

– tra cui le possibilità di denuncia di “circostanze” non ancora tradottesi in *claim* – che la giurisprudenza di origine prevede a garanzia della *fairness* e *reasonability* della polizza.

Basterà dunque qui ricordare a tal proposito, ed in conclusione, che il modello anglosassone di importazione, di cui si discute, deve di per sé, per usare le

parole della citata *Queen's Bench Division* della *High Court*, dare copertura all'assicurato non solo per i “*claims made during the policy period*” (ciò a cui “campioni nazionali” delle *claims made* vorrebbero limitare la copertura), ma altresì per i “*claims made after the policy period arising from circumstances first known during the policy period*”²³.

Contratti bancari

Cassazione civile, Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898 – Pres. Rordorf – Rel. Di Virgilio – P.M. Funzio (conf.) – Banca popolare di Sondrio (avv. Romanelli e Perro-ne) – C.E., R.E. (avv. Antonucci e Vassalle). *Cassa App. Milano* 22 marzo 2013 n. 1276.

Contratti bancari – Contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento – Contratto quadro – Redazione per iscritto – Mancata sottoscrizione della banca – Nullità – Insussistenza

Ai fini del requisito della forma scritta del contratto quadro relativo ai servizi di investimento, richiesto dall'art. 23, D.Lgs. n. 58/1998, ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non essendo necessaria la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso può desumersi alla stregua dei comportamenti concludenti tenuti. (Massima non ufficiale)

Contratti bancari – Forma scritta – Nullità relativa – Sottoscrizione della sola parte tutelata – Nullità – Non sussiste

Il requisito della forma scritta imposto per i contratti bancari è rispettato ove il contratto sia redatto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente ed è sufficiente la sola sottoscrizione del cliente stesso, non essendo necessaria anche la sottoscrizione della banca, il cui consenso si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dalla stessa tenuti. (Massima non ufficiale)

Omissis. – Ai sensi del D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, nella formulazione applicabile nella specie, e per la parte che qui rileva “1. I contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento e accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni tecniche o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo. 2. È nulla ogni pattuizione... 3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2, la nullità può essere fatta valere solo dal cliente...”.

Detto disposto normativo pone la questione, specifico

oggetto di rimessione da parte della I sezione civile con l'ordinanza del 27 aprile 2017, n. 10447, “se il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, oltre alla sottoscrizione dell'investitore, anche la sottoscrizione ad substantiam dell'intermediario”.

Ai fini della compiuta valutazione del profilo che qui specificamente interessa, va ricordato che il modulo contrattuale, su cui si è sviluppato il contenzioso tra le parti, porta la sola sottoscrizione dei clienti, e vi è contenuta la dichiarazione prestampata che: “un esemplare del presente contratto ci viene rilasciato debitamente sottoscritto per accettazione dai soggetti abilitati a rappresentarvi”.

(Omissis).

Le previsioni in oggetto rendono ben chiara la ratio della norma.

La nullità per difetto di forma è posta nell'interesse del cliente, così come è a tutela di questi la previsione della consegna del contratto, il cui contenuto, previsto di base dall'art. 30 del regolamento Consob, siccome prevedente le modalità di svolgimento del rapporto, deve rimanere a disposizione dell'investitore.

Si coglie quindi la chiara finalità della previsione della nullità, volta ad assicurare la piena indicazione al cliente degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione, ed altro come specificamente indicato, considerandosi che è l'investitore che abbisogna di conoscere e di potere all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto, che è proprio dello specifico settore del mercato finanziario.

Va da sé che la finalità protettiva nei confronti dell'investitore si riverbera in via mediata sulla regolarità e trasparenza del mercato del credito.

L'aver individuato la ragione giustificatrice della prescrizione normativa non vale peraltro a risolvere di per sé la questione che qui interessa, ma sostanzialmente ad indirizzare l'interpretazione dei profili che qui si pongono, e cioè il rapporto tra il perfezionamento del contratto e la forma con cui questo si estrinseca, e tra il documento in forma scritta come espressione della regolamentazione del rapporto e la sottoscrizione come riferibilità dell'atto.

Il vincolo di forma imposto dal legislatore (tra l'altro composito, in quanto vi rientra, per specifico disposto nor-

²³ Kidsons (A Firm) v Lloyds Underwriters, [2007] EWHC 1951 (Comm), cit., par. 20: “On the other hand, the assured benefits under a claims made policy: i) from coverage for claims made during the policy period; ii) from coverage for claims made after the

policy period arising from circumstances first known during the policy period; and iii) from the insurer being able to estimate his liabilities more accurately and thereby to set fair premiums for the succeeding policy year”.

mativa, anche la consegna del documento contrattuale), nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità.

Ora, a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa, è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessiti ai fini della validità del contratto-quadro.

Ed infatti, atteso che, come osservato da attenta dottrina, il requisito della forma ex art. 1325 c.c., n. 4, va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa, ne consegue che il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti sopra esemplificativamente indicati.

Si impone a questo punto un'ulteriore osservazione: tradizionalmente, alla sottoscrizione del contratto si attribuiscono due funzioni, l'una rilevante sul piano della formazione del consenso delle parti, l'altra su quello dell'attribuibilità della scrittura, e l'art. 2702 c.c., rende chiaro come la sottoscrizione, quale elemento strutturale dell'atto, valga ad attestare la manifestazione per iscritto della volontà della parte e la riferibilità del contenuto dell'atto a chi l'ha sottoscritto.

Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elemento costitutivo del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione.

Né l'interpretazione qui seguita incide sulla doverosa, specifica ponderazione con cui l'investitore sceglie di concludere il contratto-quadro né porta a concludere per un singolare contratto "a forma scritta obbligatoria per una sola delle parti e con effetti obbligatori solo per l'altra parte

che nulla ha invece sottoscritto", scenario che non tiene conto della precipua ricostruzione imposta dalla normativa e che omette integralmente di considerare che la nullità può essere fatta valere solo dall'investitore.

Nella ricostruzione che qui si è offerta, inoltre, la previsione della nullità, azionabile solo dal cliente, in caso di inosservanza dei requisiti di forma della redazione per iscritto e della consegna dell'esemplare alla parte, si palesa quale sanzione per l'intermediario, ben armonizzandosi nello stesso contesto del D.Lgs. n. 58 del 1998, che è nel complesso inteso a dettare regole di comportamento per l'intermediario, e rispetta il principio di proporzionalità, della cui tenuta si potrebbe dubitare ove si accedesse alla diversa interpretazione (e sulla rilevanza cardine del principio di proporzionalità queste sezioni unite si sono di recente espresse, sia pure nell'ambito della responsabilità civile, ai fini del riconoscimento di sentenza straniera comminatoria di danni punitivi nella pronuncia del 5 luglio 2017, n. 16601).

È stato sostenuto da autorevole dottrina che la normativa in oggetto sarebbe intesa non solo alla tutela del cliente, ma risponderebbe anche all'esigenza di garantire una buona organizzazione interna della banca, da ciò conseguendo la nullità del contratto-quadro ove privo della sottoscrizione del delegato dell'istituto di credito: tale ricostruzione, pur muovendo dall'esigenza di modificare in melius prassi organizzative non del tutto commendevoli, oltre a non trovare un solido fondamento nella normativa che qui si esamina, sembrando una sorta di giustificazione a posteriori della nullità, si muove in un'ottica esasperatamente sanzionatoria, e perviene ad un risultato manifestamente sproporzionato rispetto alla funzione a cui la forma è qui preordinata.

A riguardo, ragionando in termini più generali, può affermarsi che nella ricerca dell'interpretazione preferibile, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche.

(*Omissis*).

Conclusivamente, va affermato il seguente principio di diritto:

"Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti". – *Omissis*.

Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme

Adolfo di Majo

L'A., nella nota di commento, ripercorre la nota questione relativa alla necessità della sottoscrizione anche dell'intermediario nel contratto quadro relativo all'investimento in valori mobiliari. E a differenza di quanto sempre sostenuto dalla giurisprudenza circa la necessità del rispetto della forma *ad substantiam*, sia pure interpretata nell'esclusivo interesse dell'investitore, l'A. è del parere che, nel caso di specie, non si tratti tanto di (requisiti di) forma quanto di comportamenti imposti all'intermediario nell'interesse dell'investitore e la cui mancata osservanza è colpita da nullità.

L'attuale sentenza delle Sez. un. n. 898/2018, avente ad oggetto il rispetto della forma scritta nel contratto di investimento mobiliare, c.d. "contratto quadro", a fronte dei successivi ordini di investimento da parte dell'investitore, e che ha dato grandi preoccupazioni agli istituti bancari, giacché detto contratto quadro sovente non porta la firma dell'Istituto Bancario ma solo quella dello investitore, con l'effetto che a sua volta quest'ultimo, ove il proprio investimento successivamente non avesse sortito buon esito, avrebbe avuto interesse e convenienza a contestare la validità del contratto "a monte", così da permettere una sorta di uso selettivo della ipotesi di nullità, sembra aver concluso la vicenda, affermando che la sottoscrizione della Banca non è punto necessaria ai fini del perfezionamento del contratto.

La decisione delle Sezioni unite è stata preceduta da una ordinanza di rimessione¹ la quale, per così dire, ha fatto sostanzialmente "da battistrada" e il cui estensore è un magistrato ben noto, perché estensore di decisioni delicate in questioni, specie di diritto societario e fallimentare.

La motivazione delle Sezioni unite ripercorre il percorso segnato dalla ordinanza di rimessione nell'aspetto più essenziale, ed è quello di prospettare che la c.d. forma *ad substantiam*, che si assume prevista per il contratto di investimento dall'art. 23 del t.u. della finanza, non è una forma destinata a contrassegnare la "struttura" dell'atto, così da determinarne la nullità ove mancante (della sottoscrizione della banca), ma una forma avente "la funzione di informare" l'investitore sul contenuto di esso, onde della sua mancanza potrà lamentarsi solo quest'ultimo.

La forma dunque, si perdoni il bisticcio, è più propriamente "forma informativa" e non costitutiva, caratterizzandosi dunque in senso "funzionale" più che "strutturale".

L'ordinanza di rimessione, come si è detto, ha fatto "da battistrada". Essa è partita più a monte, da una visuale particolarmente attenta alla realtà economico – sociale e segnatamente a quella di mercato, ove, secondo quanto già declamato dalla dottrina, occorre avere riguardo all'interesse "individuale" del consumatore (ora investitore) ma coniugato all'interesse "generale" all'efficienza del mercato del credito, così da dover verificare se effettivamente l'interesse dell'investitore possa dirsi pregiudicato "nella sua completa e consapevole autodeterminazione, dalla mancanza di forma della Banca sul contratto quadro"².

E la risposta non può che essere negativa, ove si debba riconoscere che "la previsione formale dell'art. 23 del D.Lgs. n. 58/1998 è definita ai fini esclusivi di tutela dell'investitore", il che consente di discorrere di "forma di protezione", che è della stessa famiglia della "nullità di protezione", così come prevista dall'art. 36

c. cons., la quale, com'è noto, "opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata di ufficio dal giudice".

La decisione delle Sez. un. ulteriormente argomenta la necessità del distinguere tra due profili del documento e ciò nel senso che esso dovrebbe consentire non solo di dare certezza "all'accordo" ma altresì "alla regola contrattuale".

E, nel caso di specie, mentre "la certezza" dell'accordo (anche da parte della Banca) è garantita dal comportamento della Banca, che non solo ha predisposto il testo dell'accordo – quadro ma ha altresì provveduto alla consegna dell'esemplare all'investitore in base all'art. 23 del t.u.f. la "certezza" della regola contrattuale è "nella redazione" per iscritto del contratto.

Ed è quest'ultima che interessa massimamente all'investitore, e cioè di conoscere "la regola" del rapporto che andrà a concludere con la Banca e non tanto che dalla Banca sia espresso il consenso.

Ma, così impostata la soluzione, essa non può non esporsi ai dubbi già espressi da qualche attento annotatore³, col dire che essa finisce, nel fondo, col bypassare il problema, costituito dal rispetto della c.d. forma *ad substantiam*, la quale, a differenza della forma definita "informativa", è cosa ben diversa da quest'ultima. La forma *ad substantiam* "non è richiesta per garantire l'informazione del cliente ma sempre per marcare in modo significativo la conclusione di un contratto che intercetta interessi ritenuti dal legislatore storico di particolare rilevanza". E la forma scritta richiesta per i contratti del mercato finanziario non ha una ispirazione diversa da quella sottesa ai contratti che hanno per oggetto beni immobili (art. 1350 c.c.).

