

«MY WAY», «FOR YOU», «PIANO VISIONE EUROPA» E CORTE DI CASSAZIONE

di ALDO ANGELO DOLMETTA

SOMMARIO. 1. I prodotti. - 2. La valutazione delle Cassazioni. - 3. La gestione dell'esistente. - 4. Stralci dei provvedimenti di Cass. 30 settembre 2015, n. 19559; di Cass. 10 novembre 2015, n. 22950; di Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900; di 29 febbraio 2016, n. 3949.

1.- I prodotti

1.1.- Corrono ancora oggi sul mercato, immessi da un gruppo bancario di primaria importanza, prodotti finanziari denominati «*My way*», «*For you*», «Piano visione Europa». Formati su di un'unica traccia, questi prodotti presentano poche varianti e, per il profilo della qualificazione sostanziale del fenomeno, trascurabili¹.

Da quanto si desume dai testi di cui sono venuto a disporre, il ceppo di base dei prodotti in questione è conformato dalla seguente struttura, che risulta assai articolata.

1.2.- Letta in termini oggettivi, la fattispecie presenta un mutuo oneroso² di lunga durata (dai quindici anni in su, sino ad arrivare anche ai trenta). Le somme di cui alla relativa erogazione,

¹ Cfr., tra gli altri, Cass., 10 novembre 2015, n. 22950; Trib. Nola, 7 aprile 2012, in *Il Caso.it*. e, più ancora, Cass., 7 marzo 2016, n. 4473.

² Occorre chiarire, in proposito, che le parole prospettate nel modulo contrattuale dalla banca non coincidono con la qualificazione di cui al testo, peraltro evidente all'operatore di professionalità giuridica che vada ad analizzare il congegno contrattualmente assunto. La documentazione contrattuale predisposta discorre, infatti, di «piano finanziario» con piccoli versamenti mensili ovvero in modo generico di «finanziamento».

Sul punto v. pure *infra*, nel n. 1.3.

tuttavia, non vengono consegnate al cliente mutuatario. Contestuale al contratto di mutuo è, infatti, la stipulazione - da parte del cliente, appunto - di un contratto di investimento in obbligazioni: a seconda delle occorrenze, di sottoscrizione oppure di acquisto, ove già emesse le stesse; in ogni caso, scadenze del mutuo e delle obbligazioni vengono a coincidere³.

I titoli, su cui vengono «girati» i denari del mutuo, sono emessi dalla stessa banca mutuante oppure, in ragione delle circostanze, da altra società comunque appartenente allo stesso gruppo bancario della mutuante. Per solito, i titoli sono «*zero coupon*» e perciò non rilasciano interessi di periodo. I moduli del contratto di investimento sono predisposti per la cura della banca mutuante, che naturalmente predispone pure il testo del mutuo: i due testi si richiamano a vicenda; i due contratti, del resto, si condizionano tra loro, nel senso che – se non si fa l'uno – non si fa l'altro (: il mutuo, cioè, è di «utilizzo esclusivo»).

Il terzo anello della catena - che pure risulta necessario nel disegno programmatico dei prodotti e che pure è predisposto dalla mutuante - è composto dalla costituzione in pegno dei titoli obbligazionari, per la garanzia delle restituzioni delle somme contestualmente prese a mutuo. Pegno che resta senz'altro bloccato sui titoli in cui il cliente ha investito i denari del mutuo: com'è proprio dello schema del pegno regolare (in cui non compaia nessun segno convenzionale di «rotatività» della garanzia), in effetti, il cliente datore del pegno e mutuatario non ha la possibilità di intervenire sui termini e modi del suo investimento, quand'anche questo venga a subire, nel passare del tempo, delle perdite di valore pure significative.

Tutti i movimenti e partite di cui a questi rapporti transitano e trovano appostazione - con le (aggiuntive) gravatorie economiche che ne vengono fatte conseguire - su un conto corrente del cliente, già in essere oppure frutto dell'occasione.

³ In certi casi, una parte dei danari rivenienti dal mutuo viene in girato in fondi comuni di investimento mobiliare sempre interni al perimetro del gruppo della banca mutuante.

1.3.- «*My way*» e «*For you*» sono prodotti gemellari per struttura: al di là dei *nomina*, pressoché uguali. A quanto pare, la differenza si riduce in buona sostanza alla diversa loro origine «storica»: frutto dell'acquisizione di una banca minore il «*My way*», prodotto invece auto-concepito il «*For you*».

Caratteristica comune ad entrambi è, dunque, anche quella che attiene alle modalità oggettive di presentazione del prodotto al mercato. Che va nel senso della funzione di impianto previdenziale; più nel dettaglio, della proposta di un piano pensionistico. In effetti, la sembianza del loro apparire è quella del piano di accumulo⁴.

Quest'offerta «a maschera» non è utilizzata, per contro, nel contesto specifico del materiale contrattuale relativo al prodotto «Piano visione Europa», in cui il mutuo viene indicato nei termini ampi del «finanziamento». Per altro verso, quest'ultimo prodotto – pur essendo anch'esso strutturato come operazione con versamenti rateali (periodici, meglio) – comporta che al termine finale dell'esecuzione del rapporto relativo, il cliente debba ancora restituire una somma pari all'intero capitale del mutuo concessogli: il mutuatario è tenuto a rimborsare il capitale in un'«unica soluzione», appunto alla scadenza del rapporto.

In altre parole, il prodotto di cui al «Piano visione Europa» è connotato del prevedere – per l'intero corso del rapporto – il pagamento esclusivo di interessi di preammortamento: nella fisiologia del prodotto, per quindici o più e più anni i versamenti dovuti periodicamente sono per l'intero destinati a coprire degli interessi compensativi.

1.4.- Per meglio esplicitare i contorni sostanziali delle fattispecie-tipo in discorso conviene ancora spendere qualche parola

⁴ Cfr. la delibera AGCM, 6 marzo 2003 (reperibile su *ILCaso.it*), con riferimento a un *dépliant* «composto di quattro facciate, intitolato «4 you – L'innovazione nella previdenza», ha rilevato che «tale prodotto viene prospettato nel messaggio ... come un prodotto di investimento che consente, senza disporre di elevate dotazioni di capitale, di accedere alle opportunità offerte dai mercati finanziari ... per i suoi contenuti [*scil.*: del *dépliant*], il destinatario del messaggio è portato ad immaginare che i piccoli versamenti mensili cui il messaggio fa riferimento vengano impiegati per far fronte all'investimento con modalità analoghe a quelle previste nei piani di accumulo di capitale dei fondi comuni di investimento».

ulteriore. Prima di tutto è da dire che l'unicità sostanziale di ciascuna di queste fattispecie – il suo conformare, come insieme, un prodotto *ad hoc* – è fatta sicura dalla integrazione reciproca dei tre indicati anelli (: mutuo; obbligazioni; pegno), che è manifesta sia sul piano materiale, che sul piano testuale; e prima ancora, per la verità, è resa dal seriale ripetersi della relativa sequenza sul piano della reale operatività.

Una seconda constatazione è che, nei fatti della realtà, il cliente non raggiunge mai – neppure per un attimo – la disponibilità delle somme di cui al mutuo. Tant'è che anche i titoli obbligazionari di cui all'investimento rimangono sempre indisponibili – anche materialmente – per il cliente. Come pure è circostanza oggettiva che la scelta specifica dei titoli del Gruppo in cui sono in concreto «girate» le somme del mutuo è affare esclusivo della banca mutuante.

Appena il caso di esplicitare, poi, che se – nel corso di svolgimento del rapporto – il cliente non ha la possibilità di intervenire sull'investimento per cambiarlo con altro (nel caso, meno inopportuno e «perdente»), in ragione del pegno che grava sui titoli, comunque la banca mutuante e garantita ha interesse a mantenere fermo l'investimento stesso, visto che questo incide su titoli suoi o di società del Gruppo. Finanziando il cliente, la banca finanzia sé stessa⁵.

Nel caso dei prodotti «*My way*» e «*For you*» l'operazione viene presentata per qualcosa che in realtà non è, come ispirata a un funzione previdenziale che proprio le manca⁶. Al di là dell'investimento in titoli propri del gruppo, gli oneri caricati sul mutuo rientrano nella fascia medio-alta del relativo mercato. Nel

⁵ Cfr., tra le altre, la sentenza del Trib. Brindisi, 8 luglio 2008. *Iusexplorer.it*: «la banca si autofinanzia, riuscendo non soltanto a collocare sul mercato titoli di altriamenti difficile collocazione – essendo gli stessi quotati non in borsa, ma, a tutto voler concedere, in mercati non regolamentati -, ma a collocare titoli propri (o comunque ad essa riconducibili) lucrando in tal modo su un'operazione rivolta a suo prevalente, se non esclusivo, favore».

⁶ Cade nell'equivoco Trib Parma, 22 settembre 2004 (ricordata da A. TUCCI, *Meritevolezza degli interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 142, nota 1). Peraltro, già nel 2003 la citata delibera dell'AGCM segnalava che le «memorie presentate» dalla banca e «le documentazioni dalle stesse trasmesse hanno ... evidenziato che i versamenti effettuati mensilmente rappresentano in realtà rate di rimborso di un finanziamento erogato dalla banca».

caso del prodotto «Piano visione Europa», poi, il carico del preammortamento per l'intera durata del mutuo (con la conseguente permanere intonso dell'obbligazione di restituire il capitale) viene grandemente ad accentuare – in modo quasi visivo, per dire – la dimensione del maggiore apprezzamento che nel periodo dovrebbero raggiungere i titoli di cui all'investimento per consentire un qualche possibile margine di utile per il cliente⁷.

Posto in ogni caso il peso economico del mutuo contratto, in fine, in tutte e tre le fattispecie le reali possibilità che l'investimento torni a vantaggio del cliente risultano – anche a prescindere *in toto* dalla considerazione del rischio di deprezzamento e caduta dei titoli – già in partenza modestissime, quando non proprio nulle.

2.- La valutazione delle Cassazioni

2.1.- L'effettiva utilizzazione nel mercato di prodotti così strutturati e così peculiari molto facilmente viene a determinare il profilarsi di problemi in relazione al tema della loro «tenuta giuridica». Problemi che, per la verità, risultano essere di vario tipo; e che vengono a disporsi sia lungo le ordinate dell'impresa, sia lungo le ascisse del contratto.

Secondo quanto, nella realtà, è propriamente accaduto⁸. Per il piano del contratto, a cui si intendono riservare le presenti note,

⁷ Nel riassumere i contenuti del ricorso nel concreto portato alla sua attenzione, la sentenza di Cass., 7 marzo 2016, n. 4473 scrive (o trascrive) il seguente passo: «lo *zero coupon* non è quotato nei mercati regolamentati ed è di difficile commerciabilità, mentre il prezzo è unilateralmente determinato dalla banca; il cliente ha pagato il titolo il 10,21% in più sul prezzo di emissione, senza esserne informato; la combinazione delle tre componenti (finanziamento, sottoscrizione di fondo comune, acquisto di un titolo *zero coupon* destinato a garantire la banca per la restituzione del mutuo) rende il prodotto altamente speculativo con un cuneo tra il costo del finanziamento (7,29%) e rendimento dello *zero coupon* (5,11%) che colloca la convenienza in corrispondenza dei fondi relativamente poco probabili, con alta probabilità che il prodotto dia risultati negativi, mentre metà dell'investimento (quello in obbligazioni) ha appunto ad una funzione di garanzia e non è in grado di offrire un rendimento all'investitore».

