

VINCOLO DI FORMA UNILATERALE: PUNTI FERMI E NUOVE QUESTIONI

Di Chiara Sartoris

| 3

SOMMARIO: 1. Nullità formale e contratti di intermediazione finanziaria c.d. monofirma. Punti fermi. - 1.1 (segue) Recenti orientamenti della giurisprudenza a un anno dalla sentenza delle Sezioni Unite. - 2. Criticità della impostazione giurisprudenziale consolidata. - 3. Nuove questioni. Il ruolo della forma tra contratto-quadro e singoli ordini di investimento. - 3.1 (segue) Effetti della esecuzione del contratto-quadro nullo. - 3.2 (segue) Uso selettivo della nullità?

ABSTRACT. Il presente saggio muove dall'analisi della recente sentenza delle Sezioni Unite n. 898/2018, sulla questione della nullità del contratto di intermediazione finanziaria c.d. monofirma, per focalizzare i principi ormai consolidati e le nuove questioni da risolvere.

Dopo aver ricostruito la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite, il saggio si concentra sull'analisi della giurisprudenza successiva per evidenziare l'estensione di quei principi anche alla disciplina dei contratti bancari. Ma, soprattutto, per studiare i problemi interpretativi che quella soluzione comporta. This paper analyzes the recent judgement of the Supreme Court n. 898/2018, which examines the issue of the nullity of financial intermediation contract with a single signature, in order to enlight the confirmed principles and the new matters that have to be solved.

After reconstructing the Supreme Court judgement, the essay focuses on the analysis of the further case-law, with the purpose of showing the extension of these principles also to the rules of banking agreements. But, above all, it aims to study the interpretative problems that the judicial solution involves.



1. Nullità formale e contratti di intermediazione finanziaria c.d. monofirma. Punti fermi.

4 Con la sentenza del 16 gennaio 2018, n. 898, le Sezioni Unite risolvono la dibattuta questione della sorte del contratto di intermediazione finanziaria c.d. monofirma¹, che è stata oggetto, negli ultimi anni, di ripetuti interventi di segno opposto da parte della giurisprudenza.

Non vi era, infatti, unanimità di vedute circa la validità di un contratto di investimento privo della sottoscrizione dell'intermediario, essendo discusso se considerare quest'ultima un requisito essenziale, al pari della firma del cliente.

Alla base della incertezza interpretativa risiedeva il più generale tema del ruolo della forma nella contrattazione asimmetrica, nonché la disciplina del connesso rimedio della nullità di protezione.

Le Sezioni Unite chiariscono che il vincolo di forma *ad substantiam* prescritto dall'art. 23 T.U.F. abbia carattere prettamente unilaterale, come è dato desumere dalla *ratio* stessa della disposizione².

Anzi, è proprio l'analisi della funzione del requisito formale a giustificare la soluzione prospettata. A tal fine, i giudici mettono a confronto la funzione di questo requisito nell'ambito delle contrattazioni

¹ Cass., Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, in www.personaemercato.it; in *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568 ss., con nota di C. COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite*; in *Contr.*, 2018, 2, p. 133 ss. con nota di G. D'AMICO, *Le Sezioni Unite sul c.d. contratto mono-firma*; in *Giur. it.*, 2018, 3, p. 568 ss., con nota di A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*. Sul tema, le Sezioni Unite sono nuovamente intervenute, confermando il precedente arresto, con la sentenza Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1653, cit., che si è pronunciata sulla ordinanza Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, in www.personaemercato.it; in *Contr.*, 2017, 4, p. 393 ss., con nota di D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*; in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, 5, p. 543 ss., con nota di A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neoformalismo contrattuale*.

² Per un approfondimento sulla disposizione in esame, si rinvia a: R. LENER *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 12 ss.; V. ROVITO *Art. 23*, in G.F. Campobasso, *Testo Unico della finanza. Commentario*, I, Torino, 2002, p. 199 ss.; P. MORLUPO, *La questione della forma dei servizi d'investimento*, in Di Nella (a cura di), *La tutela del consumatore dei servizi finanziari*, Napoli, 2007, p. 87 ss.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 246 ss.; G. DE NOVA, *La forma dei contratti finanziari*, cit., p. 87 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Forma degli ordini e dovere di diligenza e correttezza nel Testo Unico della finanza*, in *Rass. giur. umbra*, 2009, p. 7 ss.; M.G. BARATELLA, *La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 688 ss.; L. DAMBROSIO, *Manca di forma scritta ad substantiam ex art. 23 t.u.f.*, in *Contr.*, 2012, p. 520 ss.

asimmetriche con quella svolta dal medesimo nell'ambito delle contrattazioni *inter partes*, così da evidenziare le peculiarità del primo.

Nell'ambito dei rapporti contrattuali paritari, la forma *ad substantiam*, propria degli scambi immobiliari tipici dell'economia fondiaria, funge da criterio di imputazione della dichiarazione e da strumento di chiarezza e ponderazione dell'impegno assunto dalle parti, nonché della serietà dell'accordo.

Ben diversa è, invece, la funzione assunta dalla forma nell'ambito di rapporti asimmetrici. In quest'ultimo caso, essa persegue uno scopo spiccatamente protettivo, essendo diretta a proteggere lo specifico interesse del contraente debole, al fine di garantire che questi sia compiutamente informato su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale.

La dottrina utilizza, a riguardo, la locuzione "formalismo negoziale" o "neoformalismo"³ proprio per sottolineare la peculiare importanza assunta dal requisito formale nei contratti tra parti in posizioni asimmetriche, coerentemente con l'elaborazione di nuovi fenomeni contrattuali derivanti dallo sviluppo dei mercati, soprattutto di quello finanziario e digitale.

Funzione protettiva, quella della forma, che si spiega in ragione della rischiosità del negozio che l'investitore o il cliente si appresta a stipulare. La violazione di tale requisito, nell'ambito dei contratti asimmetrici, è sanzionata con una nullità (di protezione), che si atteggia a rimedio a carattere anfibio, in quanto posto a tutela della sola parte debole, ma anche, indirettamente, dell'interesse più generale al rispetto della concorrenza e alla efficienza del mercato⁴. Tale nullità, quindi, può essere fatta valere

³ Il c.d. neoformalismo sostituisce alla forma la trasparenza. La massima espressione di questa ipotesi di nullità è rappresentata dall'art. 35 cod. cons., in base al quale, le clausole contrattuali devono essere redatte in modo chiaro e comprensibile. Il tema del c.d. neoformalismo negoziale è oggetto di numerosi studi di dottrina. In particolare, si ricordano: M. GIORGIANNI, *Forma degli atti* (dir. priv.), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 994 ss.; G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quad.*, 1987, p. 327 ss.; R. AMAGLIANI *Profili della forma della nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 396 ss.; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità*, in *Le invalidità di diritto privato*, a cura di A. Bellavista e A. Plaia, Milano, 2011, p. 451 ss..

⁴ Peraltro, il carattere speciale della nullità di protezione è stato evidenziato anche dalla giurisprudenza europea, la quale ha affermato, nell'ambito dei casi *Pannon* (Corte di Giustizia, sentenza 4 giugno 2009, causa C-243/08, *Pannon*, in *Racc.*, I, p. 4812) e *Banco Español* (Corte di Giustizia, sentenza 14 giugno 2012, causa C-618/2010, *Banco Español de Crédito*, in *Contr.*, 2013, 1, 16 ss., con nota di A. D'ADDA, *Giurisprudenza comu-*

solo dal cliente, ma, nel contempo, può anche essere rilevata d'ufficio dal giudice, sia pure nell'esclusivo interesse e vantaggio del primo.

Le Sezioni Unite, nel 2018, ribadiscono che la nullità formale, quale ipotesi di nullità di protezione, non si atteggia, in senso tradizionale, a nullità “di struttura”, bensì opera come nullità “di funzione”: il requisito formale, dunque, non costituisce solo uno strumento di manifestazione della volontà, ma consente, altresì, la trasmissione di dati e informazioni essenziali per la contrattazione, a tutela della parte debole.

