

## CASI

### La forma scritta nei contratti d'investimento: la decisione delle sezioni unite

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Prima tesi: forma *ad informationem*. — 3. Seconda tesi: forma bilaterale *ad substantiam*. — 4. Ulteriori orientamenti. — 5. Soluzione espressa dalle sezioni unite. — 6. Brevi riflessioni conclusive.

1. — Le sezioni unite della Corte di cassazione sono state recentemente chiamate a dirimere i contrasti giurisprudenziali sorti sull'interpretazione dell'art. 23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (t.u.f.) <sup>(1)</sup>, il quale richiede che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento siano redatti per iscritto a pena di nullità e un esemplare venga consegnato ai clienti <sup>(2)</sup> <sup>(3)</sup>.

<sup>(1)</sup> Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Dejure* e Cass., sez. un., 23 gennaio 2018, n. 1653, in *Dejure*. Le rispettive ordinanze di rimessione della causa al Presidente, per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, sono: Cass., (ord.) 17 maggio 2017, n. 12389, in *Dejure* e Cass., (ord.) 27 aprile 2017, n. 10447, in *Contratti*, 2017, IV, p. 393.

<sup>(2)</sup> In precedenza, già l'art. 6, lett. c), l. 2 gennaio 1991, n. 1, richiedeva la forma scritta per il contratto quadro di investimento. Attualmente la previsione del t.u.f. è specificata dall'art. 37 reg. Consob n. 16190 del 2007, che prevede che gli intermediari « forniscono ai clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimento, sulla base di apposito contratto scritto ». Il regolamento menzionato sostituisce il reg. Consob n. 11522 del 1998, il quale richiedeva anch'esso agli intermediari di fornire i propri servizi « sulla base di un apposito contratto scritto ».

<sup>(3)</sup> Il d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, ha parzialmente modificato l'art. 23 t.u.f., ma la portata essenziale della disposizione non è alterata. Viene ora precisato che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento sono redatti per iscritto, « in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della dir. n. 65 del 2014 ». Inoltre si specifica che l'eventuale attività normativa della Consob, volta a prevedere forme diverse per la stipula, dovrà essere svolta « assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia ». Questa minima apertura verso una deroga alla forma scritta anche per i contratti stipulati con soggetti non professionisti, a dire il vero non del tutto

La questione è di grande rilevanza poiché, in ottemperanza alla prassi bancaria, il documento contrattuale firmato dal cliente generalmente rimane in possesso dell'intermediario, mentre quest'ultimo sottoscrive un documento del medesimo tenore e lo consegna al cliente; in questo modo ciascuna parte ha la disponibilità dell'originale sottoscritto dall'altra (4). Tuttavia, qualora l'investitore non produca in giudizio l'atto attestante il consenso della controparte, sorge il problema circa la valida conclusione del contratto. Il contenzioso trae origine dalla  *fictio*  utilizzata dagli intermediari che consiste nel simulare uno scambio di corrispondenza, anche nel caso di conclusione del contratto fra presenti, facendo in modo che il cliente risulti il proponente, a cui dovrebbe pervenire l'atto di accettazione della controparte (5).

È necessario domandarsi, al fine di poter ritenere validamente concluso il contratto, se la sottoscrizione dell'intermediario, oltre che quella dell'investitore, sia necessaria  *ad substantiam*  (6). Vi è unanimità di vedute, invece, nel ritenere nullo il contratto qualora manchi la sottoscrizione del cliente (7).

Inoltre ogni dubbio sulla forma richiesta per i singoli ordini di acquisto, esecutivi del contratto-quadro d'investimento, è stato risolto alcuni anni or sono dall'intervento effettuato dalle sezioni unite, che ha distinto il contratto-quadro, avente natura di mandato, la cui funzione è quella di regolare in via continuativa i rapporti fra banca e cliente, dagli ordini di negoziazione, che ne costituiscono mere attività esecutive, la cui validità non è soggetta a requisiti formali, salvo patto contrario (8).

La giurisprudenza, ripetutamente chiamata a pronunciarsi sulla validità dei contratti-quadro di investimento a séguito di azioni giudiziarie promosse da investitori gravemente danneggiati dalla crisi finanziaria, i quali tentano così di ottenere ristoro delle perdite subite, ha dato numerose

esclusa dalla precedente versione della disposizione, allo stato attuale non risulta portatrice di alcuna innovazione rilevante.

(4) Tale meccanismo opera correttamente nell'ambito degli affari aventi ad oggetto immobili, ove normalmente il contraente deduce l'esistenza e la validità del contratto, non la nullità. In altri casi, invece, manca del tutto la consegna del documento attestante il consenso dell'intermediario per iscritto.

(5) Qualora il contratto venga redatto in doppio originale sottoscritto da entrambi i contraenti non sorgerebbe alcun problema circa la valida conclusione del contratto.

(6) Il medesimo quesito si pone nei confronti dei contratti bancari, in quanto l'art. 117 d.lgs. 24 settembre 1993, n. 385 (t.u.b.) richiede la forma scritta e in caso di inosservanza il contratto è da ritenersi nullo.

(7) V. Cass., 22 marzo 2013, n. 7283, in  *Contratti* , 2013, V, p. 481; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28432, in  *Foro it.* , 2012, V, c. 1490. È da escludere l'ipotesi di sanatoria tacita riconducibile all'assenza di contestazione dei rendiconti periodici, in quanto condurrebbe a ritenere che il difetto di forma, previsto a tutela dell'investitore, sia rimediabile mediante atti anche essi privi di forma scritta.

(8) V. Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in  *Giur. comm.* , 2008, II, p. 344.

interpretazioni della normativa. Tralasciando alcune posizioni apertamente in contrasto con il dato normativo <sup>(9)</sup>, è possibile individuare due orientamenti contrapposti.

2. — Secondo un particolare orientamento della giurisprudenza di merito, il requisito della forma scritta previsto dall'art. 23 t.u.f. impone soltanto la sottoscrizione del cliente <sup>(10)</sup>.

La *ratio legis*, ad attuazione del principio costituzionale di tutela del risparmio di cui all'art. 47 cost., sarebbe da ricondurre alla protezione di una parte, ritenuta dal legislatore bisognosa di tutela in ragione della sua posizione di soggetto non professionista e non dotato di particolari cognizioni tecniche, a fronte di una controparte professionalmente dedita allo svolgimento di attività che necessitano di peculiari conoscenze e informazioni. La funzione di tale previsione consisterebbe nell'assicurare al cliente un'adeguata informazione, garantendo che, attraverso la formalizzazione scritta del contenuto del contratto, costui sia posto nella posizione di avere un termine chiaro e indiscutibile di riferimento, idoneo a colmare quell'asimmetria informativa che connota siffatti rapporti contrattuali.

La funzione informativa del requisito della forma scritta del contratto quadro si traduce, sul piano processuale, nella limitazione della legittimazione ad agire al solo investitore <sup>(11)</sup>. La legittimazione relativa è prevista allo scopo di evitare un utilizzo strumentale della patologia da parte del contraente forte, il quale, dopo aver dato causa alla nullità, pretenda di avvalersene per sottrarsi ad un vincolo non più gradito.

La premessa che regge buona parte dei ragionamenti svolti è costituita dall'assunto per cui non tutte le prescrizioni di forma sono uguali. La forma scritta richiesta per i negozi giuridici aventi ad oggetto immobili, ad esempio, « funge, nell'ambito dei rapporti paritari, da criterio di imputazione della dichiarazione, oltre che servire a favorire — a tutela di entrambi i contraenti — i beni della chiarezza dei contenuti, della ponderazione per l'impegno assunto e della serietà dell'accordo », mentre il fine della disposizione di cui all'art. 23 t.u.f. è quello di garantire che il contraente debole sia « puntualmente e compiutamente informato su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale » <sup>(12)</sup>. Si assiste ad una nuova tipologia di forma, non più di struttura, bensì funzionale e posta a tutela del contraente reputato

<sup>(9)</sup> Trib. di Verona, 1 ottobre 2009, n. 2226, in *Assic.*, 2010, III, p. 581 ss. La nullità di protezione prevista dall'art. 23 t.u.f. è qualificata dal giudice come una « forma speciale di annullabilità rafforzata » alla quale è applicabile l'istituto della convalida ex art. 1444 c.c. Nel caso di specie aver incassato le cedole fruttuose è stato ritenuto un comportamento integrante gli estremi di una convalida tacita.

<sup>(10)</sup> *Ex multis* Corte d'Appello Venezia, 15 giugno 2016, n. 1377, in *expartecreditoris.it*; Trib. Torino, 20 gennaio 2016, n. 316, in *dirittobancario.it*; Trib. Milano, 13 novembre 2013, n. 14268, in *dirittobancario.it*.

<sup>(11)</sup> V. art. 23, comma 3° t.u.f.

<sup>(12)</sup> Cass., (ord.) 27 aprile 2017, n. 10447, cit., § 7.

debole <sup>(13)</sup>, che differisce da quella classica in maniera marcata: ciò renderebbe consigliabile adottare la massima cautela nell'applicazione di ogni regola espressa con riferimento alle nullità codicistiche <sup>(14)</sup>. Muovendo dalla considerazione che la prescrizione formale ha lo scopo di assicurare la piena e corretta informazione al cliente, in modo tale che questi possa esprimere un consenso informato e consapevole, l'assenza di firma del soggetto professionista non determinerebbe pregiudizi per l'autodeterminazione della parte debole <sup>(15)</sup>.