⁸ Pure per il piano direttamente attinente all'impresa. In proposito sono da ricordare - oltre al provvedimento AGCM specificamente relativo al prodotto «*For you*» (sopra, nota 4) – le sanzioni irrogate nel 2005 dalla Consob – per mano del

il contenzioso - che, numeroso, è andato a svilupparsi in materia e che ha avuto un andamento di certo non uniforme, forse altalenante - ha finito in questi ultimi anni per approdare al livello superiore della Cassazione.

E su quest'ultimo livello conviene senz'altro fermare l'attenzione: per il particolare interesse che il tipo di intervento riveste in sé stesso; e per le diramazioni in cui l'intervento relativo ai prodotti in discorso viene nel concreto a possedere (n. 2.2. s.); e pure, soprattutto anzi, per i *dicta* che, proprio negli ultimi tempi, la Corte si è risolta a formulare sullo specifico dei detti prodotti (n. 2.4. ss.).

2.2.- Per la verità, a guardare il complessivo delle pronunce che per un verso o per altro si sono occupate dei prodotti in questione, l'atteggiamento della Cassazione potrebbe apparire *prima facie* non lineare⁹. Nel senso che - a fronte di un indirizzo senz'altro contrario a questi ultimi - talune decisioni sembrerebbero assumere una posizione diversa, di apertura verso i medesimi. A ben vedere, tuttavia, così non è tuttavia: nel contesto della Suprema Corte non risulta delineabile, cioè, una contrapposizione reale di orientamenti.

In proposito, il chiarimento sembra opportuno con segnata relazione alle sentenze di Cass., 18 giugno 2012, n. 9954 («*For you*»); di Cass., 26 gennaio 2016, n. 1370 («*For you*»); di Cass.,

Ministro dell'economia – alla banca e al suo *management* di vertice per violazione delle norme degli artt. 21 TUF e 56, 26, 28, 23 e 29 Reg. n. 11522/1998. Dette sanzioni sono state prese a seguito di ispezione della Banca d'Italia (dal dicembre 2003 al marzo 2004) appositamente intesa a verificare l'operatività relativa al «Piano visione Europa».

⁹ Da ricordare è anche la sentenza di Cass., 26 marzo 2014, n. 7063, che chiude la vicenda relativa alle sanzioni Consob (sopra, nota 8) confermando la decisione per decreto di App. Firenze 14 settembre 2006.

A proposito di quest'ultimo provvedimento (il cui testo ho reperito sul sito della Consob) non sembra inopportuno richiamare quanto segue.

Facendo opposizione al decreto ministeriale di comminatoria delle sanzioni, la Banca tra l'altro sosteneva: «infondatezza della contestazione n. 2, essendo inconcepibile che la Banca non conoscesse un prodotto da essa stessa creato». Questa la risposta della Corte fiorentina: «premesso che la conoscenza del prodotto non può essere limitata alle strutture centrali ma deve essere diffusa alla rete, rimane il fatto che non è risultato che le informazioni circa le caratteristiche fondamentali del prodotto siano state trasmesse alle unità poste in diretto contatto con la clientela».

20 settembre 2013, n. 21600 («*My Way*», parrebbe); e di Cass., 21 settembre 2012, n. 16049 («*My Way*»). Dunque, di queste le prime due pronunce dichiarano inammissibile il ricorso presentato dal cliente perché lo stesso non contiene «censure» o «riferimenti» alle «statuizioni della sentenza impugnata», «né al singolo e specifico contratto stipulato». La terza, poi, rigetta il ricorso qualificando la richiesta di «verifica della meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti» nei termini di domanda nuova e riscontrando che il «potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità ... dev'essere coordinato con il principio della domanda» (per il merito di questi due ultimi punti v. però *infra*, nota 11).

Diversa – ma solo relativamente – si manifesta la posizione dell'ultima decisione sopra richiamata, di Cass. n. 16049/2012. In effetti, la stessa afferma testualmente: «la doglianza – che lamenta un preteso, omesso rilievo, da parte del giudice territoriale, di una sorta di “immeritevolezza” genetica della convenzione ... idonea ad integrare gli estremi del contratto aleatorio con causa illecita o assente, e sol per questo radicalmente nullo – non ha giuridico fondamento». Tuttavia, il peso specifico di questo giudizio risulta assai temperato, nel concreto, dalla presenza di due altri passaggi svolti dalla sentenza (che, per la verità, si pongono su piani tra loro affatto discontinui): da un lato, essa evidenzia in fatto la «assoluta assenza della necessaria diligenza e correttezza *ex fide bona* in capo all'istituto di credito»; dall'altro, in diritto approva la valutazione della corte territoriale in punto di meritevolezza per la ragione (davvero deludente) che va «considerato, a tacer d'altro, che la concessione di finanziamento agli investitori è espressamente prevista dall'ordinamento».

2.3.- Nell'ambito delle decisioni che hanno negato la tutela dei prodotti in questione, sono da distinguere due filoni. Il primo si incentra sulla nullità per mancato richiamo nei testi contrattuali del facoltà di recesso del cliente richiesta per il collocamento di prodotti fuori sede dalla norma dell'art. 30, commi 6 e 7, TUF (cfr. Cass., 3 febbraio 2012, n. 1584, «*For you*»; Cass., 3 aprile 2014, n. 7776, «Piano visione Europa»; Cass., 7 marzo 2016, n. 4473, «*My Way*»). L'altra linea fa riferimento, invece, alla clausola generale della causa in concreto, per giudicare

senz'altro non meritevoli di tutela gli interessi perseguiti dai prodotti in esame (cfr. Cass., 30 settembre 2015, n. 19559, ord., «*For you*»; Cass., 10 novembre 2015, n. 22950, «*My Way*»; Cass., 15 febbraio 2016, n. 2900, «*For you*»; Cass., 29 febbraio 2016, n. 3949, «*For you*»).

Non si deve pensare, peraltro, che il primo filone dia in una qualche misura per assunta e delibata la validità dei prodotti analizzati. Il filo assume piuttosto i toni della scorciatoia ovvero, e meglio, della semplice continuazione della prospettiva svolta dai precedenti gradi del relativo giudizio. Il punto della meritevolezza non viene proprio sfiorato, seppur non si manchino di segnalare, in via del tutto incidentale, le «varie ipotesi di nullità di singole clausole» che affliggono i contratti esaminati (così Cass., n. 7776/2014, che aggiunge che tali nullità «non rilevano in questa sede»).

Compiuta la descrizione del panorama proposto dalla Cassazione in materia, conviene adesso dare conto un poco più approfondito dei contenuti della linea di pensiero che per l'appunto si richiama alla clausola generale della causa concreta: sia perché essa tocca il cuore della materia proposta dai prodotti in questione, là dove la linea che si ferma sulla norma dell'art. 30 riguarda invece un profilo episodico, meramente disciplinare e (volendo) facilmente risolvibile; sia pure perché la recentissima decisione di Cass., n. 3949/2016 ha dichiarato in modo espresso che la «Corte intende dare continuità» all'orientamento che propriamente si basa sulla causa concreta.

2.4.- Sono ormai diventati «molti i casi» in cui, di questi tempi, la Cassazione fa consapevole uso della clausola generale della causa concreta¹⁰. Non pare azzardato rilevare, peraltro, che il caso dei prodotti «*My way*», «*For you*» e «Piano visione Europa» non solo rappresenta un'edizione aggiornata del pensiero della Corte su questo tema generale, ma pure dà vita a una versione (non poco) approfondita del medesimo.

¹⁰ Così la sentenza di Cass. SS.UU., 6 marzo 2015, n. 4628, direttamente intesa a verificare la causa concreta di un «preliminare del preliminare»; figura, quest'ultima, che – nell'esame della civilistica più recente su questa clausola generale – è venuta ad assumere, per così dire, un ruolo di rottura.

Nel passare alla (sintetica) mappatura dei passi nodali del relativo orientamento, occorre ancora avvertire, in via preliminare, che le quattro recenti sentenze sopra richiamate in proposito presentano, tra loro, qualche discontinuità. Che sono decisamente importanti in sé stesse e davvero non per poco¹¹, ma che comunque – è doveroso pure aggiungere – non vengono in nessun modo a interferire con l'espressione del giudizio negativo (: di non meritevolezza, appunto) che resta formulato sui prodotti in questione.

Ciascuna delle tre fattispecie in questione integra e realizza – questo il punto fermo dell'avvio – un prodotto unico, non spezzabile nelle singole e diverse figure in cui lo stesso risulta articolato. Pur quando tutte le componenti adoperate concretino degli strumenti tipici (nel senso di strumenti regolati dalla legge), comunque si tratterebbe – così si soggiunge - di un prodotto atipico.

Non è perciò predicabile alcuna remora o problema preliminare di sorta in ordine al necessario svolgimento del giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c.¹². Piuttosto – viene distintamente rilevato – la tipologia di fattispecie, che sale in specifica

¹¹ Oltre al punto relativo al parametro di base a cui agganciare la valutazione richiesta dalla norma dell'art. 1322 c.c. (su tanto v. il prossimo n. 2.5.) e a quello dell'individuazione dei contratti (atipici) su cui la Cassazione ha il potere di controllare la valutazione in discorso (cfr. v. il cenno contenuto nella nota 13), le discontinuità ravvisabili all'interno di quest'ordinamento riguardano la rilevanza di ufficio della questione di meritevolezza: la sentenza n. 22950/2015 la nega (un po' inopinatamente, per vero); secondo la sentenza n. 2900/2016, invece, «il giudizio di meritevolezza, sulla base della ricostruzione del tessuto negoziale risultante dalla sentenza impugnata, costituisce un'operazione di qualificazione giuridica del tutto rientrante nella funzione officiosa del giudice di legittimità, non introducendo una nuova o diversa questione rilevabile d'ufficio».

¹² La barriera al giudizio di meritevolezza che la Corte di Cassazione continua a tenere per i contratti «tipici» è frutto, a mio avviso, di un equivoco di base. Quello - assai frequente - per cui si ritiene che la nozione di causa concreta si contrapponga alla nozione di causa astratta (o causa funzione), per i contratti atipici la prima venendo per l'appunto a «sostituire» la seconda. In realtà, così non è. Il rapporto che corre tra le due nozioni, in effetti, è di «specificazione»: nel senso appunto, che – nel gravarsi via via di intensioni – la causa concreta viene a specificare (nel senso di rendere specifica) la causa astratta. Si tratta, più precisamente, di una progressiva specificazione: nei fatti, il percorso che conduce la valutazione della causa di un'operazione dal livello dell'astrazione massima a quello della massima concretezza non è privo di (più) tappe intermedie (ovviamente atte a for-

considerazione sottolinea in modo particolare la «necessità dell'intervento nomofiliatico» della Cassazione, «al fine di garantire la prevedibilità delle future decisioni»: posto che, per l'appunto, si tratta di «fattispecie concreta ... idonea a fungere da modello generale di comportamento in una serie indeterminata di casi analoghi»¹³.

Seppure qui solo per la via incidentale, non si può non annotare: in tale modo la Cassazione viene tra l'altro a riconoscere la connotazione peculiare - e diversa dalla tradizionale «normalità» contrattuale - che vengono ad assumere i prodotti di impresa e i contratti che correlativamente vengono a conformare gli stessi (quelle operazioni, cioè, che una volta venivano denominate «contratti d'impresa»).

2.5.- Quanto al merito contenutistico del giudizio di meritevolezza, due delle sentenze in discorso ne assumono una concezione ristretta rispetto a quella – appunto più larga – di quella adottata dalle altre due. Per Cass., n. 19559/2015 e per Cass., n. 3949/2016 quello che conta è il rispetto dei principi e valori co-

mare un giudizio negativo, ma non sufficiente a fondare, per contro, quello positivo): a basta pensare, in proposito, alla dimensione caratteristica, nella sua serietà, al prodotto di impresa o più ampiamente ai *fallengruppen*.