Sorge il dubbio, in altre parole, che la sentenza delle Sezioni unite non costituisca ancora risposta alla possibilità che la c.d. forma, che si definisce "informativa", si ponga *a latere* e sia quindi solo un "valore aggiunto" rispetto alla forma *ad substantiam*, la quale resta tale, da segnare la formalizzazione dell'incontro delle volontà dei due contraenti. Ovvero, in altre parole, potrebbe sostenersi che la *lex specialis* dell'art. 23 rappresenta, più propriamente, un supplemento di tutela per l'investitore, dando garanzia allo stesso anche in ordine alla certezza della "regola contrattuale", oltre a quella, già in generale, recata dalla forma *ad substantiam* e relativa alla imputazione dello scritto ad entrambi i contraenti "per via della sottoscrizione" di entrambi.

Del resto, non trova altrimenti giustificazione come una sentenza, di poco precedente a quella qui ora commentata, e cioè la n. 5919 del 24 marzo 2016, abbia potuto dedicare numerose pagine, tese a dimostrare, con dovizia di argomenti e di passaggi, forse fin

¹ È l'ordinanza n. 10447/2017 pubbl. in *Foro It.*, 2017, 2731 con lunga nota di G. La Rocca.

² Così l'ordinanza di rimessione al punto 7.

³ È il citato G. La Rocca, in *Foro It.*, 2017, 2731.

troppo ispirati ad un rigido formalismo, come il rispetto della forma scritta *ad substantiam* non trova, nel caso di specie, conferma in documenti o atti, anche numerosi, specie sul piano esecutivo, che non possiedono “i caratteri della estrinsecazione diretta della volontà contrattuale”, tale da comportare il perfezionamento di quest’ultima.

Quel che può sorprendere è come la stessa Cassazione, in breve lasso di tempo, possa avere espresso decisioni così radicalmente diverse, destinate tuttavia a non incontrarsi sul punto decisivo della interpretazione (del requisito) “della forma scritta” nei contratti di investimento.

Ed è, a tal punto, che forse una più attenta riflessione sul senso concreto della prescrizione prevista dall’art. 23 t.u.f., muovendo da autorevoli insegnamenti riguardanti “la (forma nella) teoria generale del negozio giuridico”, potrebbero suggerire un percorso più diretto e meno contrassegnato da passaggi argomentativi discutibili. L’autorevole insegnamento⁴ è quello consistente nel distinguere i veri e propri requisiti che attengono all’aspetto esteriore della dichiarazione di volontà e quindi alla forma di essa, e che può essere costitutiva della “sostanza” e/o della prova, ed aspetti invece che si considerano già parti del regolamento contrattuale perché “in funzione” di esso. Il citato Autore affermava “che non sono negozi formali quelli in cui la legge ricollega l’esistenza del negozio ad un dato comportamento, come la consegna della cosa nei contratti reali”. E ha aggiunto ulteriormente che “la consegna qui è parte integrante dello stesso regolamento d’interessi dedotto a contenuto del negozio”.

Ebbene, ove si esamini attentamente il disposto dell’art. 23 t.u.f. non può non osservarsi come la stessa espressione della “redazione per iscritto” del contratto e della consegna di un esemplare di esso allo investitore, sia più rappresentativa “di un comportamento” (dell’intermediario) che non di un requisito, indifferente, come tale, nella sua oggettività al comportamento di chi lo pone in essere. La stessa decisione qui commentata, che parla di “enfattizzazione” della redazione per iscritto, sottovaluta il fatto che non si tratta di “enfattizzazione” ma di riferimento “ad un comportamento” dell’intermediario, che deve considerarsi “parte del regolamento contrattuale”. Non avrebbe infatti senso se non come clausola di stile l’espressione “redazione” giacché già la predisposizione dello scritto presuppone di per se la sua “redazione”. E meno che mai può ritenersi appartenente ai requisiti di forma in senso classico la consegna dell’esemplare all’investitore.

Ma, se dunque codesta è la più appropriata lettura di quanto prescrive l’art. 23 t.u.f. finanziario se ne può desumere che siamo distanti dalla regola codicistica della forma *ad substantiam*, quale forma “costitutiva” dell’incontro di volontà bensì “di comportamenti”,

alla cui osservanza è tenuto l’intermediario e la cui mancata osservanza è sanzionata radicalmente con la nullità del contratto (art. 23). E, del resto, nella stessa sentenza la nullità è definita “sanzione” per il comportamento inosservante dell’intermediario. Ma, in tal caso, non vi sarebbe neanche spazio per ipotizzare problemi relativi alla mancata sottoscrizione dell’uno o dell’altro dei contraenti, giacché la prescrizione si rivolge *tel quel* all’intermediario e non all’investitore, per il quale la garanzia del suo consenso è rappresentata dalla conoscenza dello scritto redatto dall’intermediario e a lui diretto e dalla presa in consegna dell’esemplare che lo contiene e per l’intermediario dai comportamenti concludenti ad esso riferiti.

Si può dunque osservare come, in aderenza a quanto detto nella sentenza qui commentata, proprio in funzione del rapporto che si definisce “asimmetrico” tra intermediario ed investitore, il superamento della asimmetria non è tanto garantito dalla forma *ad substantiam* che in genere si palesa indifferente al contenuto dell’atto quanto dallo specifico comportamento cui è tenuto l’intermediario, tale, in primo luogo, da garantire la “certezza” della regola contrattuale.

E tale garanzia viene realizzata non già sul piano “dei requisiti” attinenti alla formazione del contratto (art. 1325 c.c.) bensì sul piano dello stesso “regolamento contrattuale”, che esige la redazione per iscritto e la consegna di un esemplare all’investitore (art. 23).

La naturale tendenza a concentrare la tutela del soggetto “più debole” sul terreno della formazione del contratto, ove domina la regola *tranchante* della nullità per mancanza dei requisiti (art. 1418), può indurre a sottovalutare come detta tutela può essere più efficacemente realizzata sul terreno dello stesso “regolamento contrattuale”, imponendo comportamenti al soggetto “più forte”, e sanzionando con la nullità (sanzione) la loro inosservanza.

Del resto, che il mancato e/o difettoso comportamento (dell’intermediario) possa incidere in termini di nullità e non di responsabilità si giustifica anche in funzione di (voler) considerare la fattispecie (della conclusione del contratto) già perfezionata seppure invalida.

Soluzione invece riduttiva è quella sul terreno dell’alternativa buona- mala fede (dell’investitore), perché ha riguardo al successivo comportamento dell’investitore, tale da paralizzare l’eccezione di invalidità del contratto.

Ma il vero è che la soluzione, come si è detto, va ricercata più a monte, nello stesso “regolamento” del rapporto che prevede la redazione per iscritto del contratto e la consegna di una copia all’investitore e non nell’eventuale comportamento “opportunistico” dell’investitore, diretto a fare valere l’eccezione di nullità secondo convenienza.

⁴ È quello di E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1950, 279 segg.

La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni unite

Claudio Colombo*

Il requisito della forma scritta del contratto quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art. 23, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua dei comportamenti concludenti dallo stesso tenuti.

La questione

Con la decisione in commento, le Sezioni unite della Corte di cassazione hanno fornito il loro atteso responso su di una questione apparentemente banale, ma che aveva dato luogo ad un cospicuo contenzioso tra intermediari finanziari e clienti, contenzioso potenzialmente foriero di effetti pratici alquanto gravi.

Come si evince dalla massima, il tema è quello della necessità, o meno, della sottoscrizione di un rappresentante dell'intermediario, ai fini del soddisfacimento del requisito formale imposto dall'art. 23, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. t.u.f.), con riferimento ai contratti c.d. quadro, relativi alla prestazione dei servizi di investimento. Detta norma prevede che siffatti contratti debbano essere "redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti"¹.

L'importanza della questione è stata, per vero, determinata da una preponderante prassi di banche ed altri intermediari, consistente nel redigere i contratti quadro in un doppio originale, uno dei quali – normalmente sottoscritto da un rappresentante dell'intermediario – destinato alla consegna al cliente, e l'altro – sottoscritto dal solo cliente – destinato ad essere trattenuto dall'intermediario².

In concreto, in non pochi casi all'attenzione della giurisprudenza, del primo dei due documenti (quello consegnato al cliente) non v'era traccia alcuna agli atti processuali, sicché l'unico presente finiva per essere quello recante la sola sottoscrizione del cliente.

Va da sé che, ove fosse stata adottata dalle Sezioni unite la soluzione opposta a quella viceversa prescelta, si sarebbe assistito – del tutto verosimilmente – ad un ulteriore profluvio di contenziosi che, va detto, avrebbero avuto la loro più che probabile origine in una condotta sovente opportunistica da parte di clienti

insoddisfatti (se del caso, anche a ragione, ma per motivi che certamente nulla hanno a che spartire con la mancata firma sul contratto da parte di un rappresentante dell'intermediario), condotta strategicamente volta a non versare in atti la copia del contratto in loro possesso.

A ciò si aggiungano due ulteriori elementi: (i) il primo è costituito dal fatto che l'affermazione di un principio antitetico, rispetto a quello invece fatto proprio dalle Sezioni unite, avrebbe comportato la sua pressoché certa definitiva estensione al settore dei contratti bancari, posto che la medesima formulazione letterale adottata nell'art. 23 t.u.f.³ la troviamo anche nel primo comma dell'art. 117 del D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (c.d. t.u.b.)⁴; (ii) il secondo attiene alla possibilità, pure affermata in un precedente della S.C.⁵, di far valere la nullità con modalità c.d. selettiva, ovvero sia non già andando a determinare la caducazione (a seguito della caducazione del contratto quadro) di tutte le operazioni poste in essere, ma unicamente di quella, o di quelle, ritenute insoddisfacenti, con conseguenti effetti restitutori.

Ed invero, anche quest'ultima questione era stata fatta oggetto di remissione alle Sezioni unite, proprio con l'ordinanza 17 maggio 2017, n. 12390⁶, resa nell'ambito del giudizio poi deciso con la sentenza in commento (ancorché non definitivamente, essendo stata cassata la pronuncia della Corte territoriale con rinvio).

Sennonché, con la sentenza qui commentata, le Sezioni unite hanno ritenuto di affrontare prioritariamente la questione, poi definita nel senso di cui alla massima, che invece era stata sollevata nell'ambito di un diverso giudizio, con ordinanza di remissione 27 aprile 2017, n. 10447⁷. Quest'ultima si era invero

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

¹ Per la disciplina regolamentare – che tuttavia nulla aggiunge, sul punto, rispetto a quella primaria – cfr. l'art. 30, 1° comma, Reg. Consob n. 11522/1998 e, successivamente al recepimento della direttiva c.d. Mifid I, l'art. 37, Reg. Consob n. 16190/2007.

² Molto verosimile è l'ipotesi per cui all'origine della prassi che ha dato luogo alla *querelle* in sede giurisprudenziale vi possano essere motivazioni di natura fiscale: sul punto, G. La Rocca, *La "forma informativa" ed "il potere dell'impresa di comandare il mercato": a margine di Cass., ord., 27 aprile 2017, n. 10447, sul c.d. contratto monofirma*, in *Il caso.it*, 24 luglio 2017, 15 e segg.

³ Leggermente diversa è la formulazione contenuta nell'art. 125 *bis* t.u.b., in tema di contratti di credito al consumo, dove invece del requisito della redazione per iscritto, si rinviene un riferimento alla soddisfazione dei requisiti della forma scritta, nei casi previsti

dalla legge.

⁴ Non a caso, come si vedrà, la soluzione opposta a quella delle Sezioni unite era già stata predicata, in sede di legittimità, anche con riferimento all'art. 117 t.u.b.: cfr. Cass., 3 gennaio 2017, n. 36 e Cass., 14 marzo 2017, n. 6559.

⁵ Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in *Corriere Giur.*, 2016, 1110 e segg., con nota di A. Tucci, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*; nonché in *Contratti*, 2016, 1094 e segg., con nota di S. Giuliani, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*.

⁶ Per un commento alla menzionata ordinanza, cfr. U. Malvagna, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca Borsa*, 2017, I, 828 e segg.

