

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2017

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Episodi patologici della prassi bancaria e cause di nullità dei contratti bancari e di investimento

La causa è un requisito essenziale del contratto.

La causa è illecita – ed il contratto è nullo – quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume ¹.

Il controllo della contrarietà alle norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume, che riguarda la causa (art. 1343 cod. civ.), è un controllo diverso e autonomo dal controllo sul contratto nel suo insieme.

Il diritto bancario e finanziario è caratterizzato dalla presenza di numerose norme imperative che colpiscono il contratto nel suo insieme (sono vietati i derivati della pubblica amministrazione) o singole clausole (sono vietati i rinvii agli usi; sono vietati gli interessi usurari).

La presenza di una disciplina di settore caratterizzata da numerose norme imperative segna un distacco netto dal sistema del codice civile il quale è al contrario caratterizzato dalla larga prevalenza di norme dispositive, e ciò anche per quanto concerne i singoli tipi codicistici dei contratti bancari di cui al capo XVII del titolo II del libro IV ², o al prototipo di contratto finanziario (denaro - tempo – denaro) rappresentato dal mutuo.

Non ha senso quindi ragionare di libertà contrattuale nei contratti bancari e finanziari invocando implicitamente o esplicitamente gli ampi margini entro cui la libertà contrattuale può esplicarsi fuori dalle materie del diritto bancario – incisa dalle molte norme imperative del mondo TUB – e finanziario – incisa dalle molte norme imperative del mondo TUF -. Ciò vale del resto per tutti i mercati regolati.

Noi avremo qui – quando si tratta della contrarietà a singole norme imperative – un problema di volta in volta diverso, ma pur sempre riconducibile ad una individuazione di confini e così di contratti e di clausole che rientrano nel perimetro di applicazione del divieto (quel *floor* è vietato nel finanziamento della pubblica amministrazione).

La linearità del campo di applicazione delle norme imperative è re-

¹ R. Sacco, voce *Causa*, in Dig. IV, Agg. 9, 2014, in *Disc. priv.*, pag. 64.

² G. Molle, *I contratti bancari*, in *Trattato di diritto civile e commerciale diretto da A. Cicu e F. Messineo*, IV ed., Milano, 1981, pagg. 42 ss.

sa meno marcata dalla caratteristica, riconosciuta, del legislatore bancario e finanziario a colpire lo scopo dei contraenti, con norme imperative materiali.

Ma il dato sistematico maggiormente significativo è che una materia contrattuale come quella bancaria e finanziaria in cui dominano le norme imperative pone un problema di liceità della causa che, per forza, non riguarda soltanto la contrarietà della causa o del contratto nel suo insieme a questa o a quella norma imperativa ma riguarda anche, diremmo innanzitutto, ed impone, un giudizio di conformità o contrarietà della causa – un giudizio di liceità – per la conformità o la contrarietà all'ordine pubblico. Perché se ci sono tante norme imperative, non è per caso, ma è perché quella materia è governata da esigenze di ordine pubblico.

È esattamente questa la dimensione del problema sovente agitato dai pratici sotto le mentite spoglie della certezza del diritto, quando si discute se una clausola o un contratto possano essere messi in discussione pur non essendo contrari ad alcuna norma imperativa. BTP Tel³, For You⁴, IRS⁵, direi anche *claims made*⁶: contratti e clausole la cui validità quel giudice – un giudice, certo, chi altro? – ha messo in discussione, sebbene nessuna norma imperativa, al momento della conclusione del contratto, li vietasse o imponesse questo o quel peculiare requisito.

Ecco, il problema non è la certezza del diritto, ma la presenza di principi di ordine pubblico, norme elastiche, clausole generali, precetti vaghi, incerti confini della libertà.

Principi, vorrei dire, che il giudice – il giudice, certo, chi altro? – potrà chiamare con questo o quel nome – la meritevolezza degli interessi – o formula – la causa concreta – che potranno non coincidere alla perfezione, ma sono, a ben vedere, assai fedelmente tributari di

³ Cass., 14 marzo 2017, n. 6560, in www.ilcaso.it.

⁴ Cass. civ. Sez. I, Sent., 29 febbraio 2016, n. 3949, in www.plurisdata.it.