In dottrina è stata proposta la tesi della convalida « per raggiungimento dello scopo » <sup>(16)</sup>, in quanto, pur essendo violata la forma richiesta, « questa violazione non ha determinato per il contraente debole pregiudizi sostanziali o svantaggi concreti » <sup>(17)</sup>. Si tratta di applicare la regola « pas

<sup>(13)</sup> Tale tutela produce effetti anche a livello macroeconomico: se si considera che, nella normalità dei casi, questi contratti sono conclusi in serie, riducendo gli abusi delle imprese, la sicurezza del mercato accresce, così come la sua efficienza. Cfr. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente « non qualificato » nel mercato finanziario*, Milano, 1996, *passim.*; ASTONE, *Rimedi e contratti del consumatore nella prospettiva del diritto privato europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, I, p. 9 ss.; GAGGERO, *La forma dei contratti aventi ad oggetto servizi assicurativi commercializzati a distanza*, in questa rivista, 2013, I, p. 25 ss.

<sup>(14)</sup> Sul tema del neoformalismo: PAGLIANTINI, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Ann.*, IV, Milano, 2011, p. 772 ss.; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, Milano, 2008, p. 63 ss.; PASSAGNOLI, *op. cit.*, *passim*. In passato, sono state manifestate alcune preoccupazioni per gli ostacoli creati dalle prescrizioni formali alle esigenze di celerità del mercato finanziario: RESCIGNO, « *Trasparenza bancaria* » e *diritto comune dei contratti*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1990, I, p. 297, concezione oramai superata in considerazione dell'obiettivo fondamentale del sistema economico nel suo complesso, ossia quello di ridurre l'asimmetria fra le parti. V. IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 4 ss. In Cass., (ord.) 27 aprile 2017, n. 10447, cit., § 9, si sostiene che esigere la forma scritta si pone « in senso contrario al dinamismo nella conclusione dei contratti finanziari », facendo propria una visione oramai anacronistica, dal momento che la legge impone di verificare che il contratto sia adeguato al cliente ed al suo profilo di rischio. L'esigenza di celerità, a ben vedere, non può porsi nei confronti del contratto-quadro in analisi, semmai per quanto riguarda i singoli ordini d'investimento, i quali, però, sono caratterizzati dalla libertà di forma.

Inoltre l'ordinanza menzionata fa riferimento al fatto che generalmente il funzionario di banca che cura la conclusione del contratto non ha poteri di rappresentanza: non si comprende per quale ragione esso non debba essere considerato procuratore d'impresa ai sensi dell'art. 2209 c.c.

<sup>(15)</sup> Cass., (ord.) 27 aprile 2017, n. 10447, cit., § 7. Cfr. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, IV, p. 931.

<sup>(16)</sup> Troverebbe applicazione il principio di sanatoria per il raggiungimento dello scopo, enunciato dall'art. 156 c.p.c. con riferimento al processo civile.

<sup>(17)</sup> G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, p. 59. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente ed interessi meritevoli di tutela*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2016, III, p. 283 ss. L'a. propone un parallelismo con la disciplina processuale e nello specifico con il

de nullité sans préjudice pour le consommateur » con l'obiettivo di evitare che il formalismo, nato per ovviare ad un'asimmetria cognitiva, assuma un forte carattere sanzionatorio per il professionista <sup>(18)</sup>.

Valorizzando la *ratio* della norma, quindi, si potrebbe giungere ad escludere che la firma della banca sia necessaria ai fini della validità del contratto, avendo quest'ultima stilato il regolamento contrattuale successivamente sottoscritto dal cliente. L'intermediario potrebbe manifestare la volontà di concludere il contratto in ogni forma, poiché non è il soggetto tutelato dall'ordinamento: si pensi a comportamenti concludenti idonei a rivelare l'esistenza del consenso, come la predisposizione del testo contrattuale, la raccolta della sottoscrizione del cliente, oltre che, più in generale, ogni atto esecutivo del contratto, purché la parte che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso, fattispecie incontestabilmente ravvisabile nella proposizione dell'azione giudiziaria volta all'accertamento della nullità.

Questa soluzione permette di evitare che il contratto sottoscritto dal solo cliente sia dichiarato nullo qualora la specifica esigenza sottesa alla formalità prevista risulti pienamente soddisfatta, ossia quando la funzione informativa sia rispettata. Qualificando quella di cui all'art 23 t.u.f. come forma *ad informationem*, il requisito richiesto potrebbe ritenersi soddisfatto nel caso in cui il contratto sia redatto per iscritto e venga firmato dal cliente, in quanto la mancata sottoscrizione dell'intermediario non impedisce la conoscenza del regolamento negoziale. In altre parole la componente informativa escluderebbe la necessità della sottoscrizione dell'intermediario.

Ponendo l'attenzione sulla condotta della banca, potrebbe palesarsi la possibilità di applicazione dell'art. 1327 c.c., disciplinante la conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione da parte dell'oblato, ciò in quanto, come già detto in precedenza, il cliente generalmente viene fatto figurare come proponente. Questo modello di conclusione del contratto, tuttavia, non può operare nei confronti dei negozi che devono concludersi necessariamente per iscritto <sup>(19)</sup>. Inoltre, la rilevanza del comportamento dell'oblato è compatibile soltanto con quei negozi in cui il proponente

principio di strumentalità delle forme, secondo cui la nullità di un atto privo della forma prescritta non può essere fatta valere qualora lo stesso abbia raggiunto il suo scopo.

<sup>(18)</sup> QUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Alteratione du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, 2002, Paris, p. 215. Viene superata la concezione per cui nella legislazione di settore la *faiblesse* del consumatore o dell'investitore è presunta *iuris et de iure*, approdando ad un'applicazione della normativa che non conduca a garantire la parte protetta ove palesemente in mala fede. Cfr. Corte giustizia Unione europea, 3 settembre 2009, causa C-489/07, caso *Messner*, in *Obbl. e contr.*, 2011, V, p. 26; la Corte di giustizia ha sancito che il consumatore non può esercitare il diritto di recesso abusivamente ed è tenuto ad indennizzare il professionista qualora abbia utilizzato il bene comprato e poi optato per il recesso, non essendo più interessato al prodotto, tentando di ottenere un arricchimento senza giusta causa.

<sup>(19)</sup> Cfr. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 118.

attende l'immediata esecuzione di una prestazione, aspetto che non si riscontra nel contratto-quadro d'investimento, laddove il risparmiatore non ha diritto ad alcuna specifica prestazione da parte dell'intermediario, se non in un secondo momento, cioè quando richieda di effettuare uno specifico investimento.

3. — In senso diametralmente opposto la prevalente giurisprudenza di legittimità sosteneva la tesi della forma bilaterale *ad substantiam*, pertanto, in assenza della sottoscrizione di entrambe le parti, il contratto quadro di investimento era dichiarato nullo e le singole operazioni di investimento « a valle » venivano anch'esse travolte dalla pronuncia d'invalidità <sup>(20)</sup>.

La prescrizione di cui all'art. 23 t.u.f. soddisferebbe l'esigenza di ricollegare il contenuto di un determinato documento ad uno specifico soggetto: la sottoscrizione, avendo il precipuo scopo di conferire rilevanza giuridica alla volontà negoziale espressa nel documento sottoscritto, costituirebbe elemento essenziale per l'imputabilità del documento, così come previsto dall'art. 2702 c.c. <sup>(21)</sup>. La funzione informativa, non negata, ma soltanto ridotta, non avrebbe la capacità di determinare il venir meno della necessità della sottoscrizione, da intendersi come strumento per imputare il contenuto del contratto.

Questa tesi parrebbe non tenere in adeguata considerazione l'esistenza di una deroga regolamentare all'art. 23 t.u.f., che limita l'onere formale al contratto concluso con un investitore non professionista. Il legislatore, infatti, ha attribuito alla Consob il potere di prevedere altre forme « per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti »: l'art. 37, reg. n. 16190/07, ha circoscritto il requisito della forma scritta ai soli rapporti con i clienti al dettaglio. Ciò confermerebbe che la prescrizione formale costituisce lo strumento per veicolare l'informazione al cliente, non per attestare la volontà delle parti di prestare il proprio consenso e quindi di aderire al regolamento contrattuale sottoscritto; infatti, se così fosse, non si comprenderebbe il motivo per cui il contratto d'investimento stipulato con un professionista non debba necessariamente essere fatto per iscritto. Collegando la disposizione in esame principal-

<sup>(20)</sup> Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Contratti*, 2016, XII, p. 1089; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068, in *Corr. giur.*, 2016, VIII, p. 1113; Cass., 19 maggio 2016, n. 10331, in *Guida dir.*, 2016, XL, p. 62; Cass., 14 marzo 2017, n. 6559, in *dirittobancario.it*. È numerosa pure la giurisprudenza di merito che predilige questa impostazione: fra le più recenti Corte d'Appello di Milano, 19 aprile 2017, n. 1680, in *dirittobancario.it*; Corte d'Appello di Bologna, 13 gennaio 2017, n. 89, in *dirittobancario.it*.

<sup>(21)</sup> LA ROCCA, *Sottoscrizione e « forma informativa » nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, VI, p. 13, secondo cui « il consenso contrattuale non è giuridicamente apprezzabile se non è esternato per iscritto e raccolto in un documento sottoscritto, perché nei casi in discorso solo un documento sottoscritto è idoneo *ex art.* 2702 c.c. a conferire rilevanza giuridica alla volontà negoziale ».

mente alla funzione dichiarativa tradizionalmente riconosciuta alla sottoscrizione, non si potrebbe ammettere una forma diversa da quella scritta. In realtà è scorretto analizzare parallelamente i contratti *b2b* e *b2c*: l'esigenza di avere un documento scritto a cui fare riferimento non è presente nel caso in cui entrambe le parti siano professionisti e conoscitori del mercato finanziario, pertanto si ritiene corretta la decisione di non prevedere un onere formale per quei contratti, del resto la libertà delle forme costituisce un principio generale del diritto dei contratti.

