

Tale rilevante differenza sta ad evidenziare che la imposizione della forma stabilita dall'art. 23 cit. (come nelle altre ipotesi di nullità di protezione: art. 127 T.U.B., art. 36 codice consumo) trova la propria ragion d'essere e, ad un tempo, il proprio limite di operatività nella protezione di una parte, ritenuta dal legislatore bisognosa di tutela in ragione della sua posizione di soggetto non qualificato, non professionista, non dotato di particolari cognizioni tecniche, a fronte di una controparte professionalmente dedita allo svolgimento di attività tecniche che necessitano di peculiari conoscenze e informazioni.

L'interesse generale e superindividuale pure certamente presente anche in tali fattispecie e alla base della previsione della nullità viene peraltro tutelato solo in via indiretta attraverso la valutazione della parte legittimata ed è per tale ragione che in siffatte ipotesi la officiosità prevista dall'art. 1421 c.c., come insegnato nel più recente orientamento delle sezioni unite della Suprema Corte, non può che limitarsi al rilievo della nullità, rimettendo poi la relativa pronuncia "al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela".

Ciò conforta la tesi, ormai accreditata, che la funzione della previsione di tale nullità vada principalmente rinvenuta nella esigenza di assicurare al cliente una adeguata informazione, garantendogli che, attraverso la formalizzazione scritta degli obblighi della banca e dei diritti dell'investitore, costui sia posto in grado di avere un termine chiaro e indiscutibile di riferimento idoneo a colmare quella asimmetria informativa che connota siffatti rapporti contrattuali.

Se questa è, dunque, la funzione che la previsione di forma stabilita dall'art. 23 T.U.F. mira ad assicurare, pare agevole individuarne anche il concreto ambito di operatività.

In altri termini, la deduzione della nullità da parte del cliente nella concreta fattispecie sottoposta alla corte si poggia su di una indispensabilità che la volontà contrattuale di entrambi i contraenti sia estrinsecata per iscritto non ricavabile dalla funzione essenziale della disciplina normativa, tutta imperniata sulla tutela che la forma scritta è in grado di assicurare ad una sola delle parti (alla quale riserva la esclusiva legittimazione ad agire).

Ne viene pure che la trasposizione quasi meccanica operata dalla Suprema Corte nelle richiamate sentenze dei principi declinati dalla giurisprudenza in tema di previsioni di forma scritta *ad substantiam* non risulta condivisibile.

Certamente poi una tale nullità non può ravvisarsi

nel caso in esame, nel quale la posizione del cliente si è incentrata sul mero dato della mancanza di sottoscrizione da parte della banca al contratto, limitando così la rilevanza della questione alla verifica della esternazione nelle forme prescritte dalla legge della volontà contrattuale non propria, ma della banca.

Va rimarcato tale aspetto: il cliente non si è doluto di non aver prestato un consenso informato alla conclusione del contratto, né ha addotto che sia carente un documento contrattuale che rappresenti puntualmente le sua volontà negoziale e neppure ha potuto sostenere che il rapporto non si sia svolto regolarmente e che la banca non abbia dato corso all'esecuzione di esso, ma si è unicamente avvalso della legittimazione di cui al terzo comma dell'art. 23 t.u.f. per dedurre ed eccepire la mancanza della sottoscrizione in calce a quel contratto da parte della banca.

Ponendosi nella prospettiva della funzione che alla previsione di forma è stata assegnata dal legislatore l'eccezione del cliente circa la mancanza di sottoscrizione della banca non può che risultare del tutto priva di fondamento, siccome non pertinente all'esigenza che quella prescrizione formale è volta ad assicurare, finendo per trasformare un presidio posto a tutela della informata e consapevole partecipazione dei clienti in un formalistico strumento per conseguire risultati del tutto al di fuori delle previsioni e dello scopo della norma.

Se dunque questo è il tratto caratterizzante la disciplina normativa non pare che la motivazione, pur così autorevolmente espressa nelle sentenze del supremo collegio innanzi richiamate, abbia affrontato la questione della differenza specifica fra la nullità di ordine generale e quella speciale prevista nell'art. 23 cit., operando una poco condivisibile assimilazione di questa a quella.

