stessa Autrice si esprime però criticamente sui richiami all'art. 1322, co. 2, c.c. contenuti in Cass., 10 novembre 2015, n. 22950 e in Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900. Cfr. M. COSTANZA, *For you for nothing o immeritevolezza*, in *Le società*, 6/2016, p. 733.

15 Cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559.

16 Cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559.

17 Cfr. Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949.

18 Cfr. A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto «atipico»*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1989, p.

per l'assenza di causa, considerata l'inammissibile unilateralità dell'alea che connoterebbe il contratto di investimento atipico di cui si tratta¹⁹.

3 I parametri di accertamento della meritevolezza di tutela giuridica degli interessi perseguiti mediante il contratto atipico. Osservazioni critiche

Nessuno dei tre parametri indicati - l'equilibrio del regolamento contrattuale, la conformità ai principi costituzionali e l'assenza di causa per l'inammissibilità dell'alea unilaterale disposta dal contratto - appare immune da rilievi critici. Cominciando dal primo, occorre ricordare innanzitutto come l'idea che la rivalutazione normativa del giudizio di meritevolezza possa passare per la sua ridefinizione, anche alla luce dei valori della Carta costituzionale, quale indispensabile filtro a garanzia della congruità degli atti di autonomia privata, sia stata sostenuta in dottrina, oltre e prima che in giurisprudenza²⁰. La circostanza, tuttavia, non attribuisce maggiore attendibilità alle tesi formulate dai giudici di legittimità con specifico riferimento ai contratti di investimento finanziario *For you e My way*. Non solo in quanto sono da condividere le preoccupazioni da più parti espresse sugli effetti destabilizzanti che l'ammissione di un simile controllo contentutistico dell'esercizio dell'autonomia contrattuale potrebbe sortire, sia sul fronte "microeconomico" dell'affidamento nella certezza giuridica della singola operazione contrattuale²¹, sia sul fronte macroeconomico, rappresentato, nello specifico, dalla stabilità e dall'ordinato sviluppo dei mercati finanziari²². Ma anche perché la scelta di utilizzare la proporzionalità tra

233 ss.; V. ROPPO, *op. cit.*, p. 365 ss.

19 Cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950. Tale argomento risulta particolarmente ricorrente nella giurisprudenza di merito. Cfr. Trib. Brindisi, 08 luglio 2008; Trib. Brindisi, 04 giugno 2009; Trib. Salerno, 12 aprile 2007; Trib. Cagliari, 08 gennaio 2014.

20 R. LANZILLO, *op. cit.*, (nt. 6); R. ROLLI, *op. cit.*, (nt. 6).

21 Cfr. V. VELLUZZI, «*For you*»: c'è «spazio» per il contratto immeritevole di tutela?, in *Contratti*, 10/2006, p. 892.

22 Cfr. A. TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso MyWay*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 3/2015, p. 378. Riferendosi a casi che, come si vedrà, sollevano problematiche per molto aspetti analoghe, osserva puntualmente che «l'insistere sulla vis monopolizzante di una nullità che sta fagocitando tutti gli altri rimedi non introduce ad un *quid* sistematicamente neutro o indifferente», soprattutto se si considera «che il problema sollevato dal derivato sconveniente o pregiudizievole non è limitabile alla sorte del singolo contratto ma all'incidenza che il rimedio giudizialmente comminato ha sulla contrattazione», S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza della tutela ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Persone e mercato*, 2015, p. 29. Più in generale, contestano l'indirizzo dottrinario che ritiene legittimo procedere, attraverso gli accertamenti richiesti

le prestazioni dovute e le aspettative di vantaggio attese dalle parti quale parametro di misurazione della meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. oltre che pericolosa²³, pare contraddittoria, seppure sottotraccia, i principi di diritto elaborati dalle Sezioni Unite della stessa Corte nel 2007²⁴, proprio in relazione al trattamento da riservare alla violazione degli obblighi di condotta negoziale sanciti nei confronti degli intermediari finanziari dal d.lgs. 58/1998 (t.u.f.) e dai Regolamenti Consob che si sono succeduti nel tempo in materia²⁵. Sembra cioè che la condivisione del succitato indirizzo interpretativo induca i giudici di legittimità a cedere alla diffusa tentazione, decisamente stigmatizzata dalle Sezioni Unite, di trasformare il problema attinente alla valutazione delle condotte soggettive tenute da una parte contraente, nel problema dell'oggettiva ricorrenza dei requisiti necessari a garantire che, in seguito alla sua stipulazione, il contratto abbia accesso alla dimensione del giuridicamente rilevante. Una conferma in questo senso emerge dall'esame di molti dei casi considerati dalla Suprema Corte, all'esito del quale risulta piuttosto evidente come il dato fattuale in relazione al quale sono sorte molte delle controversie oggetto delle decisioni sottoposte al giudizio di legittimità, sia stato più il comportamento poco trasparente se non palesemente decettivo che, secondo le insindacabili ricostruzioni proposte dai giudici del merito, sarebbe stato tenuto dagli istituti di intermediazione finanziaria nella presentazione della complessa operazione di investimento oggetto dei contratti del tipo *For you* o *May way*, che non l'oggettiva conformazione dell'assetto di interessi diviso dalle parti.

Si potrebbe obiettare che in molti dei giudizi di legittimità pronunciati

dall'ordinamento in merito alla rilevanza giuridica della causa contrattuale, ad un controllo sulla congruità del rapporto tra controprestazioni dedotte in contratto A. DI MAJO, *La causa negoziale*, (voce), in *Enc. Giur.*, Roma, p. 8; R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, op. cit., p. 25 ss.; M. COSTANZA, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, op. cit., p. 431; A. GENTILI, op. cit., p. 234; L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 1997, I, p. 19; M. BARCELLONA, *Della causa - Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015, p. 392 ss.

23 Per una più articolata riflessione sulle ragioni che dovrebbero indurre ad escludere che il giudizio di meritevolezza richieda una valutazione sull'equilibrio contrattuale tra controprestazioni, si consentito il rinvio a M. LAMICELA, *Difetto di corrispettività e causa del contratto: le ragioni di una distinzione necessaria*, in *Jus Civile*, 5/2016, p. 341 ss.

