



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

DIPARTIMENTO DI DIRITTO PRIVATO E STORIA DEL DIRITTO

Corso di dottorato in diritto comparato, privato, processuale civile e dell'impresa

Curriculum diritto privato (IUS/01)

Ciclo XXXIII

Tesi di dottorato di ricerca

FORMA E NULLITÀ DI PROTEZIONE NEI CONTRATTI FINANZIARI

Dott. Samuele GIULIANI

Tutor

Chiar.ma Prof.ssa Elisabetta PANZARINI

Referente del *curriculum*

Chiar.ma Prof.ssa Chiara TENELLA SILLANI

Coordinatore del Corso di dottorato

Chiar.mo Prof. Giuseppe LUDOVICO

Anno Accademico 2020-2021

ai miei genitori

Indice

Presentazione..... IV

CAPITOLO I

EVOLUZIONE FUNZIONALE DELLA FORMA.

IL NEOFORMALISMO NEGOZIALE

1. La polisemia del termine “forma” e i tentativi di definizione.....1

2. Il requisito formale nella sua evoluzione storica6

3. La forma nel codice civile.....7

4. Il perimetro del requisito formale. Il problema della *relatio* a elementi extratestuali.....14

5. Il principio della libertà delle forme17

6. Le funzioni dei requisiti di forma nella prospettiva codicistica22

7. Il fenomeno del “neoformalismo negoziale”.....25

8. I “nuovi” vincoli di forma introdotti dalla legislazione speciale e di settore29

9. I formalismi eterogenei nel diritto europeo dei contratti33

10. Forma del contratto e trasparenza.....38

11. La forma nei progetti di armonizzazione del diritto contrattuale43

12. Il contratto asimmetrico quale efficace categoria descrittiva45

13. La forma di protezione49

CAPITOLO II

LA FORMA DI PROTEZIONE NEI CONTRATTI BANCARI E FINANZIARI

1. I requisiti di forma dei contratti bancari e finanziari.....	51
2. Il contratto quadro e i singoli ordini di investimento	56
3. Oltre la forma di protezione: i doveri di condotta e di informazione degli intermediari	61
4. La tutela sostanziale dell'investitore: profilatura della clientela; valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza; governo del prodotto	69
5. Il contratto "monofirma": inquadramento del problema	76
6. Il panorama giurisprudenziale e dottrinale	81
7. La lettura funzionale delle Sezioni Unite.....	86
8. Il dibattito in merito all'impostazione teleologica della Suprema Corte.....	90
9. Prospettiva funzionale e coerenza teorica. L'unità del concetto di forma nel prisma delle sue molteplici finalità	97
10. La forma del contratto nell'ottica di una giurisprudenza degli interessi.....	102
11. Forma, sanzione e proporzionalità.....	105

CAPITOLO III

LA NULLITÀ DI PROTEZIONE NEI RAPPORTI DI INVESTIMENTO

1. Le nullità di protezione nei contratti asimmetrici.....	109
2. Legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio	115
3. La nullità di protezione "virtuale"	121

4. Il problema della “nullità selettiva”	124
5. Nullità di protezione e tutela restitutoria.....	127
6. L’ipotesi della convalida del contratto quadro viziato	131
7. Lo scrutinio della condotta dell’investitore secondo buona fede. Profili di abuso del diritto e del processo	134
8. L’ <i>exceptio doli generalis</i>	140
9. La pronuncia delle Sezioni Unite: il regime restitutorio delle nullità di protezione e il criterio ordinante della buona fede.....	144
10. La ripetizione unilaterale dell’indebito e il giudizio (equitativo) <i>ex fide bona</i> . Osservazioni critiche.....	150
11. Gli strumenti di tutela della parte debole nei rapporti di intermediazione finanziaria. Superamento del formalismo	158
 Conclusioni	 163
 Bibliografia.....	 166

PRESENTAZIONE

La legislazione speciale e di settore ha progressivamente introdotto, all'interno dell'ordinamento, un nuovo formalismo, che trova la propria ragione d'essere nella tutela e nella promozione di interessi emergenti nelle dinamiche negoziali proprie della contrattazione di massa.

Nell'impostazione originaria del codice civile, i requisiti di forma, destinati ad operare nei rapporti tra pari, sono essenzialmente posti a presidio di una adeguata ponderazione delle parti in ordine alla rilevanza giuridica degli atti riguardanti i beni ritenuti di preminente importanza economica e sociale all'epoca della codificazione, *i.e.* i beni immobili, e a salvaguardia di esigenze di certezza dei rapporti giuridici privati, anche nei confronti dei terzi. La forma vincolata si configura quale *vestimentum* della dichiarazione negoziale, necessario per la completezza strutturale dell'atto, la cui inosservanza comporta la nullità del contratto, azionabile da chiunque vi abbia interesse.

Le forme previste dalla normativa di derivazione comunitaria trovano invece il proprio naturale campo d'elezione nei rapporti connotati da disparità di forza negoziale. Il legislatore ha inteso recepire le esigenze del mutato contesto economico-sociale, caratterizzato non più dalla centralità della proprietà fondiaria, ma dal dinamismo di un mercato concorrenziale di prodotti e di servizi – di consumo, bancari, finanziari – ove impera la contrattazione asimmetrica; in questo contesto, il bene giuridico più rilevante è l'informazione detenuta dal contraente c.d. forte, nei cui confronti l'altra parte si trova in posizione di strutturale e fisiologica debolezza. La forma

diviene così uno strumento per ridurre le asimmetrie informative e garantire la trasparenza del contenuto contrattuale.

Proteggendo la parte debole del rapporto, la normativa intende promuovere, di riflesso, l'ordine, l'efficienza e la competitività del mercato di riferimento. Invero, l'informazione, veicolata in maniera corretta, riduce il rischio di scelte irrazionali; circolando liberamente, è fattore di incremento degli scambi e favorisce la concorrenza.

Per effetto della legislazione post-codicistica, la forma del contratto ha così conosciuto una significativa evoluzione, acquisendo la capacità di fornire risposte a interessi di tutela emergenti. Si potrebbe parlare, nel rapporto tra le parti del contratto, di “forma di protezione”; una forma che non può essere letta e interpretata ignorando le specifiche finalità perseguite dal legislatore nell'ambito della contrattazione asimmetrica.

A presidio del “nuovo” vincolo di forma è previsto il rimedio di una nullità, parimenti, protettiva, che limita il diritto di azione alla sola parte tutelata. La nullità relativa tende infatti a garantire, in via principale, la protezione dell'interesse particolare del contraente debole; assicurando peraltro, al contempo, la promozione di interessi di carattere generale, riconducibili sempre alle istanze proprie della concorrenza e del mercato.

Anche in considerazione della sostanziale identità di *ratio*, forma e nullità “di protezione” si prestano a uno studio congiunto e interconnesso. Il legame tra i due istituti, studiati nella loro dimensione evolutiva, si manifesta non solo sul piano empirico-applicativo, ma anche – e soprattutto – sul piano concettuale.

È questo l'oggetto e lo scopo del presente studio: un'analisi del “nuovo” formalismo introdotto dalla normativa speciale e del rimedio previsto per la sua violazione, nell'ottica del processo di progressiva rimeditazione

delle categorie generali del diritto civile, alla luce degli scopi perseguiti dal diritto regolatorio (segnatamente, in materia finanziaria). In questa prospettiva, ci si propone di indagare come la valorizzazione, in chiave ermeneutica, del dato funzionale consenta di superare una pretesa intangibilità e immutabilità dei concetti, affinché gli stessi possano arricchirsi di nuovi significati, così da fornire risposte adeguate ai problemi posti dalla moderna realtà economica.

Il settore prescelto per questa indagine, quello dei “contratti finanziari” ⁽¹⁾, nel corso degli anni ha visto il sorgere di numerose questioni interpretative problematiche e rappresenta un terreno fecondo per misurare la tenuta dei classici istituti civilistici nel settore della contrattazione asimmetrica. La scelta di porsi nell’angolo visuale di uno specifico settore di disciplina consente perciò non solo di confrontarsi con tematiche applicative di non marginale importanza, ma anche di porre le basi per una riflessione su un piano più generale.

In detto contesto, il tema centrale che si dovrà affrontare è il raccordo tra la normativa speciale e di settore e la disciplina generale codicistica. Come si vedrà, la giurisprudenza ha tentato di fornire risposte a problemi specifici, più o meno convincenti, ma che si risolvono pur sempre nella decisione di singole fattispecie o classi di fattispecie, ricercando un punto di equilibrio tra interessi contrapposti. È compito del formante dottrinale, invece, ripensare le categorie generali, al fine di consentire alle stesse di rinnovarsi, conservando una (nuova) centralità anche con riferimento alla “con-

¹ L’espressione di sintesi, utilizzata nel titolo del presente studio, vuole riferirsi specificamente ai contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, disciplinati dal D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (“Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria”). Nondimeno, molte delle tematiche che saranno affrontate hanno portata trasversale, interessando l’intero settore dei contratti bancari e finanziari.

trattazione diseguale” del nuovo millennio; evitando, al contempo, il rischio che le categorie medesime finiscano per frammentarsi, scindendosi in sottosistemi impermeabili tra loro.

Altra questione decisiva che si è inteso affrontare è quella legata al possibile sfruttamento disfunzionale e opportunistico della normativa di protezione, suscettibile di produrre effetti distorsivi non solo sul singolo rapporto, ma sul sistema nel suo complesso.

Introdotta le principali tematiche che formeranno oggetto d’indagine e delineata la loro rilevanza, sia consentito fare cenno alla struttura del presente lavoro.

Il primo capitolo sarà dedicato allo studio dell’evoluzione, in senso funzionale, del requisito di forma del contratto, nel trascorrere dalla sua classica configurazione codicistica al manifestarsi del c.d. neoformalismo negoziale. Si approfondiranno i nuovi scopi assegnati alla forma dalla legislazione speciale, nonché la natura delle prescrizioni di forma-contenuto e degli eterogenei precetti *lato sensu* “formalistici” introdotti da detta legislazione, come gli obblighi di consegna di copia del contratto e le regole conformative delle modalità di espressione linguistica, sino a definire i caratteri della “forma di protezione”.

Il secondo capitolo tratterà della forma dei contratti bancari e finanziari. Saranno esaminati, preliminarmente, i presupposti e i limiti della tutela formale *in subiecta materia*, e l’integrazione della stessa mediante la previsione di specifici obblighi di informazione e di condotta in capo agli intermediari; nonché la rilevanza delle regole – di adeguatezza, appropriatezza e governo del prodotto – tese a garantire una tutela sostanziale dell’investitore. Si approfondirà poi il requisito di forma dei contratti aventi ad oggetto la prestazione dei servizi di investimento, cercando di coniugare la necessaria coe-

renza teorica con un'interpretazione evolutiva di detto requisito, alla luce delle specifiche funzioni – principalmente informative – dallo stesso assolte. In particolare, sarà affrontata la questione della validità del contratto di intermediazione finanziaria recante la sottoscrizione del solo investitore, oggetto di una importante pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione.

Infine, il terzo capitolo sarà incentrato sulla nullità prevista dall'art. 23 TUF. Nel contesto della progressiva ricostruzione, in via interpretativa, di uno “statuto” comune delle nullità di protezione, si prenderà in esame la regola dell'operatività della tutela invalidante ad esclusivo vantaggio della parte protetta, al fine di porre in luce le potenziali criticità di una sua applicazione nell'ambito dei rapporti di investimento. Si affronterà, in particolare, il tema dei possibili abusi della posizione di vantaggio accordata dall'ordinamento, con specifico riferimento alle azioni di nullità c.d. “selettiva”. La questione – rispetto alla quale è mancata un'uniformità di vedute tra gli interpreti, tanto da essere stata anch'essa recentemente posta all'attenzione delle Sezioni Unite – sarà esaminata criticamente anche alla luce della *ratio* della normativa di protezione, prospettando soluzioni interpretative tese ad evitare che la stessa finisca per essere piegata disfunzionalmente, nel perseguimento di scopi ulteriori e diversi da quelli che il legislatore ha ritenuto meritevoli di tutela.

L'analisi svolta offrirà lo spunto per una riflessione in merito al superamento del formalismo e alla tutela sostanziale degli interessi degli investitori nei rapporti di intermediazione finanziaria.

CAPITOLO I

EVOLUZIONE FUNZIONALE DELLA FORMA.

IL NEOFORMALISMO NEGOZIALE

SOMMARIO: 1. La polisemia del termine “forma” e i tentativi di definizione. – 2. Il requisito formale nella sua evoluzione storica. – 3. La forma nel codice civile. – 4. Il perimetro del requisito formale. Il problema della *relatio* a elementi extratestuali. – 5. Il principio della libertà delle forme. – 6. Le funzioni dei requisiti di forma nella prospettiva codicistica. – 7. Il fenomeno del “neoformalismo negoziale”. – 8. I “nuovi” vincoli di forma introdotti dalla legislazione speciale e di settore. – 9. I formalismi eterogenei nel diritto europeo dei contratti. – 10. Forma del contratto e trasparenza. – 11. La forma nei progetti di armonizzazione del diritto contrattuale. – 12. Il contratto asimmetrico quale efficace categoria descrittiva. – 13. La forma di protezione.

1. La polisemia del termine “forma” e i tentativi di definizione

La forma è il modo in cui l’atto si manifesta nel mondo del diritto, acquisendo una sembianza e, per l’effetto, un significato e un valore giuridico. In ambito negoziale, la forma è il mezzo attraverso il quale avviene la manifestazione di volontà; nel diritto dei contratti, essa è la modalità con la quale le parti esprimono il proprio consenso ⁽¹⁾.

¹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, 125 ss.; ID., *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, in *Ann. Camerino*, XXV, Napoli, 1960, 32 ss.; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 839 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Lezioni sul negozio giuridico*, Bari, 1962, 152 ss.; ID., *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969; A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 24-25; ID., *Forma degli atti (Diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1988, p. 1 ss.; A. LISERRE - A. JARACH, *Forma*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, III, Torino, 1999, p. 395; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 988 ss.; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969; N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, Milano, 1985; ID., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997; P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 442 ss.; S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, 2004, I, p. 105 ss.; U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 463 ss.; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, I, *I contratti in generale*, Torino, 2006; F. VENOSTA, *Osservazioni sulla nozione di forma del contratto*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, p. 5 ss.

La nozione giuridica di forma, diversamente da quelle elaborate in ambito filosofico ⁽²⁾, è essenzialmente legata alla sfera della sensibilità materiale, identificando un elemento che consenta all'atto di venire a esistenza quale fenomeno giuridicamente rilevante.

Non pare tuttavia possibile individuare una nozione univoca di “forma”, trattandosi di espressione polisemica ⁽³⁾ che identifica, quanto meno, due concetti distinti tra loro: uno, più generale; l'altro, più specifico, ricompreso all'interno del primo.

In senso lato, la forma è la necessaria estrinsecazione dell'atto, quale che ne sia la modalità, purché idonea allo scopo; in particolare, in ambito negoziale, la forma coincide con le modalità – scritte o orali, espresse o per *facta concludentia* – attraverso le quali la volontà fuoriesce dalla sfera dichiarante, divenendo così conoscibile all'esterno. In questa accezione, l'elemento formale è immanente a ogni atto giuridico, in quanto condizione stessa della sua venuta a esistenza ⁽⁴⁾.

² La forma è concepita, nel pensiero di Platone, come l'essenza e la causa delle cose materiali; nella visione di Aristotele, si sovrappone al concetto di atto, contrapponendosi a quello di potenza e materia; la concezione kantiana considera la forma in chiave gnoseologica, come l'insieme delle modalità attraverso cui la mente ordina il sensibile.

Cfr. F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, p. 6 ss.; M. JORI, *Formalismo giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 425 ss.; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, pp. 5-6.

³ Così M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 999.

⁴ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 126: “una forma che soddisfi anche in modo minimo l'esigenza fondamentale della riconoscibilità da parte di altri, è un elemento dal quale non si può mai prescindere”; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, cit., p. 107: “l'atto di autonomia privata implica necessariamente una sua forma estrinseca: non può concepirsi un autoregolamento di interessi nell'ambito delle relazioni economico-sociali, che non sia esteriormente posto, riconoscibile”.

Nega la rilevanza giuridica di una simile definizione di forma, ritenuta eccessivamente ampia e vaga, N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 85, secondo cui un tema di forma si pone solo nelle ipotesi di requisito formale imposto dalla legge o dalle parti ai fini della validità del contratto, dovendosi parlare – in difetto – di “contratto amorfo”.

In senso stretto, la forma consiste nel requisito formale ⁽⁵⁾, vale a dire nella specifica modalità espressiva prescritta dal legislatore – o stabilita convenzionalmente dagli stessi contraenti – affinché la manifestazione di volontà possa essere efficace e l'atto valido. È nel senso di tale più circoscritta accezione che, in ambito contrattuale, si giustifica la disposizione di cui all'art. 1325 c.c., che, nell'elencare i requisiti essenziali del contratto, vi include la forma solo “quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità”. Ed è sempre con riguardo al requisito normativo – e non già alla forma intesa in senso ampio – che si colloca la distinzione, tradizionalmente operata, tra contratti formali e contratti informali.

La distinzione tra i due concetti sopra rappresentati è essenziale e si pone quale imprescindibile chiave di lettura di tutte le varie questioni gravitanti attorno al tema della forma, prima fra tutte quella legata al principio generale della libertà delle forme, di cui ci si occuperà *funditus* più avanti. Infatti, se si intende la forma in senso lato, è palese che “atti non formali, nel senso che non ne sia affatto regolata la forma, non esistono”, con la conseguenza che la forma non è qualcosa di eccezionale, costituendo piuttosto condizione essenziale dell'esistenza di ogni tipo di atto ⁽⁶⁾; ma se, correttamente, si inquadra la questione nell'ambito della forma in senso stretto, allora le prescrizioni formali potrebbero configurarsi quali eccezioni al menzionato principio generale.

Ferma la bipartizione concettuale di cui si è detto, è poi necessario considerare la radicale divergenza di vedute, in dottrina, in ordine al valore della forma nell'ambito della teoria del negozio giuridico.

⁵ Netta e chiara è la contrapposizione, anche terminologica, operata da E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, cit., p. 12.

⁶ Così F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 275.

La dottrina volontaristica, attribuendo un ruolo centrale e preminente alla dichiarazione di volontà, ha assegnato alla forma una funzione ancillare (ancorché necessaria): essa rappresenterebbe unicamente “il mezzo, o il modo, con cui si pone in essere la dichiarazione (espressa) di volontà, ossia è la veste esteriore, che quest’ultima assume” (7).

Antitetica è l’opzione interpretativa offerta dalla dottrina precettiva, che – in aperta critica al c.d. “dogma della volontà” – ha attribuito alla forma un ruolo autonomo, opponendosi fermamente alla sua concezione come mero “veicolo” della volontà negoziale. Sulla base dell’assunto per cui il consenso ha sempre bisogno di una forma per manifestarsi nella dimensione economico-sociale, la forma cesserebbe di essere un dato secondario, un semplice elemento del negozio, per identificarsi con il negozio stesso, la cui essenza non potrebbe essere ricondotta semplicemente alla sfera psichica dei dichiaranti (8).

Il panorama teorico, di cui si sono offerti alcuni scorci, testimonia da subito la notevole complessità delle tematiche oggetto del presente studio, le quali si pongono oggi – a seguito della diffusione dei nuovi formalismi di matrice europea – al centro di un rinnovato dibattito in ordine al ruolo e alle funzioni dell’elemento formale, che si avrà modo di approfondire nel prosieguo.

Sul piano terminologico, occorre da ultimo precisare le sfumature di significato che caratterizzano, rispettivamente, l’espressione “forma” e quel-

⁷ F. MESSINEO, *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 1957, p. 502.

⁸ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit.

la – appena accennata – “formalismo” ⁽⁹⁾. Tra i due termini corre un rapporto di derivazione semantica, poiché “la parola formalismo fa capo al termine forma” ⁽¹⁰⁾. In ambito contrattuale, l’espressione “formalismo” assume peraltro un significato peculiare, essendo per lo più utilizzata nel senso di “attitudine o propensione dell’ordinamento a istituire requisiti di forma per il contratto” ⁽¹¹⁾. Sebbene parte della dottrina sia fautrice di una vera e propria distinzione concettuale tra forma e formalismo, arrivando a individuare due nozioni differenti ⁽¹²⁾, sembra preferibile considerare i due termini quali espressioni di un medesimo concetto, intendendo per “forma” (in senso stretto) i “requisiti formali” e per “formalismo” la tendenza legislativa a crearne ⁽¹³⁾.

⁹ G. TARELLO, *Formalismo*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 573 ss.; R. ORESTANO, *Formalismo giuridico*, in *Enc. it.*, III appendice, Roma, 1961, p. 658 ss.; A.E. CAMMARATA, *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1013 ss.; N. BOBBIO, *Formalismo giuridico*, in *ID.*, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, p. 80 ss.; M. JORI, *Formalismo giuridico*, cit.

¹⁰ M. JORI, *Formalismo giuridico*, cit., p. 426.

¹¹ Così F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e Contr.*, 2008, p. 872 ss., spec. p. 874, che evidenzia i profili non solo quantitativi, ma anche qualitativi dei “nuovi” requisiti di forma. Diversa – e non “neutra” – è l’accezione utilizzata da P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 18, secondo cui “Si ha formalismo quando si assume la forma come fine a se stessa e se ne esalta il ruolo a prescindere dall’individuazione del fondamento giuridico che la giustifica”.