⁷ Vedila in *Banca Borsa*, 2017, II, 535 e segg., con note di A.

espressa in senso fortemente critico verso la più recente giurisprudenza della S.C., la quale – come si dirà – aveva da circa un anno sposato un indirizzo interpretativo contrario, rispetto a quello che oggi è stato fatto proprio dalle Sezioni unite.

I precedenti

Come è dato modo di leggere nella sentenza in commento, i precedenti della Corte di cassazione *in subiecta materia* si caratterizzano per l'adozione di due chiavi di lettura del tutto opposte della questione.

Secondo due decisioni più risalenti nel tempo⁸, cui invero scarsa attenzione era stata dedicata dalla dottrina⁹, la pacifica e continuativa esecuzione del contratto quadro, mediante la raccolta di ordini di investimento e di disinvestimento, avrebbe finito per ovviare al vizio formale, anche sulla scorta del richiamo al principio generale del tutto consolidato, in virtù del quale “la parte che non ha materialmente sottoscritto il contratto per il quale sia richiesta dalla legge la forma scritta può validamente perfezionarlo, al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente sottoscrittore, sia producendolo in giudizio sia manifestando stragiudizialmente alla controparte per iscritto la volontà di avvalersi del contratto (...)”¹⁰.

Va detto che la particolare enfasi posta sulla fase

esecutiva del contratto, in una con il richiamo al consolidato principio “produzione eguale sottoscrizione”¹¹, finiva per non fornire affatto una risposta soddisfacente alla questione, prestando all'evidenza il fianco a condivisibili rilievi, fondati tra l'altro sulla necessità che il contratto quadro risultasse già perfezionato all'epoca della prestazione dei servizi contestati, là dove un suo eventuale ritenuto perfezionamento *ex nunc*, a far data cioè dalla sua produzione in giudizio, si sarebbe rivelato del tutto inutile a costituire valido presupposto sostanziale di operazioni poste in essere in epoca precedente¹².

Non del tutto inaspettatamente, dunque, con numerose sentenze di segno opposto, a partire dal primo trimestre del 2016 la S.C. avrebbe inaugurato un nuovo indirizzo, e così costantemente dichiarato la nullità dei contratti quadro che risultassero sottoscritti dal solo cliente (e non anche da un rappresentante dell'intermediario)¹³.

Trattasi di indirizzo che aveva avuto qualche precedente in sede di merito (tanto con riferimento all'art. 117 t.u.b., quanto con riferimento all'art. 23 t.u.f.)¹⁴; di contro, si segnalavano alcune decisioni conformi al riferito pregresso orientamento della Cassazione – ove cioè veniva attribuito rilievo preminente al dato dell'intervenuta esecuzione del contratto¹⁵ –, mentre in

Tucci, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neoformalismo contrattuale*, e di M. Girolami, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*. L'ordinanza può leggersi anche in *Contratti*, 2017, 393 e segg., con commento di D. Maffei, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: la sanzione civile della nullità dei contratti bancari e di investimento non sottoscritti dalla banca*; ed anche in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, I, 1370 e segg., con commento di R. Amagliani, *La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle sezioni unite*, *ivi*, 1363 e segg. Sempre a margine dell'ordinanza in questione, cfr. S. Pagliantini, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari cc.dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, 679 e segg.; G. La Rocca, *La “forma informativa”*, cit.; M. Girolami, *Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanziari: i dubbi della Suprema Corte*, in *Il caso.it*, 30 giugno 2017; E. Panzarini, *Un'ordinanza passatista (sulla forma dei contratti del comparto finanziario)*, in *Riv. Dir. Banc., Diritto bancario.it*, 12, 2017; G. Afferni, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione della nullità del contratto di investimento firmato dal solo cliente*, in *Società*, 2017, 11, 1243.

⁸ Cass., 22 marzo 2012, n. 4564 e Cass., 7 settembre 2015, n. 17740.

⁹ Si segnala che non tutti i commentatori sono unanimi nel ritenere che la prima delle due sentenze di cui alla nota precedente vada realmente ascritta all'indirizzo interpretativo *de quo*: sta di fatto che, comunque, le Sez. un. ritengono che sia così.

¹⁰ Così, letteralmente, Cass., 7 settembre 2015, n. 17740.

¹¹ Su tale principio, da ultimo, Cass., 5 giugno 2014, n. 12711.

¹² Sul punto, vedi – ben prima che la *querelle* esplodesse dinanzi alla S.C. – G. Cottino, *La responsabilità degli intermediari finanziari. Un quadro ben delineato: con qualche novità e corollario*, in questa *Rivista*, 2010, 608.

¹³ Benché, invero poco comprensibilmente, le Sez. un. menzionino anche Cass., 24 febbraio 2016, n. 3623 (ove non era in questione il difetto formale del contratto quadro, ma di alcuni ordini di investimento, rispetto ai quali un contratto di gestione

patrimoniale prevedeva la necessaria autorizzazione scritta del cliente), la prima in ordine temporale è Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Corriere Giur.*, 2016, 1114 e segg. (con la citata nota di A. Tucci, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*) ed in *Contratti*, 2016, 1089 e segg. (con la citata nota di S. Giuliani, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*), nonché in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2016, I, 1168 e segg. (ove, cfr. anche il saggio di P. Gaggero, *Dalla nullità relativa alla forma dimidiata?*, *ivi*, II, 1220 e segg.); Cass., 11 aprile 2016, n. 7068 (che può leggersi sempre in *Corriere Giur.*, 2016, 1113 e segg.); la già citata Cass., 27 aprile 2016, n. 8395; Cass., 27 aprile 2016, n. 8396; Cass., 19 maggio 2016, n. 10331; Cass., 3 aprile 2017, n. 8624, in *Contratti*, 2017, 509 e segg., con nota di R. Lombardi, *L'essenzialità della forma scritta nel contratto di investimento*.

¹⁴ Si possono menzionare, tra le altre, Trib. Mantova, 13 marzo 2006, in *Giur. di Merito*, 2007, 2842 e segg., con nota di F. Spaccasassi, *La produzione in giudizio dei contratti bancari sottoscritti solo dal cliente*; Trib. Venezia, 8 novembre 2007, in questa *Rivista*, 2008, 2235 e segg., con nota di P. Fiorio, *La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica*; Trib. Verona, 1° ottobre 2009, in *Assicurazioni*, 2010, 581 e segg.; Trib. Rimini, 12 ottobre 2010, in *Corr. Merito*, 2011, 139 e segg., con nota di V. Sangiovanni, *Mancata sottoscrizione e forma del contratto di intermediazione finanziaria*; App. Bologna, 14 maggio 2015, in *Banca Borsa*, 2016, II, 16 e segg., con nota di R. Catalano, *Contratti solenni, forma scritta ad substantiam in funzione protettiva ed equipollenti della sottoscrizione: note critiche*; Trib. Napoli, 22 gennaio 2015, *ivi*, 17 e segg.

¹⁵ Così, ad esempio, Trib. Verona, 22 luglio 2010, in *Società*, 2011, 675 e segg., con nota di R. Della Vecchia, *Forma dei contratti e obblighi informativi nella prestazione dei servizi di investimento*; Trib. Como, 7 marzo 2012, in *Foro Pad.*, 2014, I, 272 e segg.; Trib. Napoli, 24 febbraio 2015, in *Banca Borsa*, 2016, II, 16 e segg. (con il citato commento di R. Catalano, *Contratti solenni, forma scritta, etc.*).

altre si seguiva un filo logico maggiormente in linea con l'*iter* argomentativo che, ora, è stato accolto dalle Sezioni unite¹⁶.

Occorre peraltro segnalare come l'orientamento fatto proprio, in maniera pressoché costante, dalle Sezioni semplici a partire dal 2016 non avesse incontrato un'adesione convinta e generalizzata da parte delle Corti di merito. Non poche, infatti, erano state le voci in netto ed argomentato dissenso, levatesi presso Tribunali e Corti di appello¹⁷.

Valutazione critica dell'indirizzo inaugurato dalla S.C. nel 2016

Benché siano state accolte da commenti generalmente favorevoli in dottrina¹⁸, le decisioni con le quali – a partire da Cass., 24 marzo 2016, n. 5919 – la S.C. aveva modificato il proprio precedente orientamento non appaiono convincenti.

E ciò, in particolare, sotto il profilo metodologico, in quanto si muovono, da un punto di vista argomentativo, esclusivamente all'interno delle categorie e dei principi sanciti, in tema di nullità formale, dal codice civile, e senza dunque tenere in alcun conto il fatto che le disposizioni in esame appartengono a discipline di settore, costituenti dei veri e propri sottosistemi, e –

conseguentemente – è a detti sottosistemi¹⁹ che occorre anzitutto fare riferimento, quando si tratta di desumere dal dato letterale della legge la *regula iuris*²⁰; e ciò, in particolare laddove la disciplina speciale, come nel caso del *combinato disposto* t.u.b./t.u.f., sia così articolata e sostanzialmente esaustiva di un settore cruciale della vita economica, quale quello in senso lato definibile come “bancario e finanziario”.

Invero – come del resto è dato leggersi nell'ordinanza di remissione 27 aprile 2017, n. 10447 – il solo fatto che la nullità formale di cui all'art. 23 t.u.f., non dissimilmente da quella di cui all'art. 117 t.u.b., sia una nullità relativa (che cioè può essere fatta valere solo dal cliente, o rilevata d'ufficio dal Giudice, ma unicamente nell'interesse del cliente) e non assoluta, non può non interrogare l'interprete su possibili approdi diversi, rispetto a quelli che sarebbero invero ineludibili, ove dovesse necessariamente farsi applicazione delle regole codicistiche.

Più nel dettaglio, ricordiamo che l'ordinanza di remissione motivava il proprio dissenso, rispetto alla più recente giurisprudenza della S.C., manifestando adesione ad alcune posizioni, espresse anche in dottrina²¹, le quali, procedendo dall'osservazione della *ratio* della previsione normativa in discussione²², ne avevano evidenziato tra l'altro l'essenziale finalità protettiva

¹⁶ Vedi ad esempio Trib. Catania, 27 gennaio 2015, in *Banca Borsa*, 2016, II, 17 e segg. (motivata, però, anche alla stregua dell'indirizzo, di cui alla pronuncia della S.C. del 2012); Trib. Milano, 12 novembre 2013, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2014, I, 854 e segg., con nota di G. Tarantino, *Forma dei contratti e tutela degli interessi dei contraenti*; Trib. Treviso, 5 novembre 2012, in *Foro Pad.*, 2014, I, 218 e segg., con nota di A. Cecchetto, *Ammortamento “alla francese” e forma scritta nei contratti bancari: questioni vecchie e nuove*; Trib. Reggio Emilia 14 maggio 2013, in *Corriere Giur.*, 2014, 63 e segg., con nota di M. Pirovano, *Sul requisito della forma scritta per i contratti bancari: le posizioni di dottrina e giurisprudenza*; Trib. Novara, 2 novembre 2009, in questa *Rivista*, 2010, 601 e segg., con la citata nota di G. Cottino.

¹⁷ Senza pretesa di completezza, possono menzionarsi App. Venezia, 3 novembre 2016, in *expartecreditoris.it*; App. L'Aquila, 12 ottobre 2016, *ivi*; Trib. Brescia, 5 luglio 2017, *ivi*; Trib. Torino, 20 aprile 2017, *ivi*; Trib. Napoli, 7 aprile 2017, *ivi*; Trib. Savona, 2 maggio 2017, *ivi*; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 29 giugno 2017, *ivi*; Trib. Roma, 16 agosto 2017, inedita. Vedi anche, per una panoramica, V. Cusumano, *Forma e formalismo nell'intermediazione finanziaria: come tutelare in concreto l'investitore?*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2017, I, 937 e segg. (nota a Trib. Verona, 25 marzo 2017).