24 Cfr. Cass., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725. A riguardo, tra gli innumerevoli commenti, cfr. A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 4/2008, p. 393 ss.; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 403 ss.; F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 1/2008, p. 1 ss.

25 Cfr. Regolamento Intermediari, adottato dalla Consob con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007, sostitutivo del precedente Regolamento di attuazione del d.lgs. 58/1998, adottato dalla Consob con delibera n. 11522 del 1 luglio 1998.

dalla Corte di Cassazione e presi in considerazione in questa sede tale cedimento risulti formalmente condizionato dai motivi dei ricorsi, ovvero dall'impossibilità, per evidenti ragioni procedurali, di percorrere la via alternativa - nei casi in specie certamente più appropriata - del riconoscimento dell'invalidità per dolo determinante²⁶. La necessità di superare simili strettoie formali avrebbe allora imposto di anteporre all'azionamento dei rimedi sanzionatori che le Sezioni Unite affermano debbano seguire all'accertamento di condotte degli intermediari non conformi alle norme di settore, la verifica della meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. dell'assetto atipico di interessi diviso dalle parti. La forzatura normativa che ne discende, tuttavia, non solo sembra avere come effetto l'aggiramento di fatto dei *dicta* delle Sezioni Unite, ma appare per di più perpetrata mediante un'interpretazione del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. fortemente evocativo della necessità, già sostenuta in passato, di funzionalizzare l'esercizio dell'autonomia privata alla realizzazione di un'utilità sociale, la cui cifra in questo caso risiederebbe nell'equilibrata determinazione del rapporto tra prestazione e controprestazione negoziale²⁷.

A metro dell'accertamento della meritevolezza vengono invocati principi fondamentali quali «la buona fede, la tutela del contraente debole e la parità formale nelle asimmetrie economiche sostanziali», che il legislatore avrebbe sotteso come altrettanti significati inespressi alle disposizioni normative di volta in volta introdotte nell'ordinamento²⁸; mentre, più in particolare, a spiegare il mancato riconoscimento di tutela al modello contrattuale esaminato viene ripetutamente evocata la sua contrarietà agli artt. 38 e 47 Cost²⁹.

26 Svolge considerazioni analoghe a proposito dell'altrettanto recente indirizzo giurisprudenziale rivolto a dichiarare la nullità di contratti di investimento finanziario in derivati per difetto di causa in concreto, S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 26. Ma sul punto si rinvia anche alle considerazioni di M. BARCELONA, *op. cit.*, pp. 496-497; G. VERSACE, *op. cit.*, p. 857.

27 Rinviene all'interno del nostro ordinamento la presenza di un principio di proporzionalità che ben potrebbe ispirare il giudizio di meritevolezza ex art. 1322, 2 co., c.c. cui sottoporre gli atti dell'autonomia privata, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss. Obietta tuttavia che la dimostrazione dell'esistenza di un simile principio «non appare fondato su solide basi di diritto positivo», A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 235, nt. 286.

28 Cfr. Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, che in proposito si rifà a Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26642.

29 Invero il riferimento agli artt. 38 e 47 Cost. potrebbe anche evocare la ricorrenza di una «nullità virtuale di protezione ex art. 1418, 1° comma c.c.», attraverso la quale verrebbe sancita la coincidenza della finalità di protezione del singolo investitore con la tutela della correttezza quale regola indefettibile del mercato. Interessanti spunti a riguardo in S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 30. L'*iter* argomentativo seguito dai giudici di legittimità, tuttavia, forse nel tentativo di continuare a non smentire platealmente i principi di diritto formulati dalle Sezioni Unite nel 2007, sembra collegare la violazione dei precetti costituzionali ricavabili dagli artt. 38 e 47 Cost. più all'oggettivo squilibrio tra le prestazioni che connoterebbe la

Ma, se, per un verso, proprio la vaghezza dei contenuti attribuibili ai principi fondamentali che si ritiene ispirino l'attività legislativa viene spesso additata come volano della piena discrezionalità del giudice nell'esercizio del controllo sugli atti di autonomia privata richiestogli dall'ordinamento³⁰, per altro verso, il riferimento alla violazione di precetti costituzionali, condivisibile o meno che sia, sospinge inesorabilmente il giudizio di meritevolezza verso quello di liceità, connotandolo peraltro con contenuti a quest'ultimo tradizionalmente estranei. Anche il secondo indice solitamente richiamato al fine di negare che gli interessi alla cui realizzazione sia diretto il contratto di investimento finanziario *For you o My way*, ovvero la contrarietà a norme e principi di rango costituzionale, mostra dunque non poche debolezze, sia in relazione alla strutturale vaghezza dei suoi contenuti, a maggior ragione se associati al perseguimento di un non meglio definito ideale di "giustizia" contrattuale, sia con riferimento alla idoneità del suo utilizzo al fine di distinguere il giudizio di meritevolezza *ex art. 1322, co. 2*, da quello di liceità *ex art. 1343 c.c.*

Rimane da valutare la consistenza dell'ultimo indice di accertamento dell'immeritevolezza degli interessi negoziali perseguiti dalle parti cui l'orientamento giurisprudenziale che si analizza mostra di fare frequentemente richiamo, cioè quello relativo alla verifica dell'effettiva ricorrenza del requisito essenziale della causa, intesa quale causa concreta del contratto, ovvero «scopo pratico del negozio, 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»³¹. Il ricorso a tale indice ha spesso condotto a constatare l'immeritevolezza dei contratti denominati *For you o My way*, in ragione della strutturale incompatibilità rilevata tra il carattere unilaterale dell'alea che essi disporrebbero a carico del solo investitore e la necessaria bilateralità dell'incertezza circa l'*an* e il *quantum* dei vantaggi ricavabili dall'esecuzione del contratto, che invece dovrebbe tipicamente connotare la causa di un

causa concreta del contratto, che non al mancato rispetto degli obblighi di comportamento sanciti dalla legge nei riguardi degli intermediari finanziari. Nella giurisprudenza di merito, attribuisce agli obblighi di condotta disposti a carico dell'intermediario dalla disciplina speciale dei contratti di intermediazione finanziaria, oltre che una funzione protettiva rispetto alla libera e consapevole formazione della volontà dell'investitore, anche un «ruolo attivo di conformazione del rapporto», definendo così «un modello ottimale ed efficiente di scambio di mercato», Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *Danno e Resp.*, 2/2006, p. 182 ss., con nota di G. LIACE, p. 189 ss.