¹² A. JANNARELLI, *La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003, p. 48, che intende la forma quale “modalità fissata dalla legge per l’esteriorizzazione degli atti di autonomia privata” e il formalismo quale “espressione di un rigido legame tra la forma dell’atto e la ricorrenza nello stesso di uno specifico contenuto”.

¹³ F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, cit., pp. 874-875, secondo cui accogliendo la menzionata distinzione “si corre il pericolo di rompere inopportuno il nesso di derivazione linguistica tra ‘forma’ e ‘formalismo’”.

2. Il requisito formale nella sua evoluzione storica

Ancor prima del sorgere della civiltà giuridica, il requisito formale era onnipresente, assolvendo a una elementare, ma decisiva funzione: rendere socialmente rilevanti, e dunque meritevoli di tutela, gli atti di maggiore importanza e interesse per la comunità. La fondamentale connessione tra forma necessaria dell'atto – allora connotata da elevato simbolismo – ed efficacia giuridica era dunque conosciuta già dagli ordinamenti primitivi.

La medesima connessione si rinviene nell'ordinamento romano, caratterizzato dalla presenza di requisiti formali tipici, necessari affinché gli atti potessero produrre i propri effetti; effetti anch'essi predeterminati dalla legge, in un sistema governato dalla tipicità. Ai fini della produzione di determinate conseguenze giuridiche, era dunque necessario porre in essere un atto solenne con le rigide formalità prescritte ⁽¹⁴⁾; formalità essenzialmente orali, avendo la scrittura, nelle dinamiche negoziali del tempo, un ruolo del tutto marginale, anche in ragione del fatto che pochi erano in grado di padroneggiarla ⁽¹⁵⁾.

L'apertura alla libertà delle forme si deve, principalmente, al pensiero giusnaturalistico: con l'affermazione del primato della volontà dei contraenti e del principio secondo cui ogni promessa è vincolante per legge di natura (*pacta sunt servanda*), si affievoliva il formalismo giuridico, pur sopravvivendo nelle codificazioni moderne alcune forme solenni, al fine di salvaguardare

¹⁴ Così, ad esempio, ai fini del trasferimento della proprietà dei beni di maggior importanza economico-sociale (*res mancipi*), era necessario procedere alla *mancipatio*, atto solenne che richiedeva la presenza di cinque cittadini romani e di un *libripens*, persona che reggeva una bilancia di bronzo; innanzi a tali soggetti, l'acquirente afferrava il bene pronunziando la formula di rito (E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano, 2010, p. 402).

¹⁵ A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 1994.

interessi generali preminenti e, in particolare, quello della certezza nella circolazione dei beni immobili.

Parallelamente, allo sviluppo dei traffici commerciali si accompagnava la definitiva affermazione del documento scritto quale principale forma di attestazione (e prova) dell'attività negoziale, quale è rimasta sino ad oggi.

3. La forma nel codice civile

Il codice civile contempla la forma, da intendersi nell'accezione ristretta di "requisito formale" eventualmente previsto dalla legge a pena di nullità, tra gli elementi essenziali del contratto di cui all'art. 1325 c.c.

Nel sistema codicistico, la forma richiesta ai fini della validità (forma *ad substantiam*) è dunque elemento costitutivo del contratto; essa rappresenta il *vestimentum* che la dichiarazione negoziale deve necessariamente assumere affinché l'atto possa produrre effetti giuridici. I contratti assoggettati – dalla legge o dalla volontà delle parti – a un vincolo di forma *ad substantiam* sono detti contratti formali.

I contratti formali si dividono, principalmente, in contratti che devono essere conclusi per iscritto – mediante scrittura privata o atto pubblico – e contratti che devono necessariamente essere stipulati per atto pubblico.

I contratti rientranti nella prima categoria sono elencati dall'art. 1350 c.c., secondo cui la forma scritta è richiesta per i contratti traslativi della proprietà di beni immobili; i contratti costitutivi, modificativi e traslativi di diritti reali su beni immobili (usufrutto, uso, abitazione, servitù, superficie, enfiteusi); i contratti costitutivi della comunione di diritti reali immobiliari; gli atti di rinuncia a diritti reali immobiliari; i contratti di affrancazione del fondo enfiteutico; i contratti di anticresi; i contratti di locazione immobiliare ultranovennale; i contratti di società o di associazione con i quali si conferi-

sce il godimento di beni immobili o di diritti reali immobiliari per una durata superiore a nove anni o per un tempo indeterminato; gli atti che costituiscono rendite vitalizie o perpetue; gli atti di divisione di beni immobili e di diritti reali immobiliari; le transazioni aventi ad oggetto controversie relative a diritti reali immobiliari ⁽¹⁶⁾.

Il requisito della forma scritta è talvolta richiesto non già per l'intero contratto, bensì per singole clausole, come quelle di pattuizione di interessi in misura extralegale (art. 1284 c.c.) e quelle vessatorie, contenute nelle condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.).

Tra gli atti rientranti nella seconda categoria, da stipularsi necessariamente in forma pubblica, si segnalano – a titolo non esaustivo – gli atti costitutivi delle associazioni e delle fondazioni (art. 14 c.c.); le convenzioni matrimoniali (art. 162 c.c.); gli atti costitutivi di fondi patrimoniali (art. 167 c.c.); i patti di famiglia (art. 768 *ter* c.c.); le donazioni (art. 782 c.c.); gli atti costitutivi di società di capitali (artt. 2328 e 2463 c.c.) e cooperative (art. 2521 c.c.); gli atti di destinazione *ex art.* 2645 *ter* c.c.; la concessione (art. 2821 c.c.), la rinuncia (art. 2879 c.c.) e la cancellazione (art. 2882 c.c.) dell'ipoteca.

La scrittura privata ⁽¹⁷⁾ è disciplinata dagli artt. 2702 ss. c.c.; in assenza di un'espressa definizione normativa, è comunemente intesa come un do-

¹⁶ S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto - Art. 1350*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2003; F. VENOSTA, *Commento all'art. 1350 c.c.*, in G. Alpa - V. Mariconda (a cura di), *Codice civile commentato*, Milano, 2009; S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 1350 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011.

¹⁷ P. SCHLESINGER, *Scrittura privata*, in *Jus*, 1961, p. 447 ss.; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Milano, 2017, p. 258 ss.; A. SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 810 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, XIX, Torino, 1985, p. 268 ss.; B. CARPINO, *Scrittura privata*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 805 ss.; E. MARMOCCI, *Scrittura privata*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992.

cumento scritto, redatto da uno o più soggetti privati e da questi fatto proprio mediante la sottoscrizione.

La sottoscrizione ⁽¹⁸⁾ consiste nell'apposizione autografa del nome e del cognome del sottoscrittore in calce al documento ⁽¹⁹⁾.

Essa costituisce il principale – ma non l'unico – criterio di attribuzione della paternità dei documenti, in un sistema ove è ormai diffuso il ricorso alla firma digitale ⁽²⁰⁾, e in cui la giurisprudenza, da tempo, riconosce criteri di imputazione equipollenti ⁽²¹⁾: ci si riferisce in particolare all'orientamento, su cui ci si soffermerà *infra*, che equipara la produzione in giudizio di un documento alla sua sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del vincolo contrattuale con effetti *ex nunc*, ove sia presente in atti la proposta con-

¹⁸ F. CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 512 ss.; A. MORELLO, *Sottoscrizione*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 1004; M. ORLANDI, *La paternità delle scritture: sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997.

¹⁹ La tesi più rigorosa ritiene necessario che la sottoscrizione riporti, per esteso, nome e cognome della persona: così A. SCARDACCIONE, *Scrittura privata*, cit., p. 811; B. CARPINO, *Scrittura privata*, cit., p. 809. Altra parte della dottrina ritiene sufficiente che la sottoscrizione sia attribuibile, senza margini di incertezza, a una certa persona: cfr. A. MORELLO, *Sottoscrizione*, cit., p. 1013, secondo cui sarebbe concessa la “più ampia libertà di modo e di forma, purché sia sempre possibile risalire alla paternità”; in senso conforme G. LASERRA, *La sigla come sottoscrizione della scrittura privata*, in *Giur. It.*, 1969, I, 1, 137; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2019, p. 256 ss.

²⁰ La firma digitale è disciplinata dal D. Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 (*Codice dell'Amministrazione Digitale*), che all'art. 1 la definisce come “un particolare tipo di firma qualificata basata su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare di firma elettronica tramite la chiave privata e a un soggetto terzo tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici”. Ai sensi dell'art. 20, comma 1 bis, D. Lgs. n. 82/2005, “Il documento informatico soddisfa il requisito della forma scritta e ha l'efficacia prevista dall'articolo 2702 del codice civile quando vi è apposta una firma digitale, altro tipo di firma elettronica qualificata o una firma elettronica avanzata...”. In dottrina, si veda G. FINOCCHIARO, *La firma digitale. Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2000.

²¹ L'individuazione di criteri equipollenti ha indotto parte della dottrina a rilevare una “crisi della sottoscrizione”: così S. PAGLIANTINI, *Commento all'art. 1350 c.c.*, cit.

trattuale firmata dalla controparte ⁽²²⁾. La configurabilità di criteri di imputazione alternativi alla sottoscrizione è ammessa anche dalla dottrina prevalente ⁽²³⁾.

Mediante la sottoscrizione il documento acquista l'efficacia probatoria di cui all'art. 2702 c.c., secondo cui la scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta,

²² L'orientamento è da tempo consolidato nella giurisprudenza di legittimità. Tra le pronunce più recenti, cfr. Cass. 22 gennaio 2018, n. 1525, in *Giust. civ. Mass.*, 2018: “In tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta ‘*ad substantiam*’, la produzione in giudizio di una scrittura privata a cura di chi non l'aveva sottoscritta costituisce equipollente della mancata sottoscrizione contestuale e, pertanto, perfeziona ‘*ex nunc*’ il contratto in essa contenuto, purché la controparte in giudizio sia la stessa che aveva già firmato tale scrittura e sia ancora in vita al momento di detta produzione, non producendosi altrimenti il necessario incontro delle volontà negoziali”. Cfr., *ex multis*, Cass. 24 marzo 2016, n. 5919, in *Contratti*, 2016, 12, p. 1089 ss.; Cass. 17 ottobre 2006, n. 22223, in *Giust. civ. Mass.*, 2006. In argomento, cfr. V. TAMPANO, *La produzione in giudizio come equipollente della sottoscrizione*, in *Contratti*, 2000, p. 1098 ss.

Parte della dottrina si è espressa in senso critico rispetto al menzionato orientamento giurisprudenziale: cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 10, II, Torino, 2018, p. 279 ss., ove si evidenzia che se la produzione in giudizio valesse realmente come manifestazione del consenso, non si potrebbe spiegare come il contratto possa perfezionarsi “anni o decenni dopo il giorno in cui il convenuto ha sottoscritto il testo dell'accordo”. Secondo questa impostazione, quindi, “la proposta contrattuale è in vita per il tempo necessario a rispondere. Non dura anni, anche se non revocata”. In questa situazione, “l'efficacia riconnessa all'invocazione del documento in giudizio avrebbe un senso solo se sottintendesse la presunzione che la proposta sia stata sin dall'inizio (e cioè, tempestivamente) accettata. Ma la giurisprudenza non riconosce all'invocazione un simile effetto *ex tunc*. Essa equipara semplicemente la invocazione in giudizio alla sottoscrizione e alla recezione”.

²³ Già F. CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, cit., p. 527, rilevava l'esistenza di “atti analoghi alla sottoscrizione”, idonei a “significare assunzione di paternità del documento” (portando l'esempio del sigillo).

Più di recente, L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 193, che ritiene la sottoscrizione “surrogabile in presenza di altri e diversi indici di riconducibilità dello scritto al suo autore”. Come chiarisce M. MAGGIOLÒ, *Forma, firma, informazione (il contratto come stabile contenitore di istruzioni)*, in *Giust. civ.*, 2020, p. 390 ss., “la dichiarazione di paternità racchiusa nella sottoscrizione è una formula convenzionale, vale a dire che essa viene utilizzata per il fatto di essere comoda e chiara, e non perché sia l'unica possibile”.

se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta ⁽²⁴⁾.

Di efficacia probatoria privilegiata è munito l'atto pubblico ⁽²⁵⁾, definito normativamente come il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede (art. 2699 c.c.): esso fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza del documento dal pubblico ufficiale che lo ha formato, nonché delle dichiarazioni delle parti e degli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti (art. 2700 c.c.).

Dal requisito di forma *ad substantiam* si suole tradizionalmente distinguere la forma *ad probationem*, categoria che ricomprende i contratti in relazione ai quali è richiesta una determinata forma a fini probatori; così, ad esempio, è espressamente previsto che il contratto di assicurazione (*ex art. 1888 c.c.*) e quello di transazione (*ex art. 1967 c.c.*) debbano essere provati per iscritto.

In questi casi, pur in assenza del requisito formale prescritto, il contratto è valido; tuttavia, esso non potrà essere provato in giudizio per testi-

²⁴ La scrittura si ritiene riconosciuta, anzitutto, se il soggetto contro cui viene prodotta in giudizio non provvede, nella prima udienza o nella prima risposta successiva alla produzione (art. 215 c.p.c.), al disconoscimento, mediante formale negazione della propria scrittura o della propria sottoscrizione (art. 214 c.p.c.). In caso di disconoscimento, la parte che intende avvalersi della scrittura può proporre istanza di verificaione (art. 216 c.p.c.); all'esito del relativo procedimento, se è accertata l'autenticità della sottoscrizione, e dunque la paternità della scrittura, quest'ultima si ritiene legalmente riconosciuta.

Si ha, inoltre, per riconosciuta la sottoscrizione autenticata da un notaio, o da altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, il quale attesti che la sottoscrizione è avvenuta in sua presenza, previo accertamento dell'identità personale del sottoscrittore (art. 2703 c.c.): mediante il ricorso alla c.d. scrittura privata autenticata è dunque possibile prevenire il rischio di disconoscimento della firma.

²⁵ B. BRUGI - M. DOSSETTO, *Atti pubblici*, in *Noviss. dig. it.*, I, 2, Torino, 1958, p. 1521 ss.; G. MARICONDA, *Atto pubblico*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988, p. 6 ss.; G. CRISCI, *Atto pubblico*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 265 ss.; A. CHIANALE, *L'atto pubblico*, Torino, 1992.

moni (art. 2725 c.c.) – e, conseguentemente, nemmeno per presunzioni: cfr. art. 2729, comma 2, c.c. –, salvo che il contraente abbia senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova (art. 2724, n. 3, c.c.). Fuori da tale ipotesi, il contratto privo della forma scritta potrà dunque essere provato solo con i limitati mezzi della confessione e del giuramento.

La bipartizione tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, e la rilevanza di quest'ultima nel terreno del diritto sostanziale, hanno formato oggetto di critica da parte di attenta dottrina. Ciò in quanto dalla disciplina normativa emerge chiaramente che la forma *ad probationem* rileva unicamente sul piano processuale; conseguentemente, in tale ambito non può parlarsi di forma dell'atto ma, piuttosto, di forma della prova ⁽²⁶⁾.

Si consideri, poi, che la necessità della prova per iscritto riguarda non solo le ipotesi di forma *ad probationem*, ma anche i contratti in relazione ai quali è prevista una forma necessaria *ad substantiam*; in proposito, si è parlato – efficacemente – di “forma doppiamente necessaria”, per la validità e per la prova ⁽²⁷⁾. Ciò che evidenzia, una volta di più, la scarsa utilità della bipar-

²⁶ Così R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 271: “Quando noi diciamo che la forma è imposta per la prova di un atto, in realtà noi parliamo della forma della prova, e non, invece, della forma dell'atto ... Quando invece noi diciamo che la forma è imposta per la validità dell'atto, intendiamo dire che la dichiarazione negoziale stessa deve essere formalizzata”.

N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 124 ss., rileva che “la forma non assolve mai funzione di prova, sicché la categoria delle *formae ad probationem* è logicamente inammissibile ... Dove la legge stabilisce l'uso della prova scritta, le parti sono chiamate, non già a soddisfare un onere, ma a compiere una valutazione di opportunità pratica: preconstituire la prova scritta o valersi delle altre prove ammesse dalla legge (confessione e giuramento decisorio: *ex* art. 2735, comma 2 e 2739, comma 1 c.c.)? Qui non c'è un onere di forma, ma il generale onere della prova (art. 2697 c.c.), assolvibile anche con le residue fonti della confessione e del giuramento decisorio”.

²⁷ R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 271; A. LISERRE, *Forma*, in *Trattato di diritto civile*, cit.

tizione ⁽²⁸⁾ e, soprattutto, lo scarso rigore teorico della contrapposizione tra forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*.

I requisiti formali previsti dalla legge (forme legali) non esauriscono il panorama degli oneri di forma operanti in ambito contrattuale, potendo le parti, nell'esercizio dell'autonomia privata, prevedere forme determinate per i propri negozi: si parla, al riguardo, di forme volontarie o convenzionali ⁽²⁹⁾.

Il riferimento normativo è l'art. 1352 c.c., che consente espressamente alle parti di convenire per iscritto l'adozione di una certa forma per la stipulazione di un futuro contratto ⁽³⁰⁾, prevedendo al contempo la presunzione legale che la forma prescelta sia stata voluta ai fini della validità dell'atto (*ad substantiam*). Come è stato osservato in dottrina, il patto sulla forma rientra nell'insieme dei contratti normativi, con cui le parti determinano preventi-

²⁸ È poi appena il caso di ricordare che, indipendentemente dalle specifiche norme di legge che prevedono una determinata forma per la prova di alcuni contratti, il principio dell'esclusione della prova per testi è esteso, in via generale, a tutti i contratti di valore superiore a Euro 2,58 (art. 2721 c.c.); soglia mai aggiornata e ormai simbolica, che peraltro tende a svuotare di autonoma rilevanza le – poche – espresse previsioni di legge che impongono requisiti formali a fini probatori in relazione a specifici contratti.

²⁹ Sul tema, oltre al recente contributo di A. RENDA, *Forme convenzionali*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2016, si vedano A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949; F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla "documentazione" del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 91 ss.; R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Camerino-Napoli, 1994; ID., *Forme convenzionali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 2013, p. 276 ss.; D. MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1996, p. 418 ss.; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002; G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 241 ss.

³⁰ Non vi è motivo per ritenere che il requisito formale prescelto debba rientrare necessariamente tra quelli tipizzati dal legislatore: come è stato rilevato in dottrina, "le parti possono subordinare l'efficacia del patto all'adozione delle forme più strane: adozione della lingua basca, ad es.; apposizione dell'impronta digitale accanto alla sottoscrizione; controfirma dei testimoni in calce alla scrittura privata ... con il limite, beninteso, della serietà dell'intento" (così R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 272). In senso conforme A. LISERRE, *Forma*, in *Trattato di diritto civile*, cit., p. 469.

vamente un elemento – nella specie, quello formale – della loro successiva contrattazione ⁽³¹⁾.

La forma extralegale, oltre che concordata tra le parti ai sensi dell'art. 1352 c.c., può essere imposta unilateralmente dal proponente che richieda l'accettazione in una forma determinata, ai sensi dell'art. 1326, comma 4, c.c. In ossequio al tenore letterale della norma, ove l'accettazione difetti del requisito formale richiesto, la stessa deve ritenersi inefficace *ipso iure* ⁽³²⁾, con conseguente mancato perfezionamento del vincolo contrattuale.

4. Il perimetro del requisito formale. Il problema della *relatio* a elementi extratestuali

In relazione ai contratti formali, si pone il tema di stabilire quali elementi debbano necessariamente risultare dal dato testuale, affinché il contratto possa ritenersi validamente stipulato nella forma richiesta *ad substantiam*. La problematica riguarda i limiti di un rinvio (*relatio*) a fonti esterne al documento, che concorrano a determinare, in qualche misura, i contenuti del contratto ⁽³³⁾.

L'insegnamento tradizionale e più rigoroso esclude categoricamente che il contenuto di un negozio solenne possa rinvenirsi in elementi esterni alla dichiarazione negoziale ⁽³⁴⁾. In questa prospettiva, l'onere di forma non potrebbe che riguardare il contratto nella sua interezza, ivi inclusi gli elementi accidentali o, comunque, secondari.

³¹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 267 ss.

³² R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 274.

³³ R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 177 ss.; G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, cit., p. 164 ss.; A. LISERRE, *Forma*, in *Trattato di diritto civile*, cit., p. 424 ss.

³⁴ F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, p. 208.

Peraltro, secondo la dottrina e la giurisprudenza ormai prevalenti, ai fini del rispetto del requisito formale è necessario e sufficiente che la forma investa gli elementi essenziali del contratto ⁽³⁵⁾. Deve dunque risultare dal dato testuale, in primo luogo, l'accordo delle parti, restando naturalmente inteso che nei contratti stipulati *inter absentes* ⁽³⁶⁾ devono essere formali tanto la proposta, quanto l'accettazione; in secondo luogo, la causa, ancorché implicitamente; infine, un oggetto determinato o anche solo determinabile, vale a dire individuato dal riferimento a elementi esterni, ovvero rimesso alla determinazione di un terzo ⁽³⁷⁾.

³⁵ In dottrina, si vedano R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, cit., p. 124 ss.; G.B. FERRI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, p. 192 ss.

In giurisprudenza, cfr. Cass. 27 febbraio 2008, n. 5197, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2, 310: “Nei contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, la volontà comune delle parti deve rivestire tale forma soltanto nella parte riguardante gli elementi essenziali (consenso, *res, pretium*)”.