¹⁸ In senso adesivo sono infatti orientati sia il commento di A. Tucci, *Conclusione del contratto*, cit., sia – implicitamente – le considerazioni di P. Gaggero, *Dalla nullità relativa*, cit. (e, di quest'ultimo A., vedi anche *Neoformalismo negoziale di “protezione” e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. e Impr.*, 2016, 1463 e segg.); nonché – nella misura in cui si pongono criticamente nei confronti dell'ordinanza 27 aprile 2017, n. 10447 –, oltre ovviamente allo stesso A. Tucci, *Una pura formalità*, cit., anche M. Girolami, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario*, cit.; Ead., *Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanziari*, cit.; E. Panzarini, *Un'ordinanza passatista*, cit.; D. Maffei, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite*, cit.; G. La Rocca, *La “forma informativa”*, cit.; G. Afferni, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione della nullità del contratto di investimento firmato dal solo cliente*. Di avviso parzialmente diverso pare, inve-

ce, S. Giuliani, *op. cit.*, 1100 e segg., il quale però incentra le proprie considerazioni essenzialmente sui profili di abuso del diritto, riscontrabili in capo all'investitore il quale utilizzi in modo selettivo l'impugnazione per nullità ex art. 23 t.u.f.

¹⁹ Sul punto, è d'obbligo il rinvio alle riflessioni sulla c.d. decodificazione di N. Irti, *L'età della decodificazione*², Milano, 1989; Id., *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1979, 145 e segg.; Id., *“L'età della decodificazione” vent'anni dopo*, in *Dir. e Soc.*, 1999, 193 e segg.; Id., *“Codici di settore”: compimento della “decodificazione”*, in *Dir. e Soc.*, 2005, 131 e segg.

²⁰ Se è vero, infatti, che l'appartenenza di una regola ad una disciplina speciale non esclude la necessità di “verificarne la coerenza (e la concorrenza) con il diritto comune” (P. Gaggero, *Dalla nullità relativa*, cit., 1220), è altrettanto vero che non bisogna neppure incorrere nel difetto opposto. Il contratto – come del resto quasi tutti gli istituti tradizionali del diritto patrimoniale – ha decisamente mutato volto, rispetto a ciò che la tradizione ci aveva consegnato e che era stato cristallizzato nella codificazione del 1942 (trattasi di osservazione ormai acquisita e sedimentata in dottrina e giurisprudenza, sicché basti rinviare, per tutti, a F. Galgano, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e Impr.*, 2000, 919 e segg.), sicché l'opera dell'interprete, pur non potendo essere del tutto disancorata dalle regole codicistiche, neppure deve ad essa essere eccessivamente fedele.

²¹ Il riferimento è, anzitutto, a M. Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento*, in *Tratt. Cicu – Messineo*, Milano, 2012, 466 e segg.; ma v., per alcuni spunti nello stesso senso, A. Perrone, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in A. Perrone (a cura di), *I soldi degli altri*, Milano, 2008, 35 e segg.

²² Cfr. sul punto (sulla scorta in particolare dell'insegnamento di P. Perlingieri, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987) tra gli altri, L. Modica, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *Contr. e Impr.*, 2011, 16 e segg., spec. 28 e segg.; Ead., *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, 132 e segg.; G. Berti De Marinis, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013, 149 e segg.

del contraente debole²³, nel quadro della valorizzazione dei profili di chiarezza e trasparenza informativa (c.d. forma informativa o di protezione)²⁴.

Verrebbe, dunque, a contrapporsi ad un formalismo negoziale rigidamente “di struttura” (quale quello che trova tipica espressione ad esempio nell’art. 1350 c.c.) un formalismo negoziale “di funzione”²⁵, prova della cui presenza sarebbe rinvenibile, *in primis*, nella richiamata natura relativa della nullità formale.

Di conseguenza – proseguiva l’ordinanza di remissione – “potrebbe reputarsi adempiere al requisito della forma scritta (...) la sottoscrizione da parte del cliente del modulo contrattuale contenente il contratto quadro. La c.d. forma informativa sarebbe quindi rispettata, perché soddisfatto è l’interesse alla conoscenza ed alla trasparenza, o scopo informativo, cui essa è preordinata”. Per contro, il consenso della banca – pur necessario, trattandosi comunque di fattispecie strutturalmente bilaterale – potrebbe rivestire anche altre forme di estrinsecazione (oltre beninteso a quella della pur sempre possibile sottoscrizione del contratto), quali “la predisposizione del testo contrattuale, la raccolta della sottoscrizione del cliente, la consegna del documento negoziale o l’esecuzione del contratto medesimo *ex art.* 1327 c.c., a valere quali comportamenti concludenti, idonei a rivelare, anche in via presuntiva, l’esistenza dell’originario consenso”.

L’opzione ermeneutica proposta dall’ordinanza di remissione – come anticipato – era stata quasi unanimemente avversata in dottrina, con argomenti, tuttavia, a nostro parere non pienamente persuasivi.

Per un verso, infatti, veniva anzitutto contestata “l’enfasi con cui si accredita la funzione protettiva delle prescrizioni formali caratteristiche della moderna disciplina dei contratti”, enfasi tacciata di inconsapevolezza delle molteplicità dei relativi fini, estendendosi questi ultimi alle esigenze di conformazione dell’attività di impresa, nell’ottica del mercato, della concorrenza e dei controlli²⁶. Tale critica, tuttavia, non convince, in quanto – se è indiscutibile la correttezza

dell’affermazione circa la molteplicità dei fini perseguiti attraverso le regole formali, nel settore qui indagato²⁷ – non è dato comprendersi per quale ragione l’unica modalità tramite cui garantire appieno il relativo raggiungimento passi necessariamente per l’apposizione di una sottoscrizione da parte di un rappresentante dell’intermediario, quale unico strumento idoneo a garantire l’imputabilità del contratto allo stesso, e non possa viceversa emergere da altri elementi, quali quelli esemplificativamente elencati nell’ordinanza di remissione.

Né appare condivisibile la tesi espressa da chi, inscritta la nullità di cui all’art. 23 t.u.f. nella categoria della nullità come sanzione civile²⁸, le attribuisce una qualificazione (anche) in termini di *forma responsabile*, volta ad imporre su banche ed intermediari finanziari prassi organizzative improntate a professionalità e diligenza, le quali consentano – tra l’altro – di poter individuare chi, all’interno della struttura organizzativa, abbia consentito il compimento di quella data operazione (nella specie, il perfezionamento del contratto quadro)²⁹. Se infatti così fosse – se cioè si trattasse anche (e forse soprattutto) di conformare l’attività d’impresa per finalità di indole generale – sarebbe stata assai più coerente la previsione di una nullità assoluta e rilevabile d’ufficio senza alcun limite, in luogo di quanto viceversa stabilito dal legislatore³⁰.

Altri, in termini a nostro parere complessivamente forse un po’ apodittici, avevano anche rilevato come non vi fosse ragione per discostarsi dalla regola prevista dal Codice (secondo cui il “minimo formale” è costituito dalla scrittura privata, che è documento scritto e sottoscritto), proprio in un settore caratterizzato dal principio di tutela del contraente debole, nel quale – semmai – le tutele dovrebbero sommarsi, piuttosto che elidersi³¹.

Ancora, veniva posto in evidenza come la necessità della conclusione di un “accordo di base scritto” sia sancita dalla disciplina europea sui servizi di investimento (segnatamente, dall’art. 39 della Dir. 2006/73)³², la qual cosa avrebbe reso ineludibile la soluzione

²³ Relativamente alle nullità di protezione – tema quanto mai sviscerato dalla dottrina dell’ultimo ventennio – cfr., per un’analisi monografica, I. Prisco, *Le nullità di protezione – Indisponibilità dell’interesse e adeguatezza del rimedio*, Napoli, 2012; cfr. anche, tra i moltissimi contributi dedicati in dottrina alla tematica in questione, A. Gentili, *La “nullità di protezione”*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 77 e segg.

²⁴ Il tema, come noto, è quello del c.d. neo-formalismo, su cui sia consentito rinviare – pur una panoramica complessiva – a S. Pagliantini, voce “Neoformalismo contrattuale”, in *Enc. Dir., Annali*, IV, Milano, 2011, 772 e segg., e al volume di V. Mannino-R. Alessi, *Profili del neoformalismo negoziale*, Napoli, 2013; nonché, per riflessioni più recenti, al saggio di P. Gaggero, *Neoformalismo negoziale di “protezione”, etc.*, cit. ed al volume di G. La Rocca, *Il problema della forma contrattuale*, Torino, 2017.

²⁵ Sul concetto di nullità-funzione, nel diritto privato di derivazione europea, cfr. già V. Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2001, 489 e segg., spec. 499 e segg.

²⁶ P. Gaggero, *Dalla nullità relativa*, cit., 1227. In termini non dissimili, v. anche R. Amagliani, *op. cit.*, 1366 e segg.

²⁷ Molteplicità di fini, peraltro, non di certo sfuggita a che ebbe ad estendere l’ordinanza di remissione, che ne fa espressa menzione.

²⁸ Ed a riguardo evocando la tesi di N. Irti, *La nullità come sanzione civile*, in *Contr. e Impr.*, 1987, 541 e segg.

²⁹ È la tesi di D. Maffei, *op. cit.*, 404 e segg., peraltro criticata anche da S. Pagliantini, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit., 681, nota 15.

³⁰ Tra le diverse obiezioni che erano state formulate all’ordinanza di remissione, questa è quella sulla quale più specificamente le Sezioni unite hanno ritenuto di soffermarsi in senso critico, con argomentazione non tanto dissimile da quella espressa nel testo.

³¹ M. Girolami, *Doppia firma e doppio esemplare*, cit., 4 e segg.; Ead., *Contratti di investimento non sottoscritti dall’intermediario*, cit., 558 e segg.

³² A. Tucci, *Una pura formalità*, cit., 548; prima ancora, Id., *Conclusione del contratto*, cit., 1123; G. La Rocca, *La “forma informativa”*, cit., 6 e segg.

ne opposta a quella preconizzata nell'ordinanza di remissione. Tale "accordo di base scritto" non potrebbe – secondo le opinioni in rassegna – che essere assoggettato alla regola di cui all'art. 2702 c.c., poiché quando il legislatore ha inteso derogarvi, lo ha fatto espressamente (*ubi lex voluit, dixit*), come nel caso della firma digitale, o come nel caso dell'art. 2, 2° comma, L. 18 giugno 1998, n. 192³³.

Forma "informativa" e forma *ad substantiam* sarebbero peraltro "cose" diverse tra loro³⁴, la seconda svolgendo l'esclusiva funzione di "marcare in modo significativo la conclusione di un contratto che inter-cetta interessi ritenuti dal legislatore storico di particolare rilevanza"³⁵.

Né – secondo un'ulteriore opinione – la forma di protezione codificherebbe "nei rapporti asimmetrici, una diversa nozione di scrittura privata", come sarebbe comprovato dalla circostanza che nella disciplina del contratto di vendita di pacchetti turistici (art. 35 cod. tur.), "ove la disegualianza da asimmetria informativa è *in re ipsa*", non solo non vi è deroga alcuna rispetto all'art. 2702 c.c., ma vi si rinviene addirittura una riconferma testuale, circa la necessità della sottoscrizione del contraente forte ("al turista deve essere rilasciata una copia del contratto stipulato e sottoscritto dall'organizzatore o venditore")³⁶: osservazione – questa – che, per quanto suggestiva, rischia di esporsi, a mo' di cortocircuito, alla medesima obiezione fondata sul brocardo *ubi lex voluit, dixit*, ben potendosi sostenere che l'espressa previsione della sottoscrizione del contraente forte, nell'ambito di una data fattispecie caratterizzata da asimmetria, implichi "a contrario" una sua non necessità nei casi (come quelli qui in esame) in cui una siffatta previsione testuale non vi sia.

La soluzione fornita dalle Sezioni unite

Occorre premettere che, nella fattispecie decisa dalle Sezioni unite, il modulo contrattuale prodotto in atti recava la sola sottoscrizione dei clienti, nonché una dichiarazione prestampata, riferita ai clienti medesimi, secondo cui un esemplare del contratto era stato loro rilasciato, debitamente sottoscritto per accettazione dai soggetti abilitati a rappresentare l'intermediario.

Nell'articolare la propria motivazione, la Corte

prende le mosse anzitutto dall'adesione all'indirizzo interpretativo ormai consolidato, secondo il quale il requisito formale imposto dall'art. 23 t.u.f. riguarda unicamente il contratto quadro, e non anche i singoli ordini³⁷, che – salva l'ipotesi della previsione di una forma convenzionale³⁸ – non sono soggetti a vincoli particolari.