30 Cfr. L. MENGONI, *op. cit.*, p. 5; U. BRECCIA, *op. cit.*, p. 199; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 1/2015, p. 14 ss.

31 Cfr. Cass., 08 maggio 2006, n. 10490; Cass., 12 novembre 2009, n. 23941. In dottrina, sulla nozione di causa concreta, per tutti, cfr. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 452 ss.

contratto aleatorio³².

A riguardo, si può innanzitutto osservare, che, sul piano formale, l'assenza di causa prodotta dalla riscontrata incoerenza tra l'unilateralità dell'alea ed i connotati strutturali del contratto aleatorio potrebbe deporre anche a favore di un'ipotesi di nullità per mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto *ex art. 1418, co. 2, c.c.* Si può altresì ricordare che quanti hanno autorevolmente identificato il giudizio da condurre *ex art. 1322, co. 2, c.c.* nell'accertamento dell'effettiva ricorrenza del requisito causale, ovvero della concreta idoneità dell'assetto di interessi diviso dalle parti a realizzare la funzione oggettivamente attribuibile all'atto negoziale³³, hanno comunque mostrato di propendere per un deciso ridimensionamento della reale autonomia di tale giudizio da quello di liceità della causa, da condurre *ex art. 1343 c.c.* In ossequio all'asserita impossibilità di distinguere la dimensione della rilevanza giuridica da quella della liceità di un atto negoziale atipico, infatti, la valutazione di meritevolezza che, secondo tale indirizzo dottrinale, si ritiene debba interessare i contratti atipici si risolve nella verifica della "interna congruenza" tra lo scopo che oggettivamente il contratto mostra di voler realizzare e le norme che l'ordinamento, attraverso la disciplina dei contratti tipici rivolti alla realizzazione di analoghe finalità, richiede siano inderogabilmente rispettate³⁴. Sicché, per quanto si sostenga correttamente che l'eventuale rilievo di una incongruenza del tipo sopra segnalata integri l'ipotesi dell'assenza di causa piuttosto che quella della causa illecita, tale difetto sembra decisamente assuma i tratti di una particolare articolazione della contrarietà a norme imperative³⁵.

Ai rilievi circa gli effetti che il parametro dell'assenza o, se si vuole, dell'insensatezza della causa sortirebbe sulla valorizzazione dell'autonomia dell'accertamento disposto dall'*art. 1322, co. 2, c.c.* sugli atti di auto-

32 Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Salerno, 12 aprile 2007; Trib. Brindisi, 04 giugno 2009; Trib. Cagliari, 08 gennaio 2014. Nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; *contra*, cfr. Cass., 25 novembre 2002, n. 16568; Cass., 22 luglio 2015, n. 15370. Tratto comune caratterizzante tutte le figure tipiche di contratti aleatori sarebbe che «è l'alea che rende *ab initio* «incerte» le posizioni dei contraenti, quanto alle loro previsioni di lucro o di danno, ed è lo scioglimento di essa che determina l'incidenza soggettiva del vantaggio o del danno». Cfr. R. NICCOLÒ, *Alea*, (voce), in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, p. 1031.

33 In questo senso, cfr. A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto «atipico»*, cit., pp. 234-235.

34 A. Gentili, *op. ult. cit.*, p. 240.

35 La questione dell'accertamento della meritevolezza degli interessi perseguiti mediante il contratto atipico è emblematicamente risolta nella seguente alternativa: "o il contratto atipico contrasta con qualche norma imperativa riferibile al pezzo corrispondente di contratto tipico o, è necessariamente valido, non potendo il giudice concedergli o negargli tutela in base a propri parametri di opportunità". Cfr. Gentili, *op. ult. cit.*, p. 241.

nomia privata, possono poi aggiungersene altri, più di merito, in ordine alla stigmatizzazione della pretesa unilateralità dell'alea contrattuale. Non si vuole con ciò contestare la tesi dell'essenziale bilateralità dell'alea nei contratti la cui causa sia strutturalmente connotata da tale elemento di incertezza³⁶. Piuttosto, si ritiene di dover revocare in dubbio la correttezza dello stesso richiamo all'aleatorietà nella qualificazione del complesso modello contrattuale oggetto delle pronunce esaminate³⁷. I contratti denominati *For you o My way*, come è connaturato a qualsiasi altro contratto di investimento finanziario³⁸, presentano senz'altro profili di notevole incertezza in ordine al vantaggio concretamente conseguibile da parte dell'investitore³⁹, ma siffatta incertezza, lungi dal caratterizzare l'*an* o il *quantum* di una delle prestazioni dedotte in contratto, incidendo per questa via sulla conformazione del loro sinallagma, sembra configurarsi come un semplice rischio economico più o meno consapevolmente accettato dall'investitore al momento del perfezionamento del vincolo negoziale. Il rischio di uno scarto negativo tra quanto dovuto e quanto atteso dal contraente investitore, dunque, dovrebbe intendersi più come la rappresentazione plastica dell'alea normale del contratto, che non come l'indice della sua aleatorietà⁴⁰. Sembra in altri termini che si scambi l'indubbia sproporzione tra l'entità del rischio economico negozialmente assunto dall'una e dall'altra parte contraente per l'unilateralità, che si pretenderebbe giuridicamente rilevante, del rischio posto dal complesso regolamento contrattuale a carico dell'investitore, attribuendo così al dato dell'aleatorietà un significato del tutto atecnico⁴¹. Che la categoria dell'aleatorietà sia richiamata in modo piuttosto pretestuoso, d'altronde, emerge anche dalla circostanza per la quale tutte le volte in cui risulti necessario chiarire la natura e la consistenza del suddetto rischio, più che ad una incertezza strutturale sulla venuta ad esistenza della prestazione attesa e sulle sue dimensioni, si faccia costantemente riferimento al dato, invero certo sin dal momento del perfezionamento dell'accordo, dello squilibrio tra prestazione e con-

36 Tale tesi è invero ampiamente condivisa. Cfr. R. NICCOLÒ, *op. cit.*, p. 1031. Più di recente, cfr. U. SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Milano, 2003, p. 155 ss.