⁵ Da ultimo D. Maffei, *Alea giuridica e calcolo del rischio - nella scommessa legalmente autorizzata di swap*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, pagg. 1096 ss.; M. De Poli, *Sul controllo giudiziale degli IRS attraverso la causa*, in www.diritto bancario.it. In giurisprudenza più di recente Trib. Torino, G.U. Nosengo, 12 aprile 2017, inedita; Trib. Roma, G.U. Romano, 20 febbraio 2017, in www.iusletter.it.

⁶ U. Carnevali, *La clausola claims made nella sentenza delle sezioni unite*, in *Contratti*, 2016, pagg. 759 ss. Cass., Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140, in www.plurisdata.it.

principi che sono scritti in chiaro sia nel TUB sia nel TUF: sana e prudente gestione; competitività dei mercati nazionali nell'interazione con i mercati mondiali; fiducia degli investitori nei mercati; integrità dei mercati; trasparenza; conflitto di interessi; diligenza professionale.

Come si vede agevolmente, se in ambito bancario e finanziario esistono molte norme imperative è perché esse riflettono, sotto specifici aspetti, principi di ordine pubblico.

Il passo successivo, non meno evidente, è che i principi di ordine pubblico - sana e prudente gestione; competitività dei mercati nazionali con i mercati mondiali; fiducia degli investitori nei mercati; integrità dei mercati; trasparenza; conflitto di interessi; diligenza professionale - riempiono di contenuto concreto la clausola generale di ordine pubblico di cui all'art. 1343 cod. civ. e quindi impongono un giudizio di liceità della causa - e quindi la possibile nullità del contratto - *sub specie* di contrarietà all'ordine pubblico.

La stessa distinzione fra interessi che rientrano nella causa (art. 1343) ed interessi che restano confinati nei meri motivi (art. 1344) diventa evanescente.

Se dunque ci interroghiamo oggi sulla <<*forza espansiva della nullità*>>, che è la felice formula della splendida giornata di Treviso del 20 aprile 2017, credo che dobbiamo evitare di vedere il problema solamente dal buco della serratura della singola regoletta, e dobbiamo chiederci innanzitutto se, a fronte di tante norme imperative, tra le cause di nullità la riflessione più seria non spetti al giudizio di conformità o di contrarietà all'ordine pubblico.

Poiché i confini del principio sono incerti, il lavoro dell'interprete è bensì di delineare possibili contenuti, ma anche di individuare i confini. Qui diventa decisivo passare al vaglio le decisioni dei giudici - che rappresentano applicazioni dei diversi principi - ma anche i comportamenti degli intermediari - che segnalano il grado di propensione ad agire in modo sano anziché malsano, prudente anziché avventato, ispirato a mantenere la fiducia del cliente anziché ad approfittare della sua remissività -.

L'analisi paziente della casistica e lo studio dei grandi orientamenti giurisprudenziali debbono essere condotti nella consapevolezza che il giudizio sulla nullità presuppone sempre un giudizio di liceità *sub specie* di conformità all'ordine pubblico, che pure, nella motivazione, sintetica o prolissa, continente o di sfoggio, potrà presentarsi sotto di-

verse spoglie. Ecco la contrarietà all'ordine pubblico rinominata immeritevolezza, ecco la soggezione ad un rischio finanziario non voluto rinominata biasimevole speculazione.

Poi sarà vero, certo, come è d'uso constatare con qualche ostentata preoccupazione, che il contenuto concreto dei principi presuppone la discrezionalità dell'interprete e così del giudice.

Ma è la legge, bellezza: conflitto di interessi, errore, violenza, dolo, causa, motivi, buona fede, diligenza (nel mondo dominato dalla forza brutale della tecnica: nascita, morte) sono tutte, senza eccezioni, nozioni vaghe, che presuppongono un elevato grado di discrezionalità dell'interprete e, quindi, del giudice.

Sovente, queste nozioni a noi non appaiono vaghe, semplicemente perché studiamo il codice civile tenendo sullo scrittoio anche il manuale, il quale, incarnando la tradizione, ci dirà, quando leggiamo nascita, cosa si intende per nascita (ma nel codice, nella legge, non è scritto): se non ce lo dicesse il manuale, sarebbe altamente misterioso cosa sia conflitto di interessi, cosa sia errore, violenza, dolo, cosa siano causa e motivi o buona fede e diligenza.