Nelle vicende poste all'attenzione dei giudici, a dire il vero, non sembra porsi il problema d'imputazione di un documento che è stato predisposto dall'intermediario stesso e, soprattutto, che quest'ultimo non contesta<sup>(22)</sup>. Si consideri, inoltre, che si tratta di nullità relativa, azionabile soltanto dal cliente.

La giurisprudenza, con unanimità di vedute, ha chiarito che l'eventuale produzione in giudizio da parte della banca del contratto-quadro da essa non sottoscritto non produce effetti sanatori, potendo comportare tutt'al più la conclusione dell'accordo con efficacia *ex nunc*, con la possibilità, quindi, che il cliente possa legittimamente ottenere la ripetizione di quanto versato *medio tempore*<sup>(23)</sup>.

Il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, nello specifico dell'attività della banca posta in essere in esecuzione del contratto, non potrebbe evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto, in quanto la forma scritta, quando è richiesta a pena di nullità, è elemento costitutivo del contratto, perciò il documento deve costituire l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto.

Al fine di giustificare la pronuncia di nullità, la giurisprudenza spesso invoca la disposizione di cui all'art. 1423 c.c., la quale prevede che « Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente », non prestando adeguata attenzione alla riserva eccezionale finale, che legittima la convalida dell'atto nullo, qualora sia coerente nel caso di specie<sup>(24)</sup>. Tuttavia la convalida potrebbe essere ravvisata nei comportamenti posti in essere dall'investitore, spesso protratti anche per molti anni, dai quali si evince inequivocabilmente la volontà di ritenere

<sup>(22)</sup> PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo: verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008, p. 43 ss.

<sup>(23)</sup> Cass., (ord.) 15 giugno 2014, n. 12711, in *Dejure*; Cass., 17 ottobre 2006, n. 22223, in *Contratti*, 2007, V, p. 421. I giudici negano la legittimità di una sanatoria *ex tunc*. Nella maggior parte delle vicende, però, è ravvisabile una chiara revoca del consenso da parte del cliente: pare legittimo sostenere che colui che richiede l'accertamento della nullità di un contratto non sia più intenzionato alla sua conclusione. In tale frangente, l'accordo non potrà dirsi concluso a séguito della produzione in giudizio del contratto non sottoscritto, essendo venuto meno il consenso della parte in epoca antecedente al compimento dell'atto a cui si vorrebbe attribuire efficacia sanante.

<sup>(24)</sup> PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 9.

pienamente valido ed efficace il contratto: ci si riferisce all'aver incassato i frutti degli investimenti aventi esito positivo, così come l'assenza di contestazione delle comunicazioni ricevute in relazione al rapporto negoziale <sup>(25)</sup>.

Parte della dottrina esclude la possibilità di convalidare l'atto affetto da nullità relativa, al fine di evitare che la debolezza contrattuale che caratterizza la parte protetta non la influenzi e la spinga alla convalida, senza tenere debitamente in considerazione, però, che il condizionamento psicologico caratterizza anche alcune fattispecie di annullabilità indiscutibilmente convalidabili <sup>(26)</sup>. Ciò nondimeno, si ritiene dirimente, laddove si voglia applicare la convalida così come disciplinata dall'art. 1444 c.c., la prescrizione di cui al comma 2°, la quale richiede la conoscenza del vizio al momento della convalida tacita: nella quasi totalità dei casi questo requisito pare mancare, il che induce ad accantonare questo possibile rimedio <sup>(27)</sup>.

La stipula del contratto, inoltre, non può essere desunta in via indiretta da una dichiarazione, firmata dal cliente, in cui ammette che « una copia del contratto gli viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentare l'intermediario » <sup>(28)</sup>. Si è soliti archiviare la questione richiamando alcune pronunce giurisprudenziali che sanciscono, in modo netto, che non possono provarsi per confessione contratti per cui sia richiesta la forma scritta a pena d'invalidità, in accordo con la disposizione di cui all'art. 2730 c.c. che limita la confessione alla prova dei fatti <sup>(29)</sup>. Tuttavia, se la prova riguarda il fatto storico costituito dalla consegna della proposta sottoscritta non dovrebbero esserci preclusioni, in modo tale da coordinare le previsioni di forma con le modalità di conclusione del contratto.

In aggiunta a ciò, quando si debba provare l'esistenza del contratto e

<sup>(25)</sup> Su questa linea PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., p. 216 ss. « Se un comportamento omissivo decontestualizzato può non valere convalida, lo stesso non si può dire, ma stavolta in termini di fatto impeditivo all'ammissibilità successiva dell'azione, per il comportamento reiterato che ha espresso una volontà inequivocabile di avvalersi, *in executivis*, del contratto ».

<sup>(26)</sup> GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 2006, p. 1373.

<sup>(27)</sup> Sulla possibilità di attribuire al contraente legittimato a far valere la nullità relativa il potere di convalidare il contratto secondo lo schema previsto dall'art. 1444 c.c., si v. POLIDORI, *op. cit.*, p. 935.

<sup>(28)</sup> Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, cit., loc. cit.; Cass., 3 marzo 2017, n. 36, in *Dejure*.

<sup>(29)</sup> In dottrina, *ex multis*: SACCO, *Il contratto*, in *Trattato dir. civ.*, diretto da Sacco, I, Torino, 2004, p. 713. Fra le decisioni giurisprudenziali spesso citate: Cass., 4 giugno 1993, n. 6232, in *Rep. Foro it.*, 1993, voce « Contratto in genere », n. 317; Cass., 15 dicembre 1997, n. 12673, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce « Lavoro e previdenza (controversie) », n. 151. Le sentenze riportate si riferiscono ad accordi orali non trasposti in forma scritta.

l'accettazione sottoscritta dall'intermediario sia in possesso del cliente, dovrebbe essere imposto a quest'ultimo, qualora non lo produca in giudizio, di dimostrare la mancata conclusione del contratto: ciò troverebbe la propria fonte nel principio della vicinanza della prova. Questa tematica, purtroppo, non è stata oggetto di attenzione da parte della giurisprudenza nella pur ampia casistica esistente.

Oltre a ciò, non viene concessa la possibilità di ricorrere all'uso della prova testimoniale o delle presunzioni al fine di provare la conclusione del negozio, rispettivamente non consentite dagli artt. 2725 e 2729 c.c. in relazione ai contratti da concludere in forma scritta a pena di nullità, perché è permesso supplire alla mancanza dell'atto scritto nel solo caso previsto dall'art. 2724, n. 3, c.c., ossia quando il contraente abbia perso senza sua colpa il documento; l'espresso riferimento alla « perdita senza colpa » è ricondotto al caso in cui il contraente rimanga privo del documento per cause a lui non imputabili, diversamente da quanto accadrebbe nella fattispecie in esame, ove si assiste ad una volontaria consegna <sup>(30)</sup>.

Occorre riflettere, però, sul fatto che è ammessa la formazione del contratto-quadro attraverso lo scambio di documenti, proposta e accettazione, sottoscritti dall'altro contraente, dunque non si richiede la presenza di entrambe le firme sul medesimo documento: quest'aspetto deve essere considerato allorquando si discute della forma scritta <sup>(31)</sup>. Poiché le dichiarazioni di volontà delle parti possono risultare da atti diversi, ognuna avrà la disponibilità materiale della dichiarazione inviatale dall'altra; tuttavia, qualora un soggetto si rifiuti di produrre in giudizio la dichiarazione resagli dell'altra, quest'ultima si troverà nella situazione di non poter provare la conclusione del contratto. Nelle ipotesi in cui la sottoscrizione sia stata posta solamente sul documento consegnato a controparte, i problemi relativi alla prova della conclusione del contratto potrebbero essere superati attraverso la testimonianza o tramite presunzioni, riconducendo la circostanza al caso in cui la parte abbia perduto incolpevolmente il documento che gli forniva la prova (art. 2724, n. 3, c.c.) <sup>(32)</sup>. Quando il contratto sia concluso con dichiarazioni separate, infatti, è privo di colpa colui che non ha la disponibilità della propria proposta o accettazione perché consegnata alla controparte <sup>(33)</sup>. Va evidenziato che la prova testimoniale riguarderebbe la dichiarazione propria e non altrui e la limitazione

<sup>(30)</sup> Cass., 19 aprile 1996, n. 3722, in *Giur. it.*, 1996, I, c. 1; Cass., 23 dicembre 2011, n. 28639, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, XII, p. 1847, che precisa che l'esclusione della prova testimoniale opera anche con riferimento al limitato fine della preliminare dimostrazione dell'esistenza del documento, necessaria per ottenere un ordine di esibizione da parte del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c.

<sup>(31)</sup> Cfr. Cass., 19 febbraio 2014, n. 3889, in *Dejure*, ove non si reputa idonea ad integrare il requisito formale la sottoscrizione del documento sui rischi generali *ex art. 28 reg. Consob n. 11522 del 1998*, avente funzione propedeutica e strumentale alla conclusione del contratto di gestione.

<sup>(32)</sup> RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1973, p. 389.