37 Esprimono analoghe perplessità sul punto M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 733; E. SABATELLI, *op. cit.*, p. 363; G. VERSACE, *op. cit.*, p. 857; V. VELLUZZI, *op. cit.*, p. 892.

38 In questi termini si esprime Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900.

39 Tale tipologia di contratti è anche ricondotta alla categoria dei «negozi ad alea normale illimitata». Cfr. G. DI GIANDOMENICO, *il contratto e l'alea*, Padova, 1987, p. 302 ss.; E. SABATELLI, *op. cit.*, p. 364.

40 Puntuali considerazioni sulla distinzione tra i concetti di rischio economico e di rischio giuridico o alea negoziale in G. DI GIANDOMENICO, *op. cit.*, p. 293 ss.; G. CAPALDO, *Dai contratti aleatori all'alea: attualità di una categoria*, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 296 ss.

41 Sul punto, illuminante già R. NICCOLÒ, *op. cit.*, p. 1029.

troprestazione⁴².

Il percorso argomentativo seguito in molte delle pronunce di merito e di legittimità finora considerate rivela così la sua totale circolarità, mostrando di ruotare intorno ad un unico perno, che, al di là dei frettolosi richiami ai precetti costituzionali o ai rilievi circa l'assenza di una causa in concreto, coincide con l'idea della congruità dello scambio quale parametro prioritario di accertamento della meritevolezza degli interessi dedotti in contratto.

4 La funzione normativa del giudizio di meritevolezza: la causa dello scambio nella negoziazione di strumenti finanziari derivati e nelle complesse operazioni negoziali *For you e My way*

Si è riconosciuto che nella stragrande maggioranza dei casi la dichiarazione di immeritevolezza *ex art. 1322, co. 2, c.c.* dei contratti di investimento finanziario denominati *For you* o *My way* sia stata imposta da ragioni procedurali, ovvero, quasi per paradosso, dalla necessità "sostanziale" di evitare che valutazioni condotte su un piano rigorosamente formale producessero l'effetto di esporre una molteplicità di risparmiatori al rischio di rimanere privi di adeguate tutele contro le condotte negoziali sin troppo superficiali, se non palesemente ingannevoli, degli intermediari con i quali avevano contrattato avventate operazioni di investimento finanziario⁴³. Poiché tuttavia si è anche ritenuto piuttosto azzardato l'indirizzo giurisprudenziale consolidatosi per questa via, pare utile soffermarsi brevemente non più tanto sui limiti dell'argomentare giudiziale, quanto sulla funzione e sulle conseguenti potenzialità normative del giudizio cui l'*art. 1322, co. 2, c.c.* richiede di sottoporre le espressioni atipiche dell'autonomia

⁴² Non a caso Trib. Torino, 08 maggio 2009, seppure seguendo un indirizzo minoritario, riconosce la meritevolezza *ex art. 1322, co. 2, c.c.* di un contratto *My way*, sottolineando come la relativa valutazione non possa essere fatta *ex post* sulla base del risultato economico concretamente conseguito, ma debba essere condotta *ex ante*, sulla base della struttura negoziale astratta posta in essere dalle parti. Precisa che «la realizzazione e la conservazione dell'equilibrio contrattuale non si pone davvero come un fine primario dell'ordinamento», ancora R. NICCOLÒ, *op. cit.*, p. 1026.

⁴³ Un'ulteriore conferma in questo senso deriva d'altra parte dalla constatazione che nei casi in cui in sede giudiziale sia stata contestata la nullità di tali contratti per la mancata indicazione negoziale del diritto di recesso dell'investitore *ex art. 30, co. 7, d.lgs. n. 58/1998 t. u. f.* gli interpreti hanno sistematicamente omesso di rilevare l'immeritevolezza della causa, limitandosi a dichiarare l'invalidità testualmente disposta dalla norma del t.u.f. a garanzia di un'accettazione pienamente consapevole del vincolo negoziale da parte dell'investitore. Cfr. Cass., 03 febbraio 2012, n. 1584; Cass., 03 aprile 2014, n. 7776.

contrattuale.

Come primo passo in questa direzione, si ritiene opportuno provare a sgomberare il campo da alcuni equivoci che a lungo hanno condizionato il dibattito in materia. Uno di questi sembra possa individuarsi nell'idea che l'unico modo per riconoscere un autonomo significato normativo all'art. 1322, co. 2, c.c., senza per questo attribuirvi l'ingombrante funzione di strumento di direzione e controllo degli assetti negoziali divisati dai contraenti nell'esercizio della loro autonomia privata⁴⁴, sia quello di caratterizzare la verifica della rilevanza giuridica dell'atto negoziale, da attuare prima e indipendentemente dall'accertamento della sua liceità, in termini rigorosamente formali, affidandosi a criteri quali il rispetto delle norme procedurali dettate per il riconoscimento di un'efficacia vincolante alle manifestazioni atipiche di volontà negoziale⁴⁵ o la congruenza tra la ragione giustificativa del regolamento contrattuale atipico e le indicazioni inderogabili ricavabili dalle norme sui tipi contrattuali rivolti al perseguimento di finalità analoghe⁴⁶. Non solo infatti un simile approccio rischia di disperdere la pretesa specificità funzionale del precetto analizzato, rendendo ardua la distinzione tra accertamento di meritevolezza e accertamento di liceità del contratto. Ma soprattutto esso mostra di disconoscere l'inevitabile funzionalità degli ordinamenti giuridici moderni alla garanzia di un modello di organizzazione dei rapporti economici storicamente dato, in ragione della quale la distinzione tra controllo di meritevolezza e controllo di liceità ben può riflettere l'esigenza di un duplice procedimento selettivo degli accordi tra privati cui riconoscere tutela giuridica. Il primo rivolto ad accertare la coerenza dell'atto di autonomia privata alla logica motrice di quello stesso modello di organizzazione dei rapporti economici, che trova nel mercato la sua massima espressione, mentre il secondo rivolto ad escludere che,

44 È nota a riguardo la diffusa e duratura diffidenza suscitata dall'interpretazione dell'art. 1322, co. 2, c.c. quale strumento di controllo degli atti dell'autonomia privata alla stregua del parametro dell'utilità sociale, proposta da E. BETTI, *op. cit.*, p. 248 ss. e accolta dalla Relazione al Codice. Cfr. Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al Codice Civile del 1942, nn. 603 e 613.