³⁶ In dottrina è pacifico che, nell'ambito dei rapporti di diritto privato, i contratti formali non debbano essere necessariamente conclusi mediante sottoscrizione contestualmente apposta dalle parti su un unico documento (cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 278), essendo ammissibile il perfezionamento del contratto a distanza tramite lo scambio di proposta e accettazione a mezzo di corrispondenza; tale prassi è comune nella stipulazione dei contratti d'impresa mediante c.d. scambio di corrispondenza commerciale.

In giurisprudenza, cfr. Cass. 29 gennaio 2014, n. 1980, in *Guida al dir.*, 2014, 15, 82, secondo cui “Ai fini della sussistenza del requisito della forma scritta nei contratti non occorre che la volontà negoziale sia manifestata dai contraenti contestualmente e in un unico documento, dovendosi ritenere il contratto perfezionato anche qualora le sottoscrizioni siano contenute in documenti diversi, anche cronologicamente distinti, qualora si accerti che il secondo documento è inscindibilmente collegato al primo, sì da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo”. In senso conforme, Cass. 21 agosto 2012, n. 14584, in *Guida al dir.*, 2012, 44, 68; Cass. 13 febbraio 2007, n. 3088, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 2; Cass. 23 dicembre 2004, n. 23966, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 1; Cass. 18 luglio 1997, n. 6629, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 124; Cass. 1 dicembre 1992, n. 12819, in *Giust. civ. Mass.*, 1992, 12.

³⁷ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 251 ss. Nel primo caso, *nulla quaestio* se il rinvio è a dati obiettivi, quali ad esempio indici di borsa che concorrano a determinare univocamente e automaticamente il *quantum* della prestazione. Ove invece la *relatio* sia diretta a richiamare dichiarazioni esterne al documento contrattuale, è necessario che le parti se ne assumano la paternità; così, sempre a titolo esemplificativo, non potrebbe ammettersi il rinvio ad allegati al contratto non sottoscritti dalle parti.

Sembra condivisibile l'opzione interpretativa che ammette la determinazione *per relationem* sia degli elementi non essenziali del contratto, sia dello stesso oggetto, purché le parti abbiano individuato, nella dichiarazione formale, criteri chiari e univoci per la determinabilità del contenuto dell'accordo.

Alla medesima *ratio* di certezza si ispira la disciplina di settore bancaria e finanziaria nell'escludere, sotto pena di nullità, il rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nei rapporti bancari (art. 117, comma 6, TUB), nonché del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico nell'ambito della prestazione dei servizi di investimento (art. 23, comma 2, TUF).

Sulla scorta di tali indicazioni normative, in dottrina è stato osservato che l'approccio maggiormente liberale in materia di *relatio* a dati extratestuali non potrebbe essere adottato nel peculiare campo della contrattazione asimmetrica, caratterizzato – come si vedrà – da particolari esigenze di trasparenza del regolamento negoziale, ai fini della tutela della parte debole, che giustificano la necessità di una piena autosufficienza del testo del contratto ⁽³⁸⁾.

Nell'ipotesi della determinazione dell'oggetto ad opera del terzo, si pone il problema della forma dell'atto di arbitraggio: ad avviso di alcuni interpreti, anch'esso dovrebbe essere investito dal requisito formale, sostanziandosi nella determinazione del contenuto dell'accordo *inter partes* (cfr. M. VASETTI, *Arbitraggio*, in *Noviss. dig. it.*, I, Torino, 1958, p. 835); secondo altra tesi, l'atto del terzo sarebbe invece a forma libera, in ragione della sua natura di fonte esterna al contratto (R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 395).

³⁸ E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Milano, 2018, p. 83 ss. L'Autore giunge perciò a ritenere che “anche nei casi in cui la *relatio* non sia espressamente vietata non possa essere ammessa – almeno nel caso del contratto asimmetrico – in quanto lesiva dei principi di completezza e trasparenza del regolamento contrattuale applicabili in tale specifico contesto negoziale quale espressione del superiore valore ... di tutela della persona più debole nella contrattazione in particolari settori del mercato”.

5. Il principio della libertà delle forme

Secondo l'insegnamento dottrinale tradizionale e maggioritario, nell'ordinamento vige il principio generale della libertà delle forme, in forza del quale la volontà negoziale può essere manifestata con qualsiasi forma, fatte salve le previsioni di legge che impongono specifici oneri formali in relazione a determinate fattispecie ⁽³⁹⁾.

Questo orientamento interpretativo trae origine dall'insegnamento giusnaturalistico e trova il proprio caposaldo teorico nel “dogma della volontà”: stante il ruolo centrale della volontà negoziale, la forma in cui la stessa si manifesta assume valore secondario, e non può tradursi in una limitazione all'autonomia privata fuori dalle ipotesi espressamente previste dalla legge.

Ne deriva la concezione delle disposizioni impositive di vincoli formali quali norme eccezionali – contrastanti con il generale principio della libertà contrattuale – e, come tali, insuscettibili tanto di applicazione analogica, in virtù dell'espresso divieto di cui all'art. 14 disp. prel. c.c., quanto di interpretazione estensiva ⁽⁴⁰⁾.

³⁹ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 285; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, cit.; M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 988 ss.; B. GRASSO, *La forma tra regola ed eccezione*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 49 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 135; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio della libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 203 ss.; R. GUASTINI, *In tema di libertà delle forme*, *ivi*, 1986, p. 203 ss.; P. VITUCCI, *Applicazione e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 809 ss.; A. PALAZZO, *Forme del negozio giuridico*, cit., p. 442; ID., *La forma negoziale tra nuove polemiche e sicure realtà*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 795 ss.; F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, cit., p. 40; A. LISERRE - A. JARACH, *Forma*, in *Trattato di diritto privato*, cit., p. 395; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 243; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 206.

⁴⁰ Cfr., per tutti, M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 988 ss., secondo cui i requisiti formali previsti dalla legge costituirebbero “una deroga penetrante – non solo ... al principio della libertà di forma ... – ma alla stessa autonomia privata ... Il sistema dovrebbe essere perciò inteso come veramente eccezionale, cosicché non dovrebbe indulgersi alla tendenza di

Il fondamento normativo della libertà delle forme viene individuato dalla dottrina maggioritaria, da un lato, nell'art. 1322 c.c., che codifica l'autonomia contrattuale (con fondamento costituzionale nell'art. 41 Cost.); d'altro lato, nel combinato disposto dell'art. 1325, che include la forma tra i requisiti essenziali del contratto solo ove la stessa sia prevista dalla legge sotto pena di nullità, e dell'art. 1350, che all'elencazione degli "atti che devono farsi per iscritto" aggiunge, *sub* n. 13, "gli altri atti specialmente indicati dalla legge".

La generale libertà delle parti in ordine alla scelta della forma ritenuta più confacente ai propri interessi è ritenuta, dalla citata dottrina, funzionale alla speditezza dei traffici e alla circolazione della ricchezza. Non a caso, la forma scritta emerge là dove detti interessi sono affievoliti ⁽⁴¹⁾, oppure nei settori in cui i medesimi devono necessariamente arretrare dinnanzi a preminenti esigenze di certezza, come nell'ambito della contrattazione immobiliare.

La vigenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale della libertà delle forme non è peraltro pacifica. Autorevole dottrina ha messo in discussione l'impostazione tradizionale, formulando un'articolata critica incentrata vuoi sui ragionamenti strettamente dogmatico-strutturali, vuoi su una lettura assiologica e sistematica del requisito formale.

estenderlo al di là dei casi effettivamente disciplinati", con conseguente divieto non solo del "ricorso all'analogia, ma anche all'interpretazione estensiva, che costituisce ... un comodo scudo per eludere il discorso dell'art. 14 disp. prel."

⁴¹ Emblematico è il caso dei contratti stipulati con la pubblica amministrazione, che, in base alle previsioni del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 (recante "Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato") e del R.D. 23 maggio 1924, n. 827 (recante "Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato"), devono essere stipulati per iscritto a pena di nullità. Con riferimento all'attività *iure privatorum* della pubblica amministrazione, dunque, il principio della libertà delle forme non sussiste, sostituito dalla generale previsione della forma vincolata.

Sotto il primo profilo, il riferimento è al pensiero di Irti, che muove dall'analisi di una delle disposizioni comunemente invocate a fondamento della concezione liberale, vale a dire l'art. 1325 c.c. Secondo l'Autore, la norma in questione in realtà descriverebbe due diverse fattispecie contrattuali, di cui “una fattispecie debole, risultante dalla combinazione di tre requisiti (accordo, causa, oggetto)” e “una fattispecie forte, risultante dalla combinazione di quattro requisiti (accordo, causa, oggetto, forma)”. In questa situazione, la norma sulla forma sarebbe unica ed esclusiva: “quella, che, descrivendo il modello di fattispecie forte, aggiunge il requisito della forma ‘quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità’ (art. 1325, n. 4, c.c.). La norma, descrittiva del modello di fattispecie debole, non è una norma sulla forma: ed, infatti, elenca accordo, causa, ed oggetto” (42).

Non sarebbe quindi presente, all'interno dell'ordinamento giuridico, una norma positiva che preveda la libertà di forma (43); con la conseguenza

42 N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 20 ss. Cfr., inoltre, ID., *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 449 ss.

43 N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 20 ss.: “non si danno dunque due norme sulla forma – l'una regolare, l'altra eccezionale –; ma una sola norma, la quale, in sé considerata, non è né regolare né eccezionale. Mancando il termine di raffronto, la norma non può assumere alcuna qualifica di relazione: non si paragona ad altre, e così rimane una tra le norme dell'ordinamento. Nella descrizione legislativa della fattispecie debole (accordo + causa + oggetto), non c'è una norma sulla libertà di forma, ma pura assenza di una norma sulla forma (*tabula absentiae*)”.

In senso critico, B. GRASSO, *La forma tra regola ed eccezione*, cit., p. 52 ss., rileva che nell'art. 1325 sarebbero invece ravvisabili due norme, di cui una “prevede quale requisito del contratto la forma, quando questa è prevista a pena di nullità” e l'altra “che, non prevedendo il requisito della forma, (implicitamente) lo esclude in tutti gli altri casi”. Quest'ultima norma, “riferendosi alla generalità dei contratti” rappresenterebbe la regola; mentre l'altra, riguardando “soltanto quelli in cui la forma è disciplinata sotto pena di nullità, e perciò [contenendo] certamente una previsione più limitata”, rappresenterebbe l'eccezione, “risultando altresì la sua natura derogatoria dalla circostanza che essa comprende un ulteriore e ‘specificativo’ elemento rispetto a quelli che ha in comune con la fattispecie dell'altra norma più ampia e generale, alla quale è perciò subordinata”.

che l'art. 1325, n. 4, c.c. non potrebbe qualificarsi come norma eccezionale, al pari delle singole norme impositive di vincoli formali, che sarebbero perciò suscettibili di applicazione analogica a fattispecie in cui siano ravvisabili similari esigenze meritevoli di tutela. Nella visione irtiana, pertanto, “il formalismo si viene mostrando, non limitato ed eccezionale, ma dilatato ed espansivo”⁽⁴⁴⁾, sicché l'autonomia privata resta circoscritta alla determinazione del contenuto del contratto, essendo la scelta della forma ritenuta al di fuori della sfera di dominio delle parti.

Sotto altro profilo, le critiche alla libertà delle forme hanno interessato il principio comunemente posto a fondamento della suddetta libertà, ossia quello dell'autonomia privata, del quale è stata contestata l'idoneità a rappresentare un valore insuscettibile di limitazioni, se non in casi tassativi⁽⁴⁵⁾.

Ciò in quanto, in una prospettiva assiologica e costituzionalmente orientata, l'autonomia delle parti avrebbe quale criterio ispiratore non solo quello dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), ma anche i valori personalistici e, al contempo, solidaristici (art. 2 Cost.). Sarebbe dunque opportuno il ricorso al formalismo per limitare l'autonomia negoziale, là dove siano ravvisabili esigenze di garanzia e promozione di interessi ulteriori e diversi rispetto a quello della libertà, di rilevanza costituzionale e comunitaria. Ed è proprio nella valorizzazione di tali interessi che troverebbero causa

Ritiene parimenti configurabile, alla luce dell'art. 1325, n. 4, c.c., una “norma implicitamente ammissiva della libertà della ... forma”: A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà delle forme*, cit., p. 203 ss.

⁴⁴ N. IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 23. Si noti peraltro che, nella visione dell'Autore, l'applicazione analogica delle disposizioni sulla forma è ritenuta possibile soltanto in relazione ai contratti atipici.

⁴⁵ Ci si riferisce al pensiero di P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit.

gli interventi del legislatore, europeo e nazionale, che hanno nel tempo introdotto nuovi vincoli di forma a tutela del contraente debole (46).

Si propone, così, una ricostruzione della forma in chiave funzionale, con riguardo agli interessi che il legislatore ha inteso promuovere o tutelare mediante l'introduzione di vincoli formali. In questa prospettiva, la verifica in ordine alla possibilità o meno di un'applicazione analogica dei vincoli di forma dovrebbe compiersi mediante un procedimento ermeneutico che consenta, caso per caso, valutati la funzione del requisito formale e i valori che caratterizzano lo specifico contesto normativo in cui esso è posto, di qualificare la regola sulla forma come eccezionale o meno (47).

Altra dottrina ha rilevato “una certa relatività della libertà delle forme” (48), ammettendo, da un determinato punto di vista, la valenza di tale principio – nel senso che, salva diversa disposizione, un contratto non può essere considerato invalido per il fatto che non sia stata adottata una forma solenne –, ma affermando che da ciò non potrebbe discendere una qualificazione delle disposizioni che impongono oneri formali come norme eccezionali, dovendosi dunque ritenere ammissibile un'interpretazione estensiva delle stesse.

⁴⁶ P. PERLINGIERI, *Riflessioni sul “diritto contrattuale europeo” tra fonti e tecniche legislative*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 485 ss.; ID., *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto dalla Comunità economica europea all'Unione Europea*, in P. Perlingieri - E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, IV, Napoli, 2009, p. 7 ss.

⁴⁷ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., p. 45 ss., secondo il quale l'art. 1325, n. 4, c.c. sarebbe da intendersi a guisa di un “frantume di norma che si integra e si colora di volta in volta dalla disciplina del singolo atto”.

⁴⁸ R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., pp. 269-270: ciò in quanto il principio della libertà delle forme “deve ... essere illustrato mettendolo in relazione ai molteplici effetti riconnessi alle forme: talora l'adozione della forma è requisito per la prova; altre volte per la validità dell'atto; altre volte, per l'efficacia dell'atto come titolo esecutivo, o per l'opponibilità dell'atto a terzi”.

Peraltro, come si è detto, la maggioranza degli interpreti resta favorevole a riconoscere la libertà delle forme quale principio generale cui è informato il sistema privatistico; così, pure, la giurisprudenza ⁽⁴⁹⁾.

Invero, revocare al menzionato principio il diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento comporterebbe il rischio di derive illiberali, lasciando all'interprete indefiniti spazi di valutazione in ordine ai confini dei vincoli di forma, con sacrificio – oltre che dell'autonomia privata, nei settori in cui ancora essa sopravvive – della certezza dei rapporti contrattuali. Del resto, come vedremo, nel quadro della contrattazione asimmetrica – ove sussistono particolari e rilevanti esigenze di tutela della parte debole, soprattutto sotto il profilo informativo – il legislatore europeo e nazionale è intervenuto determinando specificamente, e dettagliatamente, l'ambito e i contenuti dei requisiti formali. E, in termini di politica del diritto, in detto contesto non pare ravvisabile la necessità, e tanto meno l'opportunità, di un'autonoma funzione “espansiva” dei formalismi da affidare, in ultima analisi, agli organi giudicanti.

6. Le funzioni dei requisiti di forma nella prospettiva codicistica

Prima di procedere all'analisi del nuovo formalismo di matrice comunitaria, si rende necessario focalizzare l'attenzione sulle funzioni “tradizionali” della forma nel sistema delineato dal codice civile, tenuto conto del contesto della codificazione e dei valori ritenuti preminenti nel quadro economico-sociale dell'epoca. L'esame consegnerà i necessari termini di raf-

⁴⁹ Cfr. Cass. Sez. Un., 22 marzo 1995, n. 3318, in *Giust. civ.*, 1995, I, 2750; più di recente, Cass. 23 settembre 2013, n. 21729, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. 22 agosto 2013, n. 19425, *ivi*; Cass. 8 gennaio 2004, n. 109, in *Giust. civ. Mass.*, 2004; Cass. 19 maggio 2003, n. 7768, in *Vita not.*, 2003, 1418. Secondo Cass. Sez. Un., 17 settembre 2015, n. 18214, in *Arch. Locazioni*, 2015, 6, 615, occorre considerare che il “presunto” principio di libertà delle forme non è tuttavia privo di eccezioni nell'ordinamento attuale, improntato al “neoformalismo”.

fronto per indagare le “nuove” funzioni del requisito formale nel diritto europeo dei contratti ⁽⁵⁰⁾.

Nella visione codicistica, le prescrizioni di forma sono finalizzate anzitutto alla responsabilizzazione delle parti in ordine alla rilevanza giuridica dell'atto posto in essere, richiamando l'attenzione delle stesse rispetto agli effetti dell'atto medesimo, fatto proprio mediante la sottoscrizione: garantendo, in ultima istanza, la serietà della dichiarazione negoziale. Detta esigenza risulta particolarmente evidente in relazione ai contratti da stipularsi per atto pubblico, ove il consenso deve essere espresso avanti a un pubblico ufficiale. In quest'ottica, quanto più gravi sono le conseguenze giuridiche ed economiche dell'atto, maggiori sono i vincoli di forma imposti dalla legge ⁽⁵¹⁾: non a caso, per la donazione, in cui il donante si spoglia a titolo gratuito di un proprio diritto, si registra un onere formale particolarmente elevato, che aggiunge alla forma pubblica la presenza di due testimoni (cfr. art. 782 c.c. e art. 48, L. 16 febbraio 1913, n. 89) ⁽⁵²⁾.

⁵⁰ Cfr., per tutti, C.M. BIANCA, *In tema di forma solenne*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 480 ss.; ID., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, cit., p. 248 ss.; A. TORRENTE - P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 576.

⁵¹ E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, cit., pp. 41-42, rileva che “Tendenzialmente l'assunzione del dovere o di un potere a favore di altri si coniuga con la necessità di forma e viceversa l'estinzione di siffatte situazioni giuridiche si sottrae al condizionamento formale, conseguendo alla estinzione la ricostruzione dell'originario stato di libertà”. Allorché si tratti di individuare la *ratio* delle norme recanti precetti di forma, “non si può dunque non tenere in considerazione il tipo di situazione soggettiva specificamente rilevante che si costituisce, si modifica oppure si estingue”.

⁵² In considerazione della suindicata *ratio*, pare allora singolare che in relazione all'assunzione di una garanzia personale – che pure espone il garante a gravi conseguenze economiche, che investono tutto il suo patrimonio – il codice non preveda un requisito formale “in senso stretto”, ma si esprima unicamente sulle modalità di espressione della forma “in senso lato”, prevedendo che la volontà di prestare fideiussione debba essere “espressa” (art. 1937 c.c.); senza, pertanto, necessità di forma scritta *ad substantiam*.

In secondo luogo, i vincoli di forma perseguono esigenze di certezza dell'atto. La manifestazione orale di volontà è labile, restando la sua sopravvivenza affidata alla memoria di coloro che l'hanno pronunciata e delle persone che eventualmente abbiano assistito all'atto. Al contrario, la scrittura rappresenta uno strumento durevole che consente di conservare le dichiarazioni negoziali, di chiarirne l'oggetto, di favorirne l'interpretazione. La formalizzazione dell'intesa consente così di ridurre l'insorgere di controversie in ordine ai contenuti e all'esistenza stessa del contratto; ragione per cui l'ordinamento, come si è visto *supra*, limita fortemente il ricorso alla prova orale in ambito contrattuale, al fine di indurre le parti a formare per iscritto idonea documentazione della propria attività negoziale.

Infine, i requisiti formali rispondono a necessità di ordine generale connesse alla conoscibilità da parte dei terzi e alla conseguente opponibilità dell'atto a questi ultimi, con conseguente salvaguardia della sicurezza dei traffici giuridici. È del resto evidente la simmetria tra l'elencazione di cui all'art. 1350 c.c. ("Atti che devono farsi per iscritto") e quella di cui all'art. 2643 c.c. ("Atti soggetti a trascrizione"), che testimonia l'intima correlazione tra la forma scritta *ad substantiam* e la tutela dell'affidamento dei terzi, attuata mediante la trascrizione nei pubblici registri di un titolo idoneo allo scopo, costituito – oltre che dalle sentenze – dagli atti pubblici e dalle scritture private autenticate o giudizialmente accertate (art. 2657 c.c.).

Le esigenze di tutela predette sono avvertite con particolare riferimento agli atti a vario titolo riguardanti gli immobili, costituenti, all'epoca della codificazione del 1942, i beni di preminente rilevanza economica e sociale. È per questo che larga parte degli oneri di forma – e di pubblicità – prescritti dal codice investono proprio i negozi dispositivi della ricchezza immobiliare.

Come si vedrà subito di seguito, l'emersione di nuovi interessi, meritevoli di tutela, ha dato avvio alla progressiva introduzione, nella legislazione speciale e di settore, di nuovi vincoli di forma, reputati idonei ad accordare efficiente protezione giuridica a queste istanze, per lo più correlate alla tutela della persona (contraente in posizione di debolezza) e, in via mediata, del mercato concorrenziale.