<sup>(33)</sup> In tal senso Cass., 22 dicembre 1964, n. 2974, in *Foro it.*, 1965, I, c. 221,

della prova di cui all'art. 2725 c.c. è riconducibile all'intento di impedire che, attraverso quel mezzo di prova non particolarmente attendibile, si possa attribuire ad altri l'adesione ad un negozio giuridico. L'accoglimento di questa proposta permetterebbe di evitare che il contraente possa arbitrariamente sottrarsi al vincolo contrattuale semplicemente non producendo il documento sottoscritto da controparte. Il ripensamento della disciplina che regola la prova della conclusione del contratto, pertanto, potrebbe mitigare le conseguenze più drastiche che derivano dal formalismo nella sua versione più rigorosa <sup>(34)</sup>.

4. — Scorrendo le molteplici decisioni assunte sulla tematica si possono individuare ulteriori interpretazioni rese dalla giurisprudenza.

Non viene accolta la soluzione, spesso avanzata dagli intermediari al fine di contrastare l'uso selettivo della domanda di nullità, costituita dalla proposizione di una domanda riconvenzionale, subordinata all'accoglimento della domanda dell'attore, di restituzione delle somme relative agli investimenti non coinvolti da controparte, ossia quelli aventi esito positivo per il cliente. Ritenendo che la relatività riguardi esclusivamente la domanda di nullità del contratto e non la consequenziale domanda di restituzione, occorrerebbe tenere distinte la disponibilità dell'azione di nullità dalla disponibilità degli effetti della nullità <sup>(35)</sup>. La normativa, però, è chiara nel restringere la legittimazione a far valere la nullità al solo

secondo cui « nell'ipotesi in cui, in presenza di un contratto tra persone lontane concluso attraverso lo scambio di documenti di proposta e accettazione, una delle parti si rifiuti di esibire il documento di adesione pervenutole dalla controparte, questa versa nella posizione del contraente che abbia incolpevolmente perduto il documento, [...] ed è ammessa, quindi, la prova dell'esistenza del suo consenso scritto, oltre che per testimoni, anche per presunzioni ». La decisione pare coerente con le sentenze indicate nella nota 30, poiché queste riguardano casi in cui ci sia stata la conclusione di un contratto con apposizione delle firme su un unico atto consegnato all'altra parte.

<sup>(34)</sup> Su questa posizione TICCOZZI, *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*, in *Giur. it.*, 2012, I, p. 315.

<sup>(35)</sup> TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, in *Corr. giur.*, 2016, VIII, p. 1110, secondo cui « ove il cliente abbia introdotto nel processo il vizio consistente nell'assenza di un valido contratto quadro, ben potrà l'intermediario ottenere la restituzione delle prestazioni eseguite in esecuzione di (altri) contratti "a valle", affetti dal medesimo vizio, essendo questo un effetto della nullità, dedotta (o eccepita) dal cliente, sempre che l'intermediario abbia cura di formulare una domanda *ad hoc* ». Dello stesso avviso PERRONE, *Less is more. Regole di comportamento e tutele degli investitori*, in *La nuova disciplina degli intermediari dopo le direttive MiFID: prime valutazioni e tendenze applicative*, a cura di de Mari, Padova, 2009, p. 83, secondo cui non deve confondersi « la legittimazione a far valere la nullità con quella a domandare le restituzioni conseguenti a un accertamento della nullità promosso dall'esclusivo titolare della relativa azione ».

contraente debole, il che comporta una totale preclusione nei confronti dell'intermediario, non legittimato ad agire nemmeno in via riconvenzionale <sup>(36)</sup>.

Neppure il rilievo d'ufficio potrebbe condurre a quel risultato poiché ancorato agli interessi della parte protetta, che nel caso di specie verrebbe chiaramente pregiudicata dall'estensione degli effetti della nullità a investimenti non specificamente resi oggetto del giudizio <sup>(37)</sup>.

È preferibile verificare se l'ordinamento metta a disposizione degli interpreti altri strumenti che permettano di evitare l'utilizzo opportunistico della disposizione di cui all'art 23 t.u.f.

Si potrebbe considerare privo d'interesse ad agire l'investitore che si rivolge al giudice al fine di ottenere la dichiarazione di nullità del contratto e degli investimenti collegati, attribuendo rilevanza ai comportamenti contrari a tale volontà: ciò condurrebbe al rifiuto di tutela verso colui il quale per anni ha, nei fatti, manifestato l'intenzione di ritenere valido il contratto. La circostanza che fra i legittimati ad agire vi sia solamente il cliente non esonera l'interprete dalla verifica della sussistenza di un interesse meritevole di tutela in capo al soggetto che agisce in giudizio <sup>(38)</sup>; tale interesse è di natura sostanziale e non deve essere confuso con il più ampio interesse ad agire *ex art. 100 c.p.c.*, disposizione che si limita a richiedere all'attore di dimostrare che la decisione sia idonea a incidere sulla propria sfera giuridica <sup>(39)</sup>. Dunque, ogni qualvolta lo scopo perseguito non sia meritevole di tutela vi sarà carenza di interesse ad agire.

*A fortiori* pare non meritevole di tutela la posizione di colui che ponga in essere un utilizzo selettivo dell'azione di nullità di cui all'art. 23 t.u.f. volto ad ottenere la restituzione dei soli investimenti pregiudizievoli, mantenendo in essere quelli vantaggiosi <sup>(40)</sup>. Come si potrebbe valida-

<sup>(36)</sup> *Ex multis*: Trib. Milano, 31 maggio 2006, n. 6449, in *Orient. giur. lav.*, 2006, p. 480; Trib. Torino, 12 febbraio 2007, n. 576, in *ilcaso.it*.

<sup>(37)</sup> Cfr. Cass., 27 aprile 2016, n. 8396, in *Dejure*, ove i giudici fanno correttamente notare che la rilevabilità d'ufficio delle nullità di protezione comporta « la possibilità di estendere l'accertamento giudiziale alle cause di nullità protettive non dedotte dalle parti senza tuttavia consentire il rilievo anche ad atti diversi da quelli verso i quali la censura è rivolta ».

<sup>(38)</sup> BERTI DE MARINIS, *op. cit.*, p. 283 ss.; PIROVANO, *Sul requisito della forma scritta per i contratti bancari: le posizioni di dottrina e giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2014, I, p. 63.

<sup>(39)</sup> PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione ed interesse*, in questa rivista, 2011, II, p. 407. Cfr. DALLA MASSARA, *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali*, in questa rivista, 2016, IV, p. 1169, secondo cui il vizio « corrisponderebbe infatti a una mancanza di meritevolezza dell'interesse *ex art. 100 c.p.c.*, che a questo punto dovrebbe ritenersi rilevabile *ope iudicis* ».

<sup>(40)</sup> V. BERTI DE MARINIS, *op. cit.*, p. 285 s.: l'a. efficacemente rileva che « La nullità relativa, pur essendo uno strumento posto a disposizione del contraente debole, utilizzando un'immagine evocativa, è e rimane un'arma di difesa e non di attacco ». Di diverso avviso: Cass., 23 maggio 2017, n. 12937, in *Dejure*; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in

mente sostenere che il vizio di forma pregiudica il cliente solamente con riferimento a certi investimenti <sup>(41)</sup>? Operare diversamente condurrebbe a ritenere che il contratto quadro sia stato un adeguato veicolo informativo in relazione agli ordini poi rivelatisi economicamente vantaggiosi, ma inadeguato per quelli aventi esito pregiudizievole.

Alcuni autori suggeriscono il ricorso all'*exceptio doli generalis* <sup>(42)</sup>; tale possibilità è presa in considerazione anche dalla Corte di cassazione, la quale ipotizza la contrarietà alla buona fede della pretesa di far valere il vizio di forma del contratto-quadro, « per porre nel nulla, non già tutte, ma solo alcune delle operazioni d'investimento compiute con la stessa Banca » <sup>(43)</sup>. Com'è noto, nell'ordinamento italiano non vi è un'espressa previsione che sancisca l'utilizzabilità in via generale di tale rimedio, tuttavia negli ultimi decenni, sia in dottrina che in giurisprudenza, prevale l'orientamento favorevole alla sua ammissibilità <sup>(44)</sup> <sup>(45)</sup>. È necessaria una solida base positiva al fine di garantire che il suo impiego non costituisca un

*Guida dir.*, 2016, XXXI, p. 70, secondo cui l'investitore « può selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo agli acquisti di prodotti finanziari dai quali si è ritenuto illegittimamente pregiudicato, essendo gli altri estranei al giudizio ».

<sup>(41)</sup> Cfr. Corte Appello Milano, 16 dicembre 2008, n. 4265, in *ilcaso.it*, secondo cui l'interesse ad agire ha carattere necessariamente selettivo e perciò la domanda « non può di per sé reputarsi contraria a buona fede ».

<sup>(42)</sup> LENER, *I contratti di gestione*, in *Studi in onore di Antonio Pavone La Rosa*, I, Milano, 1999, p. 562 ss.; SANGIOVANNI, *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*, in *Contratti*, 2007, VIII, p. 783 s.; SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, p. 40 ss. In generale sull'istituto giuridico menzionato: DOLMETTA, voce *Exceptio doli generalis*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma, 1997, p. 8 ss.

<sup>(43)</sup> Cass., (ord.) 17 maggio 2017, n. 12389, cit., con cui viene rimessa la causa al primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sezioni unite, affinché venga chiarita l'utilizzabilità dell'*exceptio doli* per paralizzare l'uso selettivo della nullità. Come si vedrà *infra*, ciò non è stato oggetto di attenzione, in quanto il tema è da considerarsi assorbito, vista l'esclusione della nullità in caso di assenza della sottoscrizione dell'intermediario.