Concentrata, dunque, l'attenzione sul contratto quadro, le Sez. un. – pur dichiarando di non attribuirvi un ruolo dirimente – si soffermano sulla formulazione letterale dell'art. 23 t.u.f., ove vengono enfatizzate: (i) la redazione per iscritto e (ii) la consegna di un esemplare al cliente, che è l'unica, tra le parti, a poter far valere la nullità discendente dalla violazione della norma.

Da ciò viene dunque inferita la *ratio* della disposizione, individuata nell'interesse del cliente a vedersi assicurata la piena indicazione "degli specifici servizi forniti, della durata e della modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione". Tale finalità protettiva nei confronti dell'investitore si riverbererebbe, poi, mediamente, sulle ulteriori finalità correlate alla regolarità ed alla trasparenza del mercato.

L'individuazione della *ratio* della norma ne indirizza così l'interpretazione, alla luce anche del fatto che il perfezionamento del contratto quadro è subordinato ad un vincolo formale ritenuto di natura composita (la redazione per iscritto e la consegna dell'esemplare al cliente).

Invero – continua la Corte – "a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa, è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessiti ai fini della validità del contratto quadro".

In tale ottica, dunque, le Sezioni unite proseguono rilevando come alla sottoscrizione si attribuiscono tra-

³³ Così, G. La Rocca, *La "forma informativa"*, cit., 8; ed anche S. Pagliantini, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit., 684, dove si legge che "l'art. 23 t.u.f. non contiene nessuna *deroga* espressa al disposto dell'art. 2702 c.c. e, non dandosi qui allora una *norma speciale*, è la regola generale, fondante l'imputazione di un documento al soggetto che lo sottoscrive, a dover trovare puntuale applicazione".

³⁴ Sempre G. La Rocca, *La "forma informativa"*, cit., 9; Id., *Il problema della forma contrattuale*, cit., 117 e segg.

³⁵ Ancora, G. La Rocca, *La "forma informativa"*, cit., 10; Id., *Il problema della forma contrattuale*, cit., 124 e segg.

³⁶ Sul punto, cfr. S. Pagliantini, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit., 690. Va qui sottolineato, peraltro, che l'A. propone, a chiusura del suo saggio, una soluzione alternativa

alla *querelle*, che sposta il *focus* dalla questione sostanziale (sulla quale manifesta una chiara e salda opinione circa la necessaria bilateralità del requisito della sottoscrizione) a quella probatoria, evidenziando la possibilità che – in ragione delle modalità consuete di conclusione del contratto quadro – il tema potrebbe essere, molto più semplicemente, quello della prova, per l'appunto, dell'intervenuto perfezionamento di un contratto comunque validamente concluso, mercé l'applicazione dell'art. 2724, n. 3, c.c. (692 e seg.).

³⁷ In tal senso, cfr. già Cass., 22 dicembre 2011, n. 28432, in questa *Rivista*, 2012, 619 e segg.; nonché in *Banca Borsa*, 2013, II, con nota di G. Berti De Marinis, *L'invalidità formale nei contratti di investimento*.

³⁸ Sul punto, vedi Cass., 29 febbraio 2016, n. 3950.

dizionalmente due funzioni, l'una rilevante sul piano della formazione del consenso e l'altra su quello della paternità della scrittura. Ebbene, nello specifico settore qui indagato, sarebbe possibile scindere "i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione".

La soluzione adottata – conclude dunque la Corte – oltre ad essere coerente con la più volte richiamata natura relativa della nullità qui in rilievo, risulterebbe anche ubbidire al principio di proporzionalità: accettata, infatti, l'idea che la nullità svolga una funzione sanzionatoria, risulterebbe ingiustificatamente penalizzante per l'intermediario la comminazione di una siffatta sanzione, una volta che risulti completata la sequenza procedimentale prevista dall'art. 23 t.u.f.

Analisi della decisione

Prima di esprimere la nostra opinione su quanto statuito nella sentenza in commento, riteniamo opportuno premettere – senza mezzi termini – come la stessa, a nostro avviso, sia caratterizzata da una notevole dose di ciò che, al contrario e sfortunatamente, non è sempre dato ravvisare nei provvedimenti giurisdizionali, ovverosia del buon senso.

Ovvio che non basta dire che una pronunzia sia di buon senso, per affermarne la correttezza *de iure condito*. Ma se il fondatore della filosofia moderna ebbe a dedicare le prime pagine del suo *Discours de la Méthode* proprio al buon senso, ispirarvi non pare essere un cattivo punto di partenza, sotto il profilo metodologico.

Ed il buon senso, nel caso di specie, suggerisce senz'altro all'*interprete medio*³⁹ che, se una banca ed un suo cliente, magari per anni, hanno intrattenuto un rapporto, in virtù del quale il secondo ha, per il tramite della prima, operato investimenti e disinvestimenti in strumenti finanziari, preceduti da un contratto scritto che il secondo aveva incontestatamente sottoscritto, non vi sia alcunché da eccepire e, soprattutto, alcunché da sanzionare, specie se la sanzione è legata all'iniziativa del cliente stesso, ovvero al rilievo officioso del Giudice, orientato tuttavia esclusivamente verso l'interesse del cliente.

Ma – come detto – il buon senso non basta. Nel caso di specie, però, c'è di più, rispetto al buon senso,

e così riteniamo che la decisione delle Sezioni unite meriti nel complesso di essere commentata favorevolmente, sia pure con una puntualizzazione di non poco momento.

Nella ricostruzione operata nella decisione in commento, la conclusione di un contratto *ex art. 23 t.u.f.* (o *ex art. 117 t.u.b.*), è invero scandita secondo una sequenza procedimentale⁴⁰ che si compone: a) della redazione per iscritto del testo contrattuale; b) della consegna di un esemplare del contratto al cliente.

Iniziando dal primo dei due elementi della sequenza, e stando al dato squisitamente letterale, non può sfuggire invero la differente formulazione che vi si rinviene, rispetto a quella di cui all'art. 1350 c.c. Infatti, l'*incipit* di quest'ultima disposizione (la quale rappresenta l'archetipo delle norme del codice civile, statuenti i casi di forma *ad substantiam*, in ragione della sua collocazione nell'ambito della disciplina generale del contratto) recita: "devono farsi per atto pubblico, o per scrittura privata (...)"; a loro volta, l'art. 2699 c.c. (integrato dalla normativa speciale) e l'art. 2702 c.c., indicano – tra l'altro – quelli che sono i requisiti dell'uno e dell'altra, requisiti tra i quali figura la sottoscrizione.

Nell'art. 23 t.u.f. e nell'art. 117 t.u.b., viceversa, non si ritrova alcun riferimento alla fattispecie "scrittura privata" (e tanto meno a quella dell'atto pubblico), limitandosi le norme a sancire il requisito della *redazione* per iscritto del contratto, e senza nulla specificare a proposito del requisito della "sottoscrizione".

Ora, si è visto come la dottrina che si è occupata del tema si esprima in larga prevalenza per una sorta di ineludibilità dell'utilizzo della scrittura privata c.d. bilaterale, intesa quale "forma minima" che deve necessariamente venire rispettata in tutti i casi in cui il legislatore abbia statuito una forma *ad substantiam*.

Ebbene, a nostro parere siffatto orientamento non risulta persuasivo, almeno per un paio di ragioni.

La prima è quella già segnalata da chi ha avuto modo di rilevare che "la forma è (...) il modo esteriore, o la tecnica di comunicazione sociale, per esprimere la volontà; e la sottoscrizione è altro dalla volontà espressa, essendo invece lo strumento tecnico di imputazione di una volontà manifestata in una certa forma. Di conseguenza, dove la volontà sia espressa in forma scritta e dove nel contempo sia risolto il problema della sua imputazione, mediante sottoscrizione o anche mediante un mezzo diverso dalla sottoscrizione, un eventuale requisito di forma scritta, così come quello espresso a pena di nullità relativa per il contratto di investimento ai sensi dell'art. 23 t.u.f., deve ritenersi soddisfatto"⁴¹.

In questo senso, la circostanza che il contratto qua-

³⁹ Lo stilema è ripetutamente utilizzato da S. Pagliantini, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma*, cit.

⁴⁰ A proposito dell'utilità, anche nel diritto privato, di adottare un metodo di indagine (se del caso in termini complementari a quello tradizionale, incentrato sulla fattispecie), impostato secon-

do una visuale dinamica (quella – appunto – del procedimento), non può che rimandarsi alle chiare pagine di Salv. Romano, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

⁴¹ Così, M. Maggiolo, *op. cit.*, 472.

dro inerente alla prestazione dei servizi di investimento, o il contratto bancario, risultino redatti su moduli predisposti dalla banca o dall'intermediario, recanti le relative condizioni generali, consente infatti a nostro parere di ritenere ampiamente risolta la questione dell'imputabilità della volontà contrattuale alla banca o all'intermediario.

La seconda attiene invece alla più volte evidenziata natura relativa della nullità prevista nelle disposizioni in esame: sarà forse un'osservazione banale ma, se nella logica dell'art. 1350 c.c. la bilateralità del requisito della sottoscrizione è implicata necessariamente dall'altrettanto bilaterale legittimazione a far valere la nullità, ben potrebbe inferirsi, nella logica degli artt. 23 t.u.f. e 117 t.u.b., da una legittimazione unilaterale rispetto all'impugnativa, una speculare unilateralità del requisito della sottoscrizione.

Sulla scorta delle considerazioni che precedono, pare dunque di potersi concludere che la correttezza del principio di diritto statuito dalle Sez. un. – relativamente alla non necessità della sottoscrizione di un rappresentante della banca, o dell'intermediario – possa essere affermata non solo valorizzando il punto di vista funzionale e finalistico della (previsione della) nullità formale⁴², ma anche attenendosi ad una più tradizionale valutazione in chiave strutturale.

Si è detto, peraltro, che nella ricostruzione delle Sez. un. la redazione in forma scritta rappresenta solo uno dei due elementi, che compongono la sequenza procedimentale perfezionativa del contratto. L'altro elemento – quello della consegna di un esemplare al cliente – è considerato “sullo stesso piano” dell'altro, ed è specificamente riferito al tema del “vincolo di forma imposto dal legislatore”.

Quest'ultimo inquadramento non appare invero perspicuo, posto che la consegna configura un'attività materiale – e dunque nulla ha che a vedere a nostro avviso con la questione della forma contrattuale – potendosi, alternativamente, configurare: (i) come un semplice obbligo, previsto dalla norma a carico della banca o dell'intermediario⁴³, sanzionabile dunque sul piano della risoluzione per inadempimento e/o sul piano risarcitorio; ovvero (ii) come un elemento che subordina lo stesso perfezionamento del contratto quadro di investimento (o del contratto bancario), alla medesima stregua in cui la consegna della *res* determina il perfezionamento dei contratti reali.

Ebbene, appare evidente, dal dipanarsi della motivazione delle Sez. un. e dalla stessa formulazione let-

terale del principio di diritto, che per queste ultime sia assolutamente da prescegliere la seconda delle due alternative: senonché, come si è detto, una volta scartata l'opzione interpretativa in chiave di mero obbligo, ed inquadrata più correttamente la consegna nell'ottica del perfezionamento del contratto (rappresentando, cioè la *traditio* del documento contrattuale al cliente il momento perfezionativo del contratto), e non in quella della forma, parrebbe inevitabile concludere che non già di nullità (per difetto di forma) si tratterebbe, ma semmai di incompletezza della fattispecie perfezionativa del contratto. La qual cosa potrebbe rischiare – a ben vedere – di determinare un arretramento, invece che un avanzamento, della tutela del cliente, in quanto la limitazione dei poteri di impugnativa risulta dalla norma limitato ai casi di “inosservanza della forma prescritta”, e non pare *sic et simpliciter* estendibile alle ipotesi di radicale mancato perfezionamento del contratto.

Di una possibile siffatta conseguenza le Sezioni unite non paiono essersi rese particolarmente conto, ed in questo senso non sembrano avere fatto tesoro dell'insegnamento per cui, *in subiecta materia*, molto spesso *less is more*⁴⁴. In realtà, infatti, una volta qualificata la mancata consegna al cliente dell'esemplare⁴⁵ del contratto in termini, sempre e comunque, di grave inadempimento di un'obbligazione scaturente dalla conclusione del contratto quadro (o del contratto bancario), in quanto – per usare le parole delle stesse Sezioni unite – la mancata consegna impedisce al cliente di avere piena contezza “degli specifici servizi forniti, della durata e della modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione”, l'effetto utile, in chiave rimediabile, per il cliente non sarebbe molto diverso⁴⁶, rispetto a quello ipoteticamente scaturente da un (peraltro a nostro parere erroneo) inquadramento in termini di nullità⁴⁷, o addirittura di inesistenza.