Dunque, è in questa logica, secondo le Sezioni Unite, che dovrebbe essere impostata anche la questione se il cliente sia pregiudicato, nella sua completa e consapevole autodeterminazione, dalla mancanza di firma della banca sul contratto-quadro.

L'assunto su cui si basa la decisione è che il vincolo di forma di cui all'art. 23 T.U.F. va inteso «secondo quella che è la funzione propria della norma e non automaticamente richiamando la disciplina generale sulla nullità». La specificità della disciplina consente, infatti, di scindere i due profili, quello del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e quello dell'accordo. Anzi, secondo i giudici, «proprio a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificativa della stessa, è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (...) e che vi sia stata consegna della scrittura all'investitore, necessiti ai fini della validità del contratto-quadro».

Se questa è la prospettiva dell'art. 23 T.U.F., allora, è la mancata sottoscrizione del solo cliente a contrastare con la *ratio* della norma, in quanto indice del difetto di conoscenza delle condizioni contrattuali. Mentre la mancata sottoscrizione dell'intermediario, che è il soggetto contro il quale è previsto il rimedio invalidante, non lede l'interesse tutelato dalla norma e, quindi, non giustifica la nullità del contratto.

Anzi, a ben vedere, come è stato autorevolmente osservato, «la sottoscrizione dell'intermediario bancario si collocherebbe, perciò, al di là della ragion sufficiente di detta forma, in quanto è l'incompletezza dell'informativa, non la carenza di una sottoscrizione in più, a pregiudicare il cliente “nella

nitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto), che il rimedio in esame può essere fatto valere solo da parte del contraente a cui favore è previsto e che il giudice deve “non applicare” la clausola abusiva, salva l'opposizione del consumatore.

sua completa e consapevole autodeterminazione”»⁵.

In considerazione di tutto ciò, i giudici stabiliscono, in nome del principio di proporzionalità⁶, che, ai fini della validità, il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, nonché sottoscritto almeno dall'investitore, il quale deve poi ricevere una copia del documento contrattuale. Il consenso della banca, invece, può risultare *aliunde*, da comportamenti concludenti (ad esempio, aver dato esecuzione agli ordini impartiti dal cliente o aver rendicontato il risultato delle operazioni ordinate dal cliente), non necessariamente dalla sottoscrizione del negozio.

1.1. (segue) Recenti orientamenti della giurisprudenza a un anno dalla sentenza dalle Sezioni Unite.

All'indomani della sentenza delle Sezioni Unite del gennaio 2018, la dottrina più attenta ha subito evidenziato che i principi ivi enunciati sono suscettibili di essere estesi dall'ambito dei contratti di intermediazione finanziaria a quello dei contratti bancari⁷. Ciò in virtù della sostanziale assimilabilità tra il contratto-quadro regolato dal T.U.F. e il contratto-quadro disciplinato dal T.U.B..

⁵ Così S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, 6, p.679 ss., con riferimento alle argomentazioni dedotte nell'ordinanza di rimessione di Cass. 27 aprile 2017, n. 10447, in www.personaemercato.it; in *Contr.*, 2017, 4, p. 393 ss., con nota di D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*; in *Banca borsa e tit. cred.*, 2015, 5, p. 543 ss., con nota di A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neoformalismo contrattuale*.

⁶ Sull'incidenza di questo principio di derivazione eurounitaria nella materia in esame, si vedano: D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393 ss.; A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto “monofirma”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, 5, p. 658 ss.; S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. Ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, in *Contr.*, 2018, 2, p. 147-1148.

⁷ Cfr., in particolare, D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393 ss., il quale osserva come già l'ordinanza di rimessione Cass., 27 aprile 2017, n. 10447, cit., evidenziasse che il riferimento testuale all'art. 23 T.U.F. e il richiamo al contratto di investimento vada inteso come una questione identica a quella posta dall'art. 117 del d.lgs. n. 385/1993 (T.U.B.); sicché la regola dettata per i contratti di intermediazione finanziaria varrà anche per il mondo dei contratti bancari.



In effetti, la portata espansiva di quei principi di diritto trova, oggi, conferma in una serie di sentenze, sia di merito⁸, che di legittimità⁹, rese in materia di contratti bancari.

In questi casi, generalmente, oggetto del contendere è la impugnazione di un contratto di conto corrente, di cui il correntista domanda la nullità, ritenendo che la documentazione depositata dall'istituto bancario non sia sufficiente a dare la prova della forma scritta richiesta dall'art. 117 del d.lgs. n. 385/1993 (T.U.B.).

Nelle decisioni in questione, i giudici evidenziano che l'art. 117, comma 1, T.U.B., nel prevedere che i «*contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato al cliente*», reca una formulazione del tutto coincidente con quella prevista dall'art. 23, comma 1, T.U.F.. In aggiunta, il comma 2 dell'art. 117 T.U.B., secondo cui «*le nullità (...) operano soltanto a vantaggio del cliente*», sancisce una regola sovrapponibile anch'essa al tenore dell'art. 23, comma 3, T.U.F., laddove stabilisce che «*la nullità può essere fatta valere solo dal cliente*».

L'analisi puntuale del dato normativo, dunque, testimonia già, *ictu oculi*, che le due discipline in esame, pur avendo un'origine diversa, sono accomunate da una disposizione sulla forma che, nei due ambiti, risulta espressione di una identica *ratio*: l'esigenza di tutelare il contraente debole. Talché, anche il problema della validità del contratto bancario c.d. monofirma dovrebbe essere risolto negli stessi termini del contratto di intermediazione finanziaria c.d. monofirma¹⁰.

A queste conclusioni la Corte di Cassazione giunge ribadendo il principio secondo cui la validità/nullità del negozio va valutata considerando il requisito della forma scritta non in senso meramente strutturale, bensì in una accezione funzionale, avendo riguardo alla finalità di protezione della parte debole espressa dalla regola sulla forma di cui all'art. 117 T.U.B..

Sulla base della natura funzionale del requisito formale, dunque, si arriva alla conclusione che anche «*la mancata sottoscrizione del documento con-*

trattuale da parte della banca non determina la nullità per difetto della forma prevista dall'art. 117, comma 3, del d.lgs. n. 385 del 1993».

A sostegno di tale posizione, la Corte aggiunge, inoltre, che il requisito formale è posto «*a garanzia della più ampia conoscenza, da parte del cliente, del contratto predisposto dalla banca, la cui mancata sottoscrizione è dunque priva di rilievo, in presenza di comportamenti concludenti dell'istituto di credito idonei a dimostrare la sua volontà di avvalersi di quel contratto*»¹¹.

A tale risultato la giurisprudenza di legittimità perviene anche sulla base di una ulteriore considerazione: la già ricordata sostanziale assimilabilità della contratto-quadro monofirma regolato dal T.U.B. rispetto alle fattispecie disciplinate dal T.U.F.. A riguardo, si osserva che il riferimento alla redazione per iscritto del negozio, presente tanto nell'art. 23 T.U.F., quanto nell'art. 117, comma 1, T.U.B., unitamente all'attività di consegna al cliente di un esemplare del contratto, integra non un requisito di struttura della fattispecie, bensì un comportamento del professionista.

Ne conseguirebbe, allora, che, anche in materia di contratti bancari, il difetto di sottoscrizione del professionista non determina nullità per carenza della forma scritta, «*trattandosi non già di un requisito del contratto, ma della prescrizione di un comportamento che la banca (al pari dell'intermediario finanziario, ai sensi dell'art. 23 del d.lgs. n. 58/1998) deve osservare nell'interesse del risparmiatore o del correntista, altrimenti conseguendone la sanzione della nullità*».