7. Il fenomeno del “neoformalismo negoziale”

Con la locuzione “neoformalismo negoziale”⁽⁵³⁾ si suole identificare la tendenza, caratteristica – soprattutto – della legislazione di derivazione comunitaria, a introdurre progressivamente all'interno dell'ordinamento nuovi vincoli di forma e formalità in genere, cui è assegnata la funzione di proteggere e promuovere valori emergenti nelle moderne dinamiche contrattuali.

⁵³ In argomento, si vedano N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 80 ss.; R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul “neoformalismo” negoziale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, p. 778 ss.; ID., *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996; R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999; E. GABRIELLI - A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 2000, p. 235 ss.; F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395 ss.; ID., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 729 ss.; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività; i contratti fra imprese e fra imprese e consumatori*, cit.; M. MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Torino, 2004; F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, cit.; U. BRECCIA, *La forma*, cit.; F. DI GIOVANNI, *La forma*, cit.; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit.; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008; G. COLACINO, *Le forme negoziali nel nuovo diritto dei contratti: le c.d. forme di protezione*, in *Studium Iuris*, 2010, p. 255 ss.; S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 772 ss.; ID., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, cit.; V. MANNINO - R. ALESSI, *Profili del neoformalismo negoziale*, Napoli, 2013; G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013; G. LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale*, Torino, 2017.

Il diritto contrattuale di matrice europea interviene in un contesto economico profondamente diverso da quello della codificazione del 1942, incentrato – come già ricordato – sulla proprietà immobiliare ⁽⁵⁴⁾. Ci riferiamo al vasto settore dei consumi e dei servizi bancari, finanziari e assicurativi, in cui la contrattazione è per definizione asimmetrica e il bene giuridico di maggior rilievo è l'informazione ⁽⁵⁵⁾, detenuta dal contraente c.d. forte, che è anche il predisponente del testo contrattuale.

In questo ambito, la forma è concepita non più quale limite all'autonomia negoziale, ma come strumento per la protezione di classi di contraenti in posizione di debolezza, attuata mediante l'incorporazione dell'informazione in un documento scritto.

Il neoformalismo si connota, dunque, per un radicale mutamento nella concezione del requisito della forma. Essa, da semplice *vestimentum* della dichiarazione negoziale, si espande sino ad inglobare la fase della contrattazione, sostituita dalle informazioni fornite per iscritto alla parte tutelata, e persino il contenuto stesso del contratto, che giunge ad essere in larga parte predeterminato dalla legge; si parla, al riguardo, di prescrizioni di c.d. forma-contenuto, in virtù delle quali forma e sostanza finiscono inevitabilmente per confondersi.

L'esigenza di tutelare nuovi interessi giuridici ha comportato un significativo ampliamento delle funzioni perseguite dalla previsione legislativa di requisiti formali.

⁵⁴ R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)*, cit., p. 781, osserva che "mentre il sistema del codice civile attuale prevede prescrizioni particolari di forma essenzialmente per i contratti su beni immobili, per il particolare 'valore' socioeconomico di essi e per le connesse esigenze della trascrizione e della conoscibilità dei terzi", la nuova legislazione speciale, e la normativa regolamentare di attuazione, impongono "vincoli formali anche a contratti (di massa) su beni mobili".

⁵⁵ P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326 ss.

I “nuovi” vincoli previsti nell’ambito della contrattazione asimmetrica assolvono, in parte, a scopi “tradizionali” della forma, noti – come si è visto al paragrafo precedente – al sistema di cui al codice civile, quali la responsabilizzazione del contraente, nella specie quello in posizione di debolezza, nonché la garanzia della certezza dei vincoli contrattuali.

Ma alle predette funzioni se ne aggiungono altre, speciali e caratterizzanti. Scopo precipuo del neoformalismo è, anzitutto, la tutela del contraente debole, perseguita attraverso due principali linee d’intervento. In primo luogo, la riduzione dell’asimmetria informativa che caratterizza la posizione del consumatore o del cliente nei confronti della controparte qualificata, mediante la previsione di numerosi doveri di informazione imposti a carico di quest’ultima, che devono anche costituire oggetto di formalizzazione nel testo contrattuale.

In secondo luogo, i nuovi requisiti di forma mirano a garantire la piena conoscibilità e la trasparenza delle condizioni predisposte dal soggetto professionale, riguardanti il bene o il servizio oggetto del contratto, così da consentire al soggetto tutelato una maggiore ponderazione del consenso ⁽⁵⁶⁾, anche mediante comparazione con i beni o i servizi offerti da altri operatori,

⁵⁶ A ben vedere, una simile funzione della forma non è del tutto sconosciuta al sistema del codice civile. Ci si riferisce alla previsione di cui all’art. 1341 c.c., che tende a garantire la conoscibilità delle condizioni generali di contratto (comma 1) e, nel richiedere la specifica approvazione per iscritto di determinate clausole, mira a rendere edotto il soggetto aderente della reale entità del vincolo che è in procinto di contrarre (comma 2). Al riguardo, cfr. R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 115 ss. Le perplessità ivi sollevate in ordine all’efficacia della disciplina codicistica dei contratti per adesione inducono a riflessione, più in generale, circa i limiti di una tutela (solo) formale: “L’apparato di controllo predisposto dal codice civile nei confronti delle condizioni generali di contratto, e in particolare delle clausole vessatorie, non è adeguato, e ciò perché il problema delle condizioni generali non sta nel fatto che l’aderente non conosce o non riflette, ma sta nel fatto che l’aderente non è in grado di ottenere la modificazione delle clausole predisposte dall’altro contraente” (cfr. p. 132).

nonché un’agevole ricognizione dei propri diritti nel successivo corso del rapporto, ove questo si protragga nel tempo ⁽⁵⁷⁾.

Nel perseguire dette finalità il legislatore – come si vedrà specificamente *infra* – ha introdotto, oltre a requisiti di forma del contratto in senso proprio, prescrizioni di forma-contenuto, regole di “chiarezza” del testo contrattuale e “formalismi” eterogenei, come, ad esempio, l’obbligo di materiale consegna al cliente di una copia del contratto (cfr. art. 117 TUB e art. 23 TUF).

La forma vincolata, accompagnata alla consegna del documento contrattuale, consente altresì di favorire la prova in giudizio del rapporto e, al tempo stesso, di ridurre la discrezionalità del giudice, così perseguendo finalità di certezza e di limitazione del contenzioso.

È necessario porre in luce che, nel proteggere il contraente debole, la legislazione di derivazione comunitaria intende tutelare, di riflesso, il mercato e la libera concorrenza ⁽⁵⁸⁾. Regolando, mediante le prescrizioni di forma, l’attività d’impresa dei soggetti professionali che predispongono le condizioni di contratto, si vogliono infatti favorire, indirettamente, la competitività e l’ordine del mercato; ciò che, in ultima analisi, torna a recar vantaggio ai

⁵⁷ G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss.

⁵⁸ Ad avviso di R. ALESSI, *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 967 ss., l’obiettivo ultimo perseguito dal diritto europeo dei contratti si sostanzia nel “rendere uniformi e controllare alcuni aspetti o momenti dei rapporti di scambio che, per le modalità di svolgimento, per la natura dei beni o servizi scambiati, per la posizione rivestita sul mercato dalle parti, potrebbero rivelarsi fattori comunque discorsivi rispetto all’obiettivo dell’ordinato ed efficiente funzionamento del mercato unico”.

In senso analogo F. SARTORI, *Informazione economica e responsabilità civile*, Padova, 2011, p. 128 ss.; nonché A. ANTONUCCI, *I contratti del mercato finanziario*, Pisa, 2018, p. 179, secondo cui l’obbligo di forma scritta previsto dalla legislazione speciale “adempie ad una funzione di garanzia della conoscibilità e della certezza dei contenuti contrattuali”, a tutela non solo del “contraente non predisponente”, ma anche “della corretta e sicura operatività del mercato”.

clienti che al mercato medesimo si rivolgono. In dottrina si è parlato, con espressione efficace, di “circolarità” fra gli obiettivi di tutela ⁽⁵⁹⁾.

È questa la *ratio* del neoformalismo: la tutela degli interessi particolari della persona dinnanzi alle potenziali insidie della contrattazione standardizzata che si traduce, in via mediata, nel soddisfacimento dell’interesse generale, particolarmente avvertito dal legislatore europeo, legato alla conformazione e al regolare funzionamento del mercato concorrenziale.

8. I “nuovi” vincoli di forma introdotti dalla legislazione speciale e di settore

Così delineate, nei loro tratti essenziali, le principali caratteristiche del neoformalismo e, segnatamente, le nuove funzioni assegnate al requisito formale nel contesto anzidetto, si rende ora opportuno ripercorrere i principali interventi mediante i quali il legislatore nazionale – per lo più sospinto da quello comunitario – ha introdotto nel nostro ordinamento nuovi vincoli di forma o, comunque, prescrizioni formalistiche in ambito contrattuale.

Sotto il primo profilo, numerose sono le leggi speciali e di settore che hanno stabilito il requisito della forma scritta sotto pena di nullità, in relazione a tipologie eterogenee di contratti.

Il requisito della forma scritta è imposto, anzitutto, dall’art. 117 D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (“Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”, “TUB”) in relazione ai contratti bancari; al requisito di forma

⁵⁹ L. DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche*, p. 229 ss., spec. p. 238, fa riferimento a “obiettivi multi-livello, reciprocamente integrantisi in una sorta di sinergica circolarità: dalla protezione del contraente (più) debole, alla correzione dei fallimenti del mercato, all’incentivazione del libero gioco della concorrenza e così, in un virtuoso ritorno, a tutela della effettiva libertà negoziale dei paciscenti”.

Cfr. A. TUCCI, *Profili del contratto nell’investimento finanziario*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, p. 347 ss., il quale evidenzia che dovrebbe ritenersi definitivamente superata una contrapposizione “manichea” tra la visione “paternalista”, di protezione del soggetto debole, e quella “liberista”.

scritta si aggiunge la previsione dell'obbligo per la banca di consegnare al cliente un esemplare del contratto ⁽⁶⁰⁾.

Identico vincolo di forma è previsto, sempre sotto pena di nullità, per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento *ex art.* 23 D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (“Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria”, “TUF”) che saranno oggetto dello specifico approfondimento del presente studio (v. *infra*, capitolo II). Anche in relazione ai contratti finanziari la norma prescrive, altresì, la consegna di un esemplare del contratto all'investitore ⁽⁶¹⁾. Particolari vincoli contenutistici del contratto sono previsti, come si vedrà *infra*, dalla disciplina regolamentare (cfr. regolamento Consob adottato con delibera n. 20307 del 15 febbraio 2018, “Regolamento Intermediari”, art. 37) ⁽⁶²⁾.

Proseguendo nell'elencazione degli interventi normativi di maggior rilievo, si rammenta che la forma scritta è prevista per i contratti di locazione di immobili ad uso abitativo ⁽⁶³⁾, ai sensi dell'art. 1 L. 9 dicembre 1998, n.

⁶⁰ Il requisito della forma scritta *ad substantiam* e l'obbligo di consegna di un esemplare del contratto erano stati introdotti, prima dell'emanazione del TUB, già dall'art. 3, comma 1, della L. 17 febbraio 1992, n. 154 (“Norme per la trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari”).

⁶¹ Prima dell'emanazione del TUF, gli obblighi di forma scritta e di consegna di una copia del contratto al cliente erano stati introdotti dall'art. 6 della L. 2 gennaio 1991, n. 1 (“Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari”).

⁶² È opportuno precisare che, a livello regolamentare, l'art. 37 del previgente regolamento Consob n. 16190/2007 (così come l'art. 30 del precedente regolamento n. 11522/1998) prevedeva l'obbligo di prestazione dei servizi di investimento “sulla base di un apposito contratto scritto” soltanto rispetto ai contratti con i clienti al dettaglio. A seguito delle novità introdotte dalla direttiva 2014/65/UE (MiFID II) e in attuazione del Regolamento (UE) 2017/565, il nuovo Regolamento Intermediari ha esteso in via generale l'obbligo di stipulazione per iscritto, rendendolo pertanto applicabile anche ai contratti con clienti professionali.

⁶³ M. BENINCASA, *Formalismo e contratto di locazione*, Milano, 2004; E. GABRIELLI - F. PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Padova, 2005.

431 (“Disciplina delle locazioni e del rilascio degli immobili adibiti ad uso abitativo”).

Altro requisito di forma a pena di nullità è stato previsto dal D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427 (“Attuazione della direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell’acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all’acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili”) in relazione al contratto di multiproprietà ⁽⁶⁴⁾; la relativa disciplina è poi confluita nel D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (“Codice del consumo”) ⁽⁶⁵⁾.

Il requisito della forma scritta era stato altresì contemplato dal D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 111 (“Attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti ‘tutto compreso’”) con riferimento ai contratti di vendita di pacchetti turistici ⁽⁶⁶⁾, ora disciplinati dal D. Lgs. 23 maggio 2011, n. 79 (“Codice del turismo”). A seguito delle recenti modifi-

⁶⁴ G. DE NOVA, *Sulla multiproprietà*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 5 ss.; V. CUFFARO (a cura di), *I contratti di multiproprietà*, Milano, 2003; M. TRIMARCHI, *La multiproprietà*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da M. Bessone, XXVI, *Il diritto privato dell’Unione europea*, Torino, 2006, p. 290 ss.

⁶⁵ Ai sensi dell’art. 72 cod. cons., “Il contratto deve essere redatto per iscritto, a pena di nullità, su carta o altro supporto durevole, nella lingua italiana e in una delle lingue dello Stato dell’Unione europea in cui il consumatore risiede oppure di cui è cittadino, a sua scelta, purché si tratti di una lingua ufficiale della Unione europea”. Al requisito della forma scritta si aggiunge così la prescrizione, *lato sensu* formalistica, relativa all’uso della lingua. Il precedente art. 71 cod. cons. individua gli obblighi informativi precontrattuali cui l’operatore è tenuto nei confronti del consumatore; le informazioni devono essere fornite “in maniera chiara e comprensibile” e sempre “su carta o altro supporto durevole facilmente accessibile al consumatore”. L’art. 72, comma 4, cod. cons. dispone che “Le informazioni di cui all’articolo 71, comma 1, costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto e non possono essere modificate salvo qualora vi sia l’accordo esplicito delle parti oppure qualora le modifiche siano causate da circostanze eccezionali e imprevedibili, indipendenti dalla volontà dell’operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate neanche con la dovuta diligenza. Tali modifiche, indicate espressamente nel contratto, sono comunicate al consumatore su carta o altro supporto durevole a lui facilmente accessibile, prima della conclusione del contratto”. Infine, l’art. 72, comma 7 cod. cons. specifica che “Il consumatore riceve una copia o più copie del contratto all’atto della sua conclusione”.

⁶⁶ Si veda, per tutti, V. ROPPO, *I contratti del turismo organizzato*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999.

che apportate al Codice del turismo ad opera del D. Lgs. 21 maggio 2018, n. 62, è ammessa eccezione al requisito della forma scritta del contratto, ferma restando la consegna al cliente di copia o conferma del contratto su un supporto durevole ⁽⁶⁷⁾.

In relazione ai contratti di subfornitura ⁽⁶⁸⁾, poi, l'art. 2 L. 18 giugno 1998, n. 192 (“Disciplina della subfornitura nelle attività produttive”) prevede sia la forma scritta a pena di nullità ⁽⁶⁹⁾, sia prescrizioni di chiarezza del testo contrattuale e di forma-contenuto ⁽⁷⁰⁾.

⁶⁷ Il Codice del Turismo prevede, altresì, una dettagliata disciplina in materia di informazioni precontrattuali, da fornirsi al consumatore anche mediante la consegna di un modulo informativo *standard* (art. 34 cod. tur.), alcune delle quali vanno a costituire parte integrante del contratto di pacchetto turistico (art. 35 cod. tur.), nonché prescrizioni in tema di semplicità e chiarezza del linguaggio (art. 36, comma 1, cod. tur.) e requisiti di forma-contenuto (art. 36, comma 5, cod. tur.).

⁶⁸ G. DE NOVA (a cura di), *La subfornitura*, Milano, 1998; G. ALPA - A. CLARIZIA (a cura di), *La subfornitura. Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, Milano, 1999; G. GITTI, *Gli accordi interprofessionali “in deroga” alla disciplina legale del contratto di subfornitura*, in *Contratti*, 1999, p. 300 ss.; N. LIPARI, (a cura di), *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Nuove leggi civ.*, 2000, p. 365 ss.; M.R. MAUGERI, *La subfornitura*, in G. Gitti, M.R. Maugeri, M. Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, I, Bologna, 2012, p. 207 ss.; ID., *Subfornitura (Diritto civile)*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Milano, 2015, pp. 775-795.

⁶⁹ La norma in esame precisa che “Costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica” (comma 1), e che “Nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge e ad esso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione dell'articolo 1341 del codice civile” (comma 2). Il comma 3 puntualizza che “Nel caso di contratti a esecuzione continuata o periodica, anche gli ordinativi relativi alle singole forniture devono essere comunicati dal committente al fornitore in una delle forme previste al comma 1 e anche ad essi si applica quanto disposto dallo stesso comma 1”.

⁷⁰ Sotto il primo profilo, la norma *de qua* stabilisce che “Il prezzo dei beni o servizi oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile in modo chiaro e preciso, tale da non generare incertezze nell'interpretazione dell'entità delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto” (comma 4). I vincoli contenutistici del contratto sono previsti dal successivo comma 5.

La redazione per iscritto a pena di nullità è altresì imposta dall'art. 3, comma 1, L. 6 maggio 2004, n. 129 (“Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale”) per il contratto di *franchising* ⁽⁷¹⁾, in relazione al quale è altresì prevista la previa consegna all'aspirante affiliato, da parte dell'affiliante, di copia completa del contratto da sottoscrivere, corredato degli allegati espressamente contemplati dalla legge stessa (art. 4, comma 1).

9. I formalismi eterogenei nel diritto europeo dei contratti

La varietà, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, dei vincoli imposti dal neoformalismo, manifestatosi mediante l'evoluzione normativa sopra delineata, potrebbe indurre a fraintendimenti in ordine alla natura delle prescrizioni recate dalla legislazione *de qua*, sicché preme sgombrare il campo da qualsivoglia ambiguità concettuale.

Anzitutto, come rileva attenta dottrina ⁽⁷²⁾, si rende necessario operare una fondamentale distinzione tra forma informativa ⁽⁷³⁾ (“*ad informationem*”), costituita dai vincoli formali in senso stretto previsti – nei contratti asimmetrici – a tutela del contraente debole, che integrano un requisito di validità del contratto, e forma-modulo (*textform*) ⁽⁷⁴⁾, costituita dagli ulteriori e diversi obblighi di informazione, attuati mediante la consegna di moduli *standard*,

⁷¹ G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *Contratti*, 2004, p. 761 ss.; G. COLANGELO, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, in *Corr. giur.*, 2004, p. 851 ss.; G. CIAN, *La nuova legge sull'affiliazione commerciale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2004, p. 1153 ss.; G. D'AMICO, *Il procedimento di formazione del contratto di franchising secondo l'art. 4 l. 129/2004*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 769 ss.

⁷² E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 88 ss.

⁷³ Al riguardo si veda B. PASA, *Forma informativa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. V, Torino, 2010, p. 651 ss.

⁷⁴ Il termine “*textform*” compare nel §126b del BGB con riferimento ai documenti informativi – di natura non contrattuale – forniti su supporto scritto o altro idoneo strumento duraturo.

il cui eventuale inadempimento non inficia la validità del contratto, limitando i propri effetti nell'ambito della responsabilità precontrattuale.

Rispetto alle semplici *textform*, non si pone alcun tema di imputabilità soggettiva, non ravvisandosi alcuna esigenza di sottoscrizione da parte né del contraente debole, né del contraente forte, stante la natura non contrattuale del modulo. In considerazione di ciò, sembra potersi affermare che la *textform* non è forma in senso stretto; *rectius*, essa nulla ha a che fare con la forma del contratto (75).

Viceversa, i precetti di forma *ad informationem*, seppur anch'essi caratterizzati dalla *ratio* di limitazione dell'asimmetria informativa tra contraente forte e contraente debole, costituiscono veri e propri requisiti formali; sicché, come si vedrà approfonditamente *infra*, il tema delle sottoscrizioni – e, segnatamente, della necessità o meno di una sottoscrizione da parte del contraente “forte” – pone complesse e delicate questioni interpretative.

Così delineata la bipartizione concettuale tra requisiti formali *ad informationem* e semplici forme-modulo, si rileva che è nella prima categoria che si collocano le prescrizioni di forma scritta riguardanti i contratti bancari (art. 117 TUB) e finanziari (art. 23 TUF), nonché tutti gli obblighi informativi previsti dalla normativa speciale che si inseriscono nella forma del contratto andando a costituire, per espressa previsione del legislatore, “parte integrante” del contratto stesso: così, le informazioni di cui all'art. 71, comma 1, cod. cons. in relazione ai contratti di multiproprietà (*ex* art. 71, comma 4, cod. cons.), nonché alcune delle informazioni da fornire agli acquirenti di pacchetti turistici (*ex* art. 35, cod. tur.).

⁷⁵ S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit.; B. PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo*, cit., p. 251 ss.

Sono invece mere forme-modulo quelle riguardanti i contratti negoziati fuori dei locali commerciali (art. 50, comma 2, cod. cons.), i contratti a distanza (art. 51 cod. cons.) e la commercializzazione a distanza di servizi finanziari (art. 67 *bis* ss. cod. cons.).

L'eterogeneità dei nuovi formalismi si manifesta anche mediante prescrizioni conformative del testo contrattuale e, financo, delle modalità linguistiche della sua espressione.