<sup>(44)</sup> BENATTI, sub *art. 1175*, in *Comm. c.c.*, diretto da Cendon, IV, Torino, 1991, p. 12. Per un punto di riferimento in tema di eccezione di dolo quale mezzo di sanzionamento delle forme di abuso, Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Contratti*, 2007, VII, p. 670, su cui si v. DALLA MASSARA, *L'eccezione di dolo generale nel pensiero attuale della Corte Suprema*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 228. A parere dell'a. « L'*exceptio doli generalis seu praesentis* sanziona il dolo commesso nel momento stesso in cui l'azione viene proposta in giudizio; tale eccezione si offre come rimedio di carattere generale volto alla reiezione della domanda proposta in contrasto con i principi di correttezza e buona fede ».

<sup>(45)</sup> Cfr. SICCHERO, *Nullità per inadempimento*, in *Contr. e impr.*, 2006, II, p. 368 ss., per l'applicazione del medesimo principio ad una nullità diversa, disposta come sanzione per l'inadempimento di una obbligazione derivante dal contratto (l'art 2, d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, dispone la nullità del contratto concluso tra acquirente e venditore-costruttore dell'immobile, allorché questi non rilasci apposita fideiussione a

drastico scardinamento del sistema: essa è rintracciabile nell'art. 1175 c.c., il quale costituisce il punto di emersione del canone di correttezza nel diritto delle obbligazioni (46). L'art. 1460, comma 2º, c.c. costituisce un chiaro esempio codificato di applicazione delle clausole di buona fede e correttezza, dalle quali deriva la necessità di limitare l'esercizio di alcune prerogative attribuite dall'ordinamento, nello specifico di paralizzare una pretesa esercitata abusivamente (47). Si pensi anche agli artt. 1358 e 1359 c.c., i quali correggono le conseguenze derivanti da comportamenti contrari all'affidamento altrui e posti in essere da soggetti in mala fede (48).

L'utilizzo dell'*exceptio doli* permetterebbe di contrastare quei comportamenti posti in essere in violazione del divieto di *venire contra factum proprium*, ossia aver invocato la nullità dopo aver dato esecuzione al contratto per anni, beneficiando delle cedole percepite senza lamentare alcunché.

È possibile, però, circoscrivere l'operatività dell'istituto, limitandolo ai casi di uso selettivo della nullità: ciò comporterebbe, in sostanza, l'introduzione di una condizione alla legittimazione ad agire, consistente nell'inseparabilità delle operazioni d'investimento aventi alla base il medesimo contratto-quadro nullo (49). Il dolo diverrebbe ravvisabile nella proposizione dell'azione volta a caducare solamente gli investimenti aventi esito negativo, ad attuazione del principio secondo cui chi vuole trarre vantaggio da una situazione deve sopportarne anche i pesi *cuius commoda, eius et incommoda*, declinato negli artt. 2709 e 2734 c.c., a mente dei quali chi vuole trarre vantaggio dalla peculiare efficacia probatoria delle scritture contabili dell'imprenditore o della confessione non può scinderne il contenuto (50).

Alla luce del quadro illustrato, l'impiego dell'*exceptio doli* non inci-

garanzia degli acconti ricevuti). Qualora l'acquirente agisca per ottenere la dichiarazione di nullità del contratto quando il costruttore abbia ultimato la costruzione, ma non ancora trasferito l'immobile, poiché non sussistono pericoli per la parte tutelata dalla norma, si deve ritenere che l'azione non sia fatta valere in buona fede e, in conseguenza di ciò, negare la tutela giudiziaria. Anche in questo frangente ci si trova di fronte ad un soggetto che utilizza la disciplina posta a sua protezione al fine di recedere da un contratto che non reputa più vantaggioso.

(46) Le sorti dell'*exceptio doli* sono strettamente correlate al ruolo riconosciuto e all'applicazione data alle clausole generali. V. CARRARO, *Valore attuale della massima « fraus omnia corrumpit »*, in questa rivista, 1949, p. 791; DOLMETTA, *op. cit.*, p. 10; BENATTI, *op. cit.*, p. 12. La giurisprudenza alcune volte ottiene il medesimo risultato prodotto dall'*exceptio doli* riferendosi direttamente al criterio di buona fede, lasciando a margine lo specifico rimedio, ritenuto oramai un mero riferimento storico (V. Cass., 17 marzo 2006, n. 5997, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1586).

(47) VENOSTA, *Note sull'exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1989, II, p. 529.

(48) RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 265.

(49) SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 82.

(50) PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investi-*

derebbe sulla validità del contratto <sup>(51)</sup>, ma si limiterebbe a paralizzare l'azione scorretta dell'investitore, avendo natura prettamente processuale <sup>(52)</sup>. Poiché il rigetto della domanda non conduce ad una pronuncia sulla validità del contratto, qualora ci si trovi nel caso in cui ad essere sanzionato è l'utilizzo selettivo della nullità, il contratto potrebbe essere successivamente contestato dall'investitore facendone valere la nullità in assenza di scorrettezze, ossia senza scindere le molteplici operazioni negoziali collegate al contratto-quadro privo di forma scritta <sup>(53)</sup>. Non si tace il fatto che tale prospettazione pare di difficile coordinamento con il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile; tuttavia, classificando il diniego come una pronuncia di rito, si potrebbe superare l'obiezione.

Il tema dell'uso selettivo della nullità è affrontato anche nella prima ordinanza di rimessione <sup>(54)</sup>, nella quale i giudici individuano soluzioni ulteriori all'utilizzo dell'istituto dell'*exceptio doli*, consistenti nell'applicazione dell'abuso del diritto <sup>(55)</sup> ovvero della clausola di buona fede *ex art. 1375 c.c.* <sup>(56)</sup>. Nella casistica in esame non paiono esservi rilevanti differenze per ciò che concerne l'esito finale, a seconda che si scelga di utilizzare espressamente l'abuso del diritto o ci si limiti a fare riferimento al dovere di correttezza e alla buona fede in senso oggettivo: si consideri, infatti, che l'abuso del diritto viene chiamato in causa proprio in presenza di una violazione del dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto <sup>(57)</sup>.

La fattispecie in esame è caratterizzata da un comportamento formal-

*mento e disciplina della forma*, in *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, a cura di Perrone, Milano, 2008, p. 37.

<sup>(51)</sup> SEMEGHINI, *op. cit.*, p. 70.

<sup>(52)</sup> Cfr. DI MAIO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2003, p. 348 ss., secondo cui l'eccezione di dolo paralizzerebbe soltanto l'azione di ripetizione, senza colpire la pregiudiziale domanda di nullità.

<sup>(53)</sup> MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 22 ss.

<sup>(54)</sup> Cass., (ord.) 27 aprile 2017, n. 10447, cit., § 11.

<sup>(55)</sup> Sull'abuso del diritto, senza pretesa di completezza: D'AMELIO, voce *Abuso del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1957, p. 95; NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in questa rivista, 1958, p. 18; GENTILI, *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 297; FORNACIARI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in questa rivista, 2016, II, p. 592; BALESTRA, *Rilevanza, utilità (e abuso) dell'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, III, p. 541; LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in questa rivista, 2017, I, p. 1.

<sup>(56)</sup> Sull'operatività della clausola di buona fede in relazione all'azione di nullità si v. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., p. 222.

<sup>(57)</sup> V. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2014, p. 659. Si tenga presente, inoltre, che spesso l'abuso del diritto viene ricondotto all'istituto dell'*exceptio doli* di origine romana, essendo entrambi accomunati dall'esigenza di razionalizzare i

mente integrante l'esercizio di un potere conferito dall'ordinamento, ma che per le sue modalità risulta contrario allo scopo per cui è attribuito. Il contratto-quadro, dunque, non potrà essere caducato ove sia ravvisabile un abuso del diritto alla dichiarazione di nullità<sup>(58)</sup>. L'abuso consisterebbe nell'utilizzo strumentale dell'azione di nullità, impiegata come mezzo per evitare i pregiudizi economici derivanti da investimenti che non hanno avuto l'esito sperato e non per far valere una carenza informativa, per la quale la sanzione è stata predisposta. Per questi motivi è preferibile usare il termine di abuso del processo o abuso dello strumento processuale, particolare *species* della categoria più ampia dell'abuso del diritto<sup>(59)</sup>.

Qualora si optasse di non chiamare in causa l'abuso del diritto, la condotta dell'investitore contrasterebbe comunque con la disposizione di cui all'art. 1375 c.c., la quale impone alle parti di eseguire il contratto secondo buona fede. Non rispetterebbe tale prescrizione chi, in un primo momento, abbia tratto frutti dagli investimenti e solo successivamente, a fronte di perdite rilevanti, abbia impugnato il contratto in ragione dell'assenza di sottoscrizione della banca, ma non può nemmeno essere qualificato come un agire improntato alla buona fede far valere la nullità del contratto-quadro d'investimento solamente rispetto ad alcuni ordini attuativi di quest'ultimo.

La domanda di nullità sarà quindi, in entrambi i casi, da ritenere improcedibile, così come la consequenziale domanda restitutoria<sup>(60)</sup>. Non c'è dubbio che limitando la possibilità di rilievo della nullità posto in capo all'investitore si attenua la tutela di tale soggetto<sup>(61)</sup>.