Dal punto di vista pratico, pertanto, affinché il contratto monofirma non vada incontro a nullità per difetto di sottoscrizione del professionista, devono ricorrere due condizioni: da un lato, occorre che il giudice acquisisca *ex actis* una copia del documento contrattuale sottoscritto dal cliente; dall'altro, il giudice dovrà verificare il consenso della banca o attraverso la prova per testi o desumendolo da comportamenti concludenti di questa.

2. Criticità della impostazione giurisprudenziale consolidata.

Certamente, la soluzione prospettata dalle Sezioni Unite e confermata dalla giurisprudenza successiva ha il pregio di aver risolto l'annosa questione della sorte dei contratti privi della sottoscrizione del professionista. Essa testimonia l'esigenza di pro-

⁸ Cfr. Corte d'Appello di Milano, 20 luglio 2018, n. 3548, in www.dejure.it; Trib. Prato, 27 agosto 2018, n. 554, in www.dejure.it, in cui, in adesione al principio di diritto dettato dalle Sezioni Unite del 2018, si arriva a sancire la nullità del contratto bancario recante la sottoscrizione del solo cliente, ove la copia del contratto non venga consegnata a quest'ultimo; Trib. Roma, 13 dicembre 2018, n. 23908, in www.dejure.it.

⁹ Cfr. Cass., 4 giugno 2018, n. 14243, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass., 6 giugno 2018, n. 14646, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass., 18 giugno 2018, n. 16070, in *Giust. civ. Mass.*, 2018; Cass., 21 giugno 2018, n. 16362, in *Dir. e giust.*, 2018, 108, p. 10 ss., con nota di E. BRUNO, *Contratto di conto corrente, sufficiente la sola firma del cliente*.

¹⁰ Sul punto, in dottrina, si veda, in particolare, L. MODICA, *Formalismo negoziale e nullità*, p. 480 ss..

¹¹ In questi termini: Cass., 4 giugno 2018, n. 14243, cit.; Cass., 6 giugno 2018, n. 14646, cit.; Cass., 18 giugno 2018, n. 16070, cit.; Cass., 21 giugno 2018, n. 16362, cit..





spettare una lettura del rimedio della nullità idonea a contrarre il contenzioso in questa materia, originato da una mala prassi degli intermediari finanziari e delle banche. Anche se, forse, questa consuetudine avrebbe potuto essere stigmatizzata alla radice in modo più efficace esigendo la sottoscrizione di entrambe le parti, piuttosto che alimentarla ammettendo la validità dei contratti monofirma.

Tanto è vero che, una parte della dottrina, all'indomani dell'arresto della Suprema Corte, evidenzia almeno due ordini di criticità di tale soluzione.

In primo luogo, taluni osservano che ritenere sufficiente la sola sottoscrizione del cliente significherebbe accedere a una idea di forma, nell'ambito dei contratti asimmetrici, come requisito "minorato" rispetto al ruolo riconosciute nella disciplina del codice civile¹².

Difatti, mentre la normativa codicistica richiede la sottoscrizione di entrambi i contraenti ai fini della validità del contratto, nei casi in cui la forma scritta sia prevista *ad substantiam*, nella contrattazione

asimmetrica, al contrario, varrebbe il principio opposto; con il risultato di abbassare, paradossalmente, lo *standard* di protezione a favore del contraente debole.

Il carattere asimmetrico del contratto di intermediazione finanziaria e del contratto bancario, a rigore, dovrebbe, invece, implicare un rafforzamento dell'obbligo formale, non certo una sua riduzione. Per questo motivo, autorevole dottrina sostiene che il c.d. neoformalismo «*ben può consistere in un quid aliud rispetto alle prescrizioni di forma tradizionalmente poste ad substantiam actus, ma mai potrà divenire un quid minus e, paradossalmente, proprio in nome delle finalità tuzioristiche della disciplina che lo prevede*»¹³.

Ci pare che questa osservazione, benché in astratto condivisibile, vada ridimensionata, ove si considerino le specificità della normativa finanziaria e bancaria. In questi settori, effettivamente, la disciplina della forma e il connesso rimedio invalidante non rispondono solo a una esigenza di protezione della parte debole, ma devono, altresì, garantire un interesse superindividuale, ossia il corretto funzionamento del mercato.

A tal fine, esigere la prova della sottoscrizione anche del professionista finirebbe per ostacolare proprio la realizzazione di questo obiettivo ulteriore, imponendo un appesantimento tanto delle procedure di stipulazione del contratto, quanto dell'attività probatoria in giudizio.

Non ultimo, si ritiene di non poter condividere le critiche sopra illustrate anche per un'altra e assorbente ragione, di carattere più prettamente tecnico. Non ci pare, infatti, del tutto corretto ragionare solo sulla *ratio* della prescrizione di forma, per la semplice ragione che occorre guardare anche alla funzione concreta svolta da tale requisito.

Sotto questo profilo, si osserva che una cosa è la forma, altra cosa è la sottoscrizione. La forma è il vestimento giuridico della volontà espressa dal privato, mentre la sottoscrizione è lo strumento giuridico attraverso il quale si imputa a un certo soggetto la volontà manifestata con una determinata forma.

Ove si condividano le considerazioni svolte, si arriverà a ritenere perfettamente valido un contratto in cui la volontà delle parti sia espressa in forma scritta, benché la imputazione della dichiarazione di una di esse sia realizzata non a mezzo della sottoscrizione, bensì in modi alternativi, come, ad esempio, mediante un comportamento concludente¹⁴.

¹² In questo ordine di idee M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, 5, p. 554 ss., la quale osserva, criticando la tesi seguita dalla ordinanza di rimessione Cass., n. 10447/2017: «Non si vuole negare che i contratti di protezione rispondano a dinamiche peculiari e nemmeno si intende disconoscere la vocazione precipuamente informativa che il formalismo verrebbe ad assumere in quel contesto. Quello che, tuttavia, non si comprende è come riesca anche solo a insinuarsi il dubbio che una disciplina volta a tutelare specificamente e al massimo il contraente debole – nella specie il cliente – possa venire interpretata nel senso che le prescrizioni di forma ivi contenute possano risultare di consistenza ridotta rispetto a quelle che il codice civile prevede per la contrattazione *inter partes*». A sostegno di questa posizione si ricorda anche U. VIOLANTE, *L'art. 23 T.U.F., tra formalismo ed efficienza allocativa*, in *Contr.*, 2018, 6, p. 703 ss., secondo il quale, vi sono varie disposizioni del codice civile dalle quali desumere che la redazione per iscritto del documento contrattuale, come requisito di validità, implica necessariamente la sottoscrizione della controparte (i.e. l'art. 1742 c.c. in materia di agenzia o l'art. 1888 in tema di assicurazione). Tanto è vero che, a sostegno di questa tesi, l'Autore rileva che «quando il legislatore ha inteso ritenere ugualmente soddisfatto il vincolo di forma scitto stabilito a pena di nullità, anche se manchi la sottoscrizione di un contraente, l'ha stabilito espressamente», come nella disciplina della subfornitura.

Perplessità sono state manifestate anche da quella parte della dottrina che ravvisa nella previsione della forma scritta in materia finanziaria e bancaria un principio di ordine pubblico di direzione, non di protezione; sicché, la sottoscrizione della banca, in questa prospettiva, non potrebbe essere considerata solo come una questione di forma informativa, bensì andrebbe riguardata come un profilo di organizzazione e di professionalità degli intermediari. In considerazione di ciò, l'Autore in esame qualifica il rimedio della nullità alla stregua di una vera e propria sanzione civile per la banca, per non avere sottoscritto il contratto. Questa posizione è sostenuta da D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393 ss..

¹³ Così sempre M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, cit., p. 554 ss..

¹⁴ Si vedano le riflessioni, sul tema generale della forma, di: P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto

Sicché, ciò che rileva, ai fini della validità del contratto di investimento, *ex art. 23 T.U.F. e ex art. 117 T.U.B.* è solo la esteriorizzazione per iscritto della volontà negoziale, poiché questa è sufficiente a garantire la trasparenza e, quindi, la protezione del contraente debole¹⁵.