Sotto il primo profilo, il riferimento corre alle disposizioni che richiedono l'utilizzo di formule predeterminate dalla legge, quale quella prevista dall'art. 118 TUB ai fini dell'efficacia della modifica unilaterale delle condizioni contrattuali ⁽⁷⁶⁾.

Quanto al secondo profilo, ci si riferisce alle disposizioni che – in deroga alla generale facoltà di utilizzare, nel testo del contratto, qualsiasi lingua prescelta dalle parti – impongono l'utilizzo della lingua italiana o di altra lingua dell'Unione Europea, tutelando così l'interesse all'effettiva comprensibilità delle condizioni contrattuali, nel contesto di un'offerta di beni e servizi che non conosce più barriere né confini ⁽⁷⁷⁾.

Tra le prescrizioni *lato sensu* “formalistiche”, vi è poi quella riguardante la consegna al cliente di una copia del contratto, prevista da numerose di-

⁷⁶ Il secondo comma della norma in esame dispone: “Qualunque modifica unilaterale delle condizioni contrattuali deve essere comunicata espressamente al cliente secondo modalità contenenti in modo evidenziato la formula: ‘Proposta di modifica unilaterale del contratto’ [...]”. Ai sensi del terzo comma, “Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci, se sfavorevoli per il cliente”.

⁷⁷ L'onere *de quo* è imposto, ad esempio, in relazione al contratto di multiproprietà, che deve essere redatto “nella lingua italiana e in una delle lingue dello Stato dell'Unione europea in cui il consumatore risiede oppure di cui è cittadino, a sua scelta, purché si tratti di una lingua ufficiale della Unione europea” (art. 72, comma 1, cod. cons.). Analogamente, l'utilizzo della lingua italiana è prescritto per il testo della garanzia convenzionale nella vendita di beni di consumo (art. 133, comma 4, cod. cons.).

sposizioni nel panorama della legislazione a tutela del contraente debole ⁽⁷⁸⁾. Tale obbligo, posto a carico della controparte professionale, mira a rafforzare la tutela del cliente sotto il profilo della diminuzione dell'asimmetria informativa, garantendo la disponibilità di un supporto materiale che consenta al cliente medesimo di entrare in possesso delle informazioni nella fase precontrattuale, e di verificare il contenuto dei reciproci diritti e obblighi nel successivo corso del rapporto ⁽⁷⁹⁾.

Preme evidenziare che l'assolvimento o meno dell'obbligo di consegna di copia del contratto non interferisce nel procedimento di formazione del vincolo, né sotto il profilo della struttura contrattuale. La consegna materiale del documento deve qualificarsi quale semplice obbligazione di *facere*, da intendersi come specificazione del generale obbligo di buona fede *ex artt.* 1337 e 1375 c.c., che integra *ex lege* il contenuto del contratto e che viene adempiuta in una fase successiva alla conclusione del contratto stesso. Di conseguenza, pare ragionevole concludere che “il dovere di consegnare una copia del contratto ha poco a che vedere con la forma” ⁽⁸⁰⁾.

La qualificazione giuridica di quest'obbligo influisce in maniera rilevante sulla portata delle conseguenze della sua violazione. In virtù della tesi

⁷⁸ In particolare, tale obbligo è previsto in relazione ai contratti bancari (art. 117 TUB), finanziari (art. 23 TUF), di multiproprietà (art. 72, comma 7, cod. cons.), turistici (art. 36 cod. tur.), negoziati fuori dai contratti commerciali (art. 50, comma 2, cod. cons.), a distanza (art. 51 cod. cons.) e di *franchising* (art. 4, L. 6 maggio 2004, n. 129).

Taluni interpreti hanno ritenuto che l'utilizzo, nel testo dell'art. 23 TUF e dell'art. 117 TUB, del termine “esemplare” (e non “copia”) costituirebbe indice della necessaria redazione del testo del contratto in duplice originale (così S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 296).

⁷⁹ Cfr. U. BRECCIA, *La forma*, cit., p. 692, secondo cui “l'esemplare o copia del contratto è preso in considerazione nella sua consistenza materiale: quale oggetto, a sua volta, di un comportamento vincolato nella fase di esecuzione”.

⁸⁰ Così F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, cit., p. 877.

interpretativa qui accolta, la consegna di copia del contratto, non rilevando dal punto di vista strutturale, si configura quale regola di condotta, e non di validità ⁽⁸¹⁾; con la conseguenza che sono di norma configurabili, in capo alla parte tutelata, i soli rimedi tipici dell'inadempimento, e – segnatamente – la richiesta di adempimento in forma specifica e il risarcimento del danno eventualmente subito ⁽⁸²⁾.

Altra parte della dottrina ritiene invece che la mancata consegna determini l'invalidità del contratto, con conseguente possibilità per la parte debole di far valere la nullità di protezione posta nel suo interesse ⁽⁸³⁾; e ciò, in particolare, nei casi in cui la normativa fa riferimento non a una “copia”, ma a un “esemplare” del contratto (ad esempio, l'art. 117 TUB e l'art. 23 TUF), così fornendo un'indicazione testuale che lascerebbe intendere la necessaria formazione di due originali ⁽⁸⁴⁾.

⁸¹ Sulla distinzione tra regole di condotta e regole di validità, cfr. Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, I, 779, su cui ci si soffermerà *amplius* nel prosieguo.

⁸² In senso conforme F. VENOSTA, op. ult. cit., p. 877; G. ALPA, *Commento all'art. 23*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, I, Padova, 1989, p. 263 ss.; D. DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano 1998, p. 93 ss. Alcuni Autori ritengono che l'inadempimento dell'obbligo di consegna possa dar luogo anche alla risoluzione del contratto: così M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012, pp. 477-478; cautamente, anche F. VENOSTA, op. ult. cit., p. 877.

⁸³ A.A. DOLMETTA, *Strutture rimediali per la violazione di “obblighi di fattispecie” da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, in *Contratti*, 2008, p. 80 ss.; ID., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 102 s., secondo cui “confezione dello scritto contrattuale e consegna formano una sequenza unitaria”; nello stesso senso R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, cit., p. 110 ss.; U. MAJELLO, *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995, p. 616 ss.

⁸⁴ M. GIROLAMI, *Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanziari: i dubbi della Suprema Corte*, in *ilcaso.it*; V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MiFID*, in *Contratti*, 2008, p. 173 ss.

10. Forma del contratto e trasparenza

La disciplina di tutela del consumatore ⁽⁸⁵⁾, così come la normativa primaria e secondaria dei settori bancario, finanziario e assicurativo, ha introdotto un insieme di regole tese a garantire ai clienti un'informazione chiara, intelligibile ed esauriente, che favorisca la comprensione delle caratteristiche del bene o del servizio acquistato, dei costi e dei rischi correlati al medesimo, anche al fine di agevolare la possibilità di confronto con altre offerte reperibili sul mercato. La finalità perseguita da dette regole è comunemente ricondotta alla nozione di “trasparenza contrattuale” ⁽⁸⁶⁾.

Può infatti accadere che la documentazione elaborata dal contraente professionale, ancorché completa nei contenuti, risulti di difficile fruibilità, a causa della carenza di cognizioni specialistiche in capo al contraente debole, dell'uso di un linguaggio di non immediata comprensione, della quantità di informazioni fornite ⁽⁸⁷⁾.

⁸⁵ Cfr. art. 35, comma 1, cod. cons., ai sensi del quale “Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile”.

⁸⁶ Sul tema della trasparenza contrattuale, con particolare riferimento ai settori bancario e finanziario, G. ALPA, *La “trasparenza” dei contratti nei settori bancario, finanziario, assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, p. 409 ss.; ID., *Quando il segno diventa comando: la “trasparenza” dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 470 ss.; ID., *La trasparenza nelle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in *Vita Not.*, 2004, p. 663 ss.; E. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 102 ss.; V. FARINA, *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 842 ss.; E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 601 ss.; ID., *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, cit.; E. QUADRI, *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 1181 ss.; E. CAPOBIANCO - F. LONGOBUCCO, *La nuova disciplina sulla trasparenza nei contratti bancari e trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 1142 ss.; P. GAGGERO, *La trasparenza del contratto. Per un'analisi dei rapporti di intermediazione creditizia*, Milano, 2011; A. MIRONE, *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012; U. MORERA, *Sul concetto di “chiarezza” nei rapporti bancari*, in *Dir. banc. e merc. fin.*, 2012, p. 431 ss.; G. MUCCIARONE, *La trasparenza bancaria*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, V, Milano, 2014, p. 663 ss.

⁸⁷ Sul rischio di un'ipertrofia informativa, cfr. P. SCHLESINGER, *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, p. 724 ss.; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli inter-*

I doveri di trasparenza non devono essere confusi con i doveri di informazione. L'informazione si sostanzia nel trasferimento di dati dalla parte qualificata, che ne detiene il dominio, alla parte debole del rapporto, che ne è priva; la trasparenza, intesa in senso proprio ⁽⁸⁸⁾, attiene alle modalità espressive attraverso le quali i dati sono trasferiti, che devono essere caratterizzate da chiarezza e comprensibilità, al fine di consentire alla parte tutelata la piena consapevolezza delle scelte effettuate.

La distinzione non è di poco momento. Se infatti, come si è visto, i doveri di informazione, talvolta veicolati tramite *textform*, possono in altri casi assurgere a veri e propri requisiti del contratto – ove sia configurabile una forma informativa prescritta dalla legge a pena di nullità –, i precetti di trasparenza dovrebbero ritenersi sempre estranei all'ambito formale, in quanto espressione di un dovere di condotta del soggetto professionale, la cui violazione non potrebbe comportare conseguenze invalidanti.

Rilevanti indicazioni a conferma dell'opinione espressa si rinvergono nella normativa primaria del settore bancario, e in particolare nel Titolo VI del TUB, dedicato alla disciplina della “*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*”. Nell'ambito di detta disciplina, i requisiti formali *ad informationem*, la cui violazione è sanzionata con la nullità, sono unicamente

mediari finanziari, Milano, 2004, p. 236, secondo cui “è notorio che il modo migliore per lasciare disinformato l'interlocutore è inondarlo di carte, con la certezza che, sommerso da un mucchio di cose tra cui sia difficile rintracciare le poche essenziali, l'interessato non riuscirà a districarsi”; e, da ultimo, L. DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, cit., p. 265 ss.: “nient'affatto trascurabile appare il rischio che la superfetazione delle informazioni talora si risolva in un pregiudizio, anziché nella tutela, della consapevolezza e della libertà negoziale del contraente debole: fiaccato, sviato, stornato (per non dire stordito!) dal diluvio di dati e informazioni pur minimali e di dettaglio sottopostegli dal professionista, il consumatore ben può perdere di vista l'essenza del regolamento negoziale, e proprio su questa formarsi un consenso non pienamente ed effettivamente consapevole”.

⁸⁸ Per le diverse accezioni del termine “trasparenza”, si veda G. ALPA, *La “trasparenza” dei contratti nei settori bancario, finanziario, assicurativo*, cit.

quelli previsti dall'art. 117 TUB; i precetti di chiarezza, imposti alla banca nella pubblicizzazione dei servizi e nella fase precontrattuale (cfr. artt. 116, 120 *octies*, 120 *novies* e 123 TUB) e riguardanti, in particolare, i costi e le condizioni economiche applicabili, restano invece estranei alla forma del contratto e alla relativa tutela invalidante.

A favore dell'interpretazione proposta depongono altresì le disposizioni in materia di trasparenza contenute nel TUF e nel Codice delle Assicurazioni; quest'ultimo testo normativo, in particolare, inserisce – significativamente – i precetti di chiarezza e trasparenza tra le “Regole di comportamento” dell'impresa di assicurazione (cfr. artt. 120 *bis*, 120 *ter*, 120 *quater*).

A livello regolamentare, la normativa del settore bancario e finanziario è completata dal Provvedimento della Banca d'Italia del 9 febbraio 2011, che integra il Provvedimento del 29 luglio 2009, in materia di “*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti*” (89).

⁸⁹ Il Provvedimento della Banca d'Italia è applicabile “a tutte le operazioni e a tutti i servizi disciplinati ai sensi del titolo VI del [TUB] aventi natura bancaria e finanziaria offerti dagli intermediari, anche al di fuori delle dipendenze (‘fuori sede’) o mediante ‘tecniche di comunicazione a distanza’ ... Secondo quanto previsto dall'articolo 23, comma 4, del TUF, le disposizioni non si applicano ai servizi e alle attività di investimento né al collocamento di prodotti finanziari e alle operazioni e servizi che siano componenti di prodotti finanziari, sottoposti alla disciplina della trasparenza prevista dal medesimo TUF, salvo che si tratti di operazioni di credito ai consumatori disciplinate ai sensi del titolo VI, capo II, del TUB” (1.1).

“Le informazioni previste ai sensi delle presenti disposizioni sono rese alla clientela in modo corretto, chiaro ed esauriente nonché adeguato alla forma di comunicazione utilizzata e alle caratteristiche dei servizi e della clientela” (1.2).

“I documenti informativi disciplinati dal presente provvedimento sono redatti, almeno in lingua italiana, secondo criteri e presentati con modalità che garantiscano la correttezza, la completezza e la comprensibilità delle informazioni, così da consentire al cliente di capire le caratteristiche e i costi del servizio, confrontare con facilità i prodotti, adottare decisioni ponderate e consapevoli. A tal fine, gli intermediari prestano attenzione ai seguenti profili:

- criteri di impaginazione che assicurano elevati livelli di leggibilità;
- struttura dei documenti idonea a presentare le informazioni in un ordine logico e di priorità che assecondi le necessità informative del cliente e faciliti la comprensione e il confronto delle caratteristiche dei prodotti;

Il quadro normativo a livello primario e secondario non fa che confermare l'essenza stessa delle prescrizioni di trasparenza, chiarezza e comprensibilità, quali regole di condotta imposte al soggetto professionale; regole che, in quanto tali, non attengono direttamente al contratto e non possono pertanto condizionarne la validità ⁽⁹⁰⁾. In tale prospettiva, la violazione dei precetti in discorso rileva solo ai fini di una possibile responsabilità del soggetto inadempiente ⁽⁹¹⁾.

L'approdo interpretativo che qui si propone non è, tuttavia, pacifico in dottrina. Non mancano infatti tesi che arrivano a considerare le regole di trasparenza – intesa nell'accezione “propria” e tecnica del termine – alla stregua di veri e propri requisiti formali, la cui mancanza, insufficienza o inidoneità può dar luogo alla sanzione di nullità del contratto ⁽⁹²⁾.

- semplicità sintattica e chiarezza lessicale calibrate sul livello di alfabetizzazione finanziaria della clientela cui il prodotto è destinato, anche in relazione alle caratteristiche di quest'ultimo. I termini tecnici più importanti e ricorrenti, le sigle e le abbreviazioni sono spiegati, con un linguaggio preciso e semplice, in un glossario o in una legenda;

- coerenza tra presentazione delle informazioni e canale comunicativo, che tenga conto di criticità e vantaggi dei diversi canali” (1.3).

⁹⁰ Cfr. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 8 ss., il quale nega che le regole di comportamento (e, segnatamente, la clausola generale di buona fede) “possano decidere dell'esistenza di un rapporto obbligatorio”. In senso conforme G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1997.

⁹¹ Cfr. Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, cit.

⁹² Così E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, cit., p. 98, secondo cui “Una volta che sia stata accolta una nozione di forma ampia, inclusiva delle modalità espressive e degli interventi conformativi della dichiarazione negoziale, l'atto dovrebbe considerarsi nullo in tutto o in parte, per difetto di un requisito formale essenziale, alla stregua della nullità virtuale”. Cfr. inoltre E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 111 ss., secondo cui “Precetto formale, formalismo e trasparenza nella dichiarazione negoziale scritta – estrinsecandosi nell'obbligo di chiarezza, comprensibilità e completezza informativa – non possono essere disgiunti”. Muovendo da tale assunto, l'Autore ritiene che le regole in tema di trasparenza entrino “a far parte della struttura con la forma informativa e non [siano] più mere regole di condotta attuative della buona fede”.

Tale soluzione non pare condivisibile, in quanto porta a “trasfigurare” in regole di validità precetti che attengono non già alla forma del contratto, bensì alle modalità di instaurazione e svolgimento del rapporto ⁽⁹³⁾.

L’apertura alla sanzione della nullità per violazione dei doveri di trasparenza si porrebbe, poi, in contrasto con l’esigenza di certezza del diritto. Se si considera l’ampiezza di concetti quali “trasparenza”, “chiarezza” e “comprensibilità”, a loro volta declinati in una pluralità di ulteriori requisiti dalla normativa secondaria, ne deriverebbe l’assoluta indeterminatezza del concetto di “forma” e la difficoltà di stabilire, caso per caso, se il requisito formale risulti integrato o meno. In questa situazione, la sopravvivenza del vincolo contrattuale sarebbe in ultima analisi rimessa all’apprezzamento del giudice, con conseguenti e non irrilevanti profili di incertezza legati ai relativi margini di discrezionalità.

Non sorprende, dunque, che la prevalente giurisprudenza di merito pronunciatisi sulla questione abbia – correttamente – escluso la nullità del contratto in ipotesi di violazione di precetti di trasparenza ⁽⁹⁴⁾.

⁹³ In senso contrario all’inquadramento delle prescrizioni di trasparenza tra i requisiti formali del contratto, S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 19 ss. Cfr. F. DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell’ultimo decennio*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 465 ss.

⁹⁴ Di particolare interesse la pronuncia di Trib. Bologna, 9 gennaio 2018, n. 34, in *De Jure*, secondo cui “Il legislatore ha ritenuto di comminare espressamente la nullità del contratto o delle singole clausole nei soli casi di non corretta indicazione del TAEG (indice di costo nel finanziamento al consumo) ma non anche nei casi di violazione dell’ISC (Indicatore Sintetico di Calcolo), la cui non corretta indicazione può integrare, al più, una violazione della normativa in tema di trasparenza e quindi dare luogo ad una violazione del criterio di buona fede nella predisposizione e nell’esecuzione del contratto ... comportante una mera obbligazione risarcitoria a titolo di responsabilità precontrattuale”. Cfr. inoltre, Trib. Siena, 22 maggio 2019, n. 554, in *De Jure*; Trib. Monza, 2 maggio 2019, n. 1004, *ivi*; Trib. Torino, 14 novembre 2018, n. 5233, *ivi*.

11. La forma nei progetti di armonizzazione del diritto contrattuale

In controtendenza, rispetto al dilagante formalismo di origine comunitaria, si pongono i processi di armonizzazione del diritto dei contratti elaborati in ambito internazionale ed europeo.

Da sempre la *lex mercatoria* ⁽⁹⁵⁾ – costituita dall'insieme di norme, di fonte per lo più consuetudinaria, volto a disciplinare i rapporti commerciali internazionali – si sottrae ai vincoli formali, reputati limitativi della speditezza dei traffici.

Nel solco di tale consolidata tradizione, i *Principles of International Commercial Contracts*, elaborati dall'Unidroit ⁽⁹⁶⁾, contengono una vera e propria codificazione del principio di libertà delle forme ⁽⁹⁷⁾.

Nell'ambito dei progetti di armonizzazione del diritto europeo dei contratti, analoga tendenza liberale si rinviene nei *Principles of European Contract Law* ⁽⁹⁸⁾ predisposti dalla Commissione Lando: anch'essi contemplano piena libertà in ordine alla conclusione e alla prova del contratto ⁽⁹⁹⁾.

⁹⁵ M.J. BONELL, *Lex mercatoria*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IX, Torino, 1993, p. 11 ss.; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, V, Milano, 2001, p. 721 ss.

⁹⁶ G. DE NOVA, *I principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p. 5 ss.; F. MARRELLA, *Lex mercatoria e principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 73 ss.; ID., *La nuova lex mercatoria. Principi Unidroit ed usi nei contratti del commercio internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XXX, Padova, 2003; M.J. BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 599 ss.

⁹⁷ L'art. 1.2 delle Disposizioni generali prevede che “nessuna disposizione di questi Principi richiede che un contratto, dichiarazione o qualunque altro atto sia fatto o provato in una forma particolare. Esso può essere provato con qualunque mezzo, inclusi i testimoni”. Ai sensi del successivo art. 3.2, “un contratto è concluso, modificato o sciolto con il semplice accordo delle parti, senza bisogno di ulteriori requisiti”, con l'esclusione, dunque, di qualsivoglia requisito formale *ad substantiam*.

⁹⁸ O. LANDO, *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, p. 573 ss.; C. CASTRONOVO, *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 21 ss.; G. ALPA, *La seconda*

La libertà di forma è altresì codificata, come regola generale, nei *Principles of the Existing EC Contract Law*, redatti dall'*Acquis Group* ⁽¹⁰⁰⁾, e nel *Draft Common Frame of Reference* ⁽¹⁰¹⁾.

L'opposto orientamento che si registra nei principi Unidroit e nei progetti di armonizzazione del diritto europeo dei contratti, da un lato, e nella legislazione di fonte comunitaria, dall'altro lato, non deve destare stupore. Come si è già avuto modo di evidenziare, la tendenza formalista che caratterizza la legislazione predetta – con i relativi costi transattivi – si giustifica in considerazione della nuova funzione assegnata al requisito di forma del contratto, a tutela del contraente debole nei rapporti asimmetrici e, indirettamente, del corretto funzionamento del mercato concorrenziale.