Anziché dunque attardarsi a lamentare o ad esaltare il fatto che anch'essi non godano del privilegio di un'esenzione dalle clausole generali, ma siano soggetti alla legge, cosa ovvia, l'interprete, che studia il diritto bancario e finanziario, deve riflettere che i comportamenti degli intermediari non dovrebbero essere così azzardati da dar vita di frequente ad episodi, non sempre sporadici, di contratti, clausole e condotte, che integrano fattispecie che il giudice potrebbe dichiarare nulle, con questa o quella formula, ma in realtà per contrarietà all'ordine pubblico. Così fioccano le nullità, e circolano massime severe, che, se fossero norme di legge, sarebbero forse norme di legge dichiaratamente eccezionali, ma, essendo sentenze, sono precedenti. E poiché un precedente giurisprudenziale non è mai eccezionale, esse si trascinano per decenni.

Per esempio, a me sembra che occultare rischi finanziari nei contratti di finanziamento, senza esplicitare quantità e qualità del rischio - nessuno a quel punto, nell'aula del giudice, sa calcolare quel rischio: non il cliente, non l'intermediario, non il giudice, non il consulente tecnico del giudice, che demanderà il calcolo ad un terzo se proprio il valore della controversia giustifica la spesa, con la notevole conseguenza che il giudice deve dire se è valido o se è nullo un contratto il

cui rischio nessuno, nella sua aula, ha compreso -, sia un gioco pericolosissimo, in presenza di principi di ordine pubblico del mercato bancario e finanziario che una simile prassi disattende nel profondo.

L'alternativa, a questo punto, è se si tratti di ordine pubblico di direzione o di ordine pubblico di protezione.

A me pare che lo scopo dell'ordinamento giuridico non sia quello di proteggere, ma di disciplinare, qui i mercati bancari e finanziari e, se ciò significa proteggere l'investitore, è perché così si protegge quel mercato. Pertanto, ritengo che le nullità da violazione dell'ordine pubblico, di direzione, siano assolute, non relative. Mi pare nella linea di tendenza l'orientamento giurisprudenziale che statuisce che è soggetta al rilievo d'ufficio la nullità ⁷ ed invece non apprezzabile l'orientamento che ravvisa un abuso del diritto nell'esercizio c.d. selettivo dell'azione di nullità: chi fa valere una nullità, a torto o a ragione, lo fa perché gli conviene, ed il presidio di serietà dell'azione è rappresentato dal vaglio del giudice sulla fondatezza nel merito della domanda (se impugno 7 ordini di investimento su 11, quelli che hanno generato perdite, per errore sulla qualità della cosa, il giudice tenderà ad escludere l'errore per tutti, e rigetterà la domanda). Quanto alle nullità formali, è vero che qui l'esercizio selettivo dell'azione di nullità è opportunistico, ma le nullità formali sono né più né meno delle opportunità offerte dal legislatore ad un contraente allo scopo di incentivare *ex ante* l'altro contraente ad essere possibilmente attento nel far rispettare i requisiti di forma così impedendo in radice azioni opportunistiche *ex post* (e sarà la funzione interna di *compliance* dell'intermediario ad assumere il ruolo più delicato sul piano dell'organizzazione, facendo sentire la sua voce quando si tratta di predisporre regole di condotta che assicurino il rispetto della forma).

Vi è, da ultimo, a proposito della nullità, il problema del buon costume, poiché i contratti bancari e finanziari non si sottraggono al giudizio di nullità per immoralità e l'immoralità può dipendere, da un lato, dalla violazione di uno *standard*, ancorché minimo, di rispetto dell'etica degli affari, dall'altro, dal carattere diffuso – sistemico, diremmo – degli effetti delle proprie condotte, soprattutto quando il carattere nefasto degli effetti delle proprie condotte è probabile, molto probabile, addirittura certo.

⁷ Cass., 23 giugno 2016, n. 12996, in *www.plurisdata.it*.

Non credo che si possa giudicare ripugnante, per la coscienza sociale, la clausola usuraria in cui l'interesse è di poco superiore alla soglia, mentre è probabilmente immorale l'usura che integra una sproporzione notevole del valore delle prestazioni.

Una lucida e duratura politica *push* di derivati non trasparenti rinegoziati tramite *up front* o di negoziazione di azioni proprie in occasione di finanziamenti ai propri clienti pongono, a mio avviso, un serio problema di moralità, che, se accertata, può comportare quel particolarissimo regime di sanzione civile – tutt'altro che nuovo e tutt'altro che eversivo: ma antico di secoli – che è il diniego di qualsiasi azione recuperatoria, tanto a titolo di indebito ai sensi dell'art. 2033 cod. civ., quanto a titolo di indennizzo ai sensi dell'art. 2041 cod. civ.