8 In secondo luogo, è stato ravvisato, in dottrina, un altro aspetto di criticità nella soluzione delle Sezioni Unite. In particolare, ne è stata segnalata l'ambiguità nella parte in cui sembra elevare la consegna del documento contrattuale a vero e proprio requisito di struttura.

Nella sentenza, si legge, infatti, che laddove venga provato l'accordo intercorso tra le parti e vi sia stata consegna della copia del contratto, non è necessaria, ai fini della validità, la sottoscrizione del professionista.

E in questi termini, effettivamente, viene letto il ruolo della consegna anche da parte di alcuni giudici di merito, come testimonia una recente sentenza del Tribunale di Prato, in cui si afferma la nullità del contratto bancario firmato dal solo cliente, nel caso in cui la copia non sia stata consegnata a quest'ultimo¹⁶.

Tali considerazioni inducono, dunque, a riflettere sul ruolo della consegna.

A riguardo, ci pare poco condivisibile l'idea che quest'ultima venga assorbita nel requisito formale, ritenendosi che l'atto di consegna costituisca, piuttosto,

un comportamento ulteriore e distinto rispetto alla sottoscrizione¹⁷.

Oltretutto, il dato normativo dell'art. 23 T.U.F. è chiaro nel riferire la nullità alla inosservanza della forma scritta, non anche alla mancata consegna del documento. Ciò appare coerente con la sua funzione: l'atto di consegna, lungi dall'assicurare obiettivi informativi a tutela del cliente, è strumentale, unicamente, a consentire la verifica del corretto adempimento delle prestazioni contrattuali.

Ci sembra, pertanto, che la presunta ambiguità delle parole della sentenza vada superata in virtù di una corretta lettura e interpretazione del dato letterale dell'art. 23 T.U.F..

3. Nuove questioni. Il ruolo della forma tra contratto-quadro e singoli ordini di investimento.

L'approdo a cui sono giunte le Sezioni Unite in tema di contratti di intermediazione finanziaria, confermato dalla giurisprudenza successiva anche in materia di contratti bancari, per quanto condivisibile per le ragioni sopra esposte, tuttavia, lascia spazio per riflettere su una serie di connesse questioni interpretative.

Ci pare siano almeno tre i problemi rimasti aperti che meritano di essere approfonditi e sui cui i giudici saranno verosimilmente chiamati a pronunciarsi in futuro.

Innanzitutto, resta inesplorato il tema della forma degli ordini di investimento impartiti dal cliente al professionista in forza del contratto-quadro a monte.

Il problema si pone in quanto la lettera dell'art. 23 T.U.F. - come d'altra parte l'art. 117 T.U.B. - prevede, genericamente, l'obbligo della forma scritta per i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento, senza distinguere, però, tra la forma del contratto-quadro e la forma dei singoli ordini.

Ci pare che per risolvere il dubbio interpretativo in esame vada, preliminarmente, chiarita la natura degli atti coinvolti nell'operazione di investimento.

È noto che, nell'ambito delle negoziazioni banca-cliente, sussiste una "struttura contrattuale a doppio livello"¹⁸ in cui al contratto-quadro, diretto a regolare i rapporti tra le parti, seguono una serie di ordini via via impartiti dal cliente ed eseguiti dalla banca

da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 217 ss.; F. DI GIOVANNI, *La forma, in Il contratto in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno, Torino, 2006, p. 885 ss.; U. BRECCIA, *La forma, in Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, *Formazione*, a cura di C. Graneli, Milano, 2006, p. 463 ss.. Con specifico riguardo al tema della forma nei contratti di intermediazione finanziaria, si vedano le considerazioni di: M. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, p. 471-472; G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 6, p. 1 ss.; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Milano, 2018..

¹⁵ Cfr. sul punto, M. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, cit., p. 471-472. Di opinione diversa è P. GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2016, 6, p. 1463 ss., secondo il quale, la firma è astrattamente idonea ad assumere il significato di approvazione dell'atto, attestando il consenso al regolamento contrattuale di colui che la appone. Si tratterebbe, più precisamente, del «segmento conclusivo del procedimento di valido perfezionamento del vincolo contrattuale. Perciò, ove sia prevista la forma scritta del contratto, la sottoscrizione di tutti i contraenti è, in principio, indispensabile, mentre non lo è la redazione del testo a cui può provvedere anche un terzo, fino al limite del biancosegno».

¹⁶ Il riferimento è a Trib. Prato, 27 agosto 2018, n. 554, cit., che rinvia alla sentenza delle Sezioni Unite n. 898/2018, precisando che questa salva i contratti monofirma, ma solo nel caso in cui sia consegnata una copia al cliente firmatario.

¹⁷ In questo ordine di idee, A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto "monofirma"*, p. 658 ss..

¹⁸ Così V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 6, p. 604 ss..



per la realizzazione della prestazione oggetto del negozio a monte.

È, tuttavia, estremamente dibattuta, sia in dottrina, che in giurisprudenza, la natura dei singoli ordini di investimento, così come non vi è chiarezza circa il rapporto degli stessi con il contratto-quadro.

Secondo una prima tesi, l'unico atto negoziale dell'intera operazione sarebbe il contratto-quadro, mentre i singoli ordini di borsa avrebbero una funzione meramente esecutiva rispetto al primo¹⁹. Questa impostazione muove dall'assunto della assimilabilità del contratto-quadro al contratto di conto corrente bancario, quest'ultimo ricostruito dalla dottrina maggioritaria come un negozio misto di conto corrente e di mandato. In questa prospettiva, i singoli ordini verrebbero inquadrati alla stregua di istruzioni impartite dal mandante al mandatario, ai sensi dell'art. 1711 c.c., come tali prive di connotati negoziali.

Da questa ricostruzione discenderebbe, allora, che il requisito della forma scritta di cui all'art. 23 T.U.F. non potrebbe valere anche per gli ordini di borsa, nella convinzione che quella prescrizione si riferisca ai soli contratti e, dunque, al solo contratto-quadro²⁰.

Tuttavia l'illustrata teoria non ci sembra del tutto persuasiva, quanto alle sue premesse, poiché svilirebbe del tutto il ruolo e la funzione degli ordini impartiti a valle, presupponendo che la componente volontaristica dell'operazione si esaurisca tutta a monte, in sede di stipulazione del contratto di investimento.

In realtà, crediamo che, sebbene le conclusioni a cui la teoria in esame arriva siano condivisibili – non necessarietà di ordini impartiti per iscritto – non colga nel segno la ricostruzione strutturale dell'operazione negoziale.

Si ritiene, infatti, di aderire alla tesi secondo la quale, anche i singoli ordini, per quanto diretti, sostanzialmente, a dare attuazione al contratto-quadro, non potrebbero essere considerati meri atti esecutivi, ma andrebbero riguardati come veri e propri atti negoziali²¹. Ciò in quanto, il contratto-quadro, lungi dall'essere assimilabile al mandato, andrebbe qualificato, più correttamente, come contratto normativo²²: cioè come accordo che determina *ex ante* le regole di disciplina del futuro rapporto tra intermediario e investitore, senza, tuttavia, fissare né il tipo di operazione finanziaria da svolgere, né l'oggetto di ciascun singolo incarico. Quest'ultimo aspetto, come è ovvio, dovrà essere precisato in un successivo negozio, ossia nello specifico ordine con cui il cliente darà alla banca l'istruzione per l'acquisto o la vendita di un determinato strumento finanziario. Solo in questa fase, pertanto, si realizza la concreta

²¹ Tra gli autori di tale avviso si vedano: V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, 6, p. 604 ss.; A. GENTILI *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contr.*, 2008, 4, p. 396 ss.; V. SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e nullità sopravvenuta*, in *Contr.*, 2008, 7, p. 661 ss.; I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, 161 ss.; M. MAGGIOLO, *Servizi e attività di investimento*, cit., p. 485 ss.. In giurisprudenza la tesi ha trovato riscontro anche presso la Corte di Cassazione: Cass., 9 gennaio 2004, n. 111, in *Mass. Giust. civ.*, 2004, p. 1 ss.; Cass., 20 dicembre 2005, n. 28260, in *Mass. Giust. civ.*, 2005, p. 12 ss.; Cass., 29 gennaio 2009, n. 3773, in *Danno e resp.*, 2009, p. 503 ss..