Di conseguenza, è vero solo che per i contratti tipici il giudizio è più «corto», nel numero di passaggi, di quello occorrente per i contratti atipici, perché il primo gradino della valutazione è già stato fatto dal legislatore (con riferimento – all'epoca dell'avvenuto riconoscimento legislativo - al modello astratto che risultava ritraibile dall'esame dalla prassi sociale dell'epoca). Esonerare i contratti tipici dal riscontro del loro concreto significa dunque introdurre una discriminazione che ha nessuna giustificazione o ragione d'essere. A parte questo, a me non pare davvero non abbia senso isolare la norma dell'art. 1344 c.c. (e il principio che vi è desumibile) dalla norma compagna dell'art. 1322 c.c.: del resto, dove inizia l'immeritevolezza e finisce l'illiceità civile?

¹³ Il brano riportato nel testo è tratto da Cass. n. 22950/2015. Ed è funzionale al rilievo – che è proprio di questa pronuncia – per cui normalmente (meglio, allorché il controllo *ex art.* 1322 c.c. «appartenga all'esclusiva e specifica singolarità del caso concreto»); come dire, a me pare, fuori dal caso dei contratti di impresa o giù di lì) la valutazione del giudice del merito, relativa alla meritevolezza degli interessi perseguiti, non potrebbe essere sottoposto all'esame della Cassazione. Diversamente orientata su questo punto è però la successiva Cass., n. 2900/2016, che – un modo decisamente più convincente (si tratta, in effetti, di discorso su norme, che per qualità e taglio ideale non appare dissimile da quello sull'interpretazione delle disposizioni contrattuali) – constata che *in ogni caso* la sussunzione del negozio nell'ambito (o fuori dall'ambito) dei contratti meritevoli di tutela è giudizio di diritto rimesso all'esame della Corte di legittimità».

stituzionali: *sub specie*, quelli del risparmio e dell'incoraggiamento delle forme di previdenza anche privata, di cui agli artt. 47 e 38 Cost., che le nostre fattispecie vanno a violare.

Cass., n. 22950/2015 e (sostanzialmente pure) Cass., n. 2900/2016¹⁴ si accontentano, invece, di meno; per superare il vaglio della meritevolezza, è necessario – e anche sufficiente – molto di meno: basta, dunque, un «ragione giustificativa plausibile del vincolo»; l'«autonomia privata dev'essere esercitata in modo corretto, ordinato e ragionevole». Per entrare nell'area del protetto (: uscire dall'«agiuridico» dicono queste due pronunce), insomma, l'operazione dev'essere seria e ragionevole, rispondere alla sostanza del buon senso (nonché del rispetto della posizione degli altri soggetti: su quest'ultimo punto v., in specie la recentissima Cass., SS.UU., 6 maggio 2016, n. 9140).

Nel più sta il meno, viene proprio da osservare qui (v. pure nel n. 2.6.). Per quanto non sia per nulla condivisibile sul piano dei principi e del senso profondo delle regole costituzionali (che sono da intendere come precetti vincolanti l'autonomia dei privati), quest'ultima e lasca tesi viene a rispondere a un'esigenza operativa che sarebbe errato sottovalutare. Essa si pone, cioè, come una sorta di «rete di fondo».

Assumendo la clausola generale della meritevolezza per il suo mero contenuto basico e «minimo essenziale», invero, si viene a privare funzionalmente la stessa da una qualunque venatura idonea a renderla anche solo vagamente passibile di essere tacciata di esprimere un «manifesto ideologico». Si rende la clausola, detto in altri termini, facilmente accessibile al diritto vivente: ne si sdogana l'applicazione nel *milieu* di tutti i giorni.

¹⁴ Per la verità, questa ultima pronuncia, nel chiudere la propria motivazione riporta anche la «massima» dell'ordinanza di Cass. n. 19559/2015, dove per l'appunto compare un esplicito riferimento alle norme di cui agli artt. 47 e 38 Cost. Se non mi inganno, peraltro, questo richiamo risulta del tutto avulso dalla motivazione svolta nelle pagine precedenti dalla pronuncia, che si pone piuttosto in termini di confronto dialettico e di puntualizzazione con le argomentazioni portate dalla più vicina sentenza di Cass. 22950/2015 (v. così, nelle precedenti note 11 e 13).

Non è sicuramente un caso che queste sentenze esplicitino di ritenere «superato il riferimento iniziale all'”utilità sociale” reputata retaggio di tendenze autoritarie»¹⁵.

2.6.- Nei fatti concreti risulta più che sufficiente – si è già detto - il «minor» parametro adottato da Cass., n. 22950/2015 e da Cass., 2900/2016 per escludere senz'altro la meritevolezza di tutela dei tre prodotti in questione. Le motivazioni rese da queste in proposito sono davvero univoche, quanto secche.

L'operazione di «ingegneria finanziaria», in cui si risolvono i tre prodotti, fa sì – constatano queste pronunce - che la banca assuma una «posizione per modo di dire blindata»; il «contratto prevede un'alea solo in capo al risparmiatore, il quale paga un saggio di interesse non tenue, senza seria prospettiva di un corrispondente lucro a medio termine e con vantaggio certo, invece, per l'intermediario finanziario, che lucra gli interessi del mutuo, aumenta la sua operatività, colloca i prodotti».

L'insieme della struttura – si precisa altresì - «evidenzia l'enorme alterazione dell'equilibrio contrattuale realizzato con il modello contrattuale» in esame; che è congegnato «in modo tale da esporre il cliente esclusivamente a conseguenze svantaggiose ... mentre l'interesse dell'intermediario è sostanzialmente privo di margini di rischio»¹⁶.

In linea di fatto, del resto, questo punto pare proprio essere acquisito e pacifico. Secondo quanto pare di intendere almeno, nel giudizio di opposizione alle sanzioni amministrative irrogate nel lontano 2005 dalla Consob con riferimento al prodotto «Piano visione Europa» (sopra, nota 8), la banca aveva difeso

¹⁵ La prima e terza citazione di questo n. 2.5. sono tratte dalla sentenza n. 22950/2015, la seconda da quella n. 2900/2016.

¹⁶ La prima delle frasi virgolettate di questo n. 2.6. è della Cass., n. 22950/2015; la seconda invece di Cass., n. 2900/2016.

Quest'ultima sentenza ricorda, inoltre, che il «recesso anticipato è pressoché impossibile perché assoggettato a una penale molto elevata (a titolo di esempio il consulente tecnico d'ufficio evidenzia come la penale da versare pari a € 57000 è superiore al capitale mutuato pari a € 52000 circa, per il cui rimborso sono stati pagati ratei mensili regolarmente dall'inizio del rapporto)» (il testo contrattuale si affida, al proposito, a formule non comprensibile se non a degli iniziati).

Il fatto che il potere di recesso non gli serva niente. Dire che ne parla assai la sentenza 2900 del 2016. Qui o prima?

l'operato dei propri vertici sostenendo che il concetto di «efficiente svolgimento dei servizi», di cui alla normativa TUF, era da intendere in senso «aziendalistico»: nel senso, cioè, di «procedure atte a garantire all'impresa il maggior profitto possibile»¹⁷. Efficienza senza rispetto delle regole e a mezzo distruzione del mercato.

3.- La gestione dell'esistente

3.1.- Si è sopra riferito che, tra le altre cose, la Cassazione si preoccupa espressamente, in materia, di «garantire la prevedibilità delle future decisioni», della nomofilachia; e anche che essa intende dare «continuità» al proprio orientamento che nega la meritevolezza e la tutela dei prodotti «*My way*», «*For you*», «Piano visione Europa».

La direzione del messaggio – non c'è dubbio – è verso le corti di merito, un domani investite delle relative questioni. Ma il messaggio risulta altresì rivolto – a ruotare appena appena l'angolo della prospettiva – nei confronti delle «parti» del prodotto. Meglio, nei confronti di chi questi prodotti li ha immessi nel mercato e si trova a gestirli, visto se non altro il contenuto del messaggio inviato dalla Cassazione.

Nelle parole della Corte, insomma, non è difficile leggere un monito, o anche un invito, nei confronti del Gruppo bancario che ha prodotto i detti servizi di impresa. A che questo provveda, in un modo o nell'altro, a «chiudere» le partite che risultano aperte in proposito; che si faccia parte diligente; che operi anche in via transattiva o in altro modo ancora. D'altro canto, se oggi il richiamo all'esigenza deflattiva dei giudizi è del tutto scontato, altrettanto lo è la previsione che i richiamati interventi della Cassazione vengano in modo forte a sollecitare i clienti alla promozione di giudizi restitutori e/o risarcitori nei confronti dell'impresa.

¹⁷ La frase trascritta nel lesto si legge nella motivazione svolta dalla citata sentenza di Cass., n.7063/2014.

A tutt'oggi non (mi) consta, peraltro, che il Gruppo bancario produttore si sia in qualche modo mosso verso una simile direzione.

3.2.- In una prospettiva neoliberale, in cui per l'appunto l'autonomia dei privati è «sovrana» - ovvero, se si preferisce (ma la differenza è solo di parole), sul piano dell'«essere» tradizionale e attuale della nostra offerta di beni -, la circostanza che la magistratura respinga, pur netta e compatta, un dato prodotto d'impresa non è cosa in sé sufficiente a farne cessare la relativa pratica. L'esperienza degli ultimi anni è piena di esempi (si pensi, per dire, alla vicenda delle cassette di sicurezza; all'utilizzo libero, ancora nell'attuale, del *ius variandi*; alle applicazioni sfrenate della CIV).

Il calcolo di convenienza dell'impresa si muove sui grandi numeri e sulla serialità. Sin che la maggioranza - relativa, quantomeno - dei clienti resta inerte, nei fatti materiali all'impresa conviene mantenere in vita i prodotti «tossici» che ha in portafoglio: il rapporto di proporzione tra i guadagni (tratti dal cliente che resta inerte) e i costi (conseguenti ai rimborsi dovuti al cliente che si muove) rimane a suo vantaggio; e, per solito, il punto di *break even* in proposito è piuttosto alto.

Insomma, la nuda prospettazione del c.d. rischio reputazionale, che pure è importante e utile (a stimolare forme di concorrenza virtuosa, per fare un esempio qualunque), difficilmente può venire da solo a soccorrere.

3.3.- Nel contesto del sistema eteronomo vigente per il comparto finanziario (bancario, servizi di investimento, assicurativo), sul piano del «dovere essere», tuttavia, le cose non dovrebbero andare così. Se è vero che questo comparto risulta pervaso dal dominio e applicazione della regola della «sana e prudente gestione». E se è vero, soprattutto, che questa regola è ben lungi dal risolversi in una vuota sequenza di parole; ma che vale invece a significare che le imprese di questo settore sono destinatarie di una richiesta normativa sia di peculiare attenzione e professionalità (per la «prudenza», volendo specificare), sia di un rispetto costante, rigoroso e sostanziale – non formalistico, non

opportunistic - delle regole (per la «sanità», in particolare)¹⁸. Efficienza nel rispetto delle regole e nel rispetto del mercato.