I suindicati progetti e strumenti di *soft law*, invece, presuppongono una concezione classica di contratto, quale strumento per lo scambio economico tra pari; essi mirano, perciò, alla ricerca di norme uniformi che favori-

versione dei *Principles of European Contract Law*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 121 ss.; M.J. BONELL, *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, cit.

⁹⁹ In base all'art. 2:101 dei PECL, “né la conclusione, né la prova del contratto necessita della forma scritta o di altro requisito di forma. La prova del contratto può essere data con qualsiasi mezzo, compresa la testimonianza”.

¹⁰⁰ L'art. 1:304 dei Principi *Acquis* dispone che “se non è disposto diversamente, nel traffico giuridico non si rende necessaria l'adozione di forme particolari”.
Cfr. M.V. DE GIORGI, *Principi Acquis ed altro*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 649 ss.; C. CASTRONOVO, *Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 275 ss.

¹⁰¹ In base all'art. II-1.106 del DCFR, “*A contract or other juridical act need not to be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form*”.
Cfr. S. VOGENAUER, *Common Frame of Reference and Unidroit Principles of International Commercial Contracts: coexistence, competition, or overkill of soft law?*, in *European Review of Contract Law*, 2010, p. 143 ss.; C. CASTRONOVO, *Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, cit.; ID., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla Proposta di regolamento di un diritto comune europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 837 ss.

scano i traffici economici internazionali, là dove la speditezza è esigenza primaria e il vincolo di forma inesorabile ostacolo alla libertà negoziale.

12. Il contratto asimmetrico quale efficace categoria descrittiva

Alla luce delle considerazioni svolte ai paragrafi che precedono, è evidente la *ratio* essenziale e primaria dei precetti neoformalistici: ridurre il divario e correggere le disparità di forza negoziale tra contraente forte e contraente debole, con particolare riferimento alle asimmetrie informative ⁽¹⁰²⁾. La peculiarità dei “nuovi” vincoli di forma – e, come vedremo, del rimedio della nullità protettiva spesso associato alle relative violazioni – dovrà pertanto essere analizzata sotto la lente della precisa funzione cui tende la normativa speciale e di settore.

Al fine di garantire la piena coerenza metodologica dell’indagine giuridica che ci si accinge a condurre, non si può peraltro non considerare come le forme e le nullità protettive, ancorché lette alla luce della loro specifica funzione, siano figure la cui fisionomia è in parte divergente dalla disciplina generale del contratto di cui al codice civile. Per contro, detta fisionomia appare come costante e caratterizzante nella disciplina di un numero crescente di contratti in cui vi è asimmetria informativa e di potere negoziale.

¹⁰² Sull’asimmetria informativa e i doveri di informazione in ambito contrattuale si vedano G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, cit.; S. GRUNDMANN, *L’autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 257 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; V. ROPPO, *L’informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747 ss.; L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all’informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 349 ss.; A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 575 ss.; R. ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007, II, p. 391 ss.; P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 641 ss.

Ecco allora che, anche ai fini del presente studio, quella del “contratto asimmetrico”⁽¹⁰³⁾ può risultare una categoria di una certa utilità, se non altro sul piano descrittivo⁽¹⁰⁴⁾.

Il paradigma del contratto asimmetrico costituisce “un modello di contratto governato da un insieme di regole che diverge in modo significativo dalla disciplina del contratto ‘in genere’ consegnataci dagli artt. 1321 e segg. cod. civ., e che possiamo chiamare ‘contratto di diritto comune’”⁽¹⁰⁵⁾.

La caratteristica funzione “informativa” assegnata al requisito formale e la legittimazione relativa all’azione di nullità sono tipiche manifestazioni di tale divergenza dalla prospettiva codicistica. Altra evidente dissonanza rispetto al modello classico è costituita, ad esempio, dallo *ius poenitendi* largamente riconosciuto nell’ambito dei contratti con i consumatori, che si pone in contrasto con uno dei cardini del contratto di diritto comune, vale a dire l’irretrattabilità del consenso. Tali significative deroghe rispetto alla disciplina di cui al codice civile, in cui il contratto è essenzialmente estrinsecazione del potere dei privati di regolare in autonomia i propri interessi, si giustifi-

¹⁰³ Si vedano al riguardo V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005; *ivi*, segnatamente, i contributi *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore e contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, p. 65 ss. e *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, p. 91 ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.; ID., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 304 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 663 ss.; A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 515 ss.

¹⁰⁴ In senso concorde E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 57 ss.; L. DI BONA, *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, cit., p. 238.

¹⁰⁵ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 103.

cano in ragione dello stato di fisiologica debolezza in cui versa la parte tutelata (106).

In questa prospettiva, il modello del contratto asimmetrico, pur inidoneo a integrare un sotto-sistema impermeabile rispetto alla categoria unitaria del contratto, assume un'indubbia valenza classificatoria e ordinante delle norme positive comunque derogatorie della disciplina generale. Al contempo, essendo in grado di contenere in sé tutte le diverse “nuove” declinazioni di contratto – quello con i consumatori, gli utenti e i clienti in genere, e quello tra imprenditori di diseguale forza economica –, il modello *de quo* si pone quale argine a ulteriori suddivisioni concettuali in termini di “primo”, “secondo” e “terzo” contratto (107).

Il valore aggregante del paradigma del contratto con asimmetria informativa e di forza negoziale dovrebbe condurre, in particolare, al definitivo superamento della concezione, ancora invalsa in dottrina, del “contratto dei consumatori” quale autonoma sotto-categoria di contratto. Ciò in quanto la medesima *ratio* protettiva, ispiratrice dell'innovativa disciplina di tutela stratificatasi nel tempo, interessa non soltanto la posizione del consumatore nei confronti del professionista, ma anche quelle del cliente nei confronti

¹⁰⁶ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., p. 139 ss., considera “fisiologiche” “le asimmetrie di potere contrattuale risultanti – in termini non individualizzati, bensì standardizzati per intere classi di contraenti – dalle obiettive posizioni di mercato occupate dall'una e dall'altra parte del contratto”, e, viceversa, “patologiche le asimmetrie di potere contrattuale (o, se si preferisce, le menomazioni della libertà negoziale) determinate da fattori che esplicano la loro rilevanza nel momento in cui incidono sulla sfera soggettiva del contraente ... come i vizi della volontà ... o gli stati di pericolo o bisogno”.

¹⁰⁷ Intendendosi per “primo contratto” quello compiutamente negoziato tra pari; per “secondo contratto” il contratto con i consumatori (c.d. “B2C”, *Business to Consumer*); e per “terzo contratto” quello stipulato tra un imprenditore c.d. forte e un imprenditore in posizione di debolezza rispetto al primo (c.d. “B2B”, *Business to Business*), e perciò comunque connotato da un'asimmetria di potere economico e contrattuale. Sul tema, si veda la raccolta di saggi in G. GITTI - G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008.

della banca, dell'investitore nei confronti dell'intermediario, dell'imprenditore debole nei confronti dell'imprenditore forte e financo del professionista nei confronti di “grandi” clienti ⁽¹⁰⁸⁾. Se allora un nuovo insieme deve essere concepito, esso non potrà che abbracciare tutte le manifestazioni della disparità di forza negoziale che caratterizzano l'attuale contesto socio-economico ⁽¹⁰⁹⁾.

In conclusione, pur dovendo rifuggire, a prudente avviso dello scrivente, dalla frammentarietà che un ricorso eccessivo a nuove categorie concettuali inevitabilmente comporta – e, segnatamente, dalla creazione di un pluriverso di innumerevoli contratti, insuscettibile d'essere ricondotto a unità –, la categoria del contratto asimmetrico pare utile, quanto meno a fini descrittivi (anche nell'ambito del presente lavoro), a ricomprendere e aggregare le singole figure, peculiari rispetto alla disciplina del contratto di diritto comune, introdotte dalla legislazione nuova.

¹⁰⁸ Ci si riferisce, in particolare, alla disciplina dell'equo compenso e delle clausole vessatorie introdotta all'art. 13 *bis* della nuova legge professionale forense (L. 31 dicembre 2012, n. 247), applicabile ai “rapporti professionali regolati da convenzioni aventi ad oggetto lo svolgimento, anche in forma associata o societaria, [di attività] in favore di imprese bancarie e assicurative, nonché di imprese non rientranti nelle categorie delle microimprese o delle piccole o medie imprese ... con riferimento ai casi in cui le convenzioni sono unilateralmente predisposte dalle predette imprese”.

Sul tema, si vedano F. TOSCHI VESPASIANI, *La “giusta Mercedes”: il compenso dell'avvocato ai tempi della liquidità delle professioni*, in *Studium iuris*, 2018, p. 187 ss.; A. NICCOLI, *La disciplina dell'equo compenso e delle clausole vessatorie a tutela del professionista (contraente debole)*, in *Gazz. forense*, 2018, p. 17 ss.; P.P. FERRARO, *Professioni intellettuali e abuso di dipendenza economica*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 218 ss.; R. BOLOGNESI, *Proporzionalità e ragionevolezza nella pattuizione del compenso dell'avvocato e nell'evoluzione delle norme di legge e deontologiche: dalle tariffe forensi alle “tariffe di mercato”*, in *judicium.it*.

¹⁰⁹ Cfr. V. ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, p. 29, secondo cui “un regime giuridico che vale per i consumatori, non si vede perché non dovrebbe valere allo stesso modo per altre figure – anche imprenditoriali – analogamente vittime di asimmetrie informative o di altri fattori di fallimento del mercato”.

13. La forma di protezione

Nel presente capitolo, si è cercato di porre in luce la parabola evolutiva della forma del contratto: da mero *vestmentum* della dichiarazione negoziale a requisito complesso ⁽¹¹⁰⁾, finalizzato a veicolare informazioni in favore del contraente debole, perseguendo l'esigenza di adeguata protezione di quest'ultimo e, di riflesso, di tutela del mercato concorrenziale.

Detta evoluzione deve essere rettamente intesa. L'interprete non si trova dinnanzi a un requisito alieno a quello previsto dal codice civile. Così come i c.d. contratti asimmetrici non sono una categoria avulsa dal contratto di diritto comune e dalle regole che lo governano, ma presentano peculiarità comuni che giustificano deroghe alla disciplina generale, le “forme di protezione” sono intrinsecamente, essenzialmente forma; una forma caratterizzata, tuttavia, da funzioni nuove e in parte diverse, volte a riequilibrare l'asimmetria informativa tra i contraenti ⁽¹¹¹⁾.

¹¹⁰ Come rileva U. BRECCIA, *La forma*, cit., p. 481, “il passaggio dalla forma-manifestazione alle formalità quali comportamenti prefissati, riassumibili nell'ampia nozione del ‘documentare’, comporta per forza di cose un mutamento del piano di osservazione: che, nel primo caso, è assorbito quasi per intero da un accertamento generale in termini strutturali, ma che, nel secondo, verte necessariamente sulla molteplicità e, con quella, sull'eterogeneità dei vincoli imposti, ossia sulla razionale probabilità che talune peculiarità strutturali non possano prescindere da un confronto con il vario atteggiarsi degli effetti giuridici e dunque con le finalità di volta in volta perseguite dalla legge”.

¹¹¹ Sull'analisi funzionale della forma si veda, per tutti, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., ove si sono per la prima volta poste in luce – nella prospettiva assiologica che connota il pensiero dell'Autore – le nuove finalità dei vincoli di forma e la loro incidenza sulla disciplina formale stessa.

Più di recente, E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 123, giunge sino a riconoscere alla “forma informativa del contratto asimmetrico” natura “autonoma e speciale rispetto alla tradizionale forma *ad substantiam* del contratto in generale del codice civile” in quanto “caratterizzata dai seguenti tratti distintivi: redazione per iscritto e predisposizione unilaterale del documento contrattuale da parte del contraente forte; contenuto informativo minimo del contratto conformato al modello legale; completezza, autosufficienza e omnicomprensività del regolamento contrattuale; trasparenza contrattuale comprensiva dei corollari di chiarezza, comprensibilità e leggibilità; *traditio* del documento contrattuale predisposto al contraente debole aderente”.

In un'ottica funzionale, le forme protettive rendono perciò, a loro volta, legittime talune divergenze rispetto alle regole ordinarie. La più evidente è prevista dalla stessa normativa speciale e di settore, che ha segnato il passaggio dalla sanzione della nullità assoluta, che da sempre presidia la violazione dei requisiti formali, alla nullità relativa a vantaggio della parte tutelata. La specifica *ratio* delle forme di protezione è stata inoltre valorizzata dall'interpretazione evolutiva della giurisprudenza, sino a ritenere non indispensabile la sottoscrizione del contraente forte ai fini della validità del contratto, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo.

Il tema della forma arriva ad assumere, nell'ambito della contrattazione asimmetrica, un ruolo di primo piano, sino a interferire con gli altri elementi essenziali del contratto. Ciò, anzitutto, con riferimento alla formazione dell'accordo, laddove scompare ogni trattativa, lasciando la fase precontrattuale unicamente incentrata sull'assolvimento degli obblighi informativi, da trasporli per iscritto nel documento contrattuale. La forma giunge, poi, sino a confondere i propri confini con quelli dell'oggetto, allorché le prescrizioni di forma-contenuto impongono la necessaria formalizzazione di determinati aspetti del regolamento contrattuale.

La nuova "centralità" dell'elemento formale si configura quale imprescindibile chiave di lettura di un fenomeno di ampia portata, che interessa tutta la vastissima area dei rapporti caratterizzati da asimmetria di potere contrattuale. In tale contesto, lo studio della "forma di protezione" trova spazio tra le maggiori questioni interpretative e applicative sollevate dal moderno diritto dei contratti; ed è proprio la contrattazione del settore bancario e finanziario, che ci si accinge a investigare *funditus*, ad imporre la risoluzione dei problemi più complessi, offrendo l'opportunità per un ripensamento delle classiche categorie concettuali di riferimento.

CAPITOLO II

LA FORMA DI PROTEZIONE

NEI CONTRATTI BANCARI E FINANZIARI

SOMMARIO: 1. I requisiti di forma dei contratti bancari e finanziari. – 2. Il contratto quadro e i singoli ordini di investimento. – 3. Oltre la forma di protezione: i doveri di condotta e di informazione degli intermediari. – 4. La tutela sostanziale dell'investitore: profilatura della clientela; valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza; governo del prodotto. – 5. Il contratto "monofirma": inquadramento del problema. – 6. Il panorama giurisprudenziale e dottrinale. – 7. La lettura funzionale delle Sezioni Unite. – 8. Il dibattito in merito all'impostazione teleologica della Suprema Corte. – 9. Prospettiva funzionale e coerenza teorica. L'unità del concetto di forma nel prisma delle sue molteplici finalità. – 10. La forma del contratto nell'ottica di una giurisprudenza degli interessi. – 11. Forma, sanzione e proporzionalità.

1. I requisiti di forma dei contratti bancari e finanziari

Come noto, tanto i contratti bancari ⁽¹⁾, quanto i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento ⁽²⁾ sono soggetti al requisito della

¹ Sulla forma dei contratti bancari, *ex multis*, A. NIGRO, *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1993, p. 572 ss.; G. TERRANOVA, *La disciplina dei contratti nella nuova legge bancaria*, in AA.VV., *Il nuovo testo unico sulla normativa bancaria*, Palermo, 1995; G. PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contr. impr.*, 1995, p. 485 ss.; U. MAJELLO, *Art. 117*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli - L. Contento - A. Patroni Griffi - M. Porzio - V. Santoro, Bologna, 2003, p. 1932 ss.; A. URBANI, *Forme di tutela del cliente*, in *L'ordinamento finanziario italiano*, a cura di F. Capriglione, Padova, 2005, I, p. 312 ss.; F. MAZZINI, *Contratti bancari. Tutela del cliente*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, agg. III, Torino, 2007, p. 161 ss.; A. SPENA, *Art. 117*, in *Testo unico bancario*, a cura di M. Porzio - F. Belli - G. Losappio - M. Rispoli Farina - V. Santoro, Milano, 2010, p. 970 ss.; A. MIRONI, in *Commento all'art. 117 TUB*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Torino, 2013, p. 1308 ss.; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I contratti bancari: nozione e fonti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, V, Milano, 2014, p. 649 ss.; A. TUCCI, *Art. 117 - Contratti*, in *Codice dei contratti commentato*, a cura di G. Alpa e V. Mariconda, Milano, 2017, p. 3446 ss.

² Per quanto attiene ai contratti finanziari, R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)*, cit.; ID., *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, cit.; E. GABRIELLI - R. LENER (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011; R. COSTI, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 719 ss.; S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 40 ss.; G. FAUCEGLIA, *La forma dei contratti relativi ad*

forma scritta a pena di nullità, con l’obbligo aggiuntivo – posto a carico della banca o dell’intermediario finanziario – di materiale consegna al cliente di un esemplare del contratto.

Ai sensi dell’art. 117 TUB,

“1. I contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti.

2. Il CICR può prevedere che, per motivate ragioni tecniche, particolari contratti possano essere stipulati in altra forma.

3. Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo.

4. I contratti indicano 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.

[omissis]

8. La Banca d’Italia può prescrivere che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell’intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d’Italia”.

operazioni e servizi bancari e finanziari, in *Riv. dir. comm.*, 1994, p. 422 ss.; E. GIRINO, *Forma “ad substantiam” per i contratti Sim*, in *Contratti*, 1997, p. 392 ss.; A.A. DOLMETTA - U. MINNECI, *Borsa (contratti di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001, p. 161 ss.; V. ROPPO, *Commento all’art. 23 TUF*, in G.F. Campobasso, *Testo unico della finanza. Commentario*, I, Torino, 2002, p. 199 ss.; L. PONTIROLI - P. DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell’intermediazione finanziaria ed il recepimento della MiFID*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 151 ss.; G. DE NOVA, *La forma dei contratti finanziari*, in *I servizi del mercato finanziario*, Milano, 2009; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009, p. 246 ss.; A. TUCCI, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2009, p. 39 ss.; ID., *I contratti del risparmiatore*, in *Diritto dei consumatori*, a cura di G. Alpa e A. Catricalà, Bologna, 2016, p. 317 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.; A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in ID. (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2013; G. BERTELLI DE MARINIS, *L’invalidità formale nei contratti di investimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, p. 37 ss.; P. GIUDICI, *I contratti per i servizi d’investimento e per la distribuzione di prodotti finanziari: il quadro generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, V, cit., p. 1026 ss.; G. LIACE, *Forma del contratto bancario e dei mercati finanziari*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg.*, XI, Torino, 2018, p. 283 ss.; C. ROBUSTELLA, *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020.

Ai sensi dell'art. 127, comma 2, TUB, “*Le nullità previste dal presente titolo [Titolo VI, in cui rientra anche l'art. 117 TUB, n.d.r.] operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice*”³).

Con riferimento ai contratti finanziari, il disposto art. 23 TUF è analogo:

“1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.

2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto.

3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente. [omissis]”.

In un primo momento, la normativa secondaria adottata dalla Consob aveva dato attuazione alla norma di legge limitando l'obbligo di prestazione dei servizi di investimento “sulla base di un apposito contratto scritto” ai soli rapporti con clienti al dettaglio (cfr. regolamento n. 11522/1998, art. 30 e regolamento n. 16190/2007, art. 37). A seguito delle novità introdotte dalla direttiva 2014/65/UE (MiFID II) e in attuazione del Regolamento (UE) 2017/565, il nuovo regolamento Consob adottato con delibera n. 20307 del

³ L'attuale formulazione dell'art. 127 TUB è stata introdotta dal D. Lgs. 13 agosto 2010, n. 141, in attuazione della direttiva 2008/48/CE. Prima della modifica del comma 2, si registrava un'ampia discussione tra gli interpreti in merito alla possibilità o meno di un rilievo d'ufficio della nullità relativa dei contratti bancari.

15 febbraio 2018 (“Regolamento Intermediari”) ha esteso l’obbligo di stipulazione per iscritto anche ai contratti con clienti professionali ⁽⁴⁾.

Al vincolo di forma scritta si aggiungono i requisiti di forma-contenuto stabiliti dall’art. 37, comma 3 del Regolamento Intermediari ⁽⁵⁾.

Il raffronto tra la normativa di settore bancaria e quella finanziaria restituisce una disciplina del tutto affine quanto al requisito di forma e alle conseguenze invalidanti previste per la relativa inosservanza. Pertanto, le considerazioni che saranno svolte di seguito con riferimento alla forma di protezione nei contratti aventi ad oggetto la prestazione dei servizi di inve-

⁴ L’art. 37, comma 2 del Regolamento Intermediari richiama l’art. 58 del Regolamento (UE) 2017/565, che in relazione agli “Accordi con clienti al dettaglio e professionali” impone all’intermediario di stipulare “con il cliente un accordo di base per iscritto, su supporto cartaceo o altro supporto durevole, che stabilisce i diritti e gli obblighi essenziali dell’impresa e del cliente”.

⁵ Ai sensi di detto articolo, “Il contratto con i clienti al dettaglio: *a)* specifica i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; *b)* stabilisce il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; *c)* indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni; *d)* prevede la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione da fornire al cliente a rendiconto dell’attività svolta; *e)* indica i corrispettivi spettanti all’intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti in conformità al Titolo V; *f)* indica se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; *g)* indica le altre condizioni contrattuali convenute con l’investitore per la prestazione del servizio; *h)* indica le procedure di risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell’articolo 32-ter del Testo Unico”.