²² La nozione di contratto normativo non trova esplicita previsione normativa, ma è stata elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza. In particolare, autorevole dottrina ha definito il contratto normativo come il «mezzo di predisposizione di una disciplina giuridica per (altri) futuri contratti», e cioè come uno «strumento di secondo grado», perché differentemente dal contratto ordinario, non «provvede direttamente e concretamente a dare assetto a interessi patrimoniali delle parti» (così F. MESSIENE, voce *Contratto normativo*, in *Enc. dir.*, vol. X, Milano, 1962, p. 117 ss.). Sotto questo profilo, il contratto normativo va tenuto distinto dal contratto preliminare. Anche il primo rientra nella categoria dei contratti preparatori, ma le parti, nello stabilire le regole del futuro contratto, si vincolano solo quanto al contenuto dell'accordo, non si obbligano anche a stipularlo. Sicché, soltanto ove i privati decidano di contrarre, saranno vincolate al quel contenuto. Conseguentemente, l'inservanza del contratto normativo, a differenza dal preliminare, non è fonte di un inadempimento contrattuale e quindi non dà luogo all'applicabilità dell'art. 2932 c.c.. L'inadempimento del contratto normativo si configura solo quando una delle parti vuole stipulare il negozio, ma a condizioni diverse da quelle in precedenza pattuite, dando così luogo a responsabilità contrattuale. Per uno studio della figura, si rinvia a: R. SACCO, in *Sacco-De Nova, Il contratto*, tomo II, in *Tratt. Sacco*, Torino, 1993, p. 29 ss.; A. RICCIUTO, *I contratti in generale*, tomo I, a cura di E. Gabrielli, in *Tratt. Rescigno*, Torino, 1999, p. 176 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. 3, Milano, 2000, p. 37-38; P. SIRENA, *I contratti su contratti: risolutivi, modificativi, normativi*, in *Tratt. Roppo*, vol. III, Milano, 2006, p. 109 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, XIII ed., Napoli, 2007, p. 894 ss..

¹⁹ Cfr., in particolare, F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1 ss..

²⁰ Tale posizione è autorevolmente sostenuta, in dottrina, da: F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, cit., p. 1 ss., secondo il quale, si tratterebbe di un mandato senza rappresentanza, in forza del quale la banca acquista per ordine del cliente, ma in nome proprio, a cioè autorizzata dal cliente, e ritrasferisce a quest'ultimo gli strumenti finanziari acquistati; pertanto il singolo atto di acquisto o vendita dello strumento non è l'effetto di un ulteriore contratto traslativo, non ha una sua autonoma causa, ma ripete la causa dal contratto di negoziazione di cui costituisce adempimento; F. GALGANO-N. ZORZI, in *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di Galgano-Visentini, in *Tratt. Galgano*, vol. XLIII, Padova, 2006, p. 68 ss.; R. PALMIERI, *Responsabilità dell'intermediario finanziario per violazione degli obblighi di informazione e protezione dell'investitore non professionale*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 517 ss.. In giurisprudenza, la tesi è stata accolta da: Trib. Catania, 21 ottobre 2005, in www.ilcaso.it; Trib. Firenze, 29 maggio 2006, in www.ilcaso.it; Trib. Parma, 21 marzo 2007, in www.ilcaso.it.



10

puntualizzazione del contenuto del contratto di investimento.

Sicché, appare riduttivo considerare l'ordine di borsa come un mero atto esecutivo, trattandosi, piuttosto, di atto anch'esso negoziale, collegato al contratto-quadro. Semmai, può qualificarsi come fase propriamente esecutiva quella relativa alle attività negoziali che l'intermediario pone in essere in ottemperanza delle istruzioni impartite dal cliente.

Quest'ultima ricostruzione dei rapporti tra contratto-quadro e ordini di borsa appare la più corretta, sotto il profilo strutturale; tuttavia, essa non conduce alla conclusione della necessità della forma scritta anche per questi ultimi, giacché l'imposizione del requisito formale per i singoli ordini finirebbe per appesantire i traffici commerciali, senza soddisfare alcuna esigenza di tutela²³.

Effettivamente, se si analizza la *ratio* dell'art. 23 T.U.F., ci si accorge che la forma scritta mira a realizzare la protezione del contraente debole, garantendo la trasparenza dell'operazione tramite l'informazione. Ma, a ben vedere, siffatta esigenza di protezione-informativa si manifesterebbe non tanto al momento del conferimento dell'ordine, quanto, e prima di tutto, all'atto della stipula del contratto-quadro, poiché è in quella fase che vengono concordate le regole del rapporto, sulla base delle informazioni trasmesse dalla banca al cliente.

Pertanto, alle stesse conclusioni conduce anche l'analisi testuale del dato normativo secondario. L'art. 37 del regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007, a cui rinvia l'art. 23 T.U.F., sembra lasciare all'autonomia privata la determinazione della forma dell'ordine di borsa, stabilendo che le parti possono indicare, in sede di contratto, *“le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni”*. Da ciò, si trae conferma, ulteriormente, che la prescrizione della forma scritta, per i singoli ordini, non sia imposta dalla legge, ma sia lasciata alla scelta dei contraenti in sede di pattuizione del contratto-quadro²⁴.

²³ Cfr. I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, cit., p. 161 ss., secondo la quale, «imporre l'obbligo di forma scritta anche per l'ordine non soddisferebbe alcuna specifica esigenza di tutela dell'investitore» e, anzi, finirebbe per pregiudicare l'interesse di quest'ultimo alla speditezza dell'operazione. Più che un obbligo, semmai, quello della forma scritta va considerato un onere per l'intermediario finanziario, essendo suo interesse dimostrare di aver correttamente adempiuto all'incarico ricevuto dal cliente, in coerenza con la regola probatoria posta dall'art. 23, comma 6, T.U.F., secondo cui «spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta».

²⁴ Cfr. V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, cit., p. 606; I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, cit., p. 163. L'illustrata impostazione trova conferma anche nelle parole dell'Autorità di Vigilanza, nella comunicazione n. DIS

3.1. (segue) Effetti della esecuzione del contratto-quadro nullo per difetto di forma.

Una seconda questione interpretativa riguarda la possibilità di convalidare la nullità, ex art. 23 T.U.F. del contratto di intermediazione finanziaria.

Ci si è chiesti, in dottrina, se la circostanza che il cliente, nonostante il difetto di forma scritta, impartisca un ordine di investimento valga a recuperare la validità del contratto-quadro²⁵.

Preme ricordare che la questione in esame si inserisce in un dibattito più generale del diritto dei contratti, quello del “recuperabilità” del contratto nullo, tornato all'attenzione degli interpreti proprio a seguito di recenti arresti giurisprudenziali, tra cui si annovera, appunto, la sentenza delle Sezioni Unite n. 898/2018, qui in esame, ma anche un'altra recente sentenza, sempre delle Sezioni Unite, in materia di locazione²⁶.

La convalidabilità della nullità è un tema estremamente dibattuto, che si è sviluppato parallelamente alla diffusione di molteplici forme di nullità di protezione, cioè di nullità a legittimazione relativa²⁷.