In effetti, tra le regole si pongono anche quelle che scendono dai provvedimenti dell'ordine giudiziario. Con la peculiarità che la serialità dei prodotti di impresa - il riflettersi di un rapporto su una moltitudine di operazioni omogenee - non si arresta sul piano del fatto. La stessa vale pure per il rispetto delle regole: per la misura del relativo dovere; per il controllo del relativo adempimento. Viola dunque la regola di «sana e prudente gestione» l'impresa finanziaria che - a fronte di un orientamento di Cassazione che si viene a consolidare - continua a comportarsi come se questo non esistesse in relazione (non al singolo rapporto interessato direttamente dal provvedimento, ma) alla massa di operazioni che ha tuttora in corso di esecuzione.

Ora, la clausola generale di «sana e prudente gestione» è stata concepita e scritta - il tema è ben noto - come clausola di governo dell'attività di impresa. Il piano elettivo della sua applicazione è pertanto quello dell'attività (rapporti tra impresa e autorità; responsabilità del management; ecc.). Non già quello dell'atto e dei rapporti interindividuali - diretti tra impresa e singoli clienti -, quindi. Non è detto, tuttavia, che in certi casi non sia possibile - oltre che opportuna - una sua esportazione verso questa seconda dimensione.

E per il punto qui in concreto il pensiero non può non correre, rapido, alla disposizione dell'art. 96 c.p.c. e al risarcimento per «responsabilità aggravata» che, anche d'ufficio, il giudice ha il potere di comminare. In effetti, non pare difficile individuare i presupposti di applicazione di questa disciplina nel comportamento dell'impresa, che - pur in presenza di un orientamento contrario della Cassazione, netto e preciso - continua a difendere in giudizio i relativi propri prodotti¹⁹.

¹⁸ Spunti sul tema nei miei *Funzione di compliance e vigilanza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, I, p. 125 ss. e *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, *passim*.

¹⁹ Di recente, la responsabilità aggravata di cui all'art. 96 c.p.c. è stata applicata da qualche pronuncia nei confronti delle pretese di accertamento dell'usura negoziale facenti leva sulla c.d. teoria della sommatoria degli interessi compensativi e degli interessi moratori previsti nei contratti predisposti dalla banca.

3.4.- In realtà, nelle ipotesi che sono qui concretamente in discorso (: i prodotti «*My way*», «*For you*», «Piano visione Europa») il comportamento dell'impresa non viene a violare solo la clausola di «sana e prudente gestione». Secondo non diverse modalità, lo stesso viola altresì la clausola generale di «correttezza nei rapporti con la clientela», che non meno della prima pervade (con formule diverse) il comparto finanziario: alle ragioni generali appena esposte (n. 3.3.) aggiungendosi la specificità del vizio di fondo delle fattispecie in questione, che all'evidenza si ascrive nella violazione degli interessi effettivi della clientela (nella ragioni che nel concreta dimensionano l'immeritevolezza di tutela dei detti prodotti).

Questa constatazione, a sua volta, viene subito a evocare un'altra norma di legge la cui concreta applicazione sarebbe senz'altro idonea a risolvere – e in modo davvero radicale – il problema che ho discusso in queste paginette. Il riferimento va, dunque, alla disposizione dell'art. 128-ter TUB, comma 1, lett. a., parte finale, per cui l'Autorità può «ordinare la restituzione delle somme indebitamente percepite e altri comportamenti conseguenti» agli intermediari, che si siano macchiati di «irregolarità» inerenti alla normativa di trasparenza (art. 127 comma 1, TUB).

Ora, una simile disposizione, peraltro di recente introduzione (: 2010), nei fatti non pare sia mai stata applicata (almeno, per quanto a mia conoscenza). Né certo è questa la sede adatta per trattare la problematica che la stessa propone e che si manifesta ricca, varia e spinosa. Qui è solo possibile svolgere una rapida osservazione, e però di spessore particolare.

Sotto il profilo teorico, il problema centrale dell'eventuale applicazione di questa disposizione alle nostre fattispecie non è solo o tanto di tratto soggettivo (nel senso che la norma si riferisce alla Banca d'Italia, mentre la Consob non è stata dotata di omologo potere). Attiene piuttosto al perimetro oggettivo: nel senso che – secondo quanto si ritiene comunemente (ma il punto potrebbe essere discusso, atteso il testo dell'art. 115, comma 1, TUB) – l'arco di prodotti soggetti alla detta disposizione è ristretto solo a quelli che hanno tratto bancario.

«*My way*», «*For you*», «Piano visione Europa» sono prodotti in sé stessi misti, che combinano, nel dettaglio, un segmento del «bancario» (: il mutuo) e un segmento dei «servizio di investimento» (: la sottoscrizione condotta dei titoli). Per la verità, il problema dato da questa loro natura ibrida potrebbe anche essere di facile e pronta soluzione: ad adottare, come a me continua a parere cosa corretta, la tesi data dall'«opzione volta a volta in concreto più favorevole al cliente»²⁰. Il diritto vivente, tuttavia, è fermo nel prediligere il criterio della «prevalenza», per il quale va prescelta la normativa che fa riferimento alla natura dell'elemento che risulta prevalente, o dominante, nel contesto della fattispecie o prodotto esaminati: ciò che si è tradotto, per i nostri prodotti, in ciò che si è ritenuto in modo comune di dovere assegnare gli stessi alla normativa del TUF (cfr. anche sopra, nel corso del n. 2.3.).

E' allora da precisare: il criterio della prevalenza non ha, di suo, nessun reale fondamento normativo (non potendo di certo stimarsi fonte idonea e sufficiente, al riguardo, l'avviso espresso a suo tempo dalla Banca d'Italia). E pure si iscrive, questo criterio della prevalenza, in una logica che ferma la sua attenzione in modo esclusivo sulla teorica della causa astratta o causa funzione (cfr. anche sopra, nota 12), del tutto trascurando quella della causa concreta: secondo un modello ricostruttivo che – si è visto – l'evoluzione attuale del diritto (anche) vivente ha ormai superato. Non solo.

In certe situazioni esso risulta, a rigore, «vuoto» di sostanza: come, per l'appunto, avviene nelle fattispecie qui in interesse, dove il mutuo concesso dalla banca ha lo stesso peso sulla bilancia dell'investimento dalla stessa fatto sottoscrivere al cliente. Con la conseguenza ulteriore che, a volere a tutti i costi applicare comunque lo stucchevole criterio della prevalenza, si deve giungere alla conclusione che trattasi di prodotti «a duplice prevalenza». In effetti, solo chi pensa che il diritto sia un affare di ontologia, o anche di logica meramente astratta, potrebbe trovare contraddittoria una simile ricostruzione.

²⁰ Cfr. *Trasparenza*, cit., p. 70.

4.- Stralci di provvedimenti della Cassazione

Cass. 30 settembre 2015, n. 19559 – ord.

(omissis)

E' stata depositata in cancelleria relazione ai sensi dell'art. 380 bis c.p.c., datata 14.10.14 e regolarmente notificata ai difensori delle parti, relativa al ricorso avverso la sentenza della Corte di appello di Napoli n. 2775 del 4.7.13, del seguente letterale tenore:

"1. - La Banca ricorre... per la cassazione della sentenza della corte indicata in epigrafe, con cui è stato rigettato il suo appello avverso l'accoglimento delle domande contro di essa dispiagate da I.M. che aveva adito il tribunale di Benevento per sentire dichiarare a vario titolo invalido il contratto di piano finanziario denominato 4 You stipulato con la Banca 121 (poi incorporata dalla BMPS) e consistente nell'acquisto da parte del cliente di titoli obbligazionari e nella sottoscrizione di quote di fondi comuni di investimento, affidati alla gestione della mutuante, in virtù di un finanziamento contestualmente concesso dalla banca. Resiste con controricorso l' I. il quale lo conclude dichiarando di non dispiagare ricorso incidentale i condizionato e di limitarsi a richiamare eccezioni e richieste, se del caso riproponibili al giudice del rinvio.

2. - Il ricorso può essere trattato in camera di consiglio - ai sensi degli artt. 375, 376 e 380 bis c.p.c., - parendo potervi essere rigettato.

3. -Questi i termini della controversia.

3.1. La ricorrente si duole:

- con un primo motivo, di "falsa applicazione dell'art. 1322 c.c., e del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 1, comma 6, lett. c), (TUF)":

invocando espressamente il precedente costituito da Cass. 21600/13 e da Cass. 1584/12; sostenendo il carattere apodittico ed erroneo dell'esclusione, operata dalla corte territoriale, della meritevolezza di un finanziamento finalizzato a consentire di effettuare operazioni in strumenti finanziari; negando l'esclusivo acollo al cliente del proprio rischio di impresa; esaltando l'intelligibilità della proposta contrattuale sottoposta al cliente;

ricordando come la maggior parte della giurisprudenza di merito ha riconosciuto la legittimità strutturale dei piani finanziari del tipo di quello per cui è causa;

- con un secondo motivo, di falsa applicazione dell'art. 1322 c.c., sotto altro profilo (la dedotta assenza di controllo dell'investimento): rilevando come emergerebbe dallo stesso piano finanziario sottoscritto dal cliente che è lui a stabilire quali investimenti effettuare con le somme finanziate ed in quale misura ed a poter recedere, anche solo parzialmente, così escludendosi qualsiasi passività dell'investitore rispetto all'intermediario;

sottolineando la conformità all'art. 1322 c.c., di un contratto che non assicuri al cliente - al di là della facoltà di recesso - la facoltà di sostituire a proprio piacimento l'oggetto dell'investimento;

- con un terzo motivo, di violazione dell'art. 1816 c.c., e falsa applicazione dell'art. 1322 c.c.: contestando la ritenuta onerosità della risoluzione o estinzione anticipata, la cui clausola è invece estremamente chiara ed anzi

è a favore del cliente, visto che normalmente il termine per la restituzione si intende pattuito a favore di entrambe le parti, quando il mutuo non è a titolo gratuito;

- con un quarto motivo, di falsa applicazione dell'art. 2033 c.c.:

errata decorrenza degli interessi legali: contestando in via subordinata anche la statuizione sulla decorrenza degli interessi, non potendo configurarsi alcuna mala fede della banca, neppure nell'inflizione di sanzione da parte dell'Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato per il carattere ingannevole del messaggio pubblicitario relativo al prodotto.

3.2. Il controricorrente:

- quanto al primo motivo, ricorda come la riconducibilità del piano finanziario alle previsioni dell'art. 1 del TUF sia da escludere, in ragione della complessità dei negozi tra loro interrelati nel piano finanziario per cui è causa;

- quanto al secondo ed al terzo motivo, nega l'ammissibilità di un controllo da parte della corte di legittimità sul giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti in concreto, per poi nuovamente sottolineare la congruità delle conclusioni della corte territoriale, in quanto riferite alla complessiva operazione negoziale, con conseguente irrilevanza della parcellizzazione dell'analisi condotta dalla controparte;

- quanto al quarto motivo, ancora una volta negata l'ammissibilità in questa sede sulla ricostruzione in fatto della mala fede, la ritiene correttamente riscontrata nella specie, in rapporto alla violazione dei principi costituzionali della tutela del risparmio.

4. - In primo luogo, sotto lo specifico profilo della non meritevolezza degli interessi perseguiti con il negozio complessivo ed atipico, configurabile nella fattispecie anche quale combinazione di operazioni o negozi legittimi e tipici, questa Corte non si è in termini pronunziata in ordine all'operazione negoziale per cui è oggi causa, denominata 4 You: nè valgono ad integrare precedente contrario le sentenze di questa Corte invocate dalla ricorrente, siccome incentrate sulla peculiare irrilevanza in concreto della questione, in stretto rapporto alle censure legittimamente mosse dai singoli clienti della banca finanziatrice; nè, infine, si attagli al caso concreto Cass. 21 settembre 2012, n. 21049, riferita a diverso prodotto (o comunque a prodotto che non si dimostra nè si allega essere identico a quello per cui oggi è causa) e comunque al presupposto della non unitarietà dell'operazione e della possibilità di considerare separatamente i diversi negozi, tutti legittimi e validi, se singolarmente considerati, in cui essa si risolverebbe.