Il successivo art. 38 dispone che “In aggiunta a quanto stabilito dall’articolo 37, il contratto con i clienti al dettaglio relativo alla gestione di portafogli: *a)* indica i tipi di strumenti finanziari che possono essere inclusi nel portafoglio del cliente e i tipi di operazioni che possono essere realizzate su tali strumenti, inclusi eventuali limiti; *b)* indica gli obiettivi di gestione, il livello del rischio entro il quale il gestore può esercitare la sua discrezionalità ed eventuali specifiche restrizioni a tale discrezionalità; *c)* indica se il portafoglio del cliente può essere caratterizzato da effetto leva; *d)* fornisce la descrizione del parametro di riferimento, ove significativo, al quale verrà raffrontato il rendimento del portafoglio del cliente; *e)* indica se l’intermediario delega a terzi l’esecuzione dell’incarico ricevuto, specificando i dettagli della delega; *f)* indica il metodo e la frequenza di valutazione degli strumenti finanziari contenuti nel portafoglio del cliente”.

stimento – oggetto di specifico approfondimento nell’ambito del presente studio – risulteranno valide, in larga misura, anche in relazione ai contratti disciplinati dal TUB.

Come si vedrà nel prosieguo, la giurisprudenza di legittimità ha recentemente riconosciuto la simmetria tra l’art. 117 TUB – in combinato disposto con l’art. 127, comma 2, TUB – e l’art. 23 TUF, e la conseguente possibilità di seguire il medesimo *iter* logico nell’interpretazione dei requisiti formali previsti dalle due norme ⁽⁶⁾. Anche autorevole dottrina si è espressa a favore della praticabilità di un approccio comune ⁽⁷⁾.

Non si è peraltro mancato di porre in luce le finalità specifiche (e non perfettamente coincidenti) assolte dalla trasparenza informativa nei settori, rispettivamente, dei servizi bancari e dell’intermediazione finanziaria. La trasparenza riguarda principalmente, nel primo, i costi e i prezzi dei servizi prestati, e, nel secondo, i prodotti offerti dall’intermediario e i rischi connessi ⁽⁸⁾.

Questo rilievo non sembra però suggerire l’opportunità di seguire percorsi interpretativi diversi nello studio dei problemi connessi alla “forma di protezione”, poiché a livello concettuale il dato decisivo rimane quello legato alla (comune) funzione protettiva del requisito di forma e alla sua *ratio* di riduzione dell’asimmetria informativa.

⁶ Cfr. in particolare Cass. 4 giugno 2018, n. 14243, in *Guida al dir.*, 2018, 27, p. 34 ss., che ha rilevato la “corrispondenza degli elementi normativi” di cui all’art. 23 TUF e quelli di cui all’art. 117 TUB.

⁷ R. NATOLI, *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012.

⁸ Così A. MIRONE, *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 377 ss.

2. Il contratto quadro e i singoli ordini di investimento

Con specifico riferimento ai contratti disciplinati dal testo unico della finanza, l'ambito del requisito formale previsto dall'art. 23 TUF deve essere correttamente individuato, tenuto conto della “struttura contrattuale a doppio livello” che connota il rapporto di investimento ⁽⁹⁾.

Come noto, esso presuppone la previa stipulazione del c.d. “contratto quadro”, che regola i rapporti tra il cliente e l'intermediario, definendo – in particolare – la tipologia dei servizi di investimento e degli eventuali servizi accessori forniti, i termini e le condizioni di svolgimento dei servizi medesimi e le modalità con le quali il cliente impartisce ordini o istruzioni all'intermediario ⁽¹⁰⁾. Alla sottoscrizione del contratto quadro segue il compimento delle singole operazioni di investimento e disinvestimento, sulla base delle specifiche istruzioni fornite dal cliente e della sottoscrizione, da parte di quest'ultimo, dell'apposita modulistica.

È particolarmente controversa in dottrina la questione della natura del contratto quadro e dei rapporti di quest'ultimo con le successive operazioni.

Secondo una prima tesi, il contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento avrebbe una natura assimilabile al contratto di mandato. In tale prospettiva, l'essenza del contratto andrebbe individuata nell'incarico conferito dal cliente all'intermediario, affinché quest'ultimo dia corso, volta

⁹ Così V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 604 ss. Cfr. G. BERTI DE MARINIS, *La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1344 ss.

¹⁰ Secondo l'opinione più accreditata, il contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento non rappresenta un autonomo tipo contrattuale. La disciplina – assai essenziale – di cui all'art. 23 TUF sarebbe semplicemente funzionale a garantire la salvaguardia degli obiettivi perseguiti dal legislatore, *in primis* la trasparenza informativa a tutela del cliente e l'integrità dei mercati (così E. GABRIELLI – R. LENER, *Mercati, strumenti finanziari e contratti di investimento dopo la MiFID*, in *I contratti del mercato finanziario*, cit., p. 40 ss.).

per volta, alle operazioni di investimento; conseguentemente, queste ultime non integrerebbero autonomi contratti, dovendo piuttosto essere considerate alla stregua di istruzioni conferite dal mandante al mandatario ⁽¹¹⁾.

Secondo altra interpretazione, il contratto quadro di investimento assumerebbe invece natura di contratto normativo ⁽¹²⁾, avente come tale ad oggetto la disciplina e la conformazione di futuri atti negoziali. Secondo tale ricostruzione, gli ordini di investimento impartiti dal cliente integrerebbero altrettante proposte contrattuali, cui seguirebbe – mediante l’inizio dell’esecuzione da parte dell’intermediario *ex art. 1327 c.c.*, senza che occorra un’accettazione espressa – il perfezionamento di autonomi contratti in relazione alle singole operazioni di investimento ⁽¹³⁾.

¹¹ F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell’investitore all’intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 889 ss.; ID., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1 ss., secondo cui “Gli ordini del cliente alla banca sono, nel senso dell’art 1711, istruzioni del mandante al mandatario. La banca, quale mandatario, si obbliga ad eseguire le istruzioni del cliente, suo mandante, acquistando o vendendo a seconda degli ordini ad essa impartiti. Si tratta, in particolare, di mandato senza rappresentanza: la banca acquista per ordine del cliente, ma in nome proprio (art. 1705), a ciò autorizzata dal cliente; ed è tenuta a ritrasferire al cliente gli strumenti finanziari acquistati, salvo il diritto di quest’ultimo di rivenderli (art. 1706)” (p. 3). Favorevole all’inquadramento nell’ambito del contratto di mandato anche R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, cit.

Diversa la posizione di A. LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 740 ss., che, pur riconoscendo il “legame abbastanza saldo” tra i contratti di intermediazione finanziaria e “la cooperazione gestoria”, afferma la peculiarità di detti contratti rispetto al mandato.

¹² Per la nozione generale di contratto normativo, si veda, per tutti, F. MESSINEO, *Contratto normativo*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 116 ss.

¹³ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l’ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss., secondo cui “gli ordini via via impartiti dal cliente, accettati ed eseguiti dalla banca, danno vita ad altrettanti autonomi contratti di compravendita di strumenti finanziari”; cfr. ID., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, diretto da F. Galgano, XLIII, *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di F. Galgano e G. Visintini, Padova, 2006, p. 133 ss.; ID., *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 499. In senso contrario alla configurazione dei singoli ordini di investimento come meri atti

Le Sezioni Unite della Cassazione, con le note “sentenze gemelle” del 2007 in tema di intermediazione finanziaria, non hanno assunto una posizione netta, affermando che il “contratto quadro, cui può darsi il nome di contratto d’intermediazione finanziaria ... per alcuni aspetti può essere accostato alla figura del mandato”, e che “le successive operazioni che l’intermediario compie per conto del cliente, benché possano a loro volta consistere in atti di natura negoziale, costituiscono pur sempre il momento attuativo del precedente contratto d’intermediazione” (14).

L’adesione all’una o all’altra tesi in ordine alla natura del contratto di intermediazione finanziaria e delle singole operazioni di investimento potrebbe influire sulla risposta alla questione se il requisito della forma scritta *ex art. 23 TUF* debba intendersi riferito unicamente al contratto quadro, ovvero si estenda anche agli ordini disposti dal cliente ed eseguiti per conto di quest’ultimo.

Accedendo alla prima tesi, la prescrizione formale non potrebbe che riferirsi al solo contratto di intermediazione, restando dunque libera la forma degli ordini di investimento; diversamente, se si qualifica il contratto quadro come un contratto normativo, le successive operazioni di investimento dovrebbero essere considerate quali autonomi atti negoziali, sicché potrebbe in astratto porsi il tema dell’assoggettamento degli stessi al requisito della forma scritta di cui all’art. 23 TUF (15).

esecutivi, anche A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 ss.

¹⁴ Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, cit.

¹⁵ Si noti, tuttavia, che anche la dottrina favorevole alla qualificazione del contratto di intermediazione come contratto normativo esclude categoricamente che il requisito di forma possa estendersi alle singole operazioni di investimento: cfr. V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, cit.

A ben vedere, aderendo alla tesi del contratto normativo, l’ordine di investimento integrerebbe una proposta contrattuale. Di conseguenza, se si ritenesse – in mera ipotesi – detto ordine

Una parte minoritaria della giurisprudenza ha optato per la soluzione affermativa, argomentando sulla natura contrattuale degli ordini che, concretizzando la prestazione del servizio di investimento previsto dal contratto quadro, sarebbero soggetti al medesimo vincolo formale ⁽¹⁶⁾; sulla necessità di attestare, in relazione ai singoli ordini, il rispetto degli obblighi di informazione e trasparenza che gravano sull'intermediario ⁽¹⁷⁾; sulla configurazione delle operazioni come autonome attività di collocamento o di esecuzione di ordini per conto dei clienti, che, in quanto servizi di investimento, rientrerebbero nella previsione generale di cui all'art. 23 TUF ⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, secondo l'orientamento maggioritario e ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità, “in tema di intermediazione finanziaria, la forma scritta è prevista dalla legge per il contratto quadro e non anche per i singoli ordini, a meno che non siano state le parti stesse a prevederla per la loro validità ai sensi dell'art. 1352 c.c.” ⁽¹⁹⁾.

assoggettato al requisito di forma di cui all'art. 23 TUF, a rigore anche la relativa accettazione dovrebbe avvenire per iscritto, e resterebbe dunque esclusa la possibilità di perfezionamento dell'operazione di investimento mediante inizio dell'esecuzione (cfr. sul punto G. BERTI DE MARINIS, *La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti*, cit., p. 1344 ss.).

¹⁶ Trib. Torino, 30 maggio 2005, in *Giur. it.*, 2005, p. 1857 ss.; Trib. Ravenna, 29 maggio 2010, in *ilcaso.it*.

¹⁷ Trib. Genova, 26 giugno 2006, in *ilcaso.it*; Trib. Salerno, 15 aprile 2008, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, p. 108 ss.

¹⁸ Trib. Treviso, 13 febbraio 2006, in *ilcaso.it*; App. Venezia, 29 novembre 2007, *ivi*.

¹⁹ Cfr., *ex multis*, Cass. 14 giugno 2019, n. 16106, in *Foro it.*, 2020, 1, I, 312; Cass. 9 agosto 2017, n. 19759, in *Giust. civ. Mass.*, 2017; Cass. 2 agosto 2016, n. 16053, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass. 30 gennaio 2013, n. 2185, in *Società*, 2013, p. 465 ss.; Cass. 13 gennaio 2012, n. 384, in *Giur. comm.*, 2012, p. 791 ss.

La libertà di forma per il conferimento dei singoli ordini di investimento era già stata chiarita dalla Consob, rispondendo ad appositi quesiti, con comunicazione n. DIN/5055217 del 3 agosto 2005 e successiva comunicazione n. DIN/10047146 del 21 maggio 2010.

L'indice normativo a sostegno di detta interpretazione è individuato nell'art. 37, comma 3, del Regolamento Consob n. 20307/2018. La norma regolamentare, che deve coordinarsi con il precetto generale di cui all'art. 23 TUF, indica il contenuto del contratto tra l'intermediario e l'investitore: si tratta di una prescrizione che è diretta a correggere l'asimmetria informativa e che pone il cliente nella condizione di conoscere i precisi termini in cui il rapporto debba svolgersi, avendo riguardo ad alcuni aspetti considerati particolarmente rilevanti. In base alla lett. c) del comma 3, il contratto quadro deve indicare "le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni", ammettendo così – implicitamente – che dette modalità possano essere anche orali. Qualora invece le parti prevedano, in attuazione della norma regolamentare, la forma scritta dei singoli ordini, la stessa si intenderebbe imposta ai fini della loro validità *ex art. 1352 c.c.*

A ben vedere, in una prospettiva più generale, l'estensione dell'obbligo di forma scritta agli ordini di investimento dovrebbe essere esclusa in quanto l'art. 23 TUF disciplina soltanto i "*contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*", locuzione che inequivocabilmente si riferisce al solo contratto quadro: un'eventuale applicazione del requisito formale contemplato da detta norma alle successive operazioni di acquisto si risolverebbe dunque in un'indebita estensione della forma vincolata al di fuori dell'ipotesi espressamente prevista, in violazione del generale principio di libertà delle forme.

Quale che sia l'orientamento accolto in merito ai rapporti tra il contratto quadro e i successivi ordini di investimento, occorre tenere a mente che la nullità, l'annullamento o la risoluzione del contratto quadro, così come la sua radicale mancanza *ab origine*, necessariamente si riverberano "a ca-

scata” sulle operazioni eseguite per conto del cliente, determinandone la caducazione ⁽²⁰⁾.

Da ultimo, in tema di rapporti tra contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi di investimento e singoli ordini, è appena il caso di segnalare che, secondo l’orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, l’investitore ha facoltà di chiedere – a fronte dell’inadempimento, da parte dell’intermediario, di doveri di informazione nella fase successiva alla stipulazione del contratto quadro – la risoluzione delle singole operazioni di investimento, senza intaccare il rapporto di intermediazione a monte ⁽²¹⁾.

3. Oltre la forma di protezione: i doveri di condotta e di informazione degli intermediari

La forma di protezione di cui all’art. 23 TUF, che pure consente all’investitore di entrare in possesso di un documento contrattuale nel quale sono incorporate le informazioni rilevanti in ordine ai contenuti del rapporto di intermediazione, non è di per sé sufficiente a garantire un superamento dell’asimmetria informativa tra le parti nel successivo svolgimento del rapporto medesimo e – dunque – una tutela completa del cliente, anche considerata l’elevata complessità che caratterizza il settore finanziario.

²⁰ Cass. 22 marzo 2013, n. 7283, in *Giust. civ. Mass.*, 2013; Cass. 4 settembre 2009, n. 19226, in *De Jure*.

²¹ Cass. 9 febbraio 2018, n. 3261, in *Guida al dir.*, 2018, 17, 32, secondo cui “In tema di intermediazione finanziaria, l’investitore, a causa dell’inadempimento di non scarsa importanza dell’intermediario agli obblighi informativi previsti dalla legge e dai regolamenti Consob, può chiedere la risoluzione non solo del contratto quadro, ma anche dei singoli contratti di acquisto, cioè degli ordini di investimento, aventi natura negoziale nonché distinti e autonomi dal contratto quadro, indipendentemente dalla risoluzione di questo ultimo, atteso che il momento negoziale delle singole operazioni di investimento non può rinvenirsi nel contratto quadro”. In senso conforme, Cass. 31 agosto 2017, n. 20617; Cass. 23 maggio 2017, n. 12937; Cass. 9 agosto 2016, n. 16820; Cass. 27 aprile 2016, n. 8394, tutte pubblicate su *ilcaso.it*.

È per tale motivo che il testo unico della finanza prevede specifici obblighi di condotta e di informazione che gravano sugli intermediari nella prestazione dei servizi di investimento. Detta disciplina si pone in una prospettiva quanto mai distante dalle regole di diritto comune applicabili ai contratti *inter pares*, ove è rimessa all'autonomia e alla responsabilità di ciascuna parte la valutazione circa la rispondenza delle scelte economiche ai propri interessi.

Il diritto dell'intermediazione finanziaria si connota per una dicotomia tra atto e attività ⁽²²⁾: il primo è disciplinato dall'art. 23 TUF, che configura il contratto come strumento di trasparenza informativa; mentre le regole di condotta che devono essere osservate nella prestazione dei servizi sono previste, in termini generali, nell'art. 21 TUF, per poi essere declinate nei doveri specifici di cui si dirà nel successivo paragrafo, *in primis* quelli legati alle valutazioni di “adeguatezza” e “appropriatezza”.

L'art. 21 TUF, al primo comma, lett. a) prescrive agli intermediari di “comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio

²² In generale, sui rapporti tra “atto” e “attività”, si veda A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003; nonché F. MACARIO, *Dai “contratti delle imprese” al “terzo contratto”: nuove discipline e rielaborazione delle categorie*, in *Jus*, 2009, p. 311 ss., ove si evidenzia la tendenza del diritto privato europeo a disciplinare le tipologie contrattuali mediante la regolazione di una determinata attività economica.

Nella specifica materia dell'intermediazione finanziaria, U. MINNECI, *Servizi di investimento in favore del cliente professionale: dal regime del rapporto al regime dell'attività*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, p. 568 ss., ove si evidenzia che i contratti aventi ad oggetto la prestazione dei servizi di investimento, inquadrabili nell'ambito dei contratti di impresa, “si palesano, nella prospettiva dell'intermediario, come il ‘prodotto’ dell'attività imprenditoriale del medesimo: configurandosi, invero, come contratti di ‘erogazione della prestazione d'impresa’, ossia di esercizio dell'attività, per non dire qualificativi della stessa”. Cfr. al riguardo U. MALVAGNA, *Contratti di settore e struttura della contrattazione d'impresa*, in *An. giur. ec.*, 2018, p. 477 ss.

Si veda, inoltre, A. TUCCI, *Profili del contratto nell'investimento finanziario*, cit., p. 358, il quale, pur senza “svalutare l'importanza e l'utilità del ricorso ai principi generali del diritto delle obbligazioni e dei contratti per affrontare le problematiche relative al rapporto fra intermediari e clienti”, evidenzia, nell'ambito di detto rapporto, la “centralità della prestazione di un servizio, rispetto al quale il contratto ha un ruolo strumentale”.

l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati". Vengono dunque richiamate le clausole generali della diligenza professionale *ex art.* 1176, comma 2, c.c. e della buona fede intesa in senso oggettivo *ex artt.* 1175 e 1375 c.c. Tali precetti trovano, nella disciplina dell'attività di intermediazione finanziaria, ulteriori specificazioni, e assolvono una precisa funzione tagliata "su misura" all'attività in parola: i doveri di condotta degli intermediari assumono un significato più pregnante rispetto ai canoni generali della diligenza professionale e della correttezza, intesa come salvaguardia degli interessi dell'altro contraente ⁽²³⁾. In particolare, si è osservato che, in detto ambito, "la buona fede serve a garantire un equilibrio fra chi ha interesse a realizzare un buon affare proprio perché trattiene per sé certe informazioni e chi, invece, ha interesse a conoscere il più possibile le circostanze di rilievo per l'affare" ⁽²⁴⁾.

La successiva lett. *b)* impone all'intermediario di "acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati". Si è rilevato come la norma possa essere agevolmente scomposta in due sezioni: la prima riguarda le informazioni trasmesse dall'investitore all'intermediario, la seconda le informazioni trasmesse dall'intermediario all'investitore ⁽²⁵⁾. I due profili sono strettamente connessi, poiché le notizie recepite dal cliente – funzionali, in particolare, all'applicazione delle menzionate regole di adeguatezza e di appropriatezza, di cui si dirà a breve – consentono all'intermediario di calibrare la quantità e

²³ G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole del diritto comune*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, p. 722 ss.; A. TUCCI, *Tipicità dei contratti di investimento e disciplina codicistica*, in *I contratti del risparmiatore*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2013, p. 81 ss., nell'ambito di una più ampia analisi critica del coordinamento tra la disciplina speciale e quella del codice civile.

²⁴ M. FRANZONI, *La responsabilità nell'intermediazione finanziaria*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 786.

²⁵ F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014, p. 129.

la tipologia di informazioni di concreta e specifica utilità per l'investitore, da trasmettergli nel prosieguo del rapporto; tanto che ci si riferisce, comunemente, al dovere dell'intermediario di “informarsi per informare”.

Gli intermediari devono inoltre “utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti” (lett. *c*) e “disporre di risorse e procedure, anche di controllo interno, idonee ad assicurare l'efficiente svolgimento dei servizi e delle attività” (lett. *d*) (cfr. sempre art. 21, comma 1, TUF).

Il Regolamento Intermediari contiene disposizioni di dettaglio riguardanti i requisiti e il contenuto delle informazioni, con particolare riferimento alle comunicazioni pubblicitarie e promozionali. L'art. 36, dopo aver stabilito al primo comma i “requisiti generali delle informazioni” (che devono essere “corrette, chiare e non fuorvianti”), prevede che “Gli intermediari forniscono in tempo utile ai clienti o potenziali clienti, in una forma comprensibile, informazioni appropriate affinché essi possano ragionevolmente comprendere la natura del servizio di investimento e del tipo specifico di strumenti finanziari che sono loro proposti, nonché i rischi a essi connessi e, di conseguenza, possano prendere le decisioni in materia di investimenti con cognizione di causa” (secondo comma).

Le regole di condotta e gli obblighi informativi degli intermediari finanziari sono diversamente graduati a seconda della tipologia di cliente ⁽²⁶⁾. La Direttiva 2004/39/CE (“MiFID”) ha individuato tre diverse categorie di investitori: le “controparti qualificate” (la cui nozione si rinviene all'art. 6,

²⁶ Sulla differenziazione delle regole in materia di prestazione di servizi di investimento in funzione della natura del cliente, si veda il lavoro monografico di U. MINNECI, *Servizi di investimento e gradazione dei clienti*, Milano, 2013; nonché A. TUCCI, “Servizio” e “contratto” nel rapporto fra intermediario e cliente, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli - R. Lener, cit., p. 181 ss.

comma 2-*quater*, lett. *d*) TUF); i “clienti professionali” (categoria in cui rientrano i clienti professionali “di diritto”, su determinazione della Consob o del Ministero dell’economia e delle finanze, e i clienti professionali “su richiesta”; cfr. Allegato n. 3 al Regolamento Intermediari); e, infine, i “clienti al dettaglio”, categoria residuale rispetto alle due precedenti (27).