45 Cfr. F. GAZZONI, *op. cit.*, p. 62 ss.

46 Cfr. A. GENTILI, *Merito e metodo nella giurisprudenza sulle cassette di sicurezza: a proposito della meritevolezza di tutela del contratto «atipico»*, cit., p. 234 ss. Una variante di tale approccio formale all'interpretazione dell'art. 1322, co. 2, c.c. propone di procedere all'accertamento che esso richiede di effettuare sugli atti di autonomia privata verificando che l'interesse concretamente perseguito mediante il contratto atipico corrisponda a finalità comunque considerabili degne di tutela perché assimilabili a quelle ispiratrici degli schemi tipizzati dall'ordinamento giuridico. Cfr. R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 852. Gli stessi autori, d'altra parte, riconoscono che una simile funzione antielusiva sia in realtà già assolta dall'art. 1344 c.c., ma, a fronte delle difficoltà che interessano l'applicazione di tale ultima disposizione, ritengono comunque apprezzabile «la speditezza che si ottiene attraverso la formula dell'art. 1322, che commina la nullità sulla base della semplice conformità oggettiva tra interesse contrattuale e interesse dequalificato dalla norma», *ivi*, p. 853.

dietro quella potenziale coerenza, si celi il concreto perseguimento di finalità contrastanti con le regole che sanciscono le modalità ed i limiti entro i quali ammettere che siano attivate interazioni economiche di tipo mercantile⁴⁷. In questa diversa prospettiva, è comprensibile la resistenza alla prospettiva che gli atti negoziali frutto del libero esercizio dell'autonomia privata, in applicazione dell'art. 1322, co. 2, c.c., subiscano un controllo di "utilità sociale", ove un simile parametro di valutazione si colori di tratti marcatamente illiberali o sia intriso di finalità solidaristiche o comunque, in ragione della sua strutturale vaghezza, affidi la determinazione dei suoi contenuti normativi di volta in volta alla discrezionalità del singolo interprete⁴⁸. Meno comprensibile, viceversa, appare l'astratta diffidenza verso l'idea che il controllo cui sottoporre i contratti atipici integri un giudizio di merito degli interessi che si intendono perseguire mediante la stipula del singolo accordo, ove l'oggetto del relativo accertamento sia rigorosamente limitato alla sostanziale coerenza dell'assetto di interessi negozialmente espresso alla logica della ragione utilitaria sul quale si regge il sistema di composizione e riproduzione dell'ordine sociale rappresentato dal mercato⁴⁹. In questo caso si ritiene infatti che la nozione di utilità sociale cesserebbe di fungere da indistinto veicolo di valori e principi cui attingere da parte dell'interprete in base alle proprie personali convinzioni e inclinazioni, per divenire prezioso strumento di garanzia formale del modello di organizzazione delle relazioni economiche socialmente condiviso.

Perché il giudizio di meritevolezza possa assolvere correttamente tale funzione normativa, tuttavia, occorre procedere ancora a qualche precisazione. Non sembra in particolare utile un ricorso indiscriminato a tale meccanismo normativo di valutazione degli atti di autonomia privata, seppure, soprattutto in un momento di grave precarietà economica come quello che attualmente viviamo, il suo azionamento possa apparire il modo più rapido ed efficace di rispondere a fondamentali esigenze di protezione espresse da una moltitudine di risparmiatori più o meno piccoli coinvolti in operazioni di investimento finanziario ad alto rischio⁵⁰. Al contrario, ciò potrebbe rivelarsi del tutto controproducente, creando un condivisibile

47 Cfr. P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 279 ss.

48 Sempre utile in proposito la lettura delle puntuali considerazioni di P. BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, cit., p. 209 ss. Tra i più lucidi interpreti delle preoccupazioni esposte nel testo, come già rilevato, si veda G.B. FERRI, *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale*, cit., p. 88 ss.

49 Cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 153 ss.

50 Per questa ragione, seppure formulata nell'ambito di una riflessione per molti aspetti condivisibile sull'attuale riscoperta della funzione normativa assoluta dall'art. 1322, co. 2, c.c., non pare felice l'osservazione secondo la quale «il rimedio più acconcio è quello che ripristina *prima e meglio* la razionalità negoziale perduta, non quello concettualmente meno grezzo o più sofisticato». Cfr., S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 34.

senso di smarrimento circa i reali margini entro i quali sia ammissibile e addirittura auspicabile un'interferenza sull'esercizio dell'autonomia privata del tipo di quella integrata dal controllo disposto ex art. 1322, co. 2, c.c.⁵¹.

A questo proposito, pur non essendo possibile in questa sede entrare nel merito del dibattito circa la rilevanza giuridica da riservare ad un'altra tipologia di contratti di investimento finanziario e cioè quelli nei quali oggetto di negoziazione tra il cliente e l'intermediario siano strumenti finanziari derivati⁵², giova segnalare, all'interno dello stesso dibattito, un orientamento interpretativo che si ritiene senz'altro utile ad una più puntuale delimitazione della funzione normativa attribuibile all'art. 1322, co. 2, c.c.