A margine delle considerazioni fin qui svolte si ritiene necessario specificare che nonostante l'azione di nullità sia imprescrittibile, la prescrizione dell'azione di ripetizione ne costituisce un limite; è vero che l'accertamento della nullità di un negozio giuridico legittima l'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo, tendente alla restituzione della prestazione

rapporti giuridici e selezionare gli interessi meritevoli di tutela. Per un'analisi combinata dei due istituti: DALLA MASSARA, *ult. op. cit.*, p. 223 ss.

<sup>(58)</sup> SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, I, p. 5.

<sup>(59)</sup> ANSANELLI, voce *Abuso del processo*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 2007, p. 1; TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in questa rivista, 2012, p. 117.

<sup>(60)</sup> PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, cit., p. 216 ss.

<sup>(61)</sup> Il legislatore, però, non precisa che la nullità in questione deve operare soltanto « a vantaggio del consumatore », come previsto dall'art. 36, comma 3°, c. cons.: in quel frangente ogni limitazione posta in via interpretativa all'operatività del rimedio della nullità di protezione parrebbe contrastare la norma menzionata. In ambito bancario l'art. 127, comma 2°, t.u.b., prevede in maniera analoga che le nullità « operano soltanto a vantaggio del cliente », ma nel t.u.f. una simile disposizione è assente. Preso atto che l'assenza probabilmente non è dovuta ad una scelta consapevole, si può comunque concludere che una rimodulazione della protezione accordata al cliente è coerente con l'intero impianto normativo.

eseguita in adempimento del negozio nullo, ma il termine di prescrizione inizia a decorrere dalla data del pagamento, non dalla data del passaggio in giudicato della sentenza che dichiara la nullità <sup>(62)</sup>. Pertanto il rischio che l'imprescrittibilità della nullità permetta all'investitore di far valere l'invalidità dopo anni, attendendo il momento a lui favorevole, viene limitato agli acquisti eseguiti nei dieci anni precedenti.

5. — Alla luce di interpretazioni così divergenti era doverosa la rimessione della questione alle sezioni unite, le quali, attraverso due sentenze depositate a pochi giorni di distanza l'una dall'altra, hanno sancito che il requisito della forma scritta del contratto-quadro previsto dall'art. 23 t.u.f. 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 » <sup>(63)</sup>.

Si è posto l'accento sulla *ratio legis*, consistente nell'assicurare la trasmissione per iscritto al contraente debole di specifiche informazioni, in modo tale da garantire che costui sia pienamente informato circa le condizioni contrattuali previste e possa all'occorrenza verificare, nel corso del rapporto, il rispetto delle modalità di esecuzione; lo scopo è quello di abbattere le asimmetrie informative che caratterizzano il mercato finanziario, il quale vede come protagonisti operatori professionali, da un lato, e clienti, generalmente privi di un'adeguata istruzione finanziaria, dall'altro.

Tale vincolo di forma non deve essere interpretato richiamando la disciplina generale della nullità *ex art.* 1350 c.c., ma va inteso « secondo quella che è la funzione propria della norma » <sup>(64)</sup>: la forma scritta permette di veicolare il contenuto del contratto, conseguentemente l'unica sottoscrizione rilevante è quella del cliente. La soluzione fornita si basa sull'assunto per cui la sottoscrizione dell'intermediario non svolgerebbe alcuna funzione, qualora il modulo contrattuale predisposto da quest'ultimo sia sottoscritto dal cliente e vi segua la consegna del documento in questione all'investitore.

<sup>(62)</sup> Cass., 13 aprile 2005, n. 7651, in *Mass. Foro it.*, 2003, c. 5575, confermata da Cass., 12 maggio 2014, n. 10250, in *Dir. e giust.*, 2014, e Cass., 19 aprile 2016, n. 7749, in *Guida dir.*, 2016, XXXIV, p. 71. L'art. 2935 c.c. collega la decorrenza della prescrizione al giorno in cui il diritto può essere fatto valere; però, poiché la natura della pronuncia di nullità del negozio giuridico è di mero accertamento ed ha efficacia retroattiva con caducazione dell'atto fin dall'origine, il termine di prescrizione decorre dal momento in cui le prestazioni sono state eseguite. V. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, Padova, 2004, p. 411.

<sup>(63)</sup> Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.; Cass., sez. un., 23 gennaio 2018, n. 1653, cit.

<sup>(64)</sup> Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit., § 5; Cass., sez. un., 23 gennaio 2018, n. 1653, cit., § 3.2.

Ragionando in questi termini si potrebbe essere tentati di affermare che è stato delineato un « terzo tipo » di forma, alternativa alle tradizionali figure della forma scritta *ad substantiam* e *ad probationem* <sup>(65)</sup>, caratterizzata dalla trasmissione di informazioni, più che dalla necessità di imputare ad un determinato soggetto una precisa dichiarazione di volontà; è opportuno ricordare, tuttavia, che la sottoscrizione del cliente è richiesta ai fini di validità del negozio. Non si è giunti ad affermare che il contratto ha forma libera.

Se la prescrizione in analisi avesse il solo scopo di assicurare la piena e corretta trasmissione di informazioni al cliente, la finalità potrebbe considerarsi assicurata con la mera consegna del documento contenente le condizioni contrattuali pattuite, senonché l'art. 23 t.u.f si riferisce espressamente all'« esemplare » del contratto e non a documenti informativi che precedono la conclusione del contratto e ne diventano parte integrante. Ponendo l'attenzione soltanto sulla trasmissione di informazioni alla parte debole, al fine di eliminare, o quantomeno attenuare, l'asimmetria fra le parti, si dovrebbe ammettere la conclusione del contratto oralmente, ove sia seguito dalla consegna del documento contrattuale contenente ogni informazione prescritta dalla legge. La sottoscrizione avrebbe la mera funzione di attestare l'avvenuta consegna del documento, facilitando l'onere probatorio posto in capo all'intermediario.

L'esigenza di garantire la certezza del rapporto contrattuale, tipicamente ricondotta all'art. 1350 c.c., non è del tutto esclusa, ed è per questo motivo che si richiede necessariamente la presenza della firma del cliente. Nessuno dubita, infatti, della nullità del contratto in caso di assenza della firma del cliente <sup>(66)</sup>, la quale, però, non può essere giustificata facendo riferimento all'esigenza di favorire una maggiore ponderazione della scelta del contraente; infatti, per i singoli ordini di investimento, ossia gli atti che comportano effettivamente l'impiego del denaro del cliente, vale la libertà di forma.

Pare preferibile definirla come forma *ad substantiam* unilaterale, più che forma *ad informationem*: per essere giuridicamente valido, il consenso dell'investitore deve essere manifestato per iscritto, mentre la volontà della controparte potrà essere desunta dalla predisposizione del testo contrattuale, dalla raccolta e gestione della sottoscrizione del cliente, dalla consegna di un esemplare del contratto, dall'esecuzione del contratto stesso ovvero da altri comportamenti concludenti idonei a rivelare l'esistenza del consenso, il quale, è doveroso sottolinearlo, non è mai contestato nelle vicende giudiziarie sorte sul tema.

Considerando la *ratio decidendi* delle due sentenze in commento, si può affermare che nell'ordinamento giuridico italiano trovano cittadinanza

<sup>(65)</sup> Sull'argomento si v. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 94 ss.

<sup>(66)</sup> Cass., 22 marzo 2013, n. 7283, cit., p. 481; Cass., 22 dicembre 2011, n. 28432, cit., c. 1490.

documenti privi della sottoscrizione di una parte, qualora non vi siano problemi di attribuibilità della scrittura. Sostenere che nel caso in cui sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*, il consenso possa essere considerato validamente fornito anche se non è espresso mediante la sottoscrizione del documento, potrebbe apparire in aperto contrasto con l'art. 2702 c.c. <sup>(67)</sup>, tradizionalmente interpretato come una disposizione che configura la sottoscrizione come elemento essenziale del documento contenente la volontà negoziale <sup>(68)</sup>. A ben vedere, però, l'art. 2702 c.c. disciplina soltanto l'efficacia probatoria della scrittura privata, senza individuare i suoi requisiti essenziali <sup>(69)</sup>; inoltre i giudici di legittimità non hanno escluso la necessità della sottoscrizione del documento, contravvenendo l'insegnamento per cui « la scrittura soddisfa la forma vincolata soltanto se reca la sottoscrizione della parte » <sup>(70)</sup>, ma hanno ammesso che l'intermediario possa esprimere il proprio consenso in altre forme, attraverso comportamenti incontrovertibili e affidanti, conseguentemente alla natura informativa del documento. D'altra parte è ammessa la conclusione del contratto, con effetti *ex nunc*, mediante la produzione in giudizio del documento, poiché tale comportamento attesta incontrovertibilmente la volontà della parte.

Nel nostro ordinamento è riscontrabile almeno una fattispecie in cui il legislatore ha previsto la possibilità di ritenere correttamente concluso un contratto, per il quale sia richiesta la forma scritta *ad substantiam*, anche in assenza del consenso scritto di una parte: l'art 2, l. 18 giugno 1998, n. 192, « Disciplina della subfornitura », stabilisce che il rapporto di subfornitura si instaura con contratto avente forma scritta a pena di nullità, ma nel caso in cui il subfornitore inizi le lavorazioni o le forniture a séguito della ricezione di una valida proposta del committente, il contratto « si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge » <sup>(71)</sup>. L'inizio dell'esecuzione della prestazione supplisce, dunque, all'assenza della sottoscrizione del subfornitore <sup>(72)</sup>. Benché le discipline appaiano sovrapponibili in quanto poste a tutela della parte debole, sussiste una netta differenza: nel caso del contratto di subfornitura, la deroga è espressamente prevista dalla legge, mentre per i contratti-quadro manca una chiara previsione normativa legittimante.