Il dubbio si pone, in effetti, solo per queste, non certo per le ipotesi di nullità assoluta, rispetto alle quali, trattandosi di rimedi a legittimazione non ristretta, non sarebbe predicabile alcuna forma di sanatoria, in nome dell'interesse generale ad esse sotteso. E, a riguardo, oltretutto, l'art. 1423 c.c. è chia-

5055217, del 3 agosto 2005: «la forma scritta è richiesta per i contratti disciplinanti la prestazione dei servizi d'investimento, mentre per il conferimento dei singoli ordini di compravendita, rilasciati dagli investitori, non è prescritto un particolare requisito di forma».

²⁵ Ci pare che sia, invece, radicalmente da escludere la possibilità di riflettere sulla sanabilità della nullità nel caso opposto in cui il comportamento “sanante” sia ascrivibile alla banca, nella ipotesi in cui questa produca in giudizio il documento contrattuale. Difatti, non solo è discussa la possibilità di considerare la produzione in giudizio del documento come equipollente della sottoscrizione; ma questo esito va escluso, prima ancora per l'ovvia considerazione che, anche a voler ragionare di convalidabilità del contratto nullo, si tratterebbe di una facoltà esclusiva della parte debole, poiché è a tutela di questa che il rimedio è predisposto.

²⁶ Il riferimento di quest'ultima è a Cass., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, in *www.personaemercato.it*; in *Contr.*, 2018, 2, p. 25 ss.. Qui i giudici ritengono coerente riconoscere all'adempimento tardivo dell'obbligo di registrazione del contratto di locazione «l'effetto di sanare la nullità sancita dal comma 346 della Finanziaria 2004», trattandosi di una nullità (funzionale) per inadempimento.

²⁷ Sul tema, si rinvia, *ex multis*, a: S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 940 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010;





ro nell'escludere la convalida del contratto nullo, fuori da espresse previsioni di legge.

La circostanza che nelle ipotesi di nullità di protezione, invece, la legittimazione sia riservata solo a favore del contraente protetto ha indotto taluni, in dottrina, a chiedersi se la rinuncia all'azione o, comunque, il compimento di un atto esecutivo del contratto possa, di fatto, sanarne l'invalidità. Se la nullità relativa è un rimedio diretto a tutelare l'interesse individuale di una delle parti del contratto – quella debole –, quest'ultima, allora, potrebbe decidere non solo circa l'*an* dell'azione, ma anche circa la convalida del vizio, trattandosi di una delle eccezioni al divieto generale prevista dallo stesso art. 1423 c.c..

In questa prospettiva, un orientamento, rimasto al momento minoritario²⁸, tende ad ammettere che l'esecuzione, su istruzione del cliente, di un ordine di investimento concretizzi una sostanziale convalida del contratto-quadro nullo *ex art.* 23 T.U.F.. Ciò in quanto, impartendo l'ordine, il cliente manifesterebbe, implicitamente, l'intenzione di riconoscere effetti al contratto-quadro, benché affetto da una causa di nullità, preferendo dare esecuzione allo stesso, piuttosto che perdere l'investimento. Nel chiedere di dare attuazione al contratto di investimento, dunque, la parte debole acconsentirebbe, implicitamente, alla sua validità ed esecuzione.

A riguardo, giova ricordare che alcuni autori, pur favorevoli ad ammettere la convalidabilità della nullità di protezione, tendono, però, a precisare, più prudentemente, che il comportamento del cliente in tanto può vedersi ricollegati effetti di sanatoria, in quanto quest'ultimo riceva, in via alternativa, le informazioni necessarie a conoscere le condizioni contrattuali dell'operazione posta in essere.

Ma anche letta in questa accezione più sfumata, la posizione illustrata non ci pare condivisibile. Due sono gli argomenti che possono essere invocati a favore della non convalidabilità della nullità, nemmeno in via implicita.

Da una parte, la possibilità stessa di convalidare un contratto affetto da nullità di protezione non solo non è pacifica, ma, anche a volerla ammettere, occorrerebbe rinvenire una espresa previsione di legge che consenta il recupero del contratto nullo, integrando l'eccezione al divieto di cui all'art. 1423 c.c.. Previsione che, nella specifica materia in esame, non sarebbe dato rinvenire²⁹.

Dall'altra parte, non ci sembra neppure corretto desumere un potere di convalida dalla regola della legittimazione ristretta ad agire propria delle nullità di protezione, in quanto, di norma, il potere di convalida non si sostanzia in una mera rinuncia a far valere l'azione, bensì nella volontà positiva di riconoscere validità ed effetti al contratto viziato.

Non ultimo, ci pare che, sul piano sistematico, la sanabilità della nullità relativa sia esclusa dalla stessa natura ancipite del rimedio, proteso a tutelare, accanto all'interesse particolare, anche un interesse più generale, che finirebbe per essere ingiustificatamente pregiudicato dalla sanatoria o dalla rinuncia all'azione³⁰.

3.2. (segue) Uso selettivo della nullità?

Le riflessioni appena svolte in ordine alla convalidabilità della nullità sono poi strettamente legate a un'altra questione derivante dalla disciplina della nullità del contratto di intermediazione finanziaria o del contratto bancario.

La sentenza delle Sezioni Unite n. 898/2018 non esamina, in quanto assorbita, la questione dell'utilizzo selettivo della nullità del contratto-quadro, strumentale a ottenere l'invalidazione non di tutti, ma solo di alcuni dei relativi ordini attuativi – verosimilmente, di quelli infruttuosi per l'investitore.

Non a caso, il tema è stato riproposto all'attenzione delle Sezioni Unite con una recente ordinanza

²⁸ In giurisprudenza si vedano: Trib. Verona, 1 ottobre 2009, in www.ilcaso.it, in cui viene stabilito che l'inosservanza dell'obbligo di forma scritta comporta (non già la nullità ma) l'annullabilità dello stesso, con la conseguenza che il comportamento successivo del cliente (come l'incasso delle cedole) possa determinare la convalida (implicita) del contratto *ex art.* 1444 c.c.. Si vedano anche Trib. Verona, 23 marzo 2010 e Trib. Verona, 26 giugno 2012, entrambe in www.ilcaso.it. In dottrina, sono favorevoli ad ammettere la convalida: S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, cit., p. 950 ss.; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 172 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, cit., p. 58 ss.; M. GIROLAMI, *La nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, p. 1633-1635 ss..

²⁹ Cfr. G. PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Persona e mercato*, 2012, p. 24 ss.; A. LA SPINA, *Destruzzione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012, p. 344 ss..

³⁰ Si vedano le considerazioni di G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 189-202, il quale nel riflettere proprio sulla questione della sanabilità della nullità prevista a tutela dell'interesse particolare di un contraente, perviene a dare una risposta non favorevole, benché per ragioni diverse da quelle su cui si fonda l'opinione tradizionale. In particolare, muovendo dal raffronto con la disciplina dell'annullabilità, parimenti relativa, l'Autore osserva che la disciplina della nullità relativa «mentre realizza l'immediata protezione del soggetto, attua, in pari tempo, quella di un interesse che non può dirsi esclusivo di quest'ultimo ed anzi postula un concorrente interesse di categoria all'effettività della tutela, che sarebbe pregiudicato dalla sanabilità della nullità o dalla rinunziabilità della rispettiva azione». Per questi motivi, può escludersi che, sul piano sistematico, la relatività della legittimazione all'azione ne implichi la sanabilità o la rinunziabilità.

della prima sezione di Cassazione³¹, stante la mancanza di un orientamento unitario.

Una prima impostazione muove dall'analisi della natura e della *ratio* della nullità per difetto di forma di cui all'art. 23 T.U.F..

In particolare, i sostenitori di questa tesi sostengono che «*il requisito della forma scritta ad substantiam per il contratto quadro non determina una modificazione della qualificazione giuridica della nullità che consegue all'inosservanza dell'obbligo di forma*»³². Conseguentemente, anche tale nullità può essere rilevata solo dall'investitore e si atteggia come nullità di protezione.