Secondo tale orientamento, il problema del trattamento giuridico da riservare ai contratti di investimento finanziario in derivati, ove in particolare riguardino derivati c. d. speculativi⁵³, andrebbe risolto negando che

51 Sul punto, si rinvia nuovamente alle puntuali considerazioni di N. IRTI, *op. cit.*, p. 11 ss.

52 Il d.lgs. n. 58/98 t.u.f. elenca all'art. 1, co. 2, una molteplicità di strumenti finanziari, tra i quali *futures* e *interest rate swap*, che il successivo co. 3 fa confluire nella categoria degli «strumenti finanziari derivati». Lo stesso testo normativo dispone all'art. 23, co. 5, che «Nell'ambito della prestazione di servizi o attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati (...) non si applica l'art. 1933 del Codice Civile», lasciando però all'interprete il compito di stabilire se da tale disposizione si debba ricavare la natura di scommesse legalmente «autorizzate» dei derivati. In dottrina si precisa che i derivati possono essere finalizzati o alla copertura di un rischio preesistente nella sfera giuridica del contraente che ne fa richiesta o possono invece essere finalizzati alla creazione artificiale di un rischio ed alla contestuale offerta di protezione da quello stesso rischio. In questa prospettiva, i contratti che creano strumenti finanziari derivati sono stati definiti «a causa variabile». Cfr. M. COSU, P. SPADA, *Dalla ricchezza assente alla ricchezza inesistente - Divagazioni del giurista sul mercato finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 4/2010, p. 410. Individua le caratteristiche funzionali essenziali dei c.d. «derivati» nella circostanza che oggetto del contratto sia la negoziazione di un rischio e la sua conseguente monetizzazione e nell'ulteriore circostanza che il rischio monetizzato possa essere estraneo alla sfera giuridica di entrambi i contraenti, E. BARCELLONA, *Contratti derivati puramente speculativi: fra tramonto della causa e tramonto del mercato*, in *Swap tra banche e clienti*, a cura di D. Maffeis, Milano, 2014, p. 112.

53 Per derivato c.d. speculativo si intende quel tipo di strumento finanziario che appare finalizzato al conseguimento o alla correlativa perdita di attribuzioni patrimoniali in base alla monetizzazione di un rischio cui diversamente le parti sarebbero del tutto indifferenti, non incidendo tale rischio sulla sfera giuridica di alcuna di loro. Si è visto *infra*, nt. 52, che a tale tipologia di derivati si contrappone quella dei derivati c.d. di copertura. Vi è chi ritiene tale distinzione dirimente ai fini della dichiarazione di inidoneità del relativo contratto a produrre effetti giuridicamente vincolanti, in quanto solo nel secondo caso, quantomeno dal punto di vista del giudizio ex art. 1322, co. 2, c.c., rimanendo lo scambio tra bisogno di protezione e servizio di copertura ancorato a dati certi e calcolabili, il contratto potrebbe superare il controllo sulla sua intrinseca rilevanza giuridica. Cfr. E. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 118 ss. Altri, tuttavia, ritengono, al contrario, che tale distinzione non possa in alcun modo condizionare il profilo causale del contratto avente ad oggetto simili strumenti finanziari e di conseguenza l'accertamento circa la loro meritevolezza. Cfr. D. MAFFEIS, *L'ufficio di diritto privato dell'intermediario e il contratto derivato over the counter come scommessa razionale*, in *Swap tra banche e clienti*, cit., p. 29; R. DI RAIMO, *Come prima e più di prima - (Il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, in *Swap tra banche e clienti*, cit.,

essi siano meritevoli di tutela giuridica, in quanto più che integrare un'ipotesi di scambio di valori determinati dalla quantificazione del rapporto tra la domanda e l'offerta di mercato del dato servizio di investimento, realizzerebbero uno scambio solo «apparente», ovvero un'attribuzione di ricchezza «irrazionale», perché determinata nel suo valore da «meri umori speculativi», stante l'inesistenza di un nesso tra il bisogno, in sé assente del bene, e l'offerta, in sé illimitata, dello stesso⁵⁴.

Sembra, dunque, che il criterio adottato per considerare un interesse negoziale meritevole o meno di tutela sia rappresentato proprio dal rinvio alla razionalità mercantile ovvero alla logica utilitaristica, che storicamente ha animato e continua ad animare le dinamiche di mercato e la loro espansione⁵⁵, realizzando così l'obiettivo metodologico di un accertamento sugli atti di volontà dei privati che, per quanto condotto alla stregua di un criterio inevitabilmente sostantivo, non tradisca la matrice pur sempre formalistica del rapporto tra autonomia privata e precetto legale⁵⁶. L'azionamento del criterio della razionalità mercantile consentirebbe in altri termini di impedire l'accesso alla dimensione del giuridicamente rilevante ad atti di volontà disposti in contrasto con la logica stessa di funzionamento del mercato, così come oggettivamente formalizzata dai principi liberali sui quali si regge il diritto privato della modernità⁵⁷; e ciò in un momento pre-

p.48; M. SEMERARO, *Copertura e speculazione: funzioni e disfunzioni dell'interest rate swap*, in *Riv. dir. banc.*, 10/2013, p. 10 ss.

54 Cfr. E. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 125. Tra le decisioni che hanno negato tutela giuridica alle pretese creditorie degli intermediari finanziari derivanti da contratti relativi a derivati finanziari cfr. Trib. Milano, 24 novembre 1993; Trib. Milano, 26 maggio 1994; Trib. Lanciaio, 6 dicembre 2005; Trib. Bergamo, 4 maggio 2006; Trib. Bari, 5 gennaio 2012; Trib. Monza, 17 luglio 2012; App. Milano, 18 settembre 2013. Tra le decisioni secondo le quali viceversa contratti di investimento finanziario appartenenti alla stessa tipologia devono essere considerati dotati di una causa degna di tutela, cfr. Trib. Milano, 11 maggio 1995; Trib. Milano, 20 maggio 1997; Trib. Torino, 10 aprile 1998; Trib. Torino, 27 gennaio 2000; Trib. Milano, 3 aprile 2004.