Il collegio ritiene pertanto che non sussistano sufficienti ragioni per discostarsi dal suo precedente orientamento e che la invocata nullità del contratto quadro, in quanto in aperto contrasto con la ratio di essa, non può che risultare del tutto infondata, onde il motivo di appello sul punto non merita accoglimento.

(Omissis)

☆☆☆

(1) BUONA FEDE, FORMA SCRITTA E NULLITÀ DI PROTEZIONE IN RELAZIONE AL CONTRATTO SOTTOSCRITTO DAL SOLO CONTRAENTE DEBOLE

INTRODUZIONE

La sentenza in esame si inserisce, con una prospettiva differente, nel recente dibattito relativo alla validi-

tà del contratto bancario sottoscritto dal solo cliente. È frequente, infatti, che in tale ambito i contratti si concludano attraverso lo scambio di lettere e, dunque, con documenti separati riportanti ognuno la sottoscrizione di una parte. A distanza di tempo, poi, nei contenziosi che si originano in relazione a tali rapporti, accade talvolta che la banca produca solo la copia a sue mani, vale a dire quella sottoscritta dal cliente, non avendo invece più, nemmeno in copia, quella da lei sottoscritta e consegnata al cliente stesso.

Di qui il problema esaminato nella sentenza in commento e, ancor prima, affrontato anche recentemente dalla Suprema Corte in ordine alla validità del contratto sottoscritto da una sola parte in assenza del documento che dimostri la sottoscrizione anche dell'altra.

LE RECENTI SENTENZE DELLA SUPREMA CORTE

Come anticipato la Suprema Corte ha affrontato al momento la questione da una prospettiva diversa rispetto a quella di questa sentenza. Anzi, la Corte d'Appello di Venezia muove proprio da queste recenti sentenze per giustificare la sua decisione in senso opposto, che si fonda su una differente impostazione.

Le più o meno recenti sentenze dalla Suprema Corte, infatti, hanno esaminato la questione relativa alla necessaria presenza in causa di entrambe le copie sottoscritte dalle due parti per ritenere validamente concluso un contratto per il quale sia richiesta la forma scritta. In particolare, la questione era ed è se l'assenza del contratto sottoscritto dalla banca sia essenziale anche laddove il cliente nella lettera di accettazione dia atto, trascrivendone il contenuto, di aver ricevuto una precedente proposta della banca. Le soluzioni al riguardo non sono omogenee: se in precedenza, si era indicato che il contratto fosse in tal caso valido (1), poi vi sono state appunto delle recenti sentenze contrarie (2), contestate però da un'ulteriore e ancora più recente decisione (3).

Non è questo però il tema della sentenza in commento, che muove da queste valutazioni per proporre una soluzione che si fonda sull'applicazione di principi diversi. Per tale ragione, in merito a tale tema, rinviando al commento che avevamo a suo tempo fatto a una di queste decisioni (4), che ci sentiamo di confermare anche alla luce delle più recenti sentenze.

(1) Cass. 12 dicembre 2007, n. 26010; Cass. 22 marzo 2012, n. 4564.

(2) Cass. 24 marzo 2016, n. 5919; Cass. 11 aprile 2016, n. 7068; Cass. 27 aprile 2016, n. 8395.

(3) Cass. 24 agosto 2016 n. 17290.

(4) 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, p. 315 ss.

UNA DIVERSA IMPOSTAZIONE DELLA QUESTIONE

La sentenza in esame, invece, 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 nullità di protezione.

L'art. 117 TUB, infatti, indica che «i contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti». L'art. 127 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 TUF 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».

Si tratta – indica la sentenza – di previsioni volte ad assicurare nel caso specifico un'adeguata informazione al cliente, che dunque certo ha la possibilità di far valere lui solo la nullità, ma solamente ove la previsione non abbia raggiunto il suo scopo.

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

LA 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 a considerare che questa non sia rappresentata da quella della nullità in senso proprio (art. 1418 c.c.) ma derivi dalle varie previsioni di nullità di protezione che nel tempo sono state adottate: e così, 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 specifico (5).