Resta però il fatto che, avendo le Sez. un. optato per una siffatta soluzione interpretativa del dettato dell'art. 23 t.u.f., deve tassativamente escludersi che si dia il regolare perfezionamento di una fattispecie idonea a sorreggere le singole operazioni di investimento e disinvestimento, ogni qual volta non risulti acquisita agli atti processuali la prova dell'intervenuta consegna di una copia di un esemplare del contratto quadro al cliente.

⁴² Punto di vista che, effettivamente, rischia di lasciare eccessivamente esposta la soluzione adottata alle obiezioni di coloro i quali negano l'esclusività della funzione informativa, rispetto alla previsione formale di cui all'art. 23 t.u.f. (e di cui all'art. 117 t.u.b.).

⁴³ Cfr. tra gli altri, in tal senso, M. Maggiolo, *op. cit.*, 478, nota 45.

⁴⁴ Cfr., sul punto, A. Perrone, *Regole di comportamento e tutele degli investitori* – Less is more, in *Banca Borsa*, 2010, I, 537 e segg.

⁴⁵ A proposito dell'ulteriore *querelle* terminologica relativa al-

l'utilizzo nella disciplina primaria della parola esemplare, ed in quella secondaria della parola copia, siamo d'accordo con chi (ancora, M. Maggiolo, *op. cit.*, 481, nota 57) non ritiene di dovervi ricondurre un particolare significato.

⁴⁶ Analogamente, sempre M. Maggiolo, *op. cit.*, 478.

⁴⁷ Ove l'unica differenza, invero, consisterebbe nella possibilità del rilievo d'ufficio da parte del giudice nell'interesse del cliente, a fronte dell'istanza di parte, indefettibilmente prevista in caso di risoluzione.

Ed in tal senso appare dunque cruciale la presenza, nel documento acquisito al processo, della dichiarazione da parte del cliente di avere ricevuto detto esemplare⁴⁸ (ancorché, nella prospettiva adottata con riferimento al tema della sottoscrizione, non avrebbe più alcun rilievo il fatto che la dichiarazione *de qua* ricomprenda anche la circostanza che detto esemplare recasse la sottoscrizione di un soggetto legittimato a rappresentare la banca o l'intermediario). Tuttavia, essendo la *traditio* del documento contrattuale un fatto, ancorché determinante ai fini del perfezionamento del contratto, la relativa prova potrebbe essere a nostro avviso fornita con qualunque mezzo, senza dover ricorrere al disposto di cui all'art. 2724, n. 3, c.c.

Resta, infine, il dubbio di cosa possa accadere se il documento presente agli atti, recante la sola sottoscrizione del cliente, non sia configurato in termini di "contratto", ma di mera "proposta contrattuale", indirizzata dal cliente, in qualità di soggetto formalmente proponente, ma beninteso non "predisponente" del modulo contenente le condizioni generali di contratto utilizzate dalla controparte, la quale nella vicenda figura dunque come "destinatario" di una proposta⁴⁹.

Analizzata la questione alla luce dell'affermata non essenzialità della sottoscrizione da parte (di un rappresentante) della banca, o del diverso intermediario, parrebbe potersi concludere nel senso della possibilità di inferirne l'accettazione a seguito dell'intervenuta esecuzione del contratto (ed in tal caso, la disciplina pattizia applicabile non potrebbe essere che quella contenuta nella proposta); rimarrebbe, tuttavia, sempre aperto il problema relativo alla consegna al cliente dell'esemplare del contratto, apparendo ben possibile che la banca, o l'intermediario, dopo averne raccolto la proposta, non gliene abbiano lasciato copia.

Va da sé che, in tal caso, la prova dell'intervenuta consegna (che, come si è detto, nella prospettazione delle Sez. un. condiziona il perfezionamento del contratto) andrebbe verosimilmente fornita con altri mezzi, diversi dall'improbabile presenza di una dichiarazione "confessoria" dello stesso cliente, contenuta in quella che si manifesta nei termini di una mera proposta contrattuale, e non già di un contratto vero e proprio già perfezionatosi.

Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione

Marco Ticozzi*

Da alcuni anni è emersa in modo rilevante la questione della forma scritta dei contratti bancari e finanziari. Le disposizioni, in entrambe le ipotesi, indicano che il contratto deve essere redatto per iscritto, che una copia deve essere consegnata al cliente e che l'eventuale invalidità connessa all'assenza di tale forma scritta può essere fatta valere dal solo cliente. Essendo frequente che nei giudizi venga prodotto il contratto sottoscritto dal solo cliente, la sentenza in commento si chiede se, superate dalla giurisprudenza altre diverse soluzioni, si possa ritenere che la particolare natura dell'invalidità (di protezione) possa portare a rigettare l'eccezione di nullità formulata dal cliente per la mancanza di firma della banca, quantomeno ove si possa ritenere raggiunto lo scopo informativo sotteso alle previsioni in questione.

Introduzione

Negli ultimi anni, per diverse ragioni, frequentemente si è discusso in giudizio della validità del contratto bancario prodotto in giudizio con la sola sottoscrizione del cliente.

Il problema si è posto sia per i rapporti di conto corrente che per quelli concernenti gli investimenti finanziari. Questo per due ragioni principalmente. Da un lato, nelle due ipotesi erano analoghe le prassi bancarie sulle modalità operative di conclusione di tali contratti (su cui torneremo subito). Dall'altro, in entrambe le ipotesi, le previsioni del Testo Unico Bancario (D.Lgs. n. 385/1993) e di quello Finanziario (D.Lgs. n. 59/1998) prevedono una nullità di protezione formulata in termini sovrapponibili: l'art. 117

t.u.b., infatti, indica che "i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti". L'art. 127 t.u.b. precisa però che "le disposizioni del presente titolo sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente [...] Le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice". In modo analogo l'art. 23 t.u.f. prevede che "i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento [...] sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti [...]. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo [...]. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente".

Quanto alle ricordate prassi bancarie, era frequente (oggi pare meno) che, in tale ambito, fossero conclusi

⁴⁸ Il fatto che la banca produca in giudizio una copia del contratto firmato dal cliente, non significa infatti, automaticamente, che quest'ultimo abbia ricevuto la consegna del prescritto esemplare, essendo ben possibile che la banca glielo abbia fatto sottoscrivere, ma non glielo abbia poi consegnato.

⁴⁹ Trattasi di ipotesi che, per quanto a nostra conoscenza, ve-

niva sovente utilizzata in passato, ma in epoca più recente sembrerebbe meno diffusa. Vi si sofferma, tra gli altri, M. Maggiolo, *op. cit.*, 468 e seg., pervenendo comunque alla conclusione che nulla immuterebbe.

* Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

contratti non con un documento unitario riportante le sottoscrizioni di entrambe le parti, ma attraverso l'utilizzo di documenti separati, ognuno sottoscritto da una parte. Come noto, certamente la conclusione di un contratto può risultare da un unico documento, sottoscritto da entrambe le parti, ma può anche risultare da documenti separati¹: quel che rileva è che questi documenti, nel loro complesso, manifestino l'incontro di volontà delle due parti².

Più in particolare, erano due le modalità operative con le quali venivano formalizzati i contratti bancari con documenti separati: vi era, anzitutto, lo scambio di una proposta e di un'accettazione, la quale ultima era rappresentata da una comunicazione del cliente che, trascritto il contenuto di una proposta che si confermava essere stata ricevuta dalla banca, indicava di accettarne il contenuto; vi era, poi, la sottoscrizione di due separate copie del medesimo documento contrattuale (una per la banca e una per il cliente), nelle quali si dava atto di aver ricevuto la copia sottoscritta dall'altra parte.

Il problema oggi risolto dalla sentenza Cass. Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898 ha un grande rilievo proprio alla luce di questa modalità pratica di conclusione dei contratti. Quando la banca agiva in giudizio per far valere, ad esempio, un suo credito utilizzando il contratto costitutivo del rapporto che era nella sua disponibilità, ovvero la lettera di accettazione del cliente che attestava il contenuto e la ricezione della proposta della banca oppure la copia del contratto sottoscritta dal cliente, che però dava atto di aver ricevuto altra copia sottoscritta dalla banca, riusciva a documentare solo la sottoscrizione del cliente e, al più, la sua attestazione di aver ricevuto un analogo documento sottoscritto dalla banca.

Ovviamente la problematica rileva anche nei con-

tenziosi azionati dai clienti, i quali generalmente non producono in giudizio la copia sottoscritta dalla banca in loro possesso ma agiscono invocando l'assenza del contratto: a fronte dell'utilizzo da parte della banca, per resistere alle richieste del cliente, del contratto sottoscritto dal solo cliente, è frequente che i clienti contestino l'assenza di sottoscrizione della banca e, dunque, l'invalidità del rapporto.

Precedenti soluzioni al problema

Prima della recente decisione Cass., Sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898 – la cui soluzione, fondata sulla circostanza che nel caso di specie ci troviamo di fronte a una nullità di protezione, era già stata anticipata da una parte della giurisprudenza di merito³ – si erano utilizzati altri principi per risolvere le liti che dovevano decidere se fosse valido o meno il contratto documentato solo attraverso la sottoscrizione del cliente.

Da un lato, si era sostenuto in passato che la sottoscrizione mancante potesse essere sostituita dalla produzione in giudizio da parte del soggetto che intendeva far valere il contratto e la cui sottoscrizione mancava⁴. Anche in tale più risalente giurisprudenza non mancavano le precisazioni, essendovi ipotesi in cui tale soluzione non poteva operare: ad esempio, nel caso in cui il soggetto che aveva espresso il consenso con la sottoscrizione, avesse revocato tale consenso prima della produzione ad opera dell'altra parte⁵; o ancora, quando il soggetto che aveva prodotto il documento non sottoscritto fosse un successore dell'originaria parte non firmataria⁶.

Ma tale impostazione è stata di recente correttamente superata: se è sostenibile il principio per il quale la produzione funge da sottoscrizione, ciò comunque può valere solo per il futuro e non certo per sanare retroattivamente il contratto⁷.

¹ Sul tema si veda l'amplessima monografia in due volumi di Ravazzoni, *La formazione del contratto*, I (Le fasi del procedimento), Milano, 1974.

² In questo senso, ad esempio, Cass., 13 luglio 1993, n. 7747 e, più di recente, Cass., 13 febbraio 2007, n. 3088 per la quale “ai fini della sussistenza del requisito della forma scritta nei contratti non occorre che la volontà negoziale sia manifestata dai contraenti contestualmente e in un unico documento, dovendosi ritenere il contratto perfezionato anche qualora le sottoscrizioni siano contenute in documenti diversi, anche cronologicamente distinti, qualora, sulla base di una valutazione rimessa al giudice di merito, si accerti che il secondo documento è inscindibilmente collegato al primo, sì da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo”.

³ Così ad esempio App. Venezia, 15 giugno 2016, n. 1377, in *Foro Pad.*, 424 e segg. per la quale “nelle ipotesi, come quella che ne occupa, nelle quali la legittimazione ad agire per la declaratoria di nullità del negozio è circoscritta a una parte soltanto deve conseguentemente ritenersi che la forma prevista non sia un requisito indefettibile della manifestazione della volontà contrattuale dettato da preminenti esigenze di indole pubblicistica, in quanto, in assenza dell'iniziativa del soggetto legittimato, quella manifestazione di volontà, pur non tradottasi nella forma stabilita dal legislatore, è comunque idonea a produrre ogni effetto come se quella mancanza non esistesse, e non espone il contratto alla azio-

ne di qualsiasi terzo interessato alla sua caducazione né alle consuete conseguenze del rilievo officioso da parte del giudice”. Ma, in questo, senso, anche precedentemente si erano espresse ad esempio Trib. Mantova, 16 febbraio 2016, in *Il Caso.it*, 2017; Trib. Venezia, 7 dicembre 2012, in *Il Caso.it*, 2013.