5. - Vi è da ritenere al contrario, salvo beninteso diverso avviso del Collegio, che, affrontandosi per la prima volta ex professo i termini della questione con riferimento allo specifico prodotto finanziario in esame, essa sia stata correttamente impostata e risolta dalla corte territoriale.

5.1. Giova premettere (in tali esatti termini v. già Cass. 10 gennaio 2012, n. 65) che il vaglio di meritevolezza degli interessi perseguiti in concreto dai paciscenti nella stipula di un contratto atipico deve avere ad oggetto la causa concreta:

- questa definisce invero lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè,

degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato: infatti, la causa, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, non può essere che funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico - sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale (in tali espressi sensi, con argomentazioni approfondite e convincenti, si esprime Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, ripresa - tra le altre - da Cass. 12 novembre 2009, n. 23941);

- la causa concreta costituisce del resto uno degli elementi essenziali del negozio, alla cui stregua va valutata la conformità alla legge dell'attività negoziale effettivamente posta in essere, in riscontro della liceità (ai sensi dell'art. 1343 c.c.) e, per i contratti atipici, della meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti ai sensi dell'art. 1322 cpv. c.c., (Cass. 19 febbraio 2000, n. 1898);

- a quest'ultimo riguardo, i controlli insiti nell'ordinamento positivo relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, riferiti alla meritevolezza di tutela degli interessi regolati convenzionalmente ed alla liceità della causa, devono essere in ogni caso parametrati ai superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti (Cass. 19 giugno 2009 n. 14343): in tal senso dovendosi ormai intendere la nozione di ordinamento giuridico, cui fa riferimento la norma generale sul riconoscimento dell'autonomia negoziale ai privati, attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informativi o fondanti dell'ordinamento stesso (Cass. 1 aprile 2011, n. 7557).

5.2. in applicazione di tali principi al caso concreto, va poi così ricostruita la fattispecie, sulla base degli atti legittimamente esaminabili da questa Corte:

- l'operazione si articola: a) nella concessione di un mutuo all'investitore destinato all'acquisto di prodotti finanziari della finanziatrice; b) in un mandato alla banca ad acquistare detti prodotti; c) nella costituzione in pegno degli stessi titoli allo scopo di garantire alla banca l'esatto adempimento dell'obbligazione di restituzione della somma data a mutuo; d) nella stipula di una polizza assicurativa ad ulteriore garanzia di restituzione delle somme mutate;

- il piano di accumulo denominato 4 You è presentato dagli ideatori, anzitutto, come uno strumento previdenziale realizzato tramite operazioni finanziarie;

- bene può esso qualificarsi come contratto atipico che ha in sé le caratteristiche del mutuo, in quanto la banca mette a disposizione dell'investitore una somma di denaro, del mandato in quanto la banca opera nell'acquisto degli strumenti finanziari in nome e per conto del cliente, nonché infine del pegno regolare dei medesimi titoli e dell'assicurazione a garanzia anch'essa

della restituzione della somma mutuata, con due fondamentali caratterizzazioni:

- che il cliente non acquista la disponibilità del denaro, che al contrario è immediatamente reinvestito per l'acquisto di prodotti finanziari dal mutuante ed in posizione di conflitto di interessi, benchè dichiarata;
- che la banca determina unilateralmente la natura e la entità degli investimenti, senza conferire al cliente la facoltà di interloquire e di cambiare forma di investimenti in modo unilaterale.

5.3. Ora, tale collegamento negoziale o negozio complesso non tipico, con simili peculiari connotazioni ed articolazioni e con tale causa, comporta la necessità di qualificare il rapporto quale contratto atipico, o innominato, e non di contratto complesso o misto, soggetto alle regole proprie delle fattispecie tipiche sottostanti, per quanto tra loro variamente combinate: la causa unificante in concreto è quella di collegare un'operazione di finanziamento con una apparente di investimento a fini di risparmio e per di più previdenziale, ma si risolve nel trasferimento al cliente dell'alea delle oscillazioni di valore di prodotti finanziari ad alto rischio, oltretutto con modalità rimesse all'arbitrio del finanziatore - fornitore di tali prodotti.

Balza però evidente agli occhi uno squilibrio abnorme tra le controprestazioni, a favore di un operatore specializzato e professionale ed in occasione della particolare vulnerabilità della controparte resa manifesta dal suo intento previdenziale: con l'immobilizzazione di una delle operazioni collegate, quella di mutuo, in un periodo di ammortamento trentennale e senza - nonostante quanto in contrario protestato dall'odierna ricorrente, che però non trasfonde, come sarebbe stato suo onere, nel ricorso, il testo completo delle clausole contrattuali coinvolte - alcuna possibilità di intervenire sulla gestione dei fondi o sulla composizione del pacchetto titoli acquistato con la somma data a mutuo, se non recedendo dalla sola operazione finanziaria a condizioni particolarmente onerose.

5.4. Ma un simile contratto atipico non supera il vaglio di meritevolezza imposto dall'art. 1322 cpv. c.c., (a norma del quale è consentito alle parti e alla loro autonomia negoziale dare vita anche a negozi atipici, purchè meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico), in quanto, in estrema sintesi, con esso un contraente, approfittando della preoccupazione previdenziale della controparte, riesce ad ottenere, a fronte di propri certi vantaggi derivanti dalla posizione sul mercato, dall'altra, benchè formalmente avvisata ed edotta delle prospettive, ma sulla base di prospettazioni decettive (non constando dal ricorso l'esito dell'impugnazione delle sanzioni per tale motivo irrogate dall'AGCM), prestazioni per quella stessa assolutamente svantaggiose, quando non rovinose.

I valori fondanti dell'ordinamento della tutela del risparmio prevista dall'art. 47 Cost., comma 1, e della tutela di forme idonee, se del caso anche private, di previdenza per il caso di vecchiaia, oggetto della specifica previsione del capoverso e dell'ultimo comma dell'art. 38 della Carta fondamentale, esigono che le preoccupazioni previdenziali del singolo non possano essere sfruttate dagli operatori professionali mediante operazioni negoziali complesse di rischio estremo e di unilaterale riattribuzione del proprio rischio d'impresa in capo a chi è stato avvicinato con espresso richiamo

alle sue finalità od esigenze previdenziali.

5.5. Ad un simile regolamento negoziale l'ordinamento non può allora apprestare alcuno strumento di tutela, quale il riconoscimento di efficacia di cui all'art. 1322 cpv. c.c.: se i soggetti dell'ordinamento sono tendenzialmente liberi di concludere anche patti per sè rovinosi, tuttavia, se lo squilibrio dipende dalla sproporzione delle posizioni di partenza e dalla minorata difesa di uno dei contraenti per la preoccupazione previdenziale e la non esperienza nel settore e dalla particolare aggressività dell'altro quale professionale intermediario nella raccolta del risparmio e delle operazioni finanziarie, l'ordinamento stesso non può prestare tutela - nella forma di garantire la coercibilità delle obbligazioni così assunte, riconoscendone la giuridica efficacia - al soggetto che di questo manifesto squilibrio può godere i frutti.

6. - Tanto consente di ritenere infondati nel merito - se del caso così integrata la motivazione della gravata sentenza, anche in punto di effetti dell'infausto vaglio di meritevolezza e sulla conseguente configurabilità di una mala fede, intesa come consapevolezza di ledere l'altrui diritto (e, segnatamente, di approfittare della combinazione a proprio favore squilibrata) ai fini pure dell'art. 2033 c.c. - tutti e quattro i motivi e di proporre al Collegio il rigetto del ricorso".

(omissis)

Cass. 10 novembre 2015, n. 22950

(omissis)

2. - Logicamente prioritario è l'esame del secondo motivo relativo alla qualificazione del contratto stipulato tra le parti, la cui natura di contratto tipico, ad avviso della ricorrente, è tale da implicare di per sè la positiva verifica della meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dalle parti; dovendosene comunque, a suo avviso, riconoscere la meritevolezza per l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322 c.c., comma 2, in quanto l'interesse che muove il cliente è quello di anticipare l'investimento rispetto alla formazione del proprio risparmio, munendosi del finanziamento allo scopo di effettuare un investimento finanziario, e la banca, di contro, corre pur sempre il rischio dell'inadempimento del cliente.

2.1. - Sotto il primo profilo, l'operazione concordata, denominata "Proposta di adesione al piano finanziario denominato "My Way" come risulta descritta nella sentenza impugnata, nonchè nel ricorso e nel controricorso, prevede operazioni fra di loro collegate, consistenti nell'erogazione di un finanziamento a lungo termine (trent'anni) della banca al cliente al tasso fisso del 6,04%, da estinguersi in 358 rate mensili di L. 300.000 ciascuna, per l'acquisto immediato di strumenti finanziari gestiti o emessi dalla stessa banca o da sue controllate, quali le obbligazioni zero coupon "European Investment Bank" e una quota del fondo comune azionario di investimento "Spazio Finanza Concentrato", con la costituzione in pegno dei titoli a favore della banca a garanzia del rimborso del finanziamento e l'accensione di un conto deposito titoli e di un conto corrente, sul quale regolare la restituzione rateale del mutuo e sul quale venivano calcolati ulteriori interessi

passivi.

La ricorrente, sostenendo la riconducibilità del descritto contratto tra i "servizi accessori" previsti dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 1, comma 6, lett. c), - il quale contempla la concessione di finanziamenti agli investitori per consentire loro di effettuare un'operazione relativa a strumenti finanziari ove interviene il soggetto che concede il finanziamento - ne predica, per ciò stesso, la liceità.

Tuttavia, questa Corte ha già condivisibilmente affermato, con riguardo ad investimento finanziario (il contratto denominato "4YOU"), che l'operazione in cui si è sostanziato il piano non è riconducibile alla nozione di "servizio accessorio" ai sensi della disposizione da ultimo menzionata: e ciò perchè "la complessa e peculiare composizione del piano finanziario posto in essere dalle parti, articolato su di una serie di operazioni necessariamente interdipendenti (finanziamento, acquisto di obbligazioni, sottoscrizioni di quota di un fondo di investimento, costituzione in pegno delle obbligazioni e della quota, apertura di un conto corrente e di un conto deposito titoli), non è sussumibile nella fattispecie normativa richiamata, riguardante una mera operazione di finanziamento per operazioni relative a strumenti finanziari, sia pure compiute con la partecipazione del soggetto che ha concesso il finanziamento stesso" (Cass. 3 febbraio 2012, n. 1584; in senso diverso, il breve cenno contenuto nella non massimata Cass. 21 settembre 2012, n. 16049, che si è però limitata a confermare la sentenza d'appello, secondo cui il carattere "sicuramente rischioso" per il cliente del piano finanziario My Way non può inficiarne in radice la validità, sub specie della non meritevolezza di tutela ex art. 1322 c.c., "considerato, a tacer d'altro, che la concessione di finanziamento agli investitori è espressamente prevista da l'ordinamento").