55 Cfr. E. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 127.

56 Si potrebbe certamente obiettare che anche il riferimento alla razionalità mercantile non esclude un certo grado di discrezionalità nella determinazione dei significati normativi cui essa darebbe forma, sostenendo che, proprio in una prospettiva rigorosamente formale, anche il bisogno di incursione nella dimensione dell'imponderabile possa divenire oggetto di uno scambio di mercato. Sembra che in questa direzione muovano, anche se con accenti diversi, le riflessioni di F. CAPUTO NASSETTI, *I contratti derivati finanziari*, Milano 2011, p. 101 ss.; E. GIRINO, *I contratti derivati*, Milano 2010, p. 267; F. BOCCHICCHIO, *I contratti in strumenti derivati e la disciplina del mercato mobiliare tra regolamentazione dell'attività di impresa e valutazione dell'intento soggettivo*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 602 ss. Non può però omettersi di segnalare la carica autodistruttiva di una simile prospettiva, data la totale incertezza e la conseguente improduttività di ogni attribuzione che si fondi sull'incalcolabilità che strutturalmente connota la dimensione dell'imponderabile.

57 Cfr. M. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 183 ss.

liminare alla verifica, altrimenti necessaria, della ricorrenza di eventuali difformità dei contenuti regolamentari di quegli stessi atti alle indicazioni normative offerte dall'ordinamento circa le concrete modalità ed i limiti di attivazione delle dinamiche mercantili da parte dei privati.

Ebbene, pare si tratti di un'efficace esemplificazione della specifica funzione normativa del giudizio disposto dall'art. 1322, co. 2, c.c. in relazioni agli atti di autonomia privata, ovvero di una preziosa dimostrazione dell'argine che il suo corretto azionamento può rappresentare contro la deriva irrazionale che sembra interessare in modo sempre più diffuso l'esercizio dell'autonomia privata nei mercati finanziari⁵⁸.

Giova altresì precisare, tuttavia, che, se l'applicazione dell'orientamento interpretativo appena descritto può rivelarsi del tutto pertinente in relazione alla negoziazione di derivati finanziari, in quanto produttiva di attribuzioni patrimoniali la cui misura appaia del tutto arbitraria e la cui effettiva solvibilità presenti un elevato grado di incertezza⁵⁹, non pare che si possa giungere ad analoghe conclusioni riguardo ai contratti di investimento finanziario denominati *For you o My way*. In queste ipotesi negoziali infatti il rischio relativo all'*an* e al *quantum* del vantaggio economico atteso, pur condizionando in modo evidente il profilo causale del contratto, non pare qualitativamente comparabile al tipo di rischio che connota la negoziazione di strumenti finanziari derivati. Diversamente opinando, dovrebbe dimostrarsi, anche con riferimento ai contratti *For you o My way*, la ricorrenza di una "sconnessione" strutturale tra la misura, individuale e sociale, del bisogno espresso dai clienti contraenti ed il costo della specifica operazione economica negoziata. A tal fine, come già osservato, non basta né far notare la dubbia redditività - spesso rilevata *ex post* - degli strumenti finanziari oggetto di quei contratti; né ancora segnalare il forte sospetto della ricorrenza di un conflitto di interessi in capo all'intermediario finanziario o la scarsissima trasparenza dei relativi regolamenti contrattuali. Nessuno di tali rilievi, infatti, consente di dedurre la ricorrenza di contratti integranti uno scambio di risorse che, in quanto sfuggente alla logica utilitaristica del calcolo economico, si possa dire immeritevole di tutela. Non già perché, giova ribadirlo, si disconosca la censurabilità dell'approfittamento, da parte di spregiudicati intermedia-

58 È appena il caso di ricordare come invece in passato, forse con qualche ragione, l'ambito di operatività del giudizio di meritevolezza sia stato ritenuto del tutto marginale. Cfr. A. CATAUDELLA, *op. cit.*, p. 236.

59 Cfr. E. BARCELLONA, *op. cit.*, p. 123. Mentre secondo l'opinione dottrina appena esposta il giudizio di immeritevolezza in ordine ai contratti derivati andrebbe enunciato alla luce della loro atipicità, essendo solo apparente la loro assimilabilità allo schema del gioco o della scommessa, altri Autori invece riconoscono ai contratti in parola la natura di scommesse autorizzate, ma ritengono che ciò non li esenti dello stesso controllo di validità. Cfr. R. DI RAIMO, *op. cit.*, p. 73 ss.; M. SEMERARO, *op. cit.*, p. 13 ss.

ri finanziari, della sprovvedutezza dei clienti coinvolti in simili operazione di investimento; ma perché in relazione al tipo di problema rappresentato da simili condotte, come è noto, l'ordinamento offre soluzioni normative diverse e non interscambiabili. Soluzioni che sono rappresentate di volta in volta dalla disciplina dell'annullabilità per errore essenziale e riconoscibile (art. 1428 c.c.) o per dolo (art. 1439 c.c.) e, in alcuni casi estremi, dalla disciplina della rescissione del contratto per lesione (art. 1448 c.c.)⁶⁰. Si potrebbe invece rilevare una particolare ipotesi di "disattivazione" della razionalità economica dello scambio, negando rilevanza giuridica agli interessi negozialmente perseguiti dalle parti, solo nel caso in cui si riuscisse ad accertare, più che lo sbilanciamento del rapporto tra controprestazioni, la genetica preordinazione del regolamento contrattuale alla produzione di attribuzioni patrimoniali assolutamente prive di contropartita⁶¹.

5 Conclusioni

Alla luce delle considerazioni appena svolte, pare si possa ormai riconoscere con una certa sicurezza che, quantomeno nel caso delle complesse operazioni di investimento finanziario fin qui esaminate, risulti alquanto inappropriato richiamare l'indagine che l'art. 1322, co. 2, c.c. dispone con riguardo agli interessi da realizzare mediante la conclusione di patti atipici o, ancora, affidarsi alla «causa in concreto» del contratto per osservare «l'inidoneità dell'assetto di interessi effettivamente realizzato ad assolvere alla funzione - previdenziale e non di investimento (n.d.r.) - dalle parti concordemente perseguita»⁶².

Come già altrove si è tentato di precisare⁶³, per cogliere i tratti caratterizzanti la causa contrattuale, la ricostruzione della reale intenzione dei contraenti sarà certamente indispensabile a comprendere il peso specificamente attribuito a ciascuna delle prestazioni scambiate e, quindi, la

60 Per tutti, cfr. F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, op. cit., p. 543 ss. D'altronde, a fronte della massiccia mole di obblighi di informazione e cura dell'interesse della controparte disposta dalla disciplina di settore a carico dei soggetti autorizzati a prestare servizi di investimento, l'ostacolo formale dell'onere probatorio connesso all'azionamento della disciplina dell'annullabilità e della rescissione potrebbe essere agevolmente superato rinviando proprio all'oggettiva evidenza del macroscopico squilibrio tra controprestazioni.