Pertanto, una volta inquadrata tale ipotesi di invalidità nell'ambito della fattispecie della nullità di protezione, si dovrebbe concludere per l'ammissibilità di una eccezione dell'investitore limitata ad alcuni degli ordini di acquisto, impartiti in attuazione del contratto-quadro nullo, e dai quali derivi un illegittimo pregiudizio.

Sul versante opposto, vi è chi ritiene che la possibilità, per l'investitore, di selezionare gli effetti della nullità del contratto-quadro andrebbe esclusa, in quanto espressiva di uno sfruttamento “opportunistico” della normativa di tutela del contraente debole³³. Il fatto che il cliente sia la parte a protezione della quale è previsto il rimedio della nullità non giustificerebbe, infatti, un uso distorto dello stesso. Tale sarebbe, invece, da considerare il frazionamento di un rapporto economico unitario derivante dall'utilizzo selettivo della nullità.

³¹ Così Cass., 2 ottobre 2018, n. 23927, in www.personaemercato.it, nella prima sentenza in cui si patrocinava compiutamente l'impostazione in esame, benché risolveva la questione a monte nel senso della nullità del contratto quadro monofirma..

³² Cass., 27 aprile 2016, n. 8395, in www.dirittobancario.it.

³³ In giurisprudenza, si ricordano: Trib. Torino, 7 marzo 2011, in www.ilcaso.it; Trib. Como, 14 febbraio 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Verona, 28 giugno 2012, in www.ilcaso.it. In dottrina, a favore della tesi dell'abuso del diritto, si vedano le opinioni di: S. GIULIANI, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*, cit., p. 102 ss.; G. BERTI DE MARINIS, *Usa e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2014, 5, p. 612 ss.; ID., *Nullità relativa, protezione del cliente e interessi meritevoli di tutela*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2016, 3, p. 283 ss., secondo il quale, solo una valutazione assiologica dei fatti giuridicamente rilevanti permette all'interprete di evitare distorsioni normative che non consentono alle disposizioni di produrre gli effetti sperati; in questa prospettiva, allora, l'abuso del diritto rappresenterebbe lo strumento più idoneo a scongiurare gli usi selettivi della nullità, valorizzando profilo sostanziale e funzionale delle situazioni giuridiche soggettive. Oltretutto, ad avviso dell'Autore, questa soluzione sarebbe quella più in linea con quei principi di giustizia e di equilibrio che, sul piano assiologico, dovrebbero connotare il diritto, così da evitare che la nullità relativa si trasformi da arma di difesa in arma di attacco diretta a danneggiare la controparte.

Ne consegue - secondo l'impostazione in esame - che la possibilità di selezionare gli effetti della nullità per difetto di forma costituirebbe espressione di una ipotesi di abuso del diritto di azione³⁴, a fronte della quale, l'intermediario finanziario potrebbe tutelarsi con una *exceptio doli generalis*. Per tale via, quest'ultimo disporrebbe di uno strumento idoneo a ottenere «*la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe - in ragione di una condotta abusiva - sostanzialmente iniqua*».

Taluni degli autori che negano l'utilizzabilità del rimedio in forma selettiva cercano, allora, di aggirare il problema facendo leva, invece, sull'istituto della convalida. Vi è, infatti, chi ritiene di desumere una volontà sanante proprio dall'impiego selettivo della nullità: nello scegliere quali atti di investimento caducare, l'investitore manifesterebbe, implicitamente, l'intenzione di continuare ad avvalersi dell'operazione negoziale realizzata in relazione ai restanti ordini attuativi, con il conseguente effetto di convalidare la nullità del contratto-quadro.

Questa lettura non ci pare, tuttavia, convincente per le stesse ragioni per le quali abbiamo, in precedenza, escluso che dall'ordine di investimento impartito dal cliente discenda un effetto di convalida della nullità.

In attesa di un chiarimento da parte delle Sezioni Unite, ci sembra, infatti, che proprio con riguardo al tema in esame, emerga, in modo ancora più evidente, la impossibilità di riconnettere un effetto sostanziale di sanatoria del contratto o di rinuncia all'azione a uno strumento prettamente processuale, quale è l'azione di nullità, ancorché usata in modo selettivo³⁵.

³⁴ Sul tema più generale dell'abuso del diritto, si richiamano, tra i numerosi contributi: P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, p. 205 ss.; A. GAMBARO, *L'abuso del diritto di azione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1983, p. 821 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984, p. 643 ss.; P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali di diritto civile*, 2, Napoli, 2004, p. 142 ss.; M. PENNASILICO, *Abuso del diritto e regime dei rimedi*, in *Gazz. not.*, 2008, p. 437 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 993 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 168 ss.; G. ALPA, *Appunti sul divieto di abuso del diritto in ambito comunitario e i suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 145 ss..

³⁵ È interessante notare come un problema simile si sia ponga anche rispetto alla individuazione degli effetti da ricollegare all'opposizione del consumatore alla declaratoria della nullità (di protezione) rilevata officiosamente dal giudice. Anche in questo caso, se si pretendesse di riconoscere un effetto sostanziale di sanatoria del contratto all'atto di opposizione, si finirebbe per confondere il piano sostanziale con quello processuale. Gli effetti dell'opposizione alla sentenza di nullità dovrebbero essere circoscritti unicamente al processo, trattandosi, anche in quel caso, di uno strumento meramente processuale.



Mentre la convalida è un istituto diretto a riconoscere effetti sostanziali a un contratto formatosi in condizioni patologiche, l'impiego selettivo della nullità costituisce, al contrario, uno strumento processuale, funzionale, unicamente, a evitare una sentenza che sancisca la caducazione di certi ordini, in modo che, rispetto a essi, si formi un giudicato sulla validità. Gli effetti della nullità c.d. selettiva, pertanto, si esaurirebbero solo nel contesto processuale, potendosi, al più, parlare di una convalida endo-processuale.

Non solo. Alla luce di una riflessione tanto sulla *ratio*, quanto sulla struttura della nullità di protezione, si ritiene di non poter escludere, a priori, l'ammissibilità della nullità selettiva.

A nostro avviso, non appare del tutto persuasiva la tesi che nega l'utilizzo selettivo della nullità facendo leva sulla figura dell'abuso del diritto. Risulta difficile ritenere che l'attivazione di un rimedio caducatorio, predisposto dall'ordinamento a favore del contraente debole, possa essere considerata abusiva, cioè idonea a essere sfruttata opportunisticamente, per ottenere un vantaggio illegittimo, ove si traduca nella scelta per l'invalidazione soltanto di alcuni atti.

Anzi, a ben vedere, ci sembra connaturata alla stessa *ratio* della nullità di protezione la circostanza che essa operi efficacemente "a vantaggio" del contraente debole, come confermano l'art. 36 cod. cons., l'art. 23 T.U.F. o l'art. 127 T.U.B.. Poiché questo vantaggio si concretizza proprio quando si rende operativo il rimedio invalidante, è a quel momento che si dovrebbe guardare come criterio alla stregua del quale chiedere tutela.

In questa prospettiva, allora, non ci apparirebbe contraddittoria e, quindi, necessariamente opportunistica, la possibilità, per la parte debole, di selezionare gli atti di un rapporto complesso contro i quali rivolgere la domanda di nullità.

A sostegno di questa tesi militerebbe anche un dato di struttura.

Pur inquadrando l'insieme degli atti di intermediazione finanziaria all'interno di una unitaria e complessa operazione economica, tuttavia, non persuade l'idea che dalla nullità del contratto-quadro, per violazione dell'art. 23 T.U.F., possa discendere, come una ipotesi di nullità c.d. derivata, anche l'automatico travolgimento delle operazioni successive³⁶. L'applicazione del principio *simul stabunt, si-*

mul cadent, nel caso di specie, finirebbe, infatti, per tradire proprio quella logica protettiva sottesa alla nullità in esame³⁷.