E' stato, altresì, chiarito, con riguardo al simile contratto "Visione Europa" (ivi per reputare inderogabile la prescrizione di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 30, comma 6, sulla necessaria previsione, a pena di nullità, dell'informazione al cliente dell'esistenza del diritto di recesso: Cass. 3 aprile 2014, n. 7776; alla quale peraltro non fu posta la questione della meritevolezza dell'interesse) come l'operazione finanziaria consistente nell'erogazione al cliente, da parte d'una banca, d'un mutuo contestualmente impiegato per acquistare per conto del medesimo strumenti finanziari predeterminati ed emessi dalla banca stessa, a loro volta contestualmente costituiti in pegno in favore della banca a garanzia della restituzione del finanziamento, da vita ad un contratto atipico unico ed unitario, che va sussunto tra i "servizi di investimento" di cui al D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 1, comma 5, e, ha aggiunto tale decisione, "la cui causa concreta risiede nella realizzazione di un lucro finanziario". Tale sentenza ha così descritto la causa di detto negozio, vista vuoi come funzione economico-sociale, vuoi come causa concreta: "un do ut facias, in virtù del quale il risparmiatore si obbligava a pagare sessantuno rate in quindici anni, e la banca ad acquistare titoli remunerativi i cui frutti sarebbero andati a pro del cliente"; e, quale scopo concreto, il "garantire una remunerazione ai risparmi dell'investitore, e quindi uno scopo di investimento".

Orbene, reputa il Collegio che pari natura unitaria ed atipica del contratto vada affermata con riguardo al contratto "My Way" concluso fra le parti. Esso, per le caratteristiche sopra indicate, costituisce invero un contratto atipico unitario, attesa la stretta ed indissolubile connessione tra le varie operazioni nelle quali il contratto formalmente si scompone, onde unitaria ne è la causa: non, quindi, un mero collegamento negoziale, perchè 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.

Si tratta, pertanto, di un'operazione di ingegneria finanziaria, che si palesa come idonea, mediante la giustapposizione di numerosi tipi negoziali (finanziamento, investimento, mandato, pegno, deposito titoli, conto corrente bancario, assicurazione per eventi che colpiscano la persona del cliente a garanzia della restituzione della somma), a produrre un nuovo unitario regolamento di interessi, la cui atipicità deriva appunto dalla combinazione originale di più tipi e la cui causa va autonomamente vagliata.

2.2. - Sotto il secondo profilo, occorre premettere che il giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti dal contratto ex art. 1322 c.c. può essere rimesso all'esclusivo sindacato del giudice del merito solo ove esso appartenga all'esclusiva e specifica singolarità del caso concreto, come tale destinato a restare confinato, appunto, nell'ambito di tale giudizio. Tuttavia, dove, al contrario, la fattispecie concreta sia idonea a fungere da modello generale di comportamento in una serie indeterminata di casi analoghi, là si ravvisa allora un giudizio di diritto e la necessità dell'intervento nomofilattico della Cassazione, al fine di garantire la prevedibilità delle future decisioni, posto che si tratta d'integrare il contenuto della norma indeterminata o della clausola generale predetta.

Che la sussunzione della fattispecie concreta sotto l'astratto ed ancorchè indeterminato paradigma legislativo, per lo più richiedente un giudizio di valore, operata dal giudice di merito, possa essere sottoposta al sindacato di questa Corte di legittimità è affermato da lungo tempo in dottrina ed ormai recepito nella giurisprudenza di legittimità: trattasi invero di un giudizio di diritto, controllabile ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

E' quanto la Corte, così, esemplarmente afferma con riguardo alla nozione di licenziamento "per giusta causa", ove l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare clausole generali come quella dell'art. 2119 c.c. non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità: invero, può essere sottoposta alla Corte la questione se determinati comportamenti del prestatore di lavoro - accertati in fatto dai giudici di merito - possano essere sussunti sotto la nozione "giusta causa", richiesta dall'art. 2119 c.c. per il licenziamento immediato, ma non specificamente definita dal legislatore (fra le altre, v. Cass. 13 agosto 2008, n. 21575).

Ancora, con riguardo al giudizio di normalità e ragionevolezza dell'uso del mezzo di trasporto ai fini della indennizzabilità dell'infortunio in itinere, la Corte afferma che deve tenersi conto degli standards comportamentali esistenti nella società civile rispondenti a valori-guida dell'ordinamento, quali un più intenso legame con la comunità familiare ed un rapporto con

l'attività lavorativa, e con quanto vi è connesso, diretto ad una maggiore efficienza delle prestazioni lavorative non in contrasto con una riduzione del conflitto fra la stessa ed il tempo libero (Cass. 3 agosto 2001, n. 10750).

Poichè, dunque, le c.d. norme elastiche si caratterizzano per il fatto che il loro precetto si completa con riferimento alla realtà sociale ed economica, in quanto il legislatore, attesa la natura degli interessi regolati, ha dovuto far riferimento a parametri non rigidi, ne deriva che tali disposizioni esigono che la propria specificazione sia delegata ad un fattore esterno ("la coscienza generale mediata dall'interpretazione" per Cass. 3 agosto 2001, n. 10750 e 21 novembre 2000, n. 15004). In tal modo, dalla consolidata lettura del modulo generico emergono alcuni principi che la stessa disposizione tacitamente richiama, finendo per conferire loro la funzione di fonte integrativa, e divenendo il giudizio, quindi, di diritto.

Più di recente, le Sezioni unite (Cass., sez. un., 22 febbraio 2012, n. 2572), nel valutare la formula di cui all'art. 92 c.p.c., comma 2, sulla compensazione delle spese di lite, hanno ribadito che, di fronte a norma "elastica", il giudice di merito è chiamato ad integrarne il contenuto: attività di precisazione e integrazione censurabile in sede di legittimità, al pari di ogni giudizio fondato su norme giuridiche, atteso che, nell'esprimere il giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma elastica, il giudice compie un'attività di interpretazione e non meramente fattuale.

In conclusione, per quanto riguarda il giudizio di meritevolezza dell'interesse, ciò che rileva è l'interesse "tipico" di chi concluda quel contratto, o altro dotato di contenuto identico:

dunque, ferma la ricostruzione del contenuto medesimo ad opera insindacabile del giudice del merito, la sussunzione del negozio nell'ambito dei contratti meritevoli di tutela secondo i valori dell'ordinamento è giudizio di diritto.

2.3. - La clausola generale prevista dall'art. 1322 c.c. subordina i contratti non appartenenti ad una disciplina particolare alla verifica che essi siano "diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico": il contratto discende dall'esercizio dell'autonomia privata; tale esercizio è libero; il confine di questa libertà è nella meritevolezza degli interessi perseguiti.

Di recente, le Sezioni unite (Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628, occupandosi del preliminare di preliminare) hanno ribadito come occorra, a tal fine, procedere all'"analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare", dovendosi valutare l'"utilità del contratto", cioè la sua "idoneità ad espletare una funzione commisurata sugli interessi concretamente perseguiti dalle parti attraverso quel rapporto contrattuale".

La norma utilizza la nozione di interesse (alquanto ricorrente: sia pure con diverse valenze, si veda la formula dell'"interesse apprezzabile" del contraente, di cui è menzione negli art. 648, 1255, 1256, 1379, 1411 e 1464 c.c.; l'art. 2645-ter sugli atti di destinazione; l'art. 277 c.p.c., comma 2; in tema di diritti personalissimi, la L. 1 dicembre 1970, n. 898, art. 5 sullo scioglimento del matrimonio, e il D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396, art. 90

sull'ordinamento dello stato civile; nonchè la previsione generale dell'art. 1174 c.c.).

Superato il riferimento iniziale all'"utilità sociale", reputata retaggio di tendenze autoritarie, ma nel contempo volendo farne salva l'autonomia rispetto alla generale nozione di illiceità del contratto (l'assimilazione alla quale ne produrrebbe la sostanziale abrogazione), si è ricercata una specifica connotazione degli interessi "meritevoli" quale fondamento di un atto di autonomia.

Sul piano concettuale, sembra invero possa essere distinta l'area del "proibito", da quella, adombrata dalla disposizione in esame, dell'"agiuridico" e che si riferisce specificamente alle ipotesi di difetto di una ragione giustificativa plausibile del vincolo, il quale non merita tutela e non è coercibile, restando indifferente per l'ordinamento.

Tale ricerca ha pur condotto la giurisprudenza, in talune fattispecie, a sancire che il contratto non è produttivo di effetti - si parli poi di invalidità, o, più frequentemente, di inefficacia o irrilevanza giuridica del contratto - per la mancanza della ragione giustificatrice presupposta meritevole.

Ciò, ad esempio, con riguardo alla inidoneità a realizzare un interesse meritevole di tutela, secondo l'ordinamento giuridico dello Stato, del contratto posto in essere in frode alle regole dell'ordinamento sportivo e senza l'osservanza delle prescrizioni formali all'uopo richieste: il quale - seppure non direttamente affetto da nullità per violazione di norme imperative, a norma dell'art. 1418 c.c. - è inidoneo ad attuare la sua funzione, proprio in quell'ordinamento sportivo nel quale essa deve esplicarsi (Cass. 28 luglio 1981, n. 4845; in seguito, cfr. Cass. 5 gennaio 1994, n. 75, 23 febbraio 2004, n. 3545, 20 settembre 2012, n. 15934 e 17 marzo 2015, n. 5216).

Altre volte si è ritenuta l'assenza di causa, allorchè il contratto non permetteva il raggiungimento della sua funzione: il contratto vitalizio, avente natura di contratto aleatorio, è privo di causa quando il beneficiario della rendita sia prossimo al fine vita (Cass. 28 aprile 2008, n. 10798, fra le altre); viceversa, è valido il contratto atipico di mantenimento, con cui venga ceduta la proprietà immobiliare in cambio dell'assunzione dell'obbligo di prestare al cedente assistenza a vita, quando sussista ragionevole incertezza sulle possibilità di sopravvivenza del cedente e quindi sulla gravosità delle prestazioni assunte dal cessionario (Cass. 19 luglio 2011, n. 15848).

Il medesimo contratto di cui ora si tratta è stato ritenuto da questa Corte immeritevole, in una assai recente ordinanza (Cass., ord. 30 settembre 2015, n. 19559).

Ciò, dunque, a conferma di una valutazione autonoma di meritevolezza, quale necessario controllo di conformità dell'atto al sistema giuridico vigente e ai suoi valori costituzionali, da svolgere, come questa Corte ha precisato, alla stregua del parametro dei "superiori valori costituzionali previsti a garanzia degli specifici interessi perseguiti ... attesa l'interazione, sulle previgenti norme codicistiche, delle superiori e successive norme di rango costituzionale e sovranazionale comunque applicabili quali principi informatori o fondanti dell'ordinamento stesso" (così Cass. 1 aprile 2011, n. 7557).

In definitiva, esiste una sorta di parallelismo tra i limiti che il legislatore

incontra nell'esplicazione del suo potere e quelli posti all'autodeterminazione dei privati; ed i fondamenti costituzionali dell'autonomia negoziale offrono all'interprete le indispensabili coordinate, alle quali attingere per esprimere sui singoli e concreti atti di autonomia quei giudizi di valore che l'ordinamento affida loro, vale a dire i controlli di "meritevolezza di tutela degli interessi" (art. 1322 c.c.) e di "liceità" (art. 1343 c.c.).

2.4. - Nel caso di specie, la sentenza impugnata ha ritenuto, dunque, che i connotati negoziali del contratto concluso tra le parti siano tali da rendere il medesimo non meritevole di tutela, ai sensi dell'art. 1322 c.c.: in particolare, la corte del merito ha rilevato che, attesa la descritta struttura negoziale, la banca ha una posizione "per modo di dire blindata" ed il contratto prevede un'alea solo in capo al risparmiatore, il quale paga un saggio di interesse non tenue, senza seria prospettiva di un corrispondente lucro a medio termine e con vantaggio certo, invece, per l'intermediario finanziario, che lucra gli interessi del mutuo, aumenta la sua operatività, colloca i prodotti. Ha dunque accertato l'assenza di una ragionevole incertezza in ordine al vantaggio per la banca ed al pregiudizio del cliente, precisando che ciò conduce all'inesistenza di una situazione di alea bilaterale, essendo il rapporto sin dall'inizio interamente sbilanciato a favore della banca.