Ponendo l'accento sul fine informativo caratterizzante la forma scritta

<sup>(67)</sup> LA ROCCA, *Sottoscrizione e « forma informativa » nei contratti del mercato finanziario*, cit., p. 7 ss.

<sup>(68)</sup> PATTI, voce *Documento*, in *Dig., disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991, p. 6.

<sup>(69)</sup> IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 65.

<sup>(70)</sup> ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, p. 218.

<sup>(71)</sup> MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. c.c.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 2003, *passim*.

<sup>(72)</sup> VENOSTA, *Inizio dell'esecuzione e conclusione dei contratti formali: gli artt. 1327 c.c. e 2 comma 2 della legge sulla subfornitura*, in *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, p. 85 ss.

in questione, i giudici di legittimità, per poter garantire la coerenza della pronuncia, sono stati costretti a precisare che la mancata consegna del documento scritto al cliente è sanzionata con la nullità dell'intero negozio: « nell'art. 23 t.u.f. si enfatizza la redazione per iscritto, e, per dato normativo chiaramente espresso, si considerano sullo stesso piano detta redazione e la consegna di un esemplare al cliente » (73). Quest'aspetto non era stato oggetto di particolare valutazione nelle precedenti e numerose decisioni giurisprudenziali, perciò tale presa di posizione deve considerarsi rilevante ed innovativa tanto quanto la previsione di non necessarietà della sottoscrizione della banca (74).

Se lo scopo principale della disposizione è quello di assicurare la trasmissione di determinate informazioni, la semplice sottoscrizione del contratto effettuata dal cliente non potrebbe essere considerata sufficiente, in quanto adatta soltanto a testimoniare che l'investitore è venuto a contatto con il regolamento contrattuale, ma non garantisce che costui abbia l'effettiva possibilità di conoscere e consultare le condizioni negoziali pattuite durante l'esecuzione del rapporto; tale facoltà è assicurata soltanto dalla trasfusione dell'intero accordo in un documento consegnato al cliente. La finalità di protezione della parte debole verrebbe frustrata qualora si ritenesse sufficiente la sottoscrizione del contratto da parte di questa, senza che ad essa ne venga fornita una copia.

Al fine di poter provare il rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 23 t.u.f., l'intermediario avrà l'onere di richiedere al cliente la sottoscrizione dell'accordo, ma sarà utile, inoltre, ottenere una dichiarazione confessoria circa l'avvenuta consegna del documento; le firme, pertanto, saranno due: una avrà la funzione di attestare la volontà negoziale, l'altra esonererà l'intermediario dal difficile compito di provare la consegna (75).

La disposizione in analisi impone in capo all'intermediario un obbligo di *facere*, il cui inadempimento, stando all'interpretazione fornita dalle sezioni unite, è punito con la nullità dell'intero contratto; si tratta, dunque, di un'invalidità composita: viene sanzionato il mancato rispetto della forma prescritta dalla legge, oltre che la violazione dell'obbligo di consegna. La nullità è utilizzata anche per sanzionare l'inadempimento di un obbligo che

(73) V. Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit., § 3, ove si afferma, inoltre, che « 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 ».

(74) (74)Cfr. Trib. Milano, 15 giugno 2005, in *Il caso.it*, secondo cui « la mancata consegna al cliente, al momento della sottoscrizione, delle copie di un contratto [...] non configura una ipotesi di nullità del contratto stesso ma semmai di inadempimento, la cui gravità deve essere valutata alla stregua delle conseguenze pregiudizievoli che ne sono eventualmente derivate »; v. anche Trib. Torino, 26 maggio 2010, n. 3600, in *Il caso.it*.

(75) Cfr. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, cit., nella parte in cui nega la possibilità di desumere la conclusione del contratto dalla dichiarazione sottoscritta dal cliente di aver ricevuto copia del contratto sottoscritta dal soggetto abilitato a rappresentare la banca.

sorge soltanto successivamente al raggiungimento dell'accordo fra le parti, dunque, quando la fase di formazione del contratto può dirsi oramai conclusa. È evidente, quindi, la distanza con l'impostazione tradizionale, secondo cui la nullità è un vizio genetico del negozio, mentre le classiche conseguenze dell'inadempimento sono costituite dal risarcimento del danno e dalla risoluzione del contratto <sup>(76)</sup>.

Considerando l'anomala struttura dell'invalidità in esame, è doveroso prendere in analisi le conseguenze riconducibili a vicende di adempimento tardivo, le quali potrebbero avere effetti sananti <sup>(77)</sup>. Si pensi all'intermediario che non abbia consegnato copia del contratto al momento della sua stipula, ma vi provveda successivamente.

Qualora si potesse utilizzare lo strumento classico di reazione all'inadempimento, ossia l'azione di risoluzione contrattuale, verosimilmente essa sarebbe negata in considerazione della scarsa importanza dell'inadempimento stesso, in virtù della consegna tardiva. Dal momento che tale inadempimento, invece, è sanzionato con la nullità, non è possibile ragionare in quei termini, ma parrebbe lecito attribuire all'adempimento tardivo una valenza sanante, ove la mancata disponibilità del documento per un certo lasso di tempo non abbia causato pregiudizi alla parte protetta. La consegna tardiva, però, permetterebbe di sanare l'atto viziato solamente con effetti *ex nunc*, determinando una netta linea di demarcazione fra gli ordini di investimento antecedenti ad essa, irrimediabilmente travolti dalla nullità, e quelli successivi, pienamente validi perché riconducibili ad un contratto-quadro per il quale le parti hanno manifestato il proprio consenso nelle forme richieste e la consegna della copia del regolamento contrattuale è avvenuta in epoca antecedente agli ordini stessi. In conseguenza di ciò, l'investitore potrà portare all'attenzione del giudice soltanto quelle operazioni eseguite prima della consegna suddetta, poiché in caso contrario il fine informativo della disposizione in esame dovrà considerarsi pienamente raggiunto e la parte debole non potrà lamentare alcun nocumento <sup>(78)</sup>.

Ammettere la sanatoria di tale invalidità non significherebbe violare la disposizione di cui all'art. 1423 c.c., in quanto il principio di insanabilità del contratto nullo, indissolubilmente legato al sistema tradizionale delle invalidità, è oramai divenuto anacronistico. Ogni qual volta la sanatoria dell'atto si giustifichi in base alla *ratio* della disposizione e vi sia una certa sintonia fra convalida e scopo della norma violata, non la si potrà negare

<sup>(76)</sup> RIZZUTI, *op. cit.*, p. 199. Cfr. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 148, secondo il quale « la *traditio* di un esemplare/*seu* di una copia del contratto rileva come (ultimo) elemento perfezionativo dell'accordo ».

<sup>(77)</sup> SICCHERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, cit., p. 384 ss.

<sup>(78)</sup> L'art. 23, comma 6°, t.u.f. impone al soggetto abilitato, citato in giudizio per il risarcimento del danno causato al cliente, di dimostrare di aver agito con la specifica diligenza richiesta; la disposizione, tuttavia, limita tale inversione dell'onere probatorio soltanto per i giudizi relativi al risarcimento del danno.

rifacendosi alle impostazioni dogmatiche assolute proprie della dottrina tradizionale <sup>(79)</sup>: la disposizione in questione, infatti, sembra indicare un criterio di prevalenza dell'inammissibilità della convalida, non un principio assoluto. Tradizionalmente, per individuare qualche applicazione concreta dell'eccezione posta nell'art. 1423 c.c., si fa riferimento agli artt. 590 e 799 c.c., che prevedono, rispettivamente, la conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle <sup>(80)</sup>; in realtà il negozio, tramite la conferma o la volontaria esecuzione, non perde del tutto il vizio che lo inficia <sup>(81)</sup>. Ritenendo, invece, che la norma in questione non debba essere letta come una mera formula di rinvio, sorge il problema di spiegare il vero significato della disposizione: il rinvio ai casi previsti dalla legge in cui è ammissibile la sanatoria, è da intendersi come richiamo alle fattispecie in cui la convalida si presenta come « conseguenza dell'ordinamento » e buona parte di essi possono essere rinvenuti nell'ambito delle nullità di protezione. Se si considera che questo tipo di nullità è relativamente recente, è facile comprendere il motivo per cui la dottrina tradizionale, non potendo delineare applicazioni concrete di convalida, legava l'art. 1423 c.c. alla conferma e volontaria esecuzione delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle. In quel modo la norma acquistava significato, il quale era difficile, se non impossibile, rintracciare sulla base di interpretazioni diverse <sup>(82)</sup>. La convalida del negozio nullo è generalmente ostacolata dall'infinita platea di soggetti che possono far valere il vizio; tuttavia questo problema viene meno nel caso di legittimazione relativa. Si crea, dunque, un parallelismo fra legittimazione limitata e sanabilità e fra legittimazione allargata e inammissibilità della convalida.

Ritenendo superate le classiche letture interpretative limitanti la por-

<sup>(79)</sup> TOMMASINI, voce *Nullità*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1978, p. 878; FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, I, p. 368; PASSAGNOLI, *Le nullità speciali*, Milano, 1995, *passim*. Per una convalida « processuale » per volontà del consumatore della nullità di una clausola vessatoria si veda il *leading case* Corte giustizia Unione europea, 4 giugno 2009, C-243/08, caso *Pannon*, in *Contratti*, 2009, XII, p. 1115, e sul piano nazionale Cass., (ord.) 8 febbraio 2012, n. 1875, in *Contratti*, 2012, V, p. 337.