⁴ Ad esempio Cass., 16 maggio 2006, n. 11409 (ma in modo analogo anche Cass., 23 maggio 2006, n. 12120) ha indicato che “in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta equivale a sottoscrizione, perfezionando il contratto, solo a condizione che l'atto sia stato prodotto al fine di invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti”.

⁵ In questo senso Cass., 12 giugno 2006, n. 13548.

⁶ Cass., 25 febbraio 2004, n. 3810 indica ad esempio che “la produzione in giudizio di una scrittura privata priva di firma da parte di chi avrebbe dovuto sottoscriverla equivale a sottoscrizione a condizione che tale produzione avvenga ad opera della parte stessa e non anche (come nella specie) del suo erede, atteso che la manifestazione di volontà contrattuale, propria del soggetto contraente, non può essere espressa da altri”. Ma si pensi a tutte le ipotesi di cessione di sportelli bancari con i relativi contratti o di cessione di rami d'azienda: il soggetto che successivamente si trova ad agire non è più la parte dell'originario contratto.

⁷ La più recente giurisprudenza ha sottolineato che “in tema di

Dall'altro lato, si discuteva se nei contratti per i quali era richiesta la forma scritta, fosse davvero necessaria la presenza in causa di entrambe le copie sottoscritte dalle due parti per ritenerlo validamente concluso⁸. In particolare, la questione era ed è se l'assenza del contratto sottoscritto dalla banca sia essenziale anche laddove il cliente dia atto nella lettera di accettazione di aver ricevuto una precedente proposta della banca di cui trascrive il contenuto oppure dia atto di aver ricevuto altra analoga copia del contratto sottoscritto dall'altra parte. Le soluzioni al riguardo non sono omogenee: se, in precedenza, si era indicato che il contratto fosse in tal caso valido⁹, poi vi sono state sentenze recenti contrarie¹⁰, contestate però da un'ulteriore e ancora più recente decisione¹¹.

La questione, quantomeno per i contratti bancari, è superata dalla sentenza Cass. Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898 su cui ora ci soffermeremo, che però fonda la sua valutazione sulla particolare natura della nullità (di protezione) prevista per i contratti bancari. In termini più generali e, dunque, ove un analogo problema si dovesse porre per contratti per i quali la nullità sia quella assoluta, chiaramente si riaprirebbe la questione. Come detto non è però questo il tema affrontato dalla sentenza in commento: ci siamo limitati a richiamare anche tale questione per ricostruire il contesto giurisprudenziale nel quale si è inserita la sentenza delle Sezioni Unite. Rinviamo, per la specifica questione relativa alla necessaria presenza di entrambe le sottoscrizioni per ritenere rispettato il requisito della forma scritta *ex art* 1325 c.c., al commento che avevamo a suo tempo fatto a una delle decisioni sopra richiamate su questo tema¹².

L'interesse tutelato dalla previsione di una forma scritta per i contratti bancari

La sentenza in esame, come anticipato, muove da una diversa impostazione, che in concreto arriva a ritenere non necessaria la presenza della sottoscrizione della banca.

Tale soluzione deriva dalla considerazione per la quale le previsioni che fissano la necessità della forma scritta dei contratti bancari sono previste a pena di nullità di protezione.

Occorre ora verificare se tale soluzione sia corretta alla luce della disciplina delle nullità di protezione.

Come noto, i confini e i contenuti delle nullità di protezione non sono ben delineati: pur in assenza di una disciplina generale di tale nullità, si tende ad escludere che si tratti di quella della nullità in senso proprio (art. 1418 c.c.), ricostruendone la disciplina sulla scorta delle varie previsioni di nullità di protezione che nel tempo sono state emanate. Di qui la tesi per cui, se nel singolo caso sia prevista una nullità di protezione, questa avrebbe le caratteristiche e i contenuti propri di tale invalidità (rilevabilità da parte della sola parte debole; rilevabilità d'ufficio ma solo a protezione della parte debole; ecc.) anche se non integralmente richiamati nel caso specifico¹³. E tale carattere speciale della nullità di protezione rispetto a quella generale può avere rilievo al fine di ritenere corretta la lettura delle Sezioni unite che stiamo esaminando¹⁴. Da tale prospettiva, effettivamente le disposizioni sopra ricordate (artt. 117 e 127 t.u.b. e 23 t.u.f.)¹⁵ fanno riferimento in modo chiaro a una tale tipologia di invalidità, caratterizzata proprio dall'esi-

contratti per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, la produzione in giudizio della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta realizza un equivalente della sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del contratto con effetti *ex nunc* e non *ex tunc*, essendo necessaria la formalizzazione delle dichiarazioni di volontà che lo creano; ne consegue che tale meccanismo non opera ai fini della validità del successivo ordine di acquisto di strumenti finanziari, che richiede a monte (e non *ex post*) un valido contratto quadro" (Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; in modo analogo anche Cass., 3 gennaio 2017, n. 36).

⁸ Maggiolo, *Servizi ed attività di investimento*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 2012, 469 per il quale tali contratti si concludono ai sensi dell'art. 1341 c.c.: il contratto sarebbe concluso in presenza di un modulo predisposto dalla banca con la successiva adesione del cliente.

⁹ Cass., 12 dicembre 2007, n. 26010; Cass., 22 marzo 2012, n. 4564.

¹⁰ Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395.

¹¹ Cass., 24 agosto 2016, n. 17290.

¹² Ticozzi, *Il contratto con forma scritta: la mancanza di sottoscrizione di una parte e la confessione dell'altra – Sentenze di merito contro una inedita sentenza della Cassazione*, *Giur. It.*, 2012, 315 e segg.

¹³ Sulla questione: Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 176 e segg.; Putti, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto Civile* diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, III; *Obbligazioni*, 2, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 953; D'Amico, *Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Con-*

tratti, 2009, 739; Scalisi, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2001, 489 e segg.; Mantovani, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato de contratto* Roppo, IV, *Rimedi* – 1, a cura di Gentili, Milano, 2006, 13 e segg.; Girolami, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; Gentili, *La "nullità di protezione"*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2011, 77 e segg.; Alessi, *"Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2014, 1141 e segg.; Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2017.

¹⁴ Pagliantini, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, 6, 679 e segg., infatti, evidenzia in attesa delle Sezioni unite, che "se infatti la forma di protezione deroga alla forma *ad substantiam* ma restando nel solco della sua *ratio*, nulla quæstio: l'ordinanza 10447/2017 è un "frutto avvelenato", che accosta frammenti di norme irriducibili *ad unitatem*, perché l'art. 23 t.u.f. non è una norma interamente autosufficiente. Viceversa, se la forma di protezione la si intende speciale non come particolare bensì a guisa di un *quid alii*, perché obbedirebbe nella sostanza ad un'altra *ratio*, allora l'ordinanza della Prima Sezione non è liquidabile come una voce dal sen fuggita perché la forma di protezione non sarebbe specie di un genere bensì un altro genere funzionale ad una speciale politica del diritto".

¹⁵ Maffei, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contratti*, 2017, 393 e

genza di tutelare una parte, attribuendo solo a lei la possibilità di far valere il vizio.

Un altro aspetto da considerare per valutare se la soluzione ipotizzata dalla sentenza sia corretta, è quello di valutare se l'eccezione della parte che deriva dalla nullità di protezione sia disponibile o meno. Se si trattasse di un'eccezione della quale la parte debole non può disporre o che il giudice comunque deve far valere non solo nell'interesse di tale soggetto ma anche nell'interesse della collettività, non si potrebbe ammettere di limitare l'operatività della previsione: il giudice non potrebbe certo sindacare la scelta della parte legittimata che fa valere l'eccezione.

Come potrebbe respingersi l'eccezione di nullità che si faccia valere quando pur si sia raggiunto lo scopo di tutelare la parte del contratto protetta se quella disposizione tutela anche un interesse ulteriore e generale? In tale ipotesi, infatti, anche a prescindere dal comportamento in ipotesi opportunistico del contraente protetto, vi sarebbe comunque la necessità di dichiarare la nullità.

Su questo aspetto, che ci sembra decisivo, di fronte al rilievo della dottrina che ha sottolineato come tali disposizioni sarebbero dirette anche a garantire una buona organizzazione interna della banca, le Sezioni Unite si soffermano solo in due brevi passi in cui evidenziano che "la finalità protettiva nei confronti dell'investitore si riverbera in via mediata sulla regolarità e trasparenza del mercato del credito" e che

quella impostazione non viene accolta, trattandosi di "un'ottica esasperatamente sanzionatoria [che] perviene ad un risultato manifestamente sproporzionato rispetto alla funzione a cui la forma è qui preordinata".

In realtà, la valutazione circa eventuali interessi generali protetti da disposizioni di questo tipo è complessa e merita un approfondimento, pur nel breve spazio qui concesso. Al riguardo riteniamo condivisibile l'impostazione di Perlingeri¹⁶, secondo il quale occorre distinguere caso per caso, dovendosi valutare se la specifica previsione di nullità di protezione sia posta a presidio del solo interesse della parte debole oppure se, nel contempo, protegga anche l'interesse generale.

Ovviamente, in termini generali, le ipotesi di nullità di protezione sono molto diverse le une dalle altre e non è certo questa la sede per una valutazione complessiva delle varie fattispecie. Limitandoci alla questione che ci occupa, proprio a proposito delle nullità di protezione che impongono una forma del contratto, Perlingeri evidenzia condivisibilmente che la nullità protegge proprio il solo interesse del cliente, essendo posta a presidio del suo diritto a essere adeguatamente informato¹⁷.

La tesi non è condivisa da tutti¹⁸, essendosi peraltro evidenziato che occorrerebbe quantomeno provare che la sottoscrizione del solo cliente sia sufficiente al superamento dell'asimmetria informativa¹⁹. Al riguar-

segg., nell'attesa delle Sezioni Unite, evidenzia come la disciplina delle due ipotesi sia analoga, con la conseguenza che la soluzione che sarà adottata varrà per entrambe le fattispecie. Pagliantini, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma* cit., 679 e segg. sottolinea, sempre in relazione alla rimessione della questione alle Sezioni Unite, che "il quesito posto dalla Prima Sezione è, nella sostanza, potenzialmente capace di abbracciare tutto il comparto dei contratti asimmetrici b2c e b2b".

¹⁶ Perlingeri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011.

¹⁷ Perlingeri, cit., 59-60. Sul fatto che la forma assolve in questi casi a una funzione di garanzia del soggetto debole si veda anche: Lener, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996; Beri De Marinis, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013; Addis, "Neoformalismo" e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, 6 e segg.; Putti, *Diritto e nuove tecnologie: il caso del formalismo negoziale*, in *Contratto e Impresa*, 2014, 1229 e segg.; Favale, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contr. Impr./Europa*, 2012, 582; Modica, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle corti di merito*, in *Contratto e Impresa*, 2011, 16; Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 97.

¹⁸ La tesi, infatti, è contestata da altra parte della letteratura, per la quale la funzione della regola sarebbe anche quella di tutelare i mercati finanziari: Maffei, cit., 401 indica che "non credo che l'ordine pubblico sotteso alle norme imperative, di condotta e di struttura, sia un ordine pubblico di protezione dell'investitore o del cliente, ma credo che sia un ordine pubblico di direzione e così sia ispirato, e debba interpretarsi ed applicarsi, alla luce della superiore esigenza di garantire la fiducia ed integrità dei mercati, ciò che solo mediamente, e non sempre, conduce, con riguardo all'applicazione di questa o quella specifica regola, a proteggere gli investitori". In modo analogo, Cusumano, *Forma e*

formalismo nell'intermediazione finanziaria: come tutelare in concreto l'investitore?, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, 7-8, 933 sottolinea che "tali nullità sono quindi poste nell'interesse individuale e per la protezione del contraente la cui scelta sia ad alto rischio di irrazionalità, ma anche e soprattutto nell'interesse generale e per l'efficienza del mercato. Ciò realizza nell'immediato l'interesse privato. Ma mediamente realizza l'interesse generale". Anche per Amagliani, *La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle Sezioni Unite*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2017, 10, 1363 e segg. le previsioni in esame non tutelerebbero il solo cliente. Oppure, da altra prospettiva, si è detto che la sua funzione sarebbe comunque anche quella di "garantire la certezza e la ponderazione del testo contrattuale" (Catalano, *Contratti solenni, forma scritta ad substantiam in funzione protettiva ed equipollenti della sottoscrizione: note critiche*, in *Banca Borsa*, 2016, II, 21). Per Romano, *La nullità del contratto quadro d'investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario tra vestimentum negotii, "forma informativa" e uso selettivo del rimedio di protezione. Aspettando le Sezioni Unite*, in *Dir. Banca*, 2017, 592 e segg., invece, la funzione informativa si aggiungerebbe a quella strutturale, senza sostituirla. Lombardi, *L'essenzialità della forma nel contratto di investimento*, in *Contratti*, 2017, 5, 509 e segg. evidenzia che "se la forma scritta ad substantiam rappresenta il massimo requisito formale, tale deve rimanere e non si può eludere la disciplina invocando comportamenti concludenti, benché sufficienti a dimostrare la volontà dei contraenti".