L'immeritevolezza del contratto così ravvisata - ed ora ritenuta anche da questa Corte con la sopra menzionata ordinanza - non è scalfita dal ricorso.

La ricorrente, invero, con riguardo a tale autonoma ratio decidendi, afferma unicamente che anche per la banca sussiste un rischio, ossia l'inadempimento del suo debitore: tuttavia, non è questo che può integrare la causa contrattuale, posto che il rischio di inadempimento o di insolvenza dell'altro contraente appartiene a qualsiasi contratto, e per la banca fa parte dello stesso rischio imprenditoriale.

Il contratto aleatorio si caratterizza, infatti, per una situazione di incertezza circa il vantaggio o lo svantaggio economico che potrà alternativamente realizzarsi nel corso dello svolgimento del rapporto; e ad esso si contrappone il contratto, nel quale i vantaggi e i benefici siano dal principio interamente determinati, secondo la precisa volontà delle parti. Nel primo, dunque, l'alea che ne connota la causa manca in presenza di un'obiettiva sproporzione, da valutarsi al momento della stipulazione del contratto, fra i rispettivi valori acquisiti dalle parti.

Ma nell'alea contrattuale non può farsi rientrare il rischio in sé dell'inadempimento. L'elemento della più o meno elevata possibilità che il cliente non paghi alla banca le rate pattuite nel piano finanziario in questione non incide, allora, sul requisito causale dell'operazione, che è altro dal rischio di inadempimento o di insolvenza - del cliente, così come della banca - per l'eventualità che la controparte non adempia alle proprie obbligazioni o il suo patrimonio sia insufficiente a soddisfare le ragioni del creditore.

Qualsiasi contraente, in altri termini, ha interesse al corretto adempimento da parte del proprio debitore: ma tale interesse non entra nel meccanismo funzionale del contratto, non è parte della ragione pratica dell'affare; la quale, in definitiva; nella specie - pur essendo stato il contratto posto in essere in astratto per investimento, da eseguire senza provvista disponibile da parte dell'investitore - in concreto contraddice la causa dichiarata.

(omissis)

Cass. 15 febbraio 2016, n. 2900

(omissis)

La scissione in tre diverse censure aventi rispettivamente ad oggetto la contestazione della violazione di tre norme contenute nel T.U.F., l'art. 21 relativo agli obblighi informativi; la medesima norma ma in relazione al conflitto d'interessi e l'art. 24, comma 1, lett. d), relativo alla facoltà di recesso senza aggravii di penalità, rappresenta in forma plastica la qualificazione giuridica del contratto assunta dal ricorrente, ritenuto consistente non in un modulo unitario ed atipico ma come la risultante di tre contratti autonomi ancorchè legati da un collegamento funzionale.

Da tale premessa è conseguita la considerazione separata ed atomistica, in astratto, delle regole contenute nelle norme formanti oggetto dei singoli motivi di ricorso, al fine di facilitarne la sussunzione nella violazione di regole di condotta incidenti non sulla validità ed efficacia del contratto stesso ma sulla valutazione in sede di esecuzione del contratto, dell'adempimento degli obblighi posti a carico dell'intermediario dalle norme selezionate.

La prospettazione di parte ricorrente poggia sui principi affermati dalle S.U. di questa Corte con la pronuncia n. 26724 del 2007 secondo la quale:

In relazione alla nullità del contratto per contrarietà a norme imperative in difetto di espressa previsione in tal senso (cosiddetta "nullità virtuale"), deve trovare conferma la tradizionale impostazione secondo la quale, ove non altrimenti stabilito dalla legge, unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità. Ne consegue che, in tema di intermediazione finanziaria, la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario (nella specie, in base alla L. n. 1 del 1991, art. 6) può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguenze risarcitorie, ove dette violazioni avvengano nella fase antecedente o coincidente con la stipulazione del contratto di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti (c.d.

"contratto quadro", il quale, per taluni aspetti, può essere accostato alla figura del mandato); può dar luogo, invece, a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del contratto suddetto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del "contratto quadro"; in ogni caso, deve escludersi che, mancando una esplicita previsione normativa, la violazione dei menzionati doveri di comportamento possa determinare, a norma dell'art. 1418 c.c., comma 1, la nullità del cosiddetto "contratto quadro" o dei singoli atti negoziali posti in essere in base ad esso, (cfr. la successiva in termini n. 8462 del 2014).

Le S.U. hanno affermato il medesimo principio anche in ordine alla violazione da parte dell'intermediario "del divieto di effettuare operazioni con o per conto del cliente qualora abbia un interesse conflittuale (a meno che non abbia comunicato per iscritto la natura e l'estensione del suo interesse nell'operazione ed il cliente abbia preventivamente ed espressamente acconsentito per iscritto all'operazione)". Tali principi, tuttavia, sono stati elaborati e costituiscono *jus receptum* nella giurisprudenza di questa Corte con riferimento ad operazioni finanziarie, riversate in contratti caratterizzati da un margine di rischio in ordine alla natura e qualità degli investimenti previsti nel contratto quadro o inadeguato rispetto all'investitore o non adeguatamente illustrato o infine privo della preventiva comunicazione scritta ed acquisizione del consenso in ordine alle operazioni finanziarie nelle quali fosse ravvisabile il conflitto d'interessi.

L'orientamento sopra delineato si è, di conseguenza, affermato e stabilizzato con riferimento a modelli contrattuali caratterizzati, sotto il profilo della causa in concreto e del conseguente scopo pratico del regolamento d'interessi voluto dalle parti (secondo la definizione di "causa", non più come funzione economico sociale in astratto, desumibile dall'impianto codicistico ma secondo quella ormai attualmente consolidata dalla giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. n. 10490 del 2006 e 23941 del 2009) su uno schema negoziale nel quale l'interesse dell'investitore è quello di ottenere rendimenti stabili o crescenti, a seconda del contenuto del contratto quadro concluso e l'interesse dell'intermediario quello di acquisire investitori mediante proposte appetibili ed adeguate, operare nel mercato in modo continuativo e dinamico e realizzare gli investimenti secondo i piani concordati. Elemento intrinsecamente connesso all'intreccio causale sopra descritto è l'incidenza del rischio, da considerarsi elemento connaturato a qualsiasi investimento finanziario, attesa l'intrinseca imprevedibilità della prevalenza dei mercati ai quali si rivolgono gli intermediari. La conformazione del rischio costituisce, pertanto, un profilo di primario rilievo del contenuto del regolamento d'interessi nei contratti aventi ad oggetto la richiesta di acquisto, vendita, negoziazione di prodotti finanziari o la gestione di portafogli destinati agli investimenti, dal momento che esso rappresenta, per un verso, la massima realizzazione dell'autonomia privata, costituendo, la determinazione personale relativa al margine di rischio affrontabile, il nucleo della scelta dell'investitore e, per l'altro, il limite più significativo alla predetta autonomia, essendo tutta la normazione di settore rivolta a dettare regole di condotta per l'intermediario che inducano l'investitore non professionale ad una scelta responsabile mediante un'informazione puntuale ed adeguata ed una preventiva conoscenza del profilo effettivo dell'investitore medesimo oltre che ad una precisa comunicazione preventiva e scritta in ordine ai prodotti finanziari rispetto ai quali può configurarsi un interesse dell'intermediario al collocamento e alla negoziazione sul mercato (conflitto d'interessi). La normazione primaria e regolamentare sono rivolte alla massima trasparenza informativa in ordine agli investimenti che l'intermediario si appresta a realizzare per l'investitore in modo che egli sia al corrente del margine effettivo di rischio relativo ai rendimenti possibili ed alle perdite pronosticabili nei limiti della prevedibilità oscillante dei mercati. Entro

questa cornice rigidamente predeterminata dalla legge primaria e dalla normazione secondaria sia in ordine alle cause di nullità che alle regole di condotta dell'intermediario, i contratti d'intermediazione finanziaria, che hanno ad oggetto i prodotti e gli strumenti finanziari o i servizi d'investimento così come definiti nell'art. 1 del T.U.F. hanno tendenzialmente natura atipica e sono soggetti alla valutazione in concreto della meritevolezza del regolamento d'interessi che ne costituisce il tessuto causale. A tale determinazione è giunta la giurisprudenza di questa Corte (Cass. 2736 del 2013) che ha ritenuto enucleabile in particolare dall'art. 1 del T.U.F. il c.d. contratto d'investimento il quale "si presta ad assurgere a forma giuridica di ogni investimento di natura finanziaria, ai sensi del citato art. 1, comma 1, lett. u).

L'atipicità del contratto riflette la natura aperta ed atecnica di prodotto finanziario (come già evidenziato da questa Corte con riferimento alla disciplina recata dalla L. 2 gennaio 1991, n. 1, previgente art. 1: Sez. 1, 19 maggio 2005, n. 10598), la quale, se da un lato costituisce la risposta del legislatore alla creatività del mercato ed alla molteplicità di prodotti offerti al pubblico dai suoi attori, dall'altro risponde all'esigenza di tutela degli investitori, consentendo di ricondurre nell'ambito della disciplina di protezione dettata dal testo unico anche forme innominate di prodotti finanziari".

La medesima qualificazione come contratto atipico assoggettabile al paradigma dell'art. 1322 c.c., comma 2, è stata attribuita, ancorchè senza indicazioni in ordine al giudizio di meritevolezza sugli interessi perseguiti e realizzati, anche in ordine al prodotto "for you" sia dalla sentenza n. 1584 del 2012 sia dalla successiva n. 776 del 2014. In entrambe le pronunce è stato condivisibilmente affermato che il contratto in questione ha ad oggetto uno strumento finanziario ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) c) e j), e che deve considerarsi unitariamente essendo costituito "da una peculiare combinazione di titoli obbligazionari e di quote di un fondo comune d'investimento, nel contesto di un'operazione di finanziamento garantita dal pegno costituito sui medesimi strumenti finanziari e finalizzata sia alla restituzione del finanziamento erogato che alla realizzazione dell'investimento". (Cass. 1584 del 2012).

Coerentemente con quanto già affermato, la successiva pronuncia n. 776 del 2014 conferma che il contratto "for you" è un contratto unitario perchè unitaria ne è la causa.

La scomposizione in tre contratti è meramente apparente dal momento che l'intero regolamento d'interessi ha lo scopo concreto di garantire una remunerazione ai risparmi dell'investitore mediante l'acquisto di titoli, pagati con l'importo finanziato con il mutuo acceso con esso, garantito da pegno, costituito dai titoli acquistati. Si tratta, pertanto, di uno scopo d'investimento che, come precisa esattamente la sentenza n. 776 del 2014 "non può mai sottrarre il contratto che lo persegue alla disciplina dettata dal D.Lgs. n. 58 del 1998, solo perché le parti lo abbiano qualificato in altre e fantasiose guise, atteso che la nozione di contratto d'investimento finanziario costituisce uno schema atipico".

Alla luce del corretto inquadramento della fattispecie negoziale come contratto unitario di natura atipica, in ordine al quale deve essere valutata

la meritevolezza degli "interessi" ovvero della causa in concreto obiettivata mediante il tessuto delle condizioni contrattuali, devono essere esaminati il primo, terzo e quinto motivo di ricorso, nei quali si contesta l'invalidità del contratto per contrarietà a norme imperative statuita dalla Corte d'Appello.