Da tale prospettiva, effettivamente le disposizioni sopra ricordate (artt. 117 e 127 TUB e 23 TUF) fanno riferimento in modo chiaro a una tale tipologia di

(5) Sulla questione: PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 176 ss.; PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto Civile* diretto da Lipari e Rescigno, coordinato da Zoppini, III; *Obbligazioni*, 2, *Il contratto in generale*, 2009, p. 953; D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 739.

invalidità, caratterizzata proprio dall'esigenza 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 dirsi contraria a buona fede o infondata l'eccezione di nullità che si faccia valere quando sia raggiunto lo scopo di tutelare la parte del contratto protetta se quella disposizione tutela anche la collettività? In tale ipotesi, infatti, anche a prescindere dal comportamento in ipotesi opportunistico del contraente protetto, vi sarebbe comunque la necessità di dichiarare la nullità.

La questione è complessa e meriterebbe una trattazione specifica, che in questa sede non è possibile venendo toccata solo indirettamente dalla sentenza. Riteniamo peraltro condivisibile l'impostazione di Perlingeri (6) che distingue caso per caso, dovendosi valutare di volta in volta 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 le fattispecie in questa prospettiva sono molto differenti. Ma, proprio a proposito delle nullità di protezione che impongono una forma del contratto, l'autore evidenzia correttamente che la nullità protegge proprio il solo interesse del cliente, essendo posta a presidio del suo diritto a essere adeguatamente informato (7). 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,

(6) PERLINGERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011.

(7) Sul fatto che la forma assolva 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*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012, p. 6 ss.; PUTTI, *Diritto e nuove tecnologie: il caso del formalismo negoziale*, in *Contratto e impr.*, 2014, p. 1229 ss.; FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2012, p. 582; MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle corti di merito*, in *Contratto e impr.*, 2011, p. 16.

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)» (8). Così è, in particolare, anche nel caso delle previsioni sopra richiamate e di cui agli artt. 117 e 127 TUB e 23 TUF.

Perlingeri, che analizza nella sua opera la possibilità che la parte protetta in tali fattispecie rinunci preventivamente all'eccezione attraverso la convalida del contratto, giunge a concludere appunto che, quando lo scopo sia stato raggiunto e non sia in gioco la protezione di un interesse generale, il soggetto tutelato è libero di convalidare il contratto, così rinunciando non solo nella specifica situazione ma in via preventiva e generale a far valere l'invalidità (9).

La sentenza in esame però procede oltre, negando in tali casi addirittura che il soggetto possa far valere l'eccezione che deriva dalla mancanza della firma della banca. La Corte d'Appello di Venezia evidenzia, infatti, che tale eccezione parte del presupposto, non condiviso, per il quale sarebbe indispensabile che la volontà contrattuale di entrambi i contraenti si manifesti per iscritto: per contro, tale dato non sarebbe ricavabile dalla funzione della disciplina in esame, «tutta imperniata sulla tutela che la forma scritta è in grado di assicurare ad una sola delle parti (alla quale riserva la esclusiva legittimazione ad agire)».

INQUADRAMENTO GIURIDICO E CONCLUSIONI

Quel che resta appena accennato nella sentenza in commento è il passaggio dalla condivisibile ritenuta disponibilità del diritto accordato dalle norme in esame (far valere il difetto di forma) alla preclusione dell'utilizzo di una tale eccezione da parte del soggetto legittimato una volta che si accerti che la regola ha raggiunto il suo scopo (informare la parte tutelata).

(8) PERLINGERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., pp. 59-60.

(9) PERLINGERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 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».

Ciò a dire che la previsione non indica che il contratto deve essere firmato dal solo cliente, ma che deve essere redatto per iscritto. Un'interpretazione letterale dovrebbe portare a dire appunto che occorre la firma di entrambe le parti. Come superare tale prescrizione?

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

La prima è basata su una delimitazione della portata 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, forse giungendo a far dire alla disposizione ciò che non dice.

Una strada diversa, probabilmente più convincente, è quella che lascia immutato il confine della regola ma valuta invece la legittimità in concreto del comportamento del contraente debole: come a dire, è ben possibile che il cliente faccia valere l'eccezione, mancando la sottoscrizione della banca, purché non si tratti di un comportamento contrario a buona fede. 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 se, ma dell'incidenza del comportamento scorretto sull'atto e sull'attività» (10). In una lettura funzionale del rapporto e delle sue vicende, non è corretto arrestarsi al dato formale senza appunto considerare che, in concreto, la sottoscrizione del cliente è 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 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.

AVV. MARCO TICOZZI
Professore Aggregato di Diritto Privato
Università Ca' Foscari Venezia

★★★

(10) PERLINGERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 64.