¹⁹ Amagliani, *op. cit.*, 1363 e segg., indica che "ove la nullità fosse apertamente condizionata al superamento della situazione di asimmetria informativa, se ne dovrebbe coerentemente ipotizzare l'applicazione solamente in via subordinata all'accertamento in concreto di tale circostanza, per negarsene l'ingresso ove la verifica in tal senso dia esito negativo ovvero si dimostri che, eventualmente aliunde ed a prescindere dallo strumento formale, tale asimmetria è stata di fatto colmata".

do, però, ci pare che anche l'indicazione normativa per la quale la banca deve consegnare una copia al cliente sia indicativa del fatto che il legislatore, nel caso di specie, abbia messo al centro della tutela proprio l'interesse del cliente ad essere adeguatamente informato. Ulteriori interessi indiretti certo possono essere prospettati ma sembrano rimanere inespressi o del tutto secondari. E, al riguardo, sembra corretta l'indicazione della sentenza qui in commento, per la quale occorre procedere a un'interpretazione equilibrata tra gli interessi contrapposti: da tale prospettiva, l'eventuale interesse generale secondariamente tutelato potrebbe fondare una nullità solo laddove l'interesse protetto dalla nullità assoluta venga davvero coinvolto, anche al fine di evitare conseguenze distorte o anche opportunistiche²⁰.

Ci sembra confermato, quindi, che vi è protezione del solo contraente debole in tutti quei casi "nei quali è stato violato l'obbligo della forma scritta dell'informazione, ma comunque l'informazione (dovuta) è arrivata al consumatore (oralmente o telematicamente) senza che questa circostanza si sia ripercossa sull'equilibrio contrattuale, determinando svantaggi concreti, pregiudizi o iniquità effettive per il contraente debole. Sono ipotesi nelle quali si configura una deroga alla volontà del legislatore sul piano meramente formale, ma se ne rispetta l'intenzione sostanziale e l'interesse protetto (come, ad esempio, l'equilibrio contrattuale). In tali casi l'informazione, pur se comunicata oralmente, ha comunque raggiunto il consumatore senza comportare per lui svantaggi o squilibri (informazione comunicata oralmente o in forme diverse da quelle prescritte dalla legge – anche telematicamente – senza, tuttavia, che questo abbia determinato uno squilibrio contrattuale, uno svantaggio o un pregiudizio per il contraente protetto)"²¹. Così è, in particolare, anche nel caso delle previsioni sopra richiamate e di cui agli artt. 117 e 127 t.u.b. e 23 t.u.f.

Perlingerì, che analizza la possibilità che, in questi casi, la parte protetta rinunci preventivamente all'eccezione di nullità attraverso la convalida del contratto, giunge a concludere in senso positivo quando appunto lo scopo sia stato raggiunto e non sia in gioco la protezione di un interesse generale: sarebbe quindi possibile che il soggetto tutelato convalidi il contratto,

rinunciando non solo *ex post* ma anche in via preventiva e generale a far valere l'invalidità²².

Ci pare che la sentenza in esame, con una motivazione davvero succinta, muovendo da questa impostazione la dilati al punto che la natura funzionale dell'invalidità debba far ritenere che il requisito della forma scritta del contratto bancario sia rispettato con la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si potrebbe desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti.

Inquadramento giuridico e conclusioni

Condividiamo la valutazione per la quale nel caso di specie le disposizioni coinvolte rappresentino nullità di protezione e non siano indicative della volontà di tutelare un interesse generale e condividiamo pure la soluzione pratica accolta, per la quale la mancanza di firma della banca non può portare alla dichiarazione di nullità. Abbiamo, invece, qualche dubbio sull'inquadramento giuridico e sulla giustificazione di una tale soluzione.

Entrambe le disposizioni sopra ricordate non indicano che il contratto deve essere firmato dal solo cliente, ma che deve essere redatto per iscritto: un'interpretazione letterale dovrebbe portare a pretendere appunto la firma di entrambe le parti.

Come superare tale prescrizione?

Le strade per giungere ad una conclusione differente ci sembrano due.

La prima è basata su una interpretazione restrittiva della previsione ed è quella che pare emergere dalla sentenza: l'imposizione della forma scritta, in questo caso, ha la funzione di tutelare la parte debole e serve per assicurarsi che sia informata; dunque, la disposizione va interpretata nel senso che occorre la sottoscrizione di quel soggetto, non essendo necessaria quella dell'altra parte, giacché appunto ciò è sufficiente per garantire il raggiungimento dello scopo sotteso a tale disciplina.

Si tratta di una lettura possibile, che mette al centro la *ratio* della legge, ma che sembra forzare esageratamente il tenore letterale della disposizione²³.

Una strada diversa, forse più convincente, è quella

²⁰ La sentenza qui in commento, infatti, evidenzia che "può affermarsi che nella ricerca dell'interpretazione preferibile, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l'interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche".

²¹ Perlingerì, *op. cit.*, 59-60.

²² Perlingerì, *op. cit.*, 64: "il contratto affetto da nullità di protezione è convalidabile, anche tacitamente, qualora il vizio di nullità riguardi solo la forma del contratto [...] senza aver comportato, di fatto, un disvalore funzionale del regolamento di interessi o

uno squilibrio lesivo del contraente debole". Ammettono la convalida in ipotesi di nullità di protezione anche Girolami, *op. cit.*, 1633 e segg. e Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 172 e segg. In senso contrario alla possibilità di sanare una nullità di protezione sembrano invece Passagnoli, *op. cit.*, 189 e segg.; Russo, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, 214; Gentili, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti a cura di Rescigno*, Gabrielli, *I contratti in generale*, Torino, 2006, 1593 e segg.

²³ La letteratura, infatti, da tale profilo evidenzia che "all'interprete medio dovrebbe bastare il rilievo che l'art. 23 t.u.f. non contiene nessuna deroga espressa al disposto dell'art. 2702 c.c. e, non dandosi qui allora una norma speciale, è la regola generale, fondante l'imputazione di un documento al soggetto che lo sottoscrive, a dover trovare puntuale applicazione" (Pagliantini, *Usi (ed*

che lascia immutato il confine della regola (la forma scritta impone la sottoscrizione di entrambe le parti) ma valuta invece la legittimità in concreto del comportamento del contraente debole: come a dire che, pur essendo possibile che il cliente faccia valere l'eccezione, mancando la sottoscrizione della banca, il limite sarebbe costituito dal suo comportamento in mala fede²⁴. La stessa sentenza a Sezioni Unite, pur non seguendo questa impostazione, evidenzia proprio che, quando la nullità di protezione non protegge un interesse generale, "l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche".

Il carattere funzionale di tale nullità, pur richiamato dalla sentenza in esame, diretto a evitare un uso opportunistico, dovrebbe allora dirigere l'attenzione verso il funzionamento della regola e non verso la sua astratta formulazione. In queste nullità di protezione per il mancato rispetto di una forma informativa, infatti, occorre "una visione non già meramente strutturale ma funzionale del contratto, del rapporto e delle sue vicende, in modo da consentire una valutazione

costante non soltanto della condotta, né dell'atto in sé, ma dell'incidenza del comportamento scorretto sull'atto e sull'attività"²⁵.

In questa lettura funzionale della nullità di protezione, ci sembra che la sottoscrizione del solo cliente non valga di per sé a ritenere rispettato il precetto, che impone che il contratto sia redatto per iscritto, ma costituisca tuttavia la prova del raggiungimento dello scopo perseguito dalla previsione di forma. Da tale prospettiva, l'eccezione del cliente che invoca la mancanza della firma della banca, che dal profilo strutturale potrebbe essere una mancanza rilevante, dal profilo funzionale costituisce una carenza che non ha inciso in alcun modo sulla realizzazione dello scopo della regola, vale a dire appunto assicurare la piena informazione alla parte debole. Vi è allora una sorta di irragionevolezza e incoerenza nell'utilizzo concreto dell'eccezione, che viene invocata pur se è stato raggiunto lo scopo perseguito dalla previsione da cui deriva tale eccezione.

Di qui appunto la contrarietà a buona fede di un tale comportamento, buona fede che paralizza la possibilità di far valere in concreto l'eccezione di nullità per la mancanza della sottoscrizione della sola banca.

Locazione e canone crescente

Cassazione civile, Sez. III, 21 giugno 2017, n. 15348 – Pres. Chiarini – Rel. D'Arrigo – P.M. Basile (diff.) – B. e S. (avv. Roberti) – Pronto Edil srl (avv. Trincia). Conferma App. Venezia n. 632/2014.

Locazione – Locazione di cose – Canone – Adeguamento – Clausole c.d. a scaletta

Alla stregua del principio generale della libera determinazione convenzionale del canone locativo per gli immobili destinati ad uso non abitativo, deve ritenersi legittima la previsione di un canone crescente per frazioni successive di tempo nell'arco del rapporto (c.d. canone a scaletta), purché il criterio della sua progressiva variazione in aumento sia obiettivamente prestabilito, al momento della stipulazione del contratto, e non risulti – dal testo del contratto medesimo o da elementi extratestuali della cui allegazione è onerato chi invoca la nullità della clausola – che le parti abbiano in realtà

perseguito surrettiziamente lo scopo di neutralizzare soltanto gli effetti della svalutazione monetaria, eludendo i limiti quantitativi posti dalla L. n. 392/1978, art. 32 (nella formulazione originaria ed in quella novellata dalla L. n. 118/1985, art. 1, comma 9° sexies), così incorrendo nella sanzione di nullità prevista dal successivo art. 79, 1° comma, stessa Legge.

Locazione – Locazione di cose – Cessione integrale delle quote di una società di persone – Trasferimento anche del contratto di locazione dell'immobile in cui viene esercitata l'attività economica – Applicabilità dell'art. 36, L. n. 392/1978

In tema di locazione ad uso non abitativo, l'art. 36, Legge locazioni – che prevede la responsabilità sussidiaria del cedente dell'azienda, in caso di inadempimento del cessionario – si applica analogicamente anche al caso in cui il contratto di locazione venga trasferito, anziché

abusi) di una concezione teleologica della forma cit., 679 e segg.). Afferni, Rimessa alle Sezioni Unite la questione della nullità del contratto di investimento firmato dal solo cliente, in Società, 2017, 11, 1243 sottolinea che "il requisito della forma scritta del contratto quadro è un requisito di validità. Ciò è confermato dalla circostanza che la legge dispone espressamente la nullità del contratto quadro privo di questa forma. Pertanto, affinché esso sia validamente concluso, è necessario che sia sottoscritto da entrambe le parti, e quindi sia dal cliente che dall'intermediario".

²⁴ In questo senso anche Afferni, cit., 1243, il quale evidenzia che "può esserci spazio invece per l'applicazione del giudizio di buona fede anche alla formulazione di una domanda di accertamento e dichiarazione della nullità del contratto quadro non sot-

toscritto dalla banca e alla conseguente domanda di restituzione del singolo investimento non andato a buon fine. In altre parole, il giudizio di buona fede sembra essere lo strumento più appropriato e più lineare per impedire in casi eccezionali un uso opportunistico del rimedio della nullità relativa, ad esempio quando il contratto quadro non sottoscritto dalla banca abbia avuto esecuzione per molti anni con generale soddisfazione del cliente. Inoltre, il giudizio di buona fede, grazie alla sua elasticità, consentirebbe al giudice di valorizzare in modo adeguato tutte le circostanze del caso concreto".

²⁵ Perlinger, *op. cit.*, 64: ricordiamo che Perlinger ritiene le nullità di protezione per vizi di forma convalidabile e, dunque, astrattamente idonea a portare a nullità.