In primo luogo deve rilevarsi che la qualificazione giuridica di regole di condotta, attribuite dalle Sezioni Unite di questa Corte, alla violazione (lato sensu) degli obblighi informativi e al conflitto d'interessi non espressamente e preventivamente comunicato dall'intermediario, presuppone che il contratto d'intermediazione finanziaria, o come ritenuto da Cass. 2736 del 2013 "d'investimento" esprima un regolamento d'interessi meritevole di tutela. Nell'ipotesi contraria i principi di diritto elaborati dalla giurisprudenza di legittimità e posti a base della censura di parte ricorrente non possono essere applicati. La fattispecie contrattuale atipica è interamente assoggettabile al T.U.F. e alla normazione regolamentare Consob, ma la violazione di regole di condotta può essere scrutinata soltanto su di un contratto valido e produttivo di effetti vincolanti sulle parti⁴ non nell'ipotesi in cui si debba escludere la stessa configurabilità di un testo contrattuale per il giudizio negativo ex art. 1322 c.c., comma 2.

In secondo luogo, tuttavia, non ci si può sottrarre alla preventiva necessità di accertare se la qualificazione giuridica del contratto come atipico, svolta per la prima volta, quanto meno in modo espresso, in sede di giudizio di legittimità sia ammissibile, in un giudizio a critica vincolata. In particolare si deve accertare se la sussunzione nello schema del contratto atipico appartenga all'ordinario giudizio di attribuzione del corretto nomen iuris alla fattispecie dedotta in giudizio o se si debba ritenere che il giudizio sulla meritevolezza degli interessi introduca un tema d'indagine nuovo.

Si deve, inoltre, esaminare se l'esame della censura mediante il paradigma del contratto atipico introduca una questione rilevabile d'ufficio da rimettere preventivamente all'esame delle parti in ossequio al principio del contraddittorio ex art. 384 c.p.c., comma 3.

Ritiene il Collegio che, come rilevato in una recente pronuncia relativa a fattispecie del tutto simile (Cass.22950 del 2015) "la sussunzione del negozio nell'ambito (o fuori dell'ambito n.d.r.) dei contratti meritevoli di tutela è giudizio di diritto" rimesso all'esame della Corte di legittimità mentre la ricostruzione del contenuto del contratto è opera insindacabile del giudice del merito. Ne consegue che il giudizio di meritevolezza, sulla base della ricostruzione del tessuto negoziale risultante dalla sentenza impugnata costituisce un'operazione di qualificazione giuridica del tutto rientrante nella funzione officiosa del giudice di legittimità, non introducendo una nuova o diversa questione rilevabile d'ufficio, dal momento che l'oggetto dell'indagine, rispetto alla declaratoria di nullità per violazione di norme imperative che ha costituito l'oggetto dell'esame del giudice del merito nel presente giudizio, è sostanzialmente sovrapponibile, dovendosi applicare non tanto il parametro del proibito quanto quello dell'agiuridico (come efficacemente sottolineato da Cass. 22950 del 2015) al fine di formulare il giudizio di meritevolezza. La soluzione negativa determina la conseguenza dell'improduttività degli effetti del contratto fin dall'origine

dal momento che non sussiste una ragione giustificativa plausibile del vincolo, il quale non merita tutela e non è coercibile, restando indifferente per l'ordinamento.

Il contratto atipico, all'esito del giudizio d'immeritevolezza, deve ritenersi inefficace fin dalla stipulazione, inidoneo a vincolare le parti al reticolo di regole che ne compongono la struttura. Tale è la conseguenza della "irrelevanza giuridica" del medesimo. La valutazione da svolgere è, pertanto, del tutto simile a quella riguardante l'accertamento della validità o invalidità del contratto ex art. 1418 cod. civ., anzi deve ritenersi che l'indagine relativa alla tipicità od atipicità del contratto, alla sua unitarietà o scindibilità, costituisce un accertamento preliminare indefettibile. Per queste ragioni deve escludersi che si tratti di una questione rilevabile d'ufficio da sottoporre preventivamente al contraddittorio delle parti in quanto l'operazione da svolgere attiene alla correzione in diritto della motivazione della sentenza di secondo grado ex art. 384 c.p.c., u.c..

Infine, la enucleazione della natura giuridica di contratti provenienti dalla prassi dei mercati e dalle modificazioni socio economiche del sistema degli scambi e degli investimenti, e, conseguentemente, la definizione del perimetro della loro legalità ha un rilievo pubblicistico generale così come la rilevazione officiosa delle nullità, (S.U. 14828 del 2012), attualmente estesa anche alle nullità di protezione (S.U. 26642 del 2014), inerenti ad un ambito della realizzazione dell'autonomia privata contiguo a quello dell'intermediazione finanziaria.

Anche l'esercizio della funzione nomofilattica sui contratti atipici, in conclusione, consiste nella tutela degli interessi generali, superindividuali, (S.U. 26642 del 2014) così come il rilievo delle nullità. L'autonomia privata deve essere esercitata in modo corretto ordinato e ragionevole. Può essere estesa, in conclusione, anche ai contratti atipici d'intermediazione finanziaria o d'investimento, con riferimento al T.U.F. ed in particolare alle norme di tutela dell'investitore non professionale, la affermazione precettiva delle S.U. (Cass. 26642 del 2014) secondo la quale "il legislatore, predisposta una struttura normativa significativa, (...) ha "voluto sottendere a quella medesima struttura un ulteriore significato non espresso costituito dall'interesse dell'ordinamento a che certi suoi principi cardine (buona fede, tutela del contraente debole, parità quanto meno formale nelle asimmetrie economiche sostanziali) non siano comunque violati".

Passando al concreto esame della meritevolezza degli interessi realizzati mediante il contratto for you, deve rilevarsi che la giurisprudenza di questa Corte ha già fornito una risposta negativa con riferimento specifico a tale fattispecie contrattuale, del tutto coincidente con quella esaurientemente descritta nella sentenza impugnata.

Nella specie, il contratto "for you" prevede un finanziamento bancario a tasso fisso con utilizzazione della somma per l'acquisto di obbligazione Interbanca 01-16, zero coupon e di fondi comuni d'investimento della s.p.a. Gestioni Ducato. Viene costituita in favore della banca garanzia pignorativa sui titoli. Il recesso anticipato del cliente può essere esercitato mediante pagamento di penale affidata ad una complessa formula matematica. La ragione dell'investimento per il cliente risiede in una finalità previdenziale.

Secondo la ricostruzione del contenuto effettivo del contratto, non censurabile in questa sede, i prodotti acquistati, sia le obbligazioni che i fondi d'investimento, vengono soltanto denominati.

Non se ne precisa nè il costo nè il rendimento nè le caratteristiche. Non viene evidenziato il rischio collegato all'investimento in fondi che avendo natura azionaria, espongono il cliente a rischi molto elevati. Inoltre non essendo conosciuto il prezzo di acquisto delle obbligazioni non se ne può mai prevedere il rendimento.

I rendimenti secondo l'accertamento svolto, incensurabilmente, dal giudice del merito mediante consulenza tecnica d'ufficio, sono stati stabilmente inferiori di circa due punti al tasso d'interesse corrisposto per il mutuo. Infine il recesso anticipato è pressochè impossibile perchè assoggettato ad una penale molto elevata (a titolo di esempio il consulente tecnico d'ufficio evidenzia come la penale da versare pari a Euro 57000 circa è superiore al capitale mutuato pari a 52000 Euro circa, per il cui rimborso sono stati pagati ratei mensili regolarmente dall'inizio del rapporto).

Infine il pegno esclude la possibilità di un disinvestimento immediato o rapido dal momento che la banca è autorizzata, quando il cliente comunichi la volontà di recedere, alla vendita dei titoli ed ad utilizzarne le somme per estinguere il debito così differendo la liberazione dell'investitore solo una volta accertato l'integrale pagamento della penale, (pagg. 9-11 della sentenza impugnata).

La Corte d'Appello ha concluso che nella specie non vi è stata la mera violazione di regole di comportamento ma un insieme di vizi strutturali e genetici del contratto che determinano come conseguenza la violazione delle norme cogenti del T.U.F..

La rilevanza dell'insieme delle violazioni, colto esattamente dalla Corte d'Appello, ancorchè senza farne conseguire le conclusioni più corrette sul piano della qualificazione giuridica del contratto, evidenzia l'enorme alterazione dell'equilibrio contrattuale realizzato con il modello contrattuale For You, in quanto caratterizzato da una promessa, il raggiungimento di un beneficio economico futuro a fini previdenziali, radicalmente disatteso non dall'andamento imprevedibile dei mercati, ovvero da un rischio che poteva essere contenuto nel nucleo causale del contratto atipico in questione, ove accompagnato dalle cautele previste dal T.U.F. e dalla normazione regolamentare Consob, ma dal tessuto di regole e vincoli contrattuali, congegnati in modo tale da esporre il cliente esclusivamente a conseguenze svantaggiose oltre che a non consentirgli un'effettiva facoltà di recesso mentre l'interesse dell'intermediario è sostanzialmente privo di effettivi margini di rischio dal momento che esso lucra gli interessi del mutuo, colloca prodotti (anche in conflitto d'interessi) ed opera sul mercato. Tale rischio non può identificarsi con la possibilità che il mutuatario investitore sia inadempiente, trattandosi di un'evenienza comune a tutti i contratti onerosi.

(omissis)

Cass. 29 febbraio 2016, n. 3949

(omissis)

«Sullo specifico prodotto finanziario 4YOU questa Corte si è di recente espressa nella pronuncia 19559/2015, affermando il seguente principio di diritto: ai fini dell'art. 1322 c.c., comma 2 non integra un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, per contrasto con i principi generali ricavabili dagli artt. 47 e 38 Cost. sulla tutela del risparmio e l'incoraggiamento delle forme di previdenza anche privata, quello perseguito mediante un contratto atipico fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali del cliente da parte degli operatori professionali mediante operazioni negoziali complesse di rischio e di unilaterale riattribuzione del proprio rischio d'impresa, in ordine alla gestione di fondi comuni comprendenti anche titoli di dubbia o problematica redditività nel proprio portafoglio, in capo a colui a cui il prodotto è stato espressamente presentato come rispondente alle esigenze di previdenza complementare, quale piano pensionistico a profilo di rischio molto basso e con possibilità di disinvestimento senza oneri in qualunque momento; pertanto, non è efficace per l'ordinamento il contratto atipico il quale, in dette circostanze, consista, tra l'altro, nella concessione di un mutuo di durata ragguardevole, all'investitore, destinato all'acquisto di prodotti finanziari della finanziatrice ed in un contestuale mandato alla banca ad acquistare detti prodotti anche in situazione di potenziale conflitto d'interessi.

A detto orientamento, di recente affermato anche in relazione al prodotto cd. My way nella pronuncia 22950/2015, questa Corte intende dare continuità, evidenziando altresì come nella specie, il ricorrente abbia con i motivi effettivamente posto la questione della meritevolezza della causa concreta del negozio, da cui l'esclusione del ricollegamento al contratto atipico in oggetto di ogni concreto effetto giuridico, e quindi l'inefficacia della specifica autoregolamentazione negoziale intercorsa tra le parti, secondo il dettato dell'art. 1322 c.c., comma 2.

Ne consegue la cassazione della sentenza impugnata, con rinvio al Giudice del merito, che si atterrà al principio sopra esposto, ed al quale va rimessa anche la regolamentazione delle spese del presente grado di giudizio».

(omissis)