61 A riguardo, cfr. M. BARCELLONA, op. cit., pp. 501-502.

62 Cfr. A. TUCCI, *Squilibrio delle prestazioni e causa in concreto nei servizi di investimento: il caso My Way*, cit., p. 380. Sull'uso improprio del riferimento alla "causa in concreto", sempre più diffuso in giurisprudenza cfr. V. ROPPO, *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, p. 457 ss.

63 A riguardo, sia consentito rinviare nuovamente a M. LAMICELA, op. cit., p. 343.

reale fisionomia della scambio da realizzare⁶⁴, o, se si vuole, la sua “causa concreta”, ma cesserà di assolvere tale funzione “euristica” ogni volta che l’indagine, avventurandosi oltre l’oggettiva apprezzabilità di quanto le parti negoziali hanno effettivamente inteso realizzare attraverso la conclusione del contratto, si spingerà sul terreno strutturalmente imponderabile delle specifiche motivazioni soggettive⁶⁵.

Nel ricorrere all’art. 1322, co. 2, c.c. al fine di valutare se il profilo causale di contratti del tipo *For you* o *My way* sia rivolto alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento giuridico, al contrario, l’orientamento giurisprudenziale di cui si è riferito pare non curarsi nemmeno del rischio di un simile sconfinamento. Non tanto per aver ritenuto l’espreso riferimento al perseguimento di finalità previdenziali decisivo nella determinazione del concreto profilo causale del contratto, quanto per aver ricavato da siffatto rilievo l’indimostrata conclusione che la causa del contratto, nella sua accezione di “causa concreta” fosse immeritevole di tutela giuridica, stante «l’enorme alterazione dell’equilibrio contrattuale» tra controprestazioni disposto dal relativo regolamento contrattuale e la conseguente impossibilità che l’operazione di investimento concordata realizzasse effettivamente le dichiarate finalità previdenziali⁶⁶.

Un peso decisivo nell’elaborazione di quest’indirizzo interpretativo, lo si è ricordato, può senz’altro averlo giocato la rigorosa distinzione, richiamata dalle Sezioni Unite della Suprema Corte in relazione alla disciplina del contratto, tra sanzioni applicabili alla violazione di norme statuenti regole di condotta e sanzioni applicabili invece alla violazione di norme statuenti regole di validità; richiamo elaborato proprio con riferimento alla materia della violazione degli obblighi di informazione che la disciplina speciale del contratto di investimento finanziario detta a carico dei soggetti autorizzati all’esercizio di servizi di investimento finanziario. I giudici di legittimità hanno probabilmente voluto evitare decisioni che integrassero uno sconfessamento palese dei *dicta* delle Sezioni Unite, ma lo hanno fatto al prezzo di una evidente forzatura della funzione normativa attribuibile al requisito causale del contratto e al giudizio di meritevolezza, cui lo stesso contratto deve essere sottoposto nel caso della sua atipicità.

Forse, allora, tanto valeva “osare” un più esplicito disallineamento dall’indirizzo interpretativo espresso dalle Sezioni Unite, proponendone, anche in considerazione delle crescenti insidie alla stabilità e allo sviluppo delle dinamiche di mercato provenienti dal dilagare degli abusi nella ne-

64 Cfr. G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1996, p. 245.

65 Sul punto si rinvia ancora alle lucide considerazioni di V. ROPPO, *Causa concreta: una storia di successo?..*, cit., p. 971.

66 Cfr. Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900.

goziazione di strumenti finanziari, un necessario affinamento⁶⁷. Si sarebbe potuto cioè negare qualsiasi efficacia giuridica ai contratti di investimento finanziario finora considerati, azionando nel caso in specie, se non le norme relative all'annullabilità per vizi del consenso, un diverso meccanismo di invalidazione, non meno connotato dal punto di vista "politico" della direzione da imprimere alla regolazione del mercato finanziario rispetto a quello rappresentato dal giudizio di meritevolezza, ma quantomeno dotato nel caso in specie di un ben più solido supporto formale. Stante l'ingente mole di obblighi di informazione che la disciplina di settore dispone con riferimento a tutte le fasi della dinamica contrattuale tra cliente e intermediario, nonché la previsione dell'art. 21, co. 1, lett. a), t.u.f., ai sensi del quale i servizi di investimento devono essere prestati dai soggetti abilitati «con diligenza, correttezza e trasparenza *per servire al meglio l'interesse dei clienti e l'integrità dei mercati*» - il corsivo è di chi scrive - si sarebbe potuto in altri termini giungere a riconoscere legittimità all'indirizzo interpretativo che ricava dalla normativa appena menzionata l'elevazione implicita dei parametri di condotta enunciati a fondamentali principi di ordine pubblico economico. Sicché la loro violazione, nell'ambito della conclusione di un contratto avente ad oggetto servizi di investimento finanziario, incidendo non già solo sul piano delle successive modalità di adempimento delle obbligazioni contrattuali ma sulla stessa conformazione delle clausole contrattuali, ben avrebbe potuto condurre ad una dichiarazione di nullità ai sensi dell'art. 1418, co. 1, c. c.⁶⁸.

67 Non pare d'altronde che le c.d. sentenze gemelle non lasciassero margini in tal senso. Sul punto, seppure con accenti diversi, pare convergano le puntuali considerazioni sia di F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 8 ss.; sia di A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit., p. 397 ss.

68 In considerazione del particolare "contesto di mercato" nel quale si stipulano contratti relativi a servizi di investimento, sostiene questo indirizzo interpretativo con argomentazioni ampie e articolate, G. LA ROCCA, *Il contratto di intermediazione mobiliare tra teoria economica e categorie civilistiche*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2009, p. 107 ss. In proposito si veda anche D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, cit., p. 405 ss.