In considerazione di quanto esposto, ci pare che una soluzione coerente con i principi che dominano la materia dei contratti asimmetrici e con la *ratio* della nullità di protezione debba muoversi nella prospettiva di garantire una tutela effettiva alla parte debole del rapporto³⁸.

Sotto questo punto di vista, allora, risulta particolarmente interessante l'osservazione secondo cui, la nullità di protezione si caratterizza per una fisiologica alterazione dello statuto codicistico della invalidità, la quale si manifesta, oltre che nella legittimazione relativa, anche e soprattutto nella esten-

ma, 1968. Secondo le regole del diritto amministrativo, per gli atti procedurali, vige il principio della derivazione, in forza del quale, l'annullamento dell'atto presupposto illegittimo si ripercuote a valle della sequenza, cioè sul contratto pubblico, che può essere dichiarato inefficace dal giudice amministrativo a seguito della caducazione dell'atto di gara a monte. Sul tema, si veda anche, più di recente, G. PASSAGNOLI, *La nullità speciale del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Persona e mercato*, 2012, 2, p. 122 ss., il quale prospetta una qualificazione di tale inefficacia in termini di nullità, ritenendo che si tratti di una nullità speciale, in considerazione del peculiare carattere di uno dei contraenti, la pubblica amministrazione, secondo la logica propria del diritto dei consumatori.

³⁷ A favore, invece, della tesi del collegamento negoziale, si vedano, in particolare: M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2017, 5, p. 554 ss.; S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, cit., p. 679 ss., secondo il quale, «se la nullità è dell'accordo-quadro, non si riesce a comprendere come l'inefficacia originaria di questo non dovrebbe trascinare con sé quella di tutti gli ordini esecutivi successivi. L'argomento secondo cui è proprio della nullità di protezione funzionare da tecnica selettiva per ottimizzare la finalità di deterrenza che le è consustanziale, vistosamente zoppica». Entrambi gli Autori, comunque, ammettono la possibilità che l'investitore impugni singolarmente un determinato ordine, laddove affetto da un vizio specifico, che concretizza un autonomo profilo di invalidità. Nel qual caso, non si porrebbe alcun problema di uso selettivo della nullità.

³⁸ Sulla rilevanza e la centralità, nella materia in esame, del principio di effettività si vedano, *ex multis*: A. DI MAJO, *Tutela (dir. priv.)* (voce), in *Enc. dir.*, XLV, Milano, 1992, p. 360; A. PROTO PISANI, *Il principio di effettività nel processo civile italiano*, in *Giusto proc. civ.*, 2014, p. 828; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004; R. ORIANI, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Napoli, 2008; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, p. 907; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Pers. merc.*, 2015, 4, p. 112; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 961; G. VETTORI, *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 3, p. 787; ID., *Effettività delle tutele (diritto civile)* (voce), in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017, p. 381.

³⁶ Il tema della invalidità derivata è stato indagato *ab origine* dalla dottrina amministrativistica. Basti pensare all'ipotesi di inefficacia del contratto pubblico a seguito di annullamento della aggiudicazione della gara, cioè del provvedimento presupposto. Tra i primi studiosi del tema, si ricordano: A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940; F. LUBRANO, *L'atto amministrativo presupposto (spunti di una teorica)*, Ro-



sione del rimedio. Cioè la peculiarità «*attiene non solo all'an del suo operare, ma pure al relativo quomodo (appunto, la regola di non estensione)*»³⁹.

La nullità di protezione, infatti, a partire dal paradigma dell'art. 36 cod. cons., opera come una invalidità necessariamente parziale, in deroga alla regola generale dell'art. 1419 c.c.: essa consente, in coerenza con l'obiettivo di effettività della tutela, di eliminare non l'intero contratto, ma solamente la singola clausola abusiva, lasciando “per il resto” sopravvivere il rapporto, nell'interesse del contraente debole.

È proprio l'interesse della parte protetta il parametro fondamentale sul quale si fonda l'operatività di questo meccanismo rimediabile a parzialità necessaria, allo scopo di “avvantaggiare” il soggetto in posizione di inferiorità contrattuale.

In considerazione di ciò, sarebbe possibile ipotizzare una opzione ricostruttiva alternativa, coerente con il sistema delineato: questo peculiare *modus operandi* della nullità di protezione potrebbe valere non solo con riguardo a singole clausole presenti all'interno del medesimo contratto, ma anche rispetto a singoli atti negoziali, che compongano una operazione contrattuale più ampia, come nel caso di specie.

In questa prospettiva, quindi, non ci pare che un uso selettivo della nullità, rispetto a singoli ordini esecutivi, possa dirsi sempre e necessariamente abusivo, in quanto sarebbe nelle facoltà del contraente debole “selezionare” le parti del contratto – *id est*, dell'operazione negoziale complessa – da far caducare, a garanzia dell'effettività del rimedio⁴⁰.

Pur ritenendo ammissibile l'uso selettivo della nullità, ci pare, comunque, opportuno porsi il problema dei limiti di operatività di tale *modus operandi* del rimedio. Ciò nella considerazione che la garanzia di un rimedio effettivo per la parte debole del rapporto non possa mai comportare una situazione di squilibrio inverso, a danno dell'altro contraente.

³⁹ Così U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”*. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, cit., p. 828 ss., il quale evidenzia che «il passaggio dalla nullità ordinaria (“assoluta”) a quelle protettive si accompagna a un mutamento del criterio normativo di soluzione dei conflitti tra le parti (anche) in punto di modalità operative della nullità». Di conseguenza, viene in considerazione «una “correzione” (*recte*: un'applicazione adeguata al contesto) delle regole della correttezza e della buona fede che deriva dall'innesco delle rispettive strutture normative del criterio dell'operatività a vantaggio del vizio della nullità».

⁴⁰ Per tale via, il rimedio della nullità di protezione permetterebbe di assicurare al cliente di ottenere “tutto quello e proprio quello che gli spetta” in base al diritto sostanziale di cui è titolare, conformemente agli insegnamenti di G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, Napoli, 1912.

Dunque, ci sembra ragionevole che quante volte la selezione degli atti da dichiarare nulli non appaia giustificata, ossia non realizzi alcun sostanziale vantaggio per la parte debole, oppure sia diretta unicamente ad arrecare un pregiudizio alla controparte, sia necessario apprestare un'adeguata tutela anche per quest'ultima⁴¹.

A tal fine, potrebbe riconoscersi la possibilità, per l'intermediario, di paralizzare siffatta azione di nullità con l'*exceptio doli generalis*. In tal modo, l'eccezione in esame verrebbe in considerazione non come immediato rimedio contro questo peculiare *modus operandi* della nullità – in sé del tutto ammissibile –, bensì come strumento di reazione nei limitati casi in cui il suo esercizio non appaia proporzionato in relazione alle specificità del caso concreto.

Per tale via, si individuerrebbe un ragionevole punto di equilibrio tra le opposte esigenze in gioco: si offrirebbe all'investitore uno strumento di tutela concretamente effettivo, nel pieno rispetto delle logiche protettive del rimedio, senza che tale possibilità si traduca in un ingiustificato pregiudizio per l'intermediario finanziario.

Certamente, il tema resta molto dibattuto e denso di implicazioni, per cui fondamentale sarà l'apporto del massimo organo nomofilattico, la cui soluzione sarà essenziale per comprendere le nuove tendenze evolutive nelle quali si muove il rimedio della nullità di protezione.

⁴¹ Sempre secondo U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”*. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, cit., p. 828 ss., tale situazioni potrebbe ricorrere nel caso in cui l'investitore tenga un contegno connotato da dolo o da malizia, cioè dalla preordinazione alla produzione di un pregiudizio a danno dell'intermediario. Nel qual caso, si supererebbero i limiti della protezione assicurata dalle regole di disciplina della nullità e quindi verrebbe meno la giustificazione dell'uso selettivo del rimedio