<sup>(80)</sup> La dottrina è consolidata sul punto. Si v., tra gli altri, SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1985, p. 248; GIACOBBE, voce *Convalida*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 482 s. La giurisprudenza di legittimità risulta concorde: Cass., 15 febbraio 1968, n. 535, in *Foro it.*, 1968, I, c. 1949.

<sup>(81)</sup> Fra conferma e convalida vi sono talune differenze non marginali. *In primis* la legittimazione a confermare non spetta al soggetto che ha compiuto l'atto, ma è di esclusiva pertinenza dei suoi eredi, a cui si aggiungono gli aventi causa del donante. Viene a mancare, dunque, un requisito essenziale della convalida: l'identità soggettiva tra autore della sanatoria e parte del contratto. Inoltre, la conferma di uno degli interessati non impedisce agli altri di agire per far dichiarare la nullità. V. CAPRIOLI, *La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle*, Napoli, 1985, p. 226.

<sup>(82)</sup> RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015, p. 141 ss.; G. PERLINGIERI, *op. cit.*, p. 90.

tata dell'art. 1423 c.c., è possibile individuare una forma di convalida che permetta di evitare che le norme di protezione comportino effetti pregiudizievole per il soggetto che dovrebbero tutelare<sup>(83)</sup>, ma anche fattispecie convalidanti collegate alla necessità di contrastare l'uso distorto della nullità di protezione<sup>(84)</sup>. Per questi motivi non si ritengono sussistenti limiti normativi all'ammissione della sanatoria della nullità a séguito di consegna tardiva: ciò, tuttavia, non potrà produrre effetti retroattivi in conformità alla *ratio* della disposizione.

6. — La decisione presa dalle sezioni unite pare criticabile quantomeno sotto due profili.

È da evitare il ricorso a ricostruzioni che derogano o addirittura scardinano i principi che disciplinano la forma contrattuale e che giungono ad interpretazioni contro il dato letterale dell'art. 23 t.u.f., poiché un documento soddisfa il requisito di forma scritta soltanto se sottoscritto dal suo autore. La scelta di non seguire gli insegnamenti tradizionali e oramai costituenti un pilastro della disciplina civilistica regolante l'onere della forma scritta non è condivisibile se l'unico fine è quello di evitare condotte opportunistiche tenute dalla parte normativamente protetta.

È innegabile che la nullità in questione, il più delle volte, venga fatta valere in modo strumentale dal cliente, in quanto unico rimedio per arginare le perdite subite, ma si tratta di capire se sia possibile contrastare tale azione e, soprattutto, con quali strumenti. A parere di chi scrive l'utilizzo dell'abuso del diritto o dell'*exceptio doli* sembra perfettamente adatto ad inquadrare e risolvere la vicenda in analisi, essendo strumenti aventi la funzione di correttivo dell'ordinamento civile. Il diniego di tutela processuale diverrebbe il rimedio per contrastare quei « recessi *contra legem* », esercitati in mala fede a fronte di investimenti rivelatisi non convenienti.

Negare la tutela a colui che agisce in giudizio in modo abusivo, in quanto fa valere il vizio in relazione ad una parte soltanto degli ordini d'acquisto effettuati, equivale, per ciò che concerne il risultato, ad ammettere la sanabilità del contratto nullo. La volontà di convalidare il negozio sarebbe desumibile dall'utilizzo selettivo della nullità: l'intenzione di caducare solamente alcuni investimenti, continuando ad avvalersi degli effetti del contratto per gli acquisti non oggetto del giudizio, mostra l'intenzione di ritenere efficace il contratto-quadro d'investimento. In questo frangente non si pone nemmeno la questione della prova della conoscenza dell'esistenza del vizio ai sensi dell'art. 1444, comma 2°, c.c., in quanto l'azione in giudizio si basa proprio sull'assenza di forma scritta, così come il problema

<sup>(83)</sup> Si v. le decisioni già menzionate: Corte giustizia Unione europea, 4 giugno 2009, C-243/08, caso *Pannon*, cit., p. 1115, e Cass., 8 febbraio 2012, n. 1875, cit.

<sup>(84)</sup> BILÒ, *Rilevabilità d'ufficio e potere di convalida nelle nullità di protezione del consumatore*, in questa rivista, 2011, II, p. 483.

dell'infinita platea di soggetti che possono far valere il vizio, perché, trattandosi di nullità a legittimazione relativa, non residuerebbero soggetti terzi legittimati.

In secondo luogo, l'estensione della sanzione della nullità al caso di omessa consegna di un esemplare del contratto fa scaturire diversi interrogativi. Come già detto in precedenza, si tratterebbe di colpire l'inadempimento di un obbligo, che sorge soltanto successivamente al raggiungimento dell'accordo fra le parti, mediante una sanzione tipicamente collegata a vizi genetici del contratto. È doveroso sottolineare che l'inadempimento parziale dell'obbligo informativo, si pensi ad un regolamento contrattuale che non indichi alcuni degli elementi di cui all'art. 37 reg. Consob n. 16190 del 2007, giustifica la risoluzione del contratto-quadro e degli ordini d'acquisto collegati, non essendo sanzionato con la pronuncia di nullità dell'atto negoziale <sup>(85)</sup>. Inoltre, considerando la *ratio legis*, dovrebbe ritenersi legittima una sanatoria *ex post* con effetti *pro futuro*, poiché un ritardo nell'informare non costituisce un fattore che vizia il consenso. Infine, si dovrebbe accertare che la trasmissione di informazioni sia stata effettiva, cioè che il documento che riproduce il c.d. contratto-quadro sia realmente idoneo a fornire tutte le informazioni necessarie alla parte protetta, in modo che essa possa agevolmente esercitare i propri diritti.

In conclusione, alla mancata consegna della copia del contratto consegue la nullità dello stesso, mentre nel caso in cui il documento fornito al cliente non possa dirsi completo ai sensi dell'art. 37 reg. Consob n. 16190 del 2007, il cliente potrà agire in giudizio al fine di ottenere la risoluzione. Ove si ritenga che lo scopo dell'art. 23 t.u.f. sia quello di eliminare l'asimmetria informativa fra le parti, non si può ammettere che la mancata consegna della copia del contratto sia sanzionata con la nullità, mentre la consegna di un documento incompleto, eventualmente fuorviante e poco chiaro, dia luogo alla risoluzione del contratto ove si accerti un pregiudizio per la parte.

Per completezza si ritiene utile fare un breve cenno ad un'ulteriore tematica: come dovrebbe essere valutato il caso in cui il professionista ampli a dismisura l'insieme delle informazioni da trasmettere rispetto a

<sup>(85)</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, III, c. 784, ha negato a chiare lettere che la violazione delle regole di comportamento da parte dell'intermediario possa comportare la nullità dei contratti di investimento, attestando l'immanenza nel nostro ordinamento del principio di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità. La Corte ha sostenuto che la violazione degli obblighi di informazione al momento della stipula del contratto di intermediazione produce una responsabilità di tipo precontrattuale; laddove la violazione dei doveri dell'intermediario si verifichi in un momento successivo alla stipulazione del contratto d'intermediazione, la responsabilità ad egli imputabile « può assumere i connotati di un vero e proprio inadempimento (o non esatto adempimento) contrattuale », che può, ove ricorrano gli estremi di gravità postulati dall'art. 1455 c.c., condurre anche alla risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria in corso.

quanto richiesto dalla legge? Un *surplus* informativo, infatti, avrebbe l'effetto di rendere poco trasparenti e comprensibili le informazioni davvero rilevanti. Se l'analisi da compiere deve essere effettuata considerando l'obiettivo della consapevole padronanza delle informazioni ricevute, allora l'eccesso informativo dovrà essere parimenti sanzionato <sup>(86)</sup>.

Per mantenere una coerenza interna, le decisioni in commento avrebbero dovuto soffermarsi anche su questi aspetti, a tutela della sostanza, oltre che alla mera forma. Facendo propri i ragionamenti effettuati dalla corte, appare del tutto irragionevole distinguere l'inadempimento dell'obbligo di consegna, dalla non effettiva ed efficiente trasmissione del patrimonio informativo individuato dal legislatore.

Il principio di diritto, espresso dalle sezioni unite con riferimento alle modalità di manifestazione del consenso da parte dell'intermediario, è estensibile ai contratti bancari, in quanto anche l'art. 117 t.u.b. richiede la forma scritta a pena di nullità e impone la consegna di un esemplare del contratto. Il medesimo articolo, al comma 4<sup>o</sup>, dispone che i contratti indichino il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora; il comma 7<sup>o</sup> prevede un sistema d'integrazione del contratto in caso di omessa indicazione degli elementi poc'anzi indicati, con funzione evidentemente sanzionatoria della parte onerata. Ciò testimonia la volontà legislativa di distinguere nettamente il mancato rispetto della forma scritta dall'inadempimento dell'obbligo informativo, riconducendo ad essi conseguenze differenti <sup>(87)</sup>.

ALESSANDRO GALIA

Dottorando di ricerca dell'Università di Torino

<sup>(86)</sup> PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 109.

<sup>(87)</sup> Per i contratti di credito al consumatore è prevista la sanzione della nullità del contratto, qualora esso non contenga informazioni essenziali circa il tipo di contratto, le parti, l'importo totale del finanziamento e le condizioni di prelievo e rimborso (art. 125-bis t.u.b.): non si tratta, però, di invalidità per vizio inerente la trasmissione di informazioni, ma per difetto di requisiti essenziali del contratto, nello specifico l'oggetto.