Si è a lungo dibattuto se la violazione dei doveri di condotta e informazione imposti agli intermediari dalla normativa di riferimento avesse conseguenze solo risarcitorie, come ritenuto dalla dottrina prevalente (28), ovvero potesse incidere sulla validità del contratto quadro e delle singole operazioni di investimento poste in essere sulla base di quest’ultimo.

Negli anni successivi ai grandi episodi di “risparmio tradito” (i noti *default* Cirio, Parmalat e Argentina) si è assistito a un “vero e proprio diluvio giurisprudenziale” (29). La giurisprudenza dominante ha optato per la soluzione della nullità del contratto, con conseguente condanna

27 Nella vigenza del regolamento intermediari n. 11522/1998, era previsto un vero e proprio regime *ad hoc* per gli “operatori qualificati”, che si sostanziava, in particolare, nella disapplicazione dei principali obblighi informativi dell’intermediario. Quanto alla valenza della dichiarazione, sottoscritta dall’investitore, di essere operatore qualificato, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che “Nei contratti di intermediazione finanziaria, la dichiarazione formale di cui all’art. 31, comma 2, Reg. Consob n. 11522 del 1998 (applicabile ‘*rationae temporis*’), sottoscritta dal legale rappresentante, in cui si affermi che la società amministrata dispone della competenza ed esperienza richieste in materia di operazioni in strumenti finanziari, vale ad esonerare l’intermediario dall’obbligo di effettuare per suo conto ulteriori verifiche al riguardo, gravando sull’investitore l’onere di provare elementi contrari emergenti dalla documentazione già in possesso dell’intermediario” (così, da ultimo, Cass. 4 aprile 2018, n. 8343, in *Giust. civ. Mass.*, 2018).

28 C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 300 ss.; F. REALMONTE, *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell’attività di intermediazione mobiliare*, *ivi*, 1994, p. 617 ss.; V. SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 179 ss.; R. COSTI - L. ENRIQUES, *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, VIII, Padova, 2004, p. 367 ss.

29 F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, *cit.*, p. 162.

dell'intermediario alla restituzione delle somme investite, oltre agli interessi legali maturati *medio tempore* ⁽³⁰⁾.

L'indirizzo seguito dalla giurisprudenza di merito ha suscitato reazioni contrastanti in dottrina ⁽³¹⁾.

Nel 2007 le Sezioni Unite della Cassazione, con una nota e rilevante decisione, hanno escluso che la violazione delle norme di comportamento degli intermediari possa determinare la nullità del contratto quadro o dei singoli ordini ⁽³²⁾.

³⁰ Tra le altre, Trib. Milano, 11 maggio 1995, in *Giur. comm.*, 1996, p. 79 ss.; Trib. Torino, 10 aprile 1998, in *Contratti*, 1999, p. 45 ss.; Trib. Mantova, 18 marzo 2004, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 440 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita a risparmiatori di obbligazioni argentine*; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, n. 2654, in *Contratti*, 2005, p. 5 ss., con nota di D. MAFFEIS, *Il dovere di consulenza al cliente nei servizi di investimento e l'estensione del modello al credito ai consumatori*; Trib. Monza, 27 gennaio 2005, n. 218, in *Resp. civ. prev.*, 2004, p. 134 ss.; Trib. Brindisi, 18 luglio 2007, in *ilcaso.it*. La Cassazione, peraltro, non si era mai pronunciata nel senso della nullità nelle ipotesi di violazione delle regole di condotta degli intermediari, tanto che la remissione alle Sezioni Unite – di cui si dirà subito di seguito – è stata giustificata non già da un contrasto giurisprudenziale tra sezioni semplici, bensì dal fatto che si trattasse di questione di massima di particolare importanza.

³¹ In senso favorevole D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita a risparmiatori di obbligazioni argentine*, cit., p. 458; F. GRECO, *Difetto di accordo e nullità dell'intermediazione finanziaria*, in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1087 ss.; F. SARTORI, *Il mercato delle regole - La questione dei bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2005, p. 55.

In senso critico, invece, V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, cit.; E. LUCCHINI GUASTALLA, *Obblighi informativi dell'intermediario finanziario e responsabilità nei confronti dell'investitore*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1678 ss.; A. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1282 ss.; A. PERRONE, *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1012 ss.

³² Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, in *Foro it.*, 2008, I, 779, con nota di E. SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 525 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità del contratto dopo la sentenza Rordorf*; in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss., con nota di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*; in *Giur. it.*, 2008, p. 353 ss., con nota di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*; in *Giur. comm.*, 2008, p. 604 ss., con nota di F. BRUNO - A. ROZZI, *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*; in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 556 ss., con nota di F. GRECO, *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*; in *Società*, 2008, p. 455 ss., con nota di V. SCO-

La tesi dalla nullità si fondava sulla natura imperativa delle norme del TUF e del Regolamento Intermediari *pro tempore* vigente, cui si faceva discendere una nullità “virtuale” *ex art.* 1418, comma 1, c.c., pur in assenza di un’espressa previsione legislativa della sanzione invalidante.

Tuttavia le Sezioni Unite, richiamando il principio affermato da una precedente pronuncia di legittimità ⁽³³⁾, hanno precisato che la contrarietà a norme imperative di cui all’art. 1418, comma 1, c.c. postula una violazione relativa a elementi “intrinseci” della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto; i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l’esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale, e pertanto la loro illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto, salvo che questa sia espressamente prevista dal legislatore.

GNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell’intermediazione finanziaria: l’intervento delle S.U.*; in *Corr. giur.*, 2008, p. 223 ss., con nota di V. MARICONDA, *L’insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*; in *Contratti*, 2008, p. 221 ss., con nota di V. SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*; e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 432 ss., con nota di U. SALANITRO, *Violazione della disciplina dell’intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: “ratio decidendi” e “obiter dicta” delle Sezioni Unite*. Si veda inoltre il commento di A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell’attività d’intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss.

³³ Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, 1105, con nota di E. SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss., con nota di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*; in *Resp. civ. prev.*, 2006, p. 1087 ss., con nota di F. GRECO, *Difetto di accordo e nullità nell’intermediazione finanziaria*; in *Resp. civ.*, 2006, p. 299 ss., con nota di M. FRANZONI, *La responsabilità precontrattuale: una nuova stagione*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, p. 902 ss., con nota di E. PASSARO, *Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria*; in *Contr. e impr.*, 2006, p. 1616 ss., con nota di E. MORELATO, *Violazione degli obblighi di informazione e responsabilità dell’intermediario finanziario*; in *Giur. comm.*, 2006, p. 626 ss., con nota di C.E. SALODINI, *Obblighi informativi degli intermediari e risarcimento del danno: la Cassazione e l’interpretazione evolutiva della responsabilità precontrattuale*; e in *Corr. giur.*, 2006, p. 670 ss., con nota di G. GENOVESI, *Limiti della “nullità virtuale” e contratti su strumenti finanziari*.

Le Sezioni Unite hanno dunque richiamato la tradizionale distinzione⁽³⁴⁾ tra regole di validità, la cui violazione, sostanziandosi in un vizio “genetico”, dà luogo a nullità del contratto, e regole di comportamento, la cui violazione – salva esplicita previsione di legge – comporta solo conseguenze risarcitorie. La presenza di singole norme settoriali che sanzionano con la nullità la violazione di regole di comportamento non giustifica dunque, secondo l’interpretazione della Suprema Corte, l’individuazione di un principio generale di apertura alla tutela invalidante nelle ipotesi di violazione di regole di condotta, espressione della buona fede intesa in senso oggettivo⁽³⁵⁾.

In forza delle predette argomentazioni, le Sezioni Unite hanno enunciato il principio secondo cui “la violazione dei doveri d’informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d’investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d’intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d’investimento

³⁴ Per tutti, G. D’AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37 ss.

³⁵ Già autorevole dottrina aveva escluso la possibilità di far discendere dalla violazione dei doveri di correttezza e buona fede l’invalidità del contratto stipulato: cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 171: “La contravvenzione al principio di buona fede esplica la sua influenza in altre maniere, obbligando al risarcimento dei danni, o riflettendosi sull’interpretazione o sull’esecuzione del negozio, ma non ne compromette la validità”; e L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 9: “In nessun caso comunque, secondo la dogmatica del nostro codice civile, la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per i danni”.

o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418 cod. civ., comma 1”³⁶).

4. La tutela sostanziale dell'investitore: profilatura della clientela; valutazioni di adeguatezza e di appropriatezza; governo del prodotto

Pur a fronte delle informazioni veicolate dalla forma protettiva del contratto *ex art. 23 TUF* e fornite dall'intermediario durante tutto il corso del rapporto, il cliente non sempre è in grado di assumere in piena autonomia le scelte più consone al raggiungimento dei propri obiettivi di investimento, e ciò per la notevole complessità che connota i prodotti oggetto delle operazioni sul mercato mobiliare. Mentre nel settore commerciale il consumatore, compiutamente informato, è posto – il più delle volte – perfet-

³⁶ Parte della dottrina ha accolto con favore la decisione: su tutti E. LUCCHINI GUASTALLA, *Violazione degli obblighi di condotta e responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 742 ss., che definisce “meritorio ... l'intervento della Cassazione che frena [la] deprecabile tendenza ad un uso sconsiderato dell'istituto della nullità”, ritenendo apprezzabile l'attenzione dimostrata dalla giurisprudenza “nell'arginare un non trascurabile effetto di *moral hazard* degli investitori delusi da operazioni che avevano dato un risultato negativo”.

Fortemente critico, invece, D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 402 ss. L'Autore rileva che, oltre agli obblighi di informazione degli intermediari, esistono – in relazione al principio di adeguatezza e al conflitto di interessi – anche obblighi di astensione, che manifestano “la disapprovazione dell'ordinamento per le operazioni compiute in consimili situazioni di pericolo”. Tale disapprovazione dovrebbe comportare, si afferma, “la sicura nullità per illiceità in omaggio all'esigenza di ordine pubblico di garantire l'integrità dei mercati contro la diffusione di operazioni pericolose (e molto probabilmente dannose)”. Cfr., inoltre, A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit., secondo cui i contratti dell'intermediazione finanziaria rappresenterebbero un'eccezione implicita alla regola secondo cui la violazione di norme di comportamento produce soltanto conseguenze risarcitorie.

tamente in grado di compiere scelte consapevoli, nella prestazione dei servizi di investimento l'informazione, ancorché esaustiva, difficilmente consente di approdare a un simile risultato, come è stato ben evidenziato anche dagli studi riguardanti la finanza comportamentale (37).

La crisi economico-finanziaria di inizio millennio ha posto in luce i limiti del paradigma economico neoclassico dell'“investitore razionale” che, ricevute le opportune informazioni, sarebbe sempre in grado di compiere scelte individuali coerenti ed efficienti. È divenuta dunque evidente la necessità del superamento delle strategie normative improntate esclusivamente alla trasparenza, che, individuato nell'asimmetria informativa un fattore di fallimento del mercato, si limitano a contemplare obblighi di informazione e *disclosure* a carico del soggetto professionale e in favore del contraente debole (38).

³⁷ Cfr. N. BARBERIS - R. THALER, *A Survey of Behavioral Finance*, in *Handbook of the Economics of Finance*, vol. 1, North Holland, 2003, p. 1053 ss.; B. BLACK, *Behavioral Economics and Investors Protection: Reasonable Investors, Efficient Market*, in *Loyola University Chicago Law Journal*, 44, 2013, p. 1493 ss. Nella letteratura domestica, F. DENOZZA, *Mercato, razionalità degli agenti e disciplina dei contratti*, in G. Gitti, M.R. Maugeri, M. Notari (a cura di), *I contratti per l'impresa*, cit., p. 69 ss., nonché i saggi raccolti in U. MORERA – F. VELLA (a cura di), *Finanza comportamentale. Investitori a razionalità limitata*, in *AGE*, 2012, 1.

³⁸ Cfr. A. PERRONE, *Servizi di investimento e tutela dell'investitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, p. 1 ss. L'Autore rileva che i limiti di detto impianto concettuale sono emersi con chiarezza a fronte “degli scandali di inizio secolo e della crisi finanziaria globale”, a seguito della quale si sono manifestate in maniera evidente “la rilevanza sistemica dei limiti cognitivi dei partecipanti al mercato e la possibilità che le molteplici dinamiche della libertà morale conducano a scelte individuali non coerenti con il modello dell'agente economico razionale”. Cfr. ID., *Servizi d'investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 1, I, p. 23 ss.

Nel medesimo senso U. MINNECI, *Servizi di investimento in favore del cliente professionale: dal regime del rapporto al regime dell'attività*, cit., secondo il quale proprio l'analisi delle ragioni della crisi “ha dato una spinta fondamentale nella direzione di un superamento del modello culturale basato sull'informazione come principale strumento di correzione delle imperfezioni del mercato”; questa consapevolezza ha consentito la revisione critica della costruzione normativa che identificava nella “trasparenza (informativa) l'asse centrale sul quale edificare un efficace sistema di tutele in favore del cliente comune”.

Secondo una direttrice da alcuni definita “paternalistica”, ha così acquisito centralità il ruolo “guida” del soggetto professionale, cui la normativa di settore, attuativa dei principi di cui alle Direttive 2004/39/CE (“MiFID”) e 2014/65/UE (“MiFID II”), ha imposto sempre maggiori obblighi inerenti alla profilatura della clientela – volta ad acquisire, in particolare, le informazioni in ordine all’esperienza dell’investitore, alla sua conoscenza dei principali strumenti finanziari e ai suoi obiettivi di investimento –, nonché alla successiva valutazione di adeguatezza o appropriatezza delle operazioni da eseguire per conto del cliente.

L’art. 40 del nuovo Regolamento Intermediari, applicabile alla prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafogli, individua le informazioni che l’intermediario deve ottenere “al fine di raccomandare i servizi di investimento e gli strumenti finanziari che siano adeguati al cliente o potenziale cliente”, relative “*a*) alla [sua] conoscenza ed esperienza in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di strumento o di servizio; *b*) alla [sua] situazione finanziaria, inclusa la capacità di sostenere perdite; *c*) [ai suoi] obiettivi di investimento, inclusa la tolleranza al rischio”.

In attuazione della direttiva MiFID II, l’art. 41, primo comma, del nuovo Regolamento Intermediari dispone che l’intermediario consegni ai “clienti al dettaglio, su supporto durevole, prima che la transazione sia effettuata, una dichiarazione di adeguatezza che specifichi la consulenza prestata e indichi perché corrisponda alle preferenze, agli obiettivi e alle altre caratteristiche del cliente”.

La particolare tutela offerta dalla regola di adeguatezza deriva dal fatto che, ove l’intermediario non abbia ottenuto le informazioni necessarie, deve astenersi dal raccomandare i servizi di investimento o gli strumenti finanzia-

ri al cliente o al potenziale cliente. Parimenti, nella prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti e di gestione di portafogli, qualora, ricevute le informazioni ed effettuata la valutazione di adeguatezza, determinate operazioni risultino non idonee per il cliente, l'intermediario deve astenersi dal raccomandarle o negoziarle ⁽³⁹⁾.

In questo modo, è possibile evitare che nell'ambito dei due menzionati servizi – nei quali si esplica, nelle scelte di investimento, il ruolo di “impulso” dell'intermediario – vengano consigliate o effettuate operazioni non in linea con il “profilo” del cliente. Si tratta di una regola inderogabile: pertanto, qualora una certa operazione non risulti adeguata, essa non può essere eseguita, nemmeno ove il cliente la richieda o la autorizzi espressamente.

Ai servizi di investimento diversi dalla consulenza e dalla gestione di portafogli si applica, invece, la regola di appropriatezza, espressione di una tutela in parte “attenuata” rispetto a quella dell'adeguatezza. Le informazioni che l'intermediario deve ottenere dal cliente sono infatti limitate “alla sua conoscenza ed esperienza riguardo al tipo specifico di strumento o di servizio proposto o chiesto, al fine di determinare se il servizio o strumento in questione è appropriato per il cliente o potenziale cliente” (cfr. Regolamento Intermediari, art. 42, comma 1).

³⁹ Nel testo del nuovo Regolamento Intermediari, tali regole si ricavano dal rinvio, operato dall'art. 41, comma 3 di detto Regolamento, alla disciplina di cui gli articoli 54, paragrafi da 1 a 11 e 13, e 55 del Regolamento (UE) 2017/565 (cfr. in particolare art. 54, paragrafi 8 e 10). Regole speciali sono previste per i clienti professionali: in base alla normativa europea richiamata dal Regolamento Intermediari, “Quando presta un servizio di investimento ad un cliente professionale l'impresa di investimento può legittimamente presumere che, per quanto riguarda i prodotti, le operazioni e i servizi per i quali è classificato nella categoria dei clienti professionali, tale cliente abbia il livello necessario di esperienze e di conoscenze”; e “Quando il servizio di investimento consiste nella fornitura di consulenza in materia di investimenti ad un cliente professionale ... l'impresa di investimento può legittimamente presumere ... che il cliente sia finanziariamente in grado di sopportare i connessi rischi di investimento compatibili con i suoi obiettivi di investimento” (cfr. art. 54, paragrafo 3 del Regolamento (UE) 2017/565).

Qualora lo strumento o il servizio non risulti appropriato, l'intermediario dovrà semplicemente avvertire il cliente di tale situazione, senza alcun obbligo di astensione, come invece previsto dalla regola di adeguatezza ⁽⁴⁰⁾.

La profilatura della clientela e le valutazioni di adeguatezza e appropriatezza non si applicano – ricorrendo le condizioni di cui all'art. 43 del Regolamento Intermediari – ai servizi di esecuzione di ordini per conto dei clienti o di ricezione e trasmissione ordini (cc.dd. servizi “*execution only*”). La prestazione di tali servizi è subordinata alla sola regola della “*best execution*”, che impone agli intermediari di adottare tutte le misure ragionevoli per ottenere, nell'esecuzione degli ordini, il miglior risultato possibile per i loro clienti (cfr. art. 47 del Regolamento Intermediari).

È appena il caso di segnalare, da ultimo, che la direttiva MiFID II ha incrementato la tutela degli investitori mediante l'introduzione delle regole di c.d. “governo del prodotto” (*product governance*), che riguardano non solo la fase di distribuzione dei prodotti finanziari, ma anche il processo di ideazione e strutturazione degli stessi ⁽⁴¹⁾.

⁴⁰ L'art. 42, comma 4, del nuovo Regolamento Intermediari rinvia a sua volta alla disciplina di cui agli articoli 55 e 56 del Regolamento (UE) 2017/565, che vanno dunque a integrare la normativa interna.

Anche in questo caso, la normativa europea richiamata a livello regolamentare prevede un trattamento differenziato per i clienti professionali: “Un'impresa di investimento può legittimamente presumere che un cliente professionale abbia il livello di esperienze e conoscenze necessario per comprendere i rischi connessi ai determinati servizi di investimento od operazioni o ai tipi di operazioni o prodotti per i quali il cliente è classificato come cliente professionale” (cfr. art. 56, paragrafo 1 del Regolamento (UE) 2017/565).

⁴¹ I riferimenti normativi in materia di *product governance* si rinvergono nell'art. 16, paragrafo 3, e nell'art. 24, paragrafo 2 della direttiva MiFID II (oltre che nel considerando 71). Il D. Lgs. 3 agosto 2017, n. 129, di attuazione della MiFID II, ha trasposto i medesimi principi nell'ordinamento nazionale, introducendo all'art. 21 TUF due nuovi commi, 2-*bis* e 2-*ter*, che si riferiscono rispettivamente all'intermediario “produttore” e all'intermediario “distributore”. In particolare, il comma 2-*bis* dispone che “Quando realizzano strumenti finanziari per la vendita alla clientela, i soggetti abilitati alla prestazione dei servizi e delle attività di investimen-

In particolare, gli intermediari finanziari sono tenuti a valutare approfonditamente le caratteristiche e gli obiettivi di investimento della clientela cui un determinato prodotto finanziario è destinato, ancor prima che lo stesso venga immesso nel mercato (c.d. individuazione del *target market*, “mercato di riferimento”). Ciò al fine di limitare i casi di “*misselling*”, vale a dire di totale inadeguatezza degli strumenti finanziari per i clienti che li hanno sottoscritti, salvaguardando, al contempo, l’integrità del mercato.

L’obbligo di individuare uno specifico *target market* è rivolto sia all’intermediario “produttore” (“*manufacturer*”), che provvede alla “creazione” dei prodotti finanziari, sia all’intermediario “distributore” (“*distributor*”), che li offre in sottoscrizione alla clientela.

Le regole sul governo del prodotto sono presidiate dall’attribuzione, alle Autorità di vigilanza nazionali ed europee, di rilevanti poteri di intervento, che consentono di limitare o vietare la commercializzazione, la distribuzione o la vendita dei prodotti finanziari “*non compliant*” con la normativa (c.d. *product intervention*) (42).

to fanno sì che tali prodotti siano concepiti per soddisfare le esigenze di un determinato mercato di riferimento di clienti finali individuato all’interno della pertinente categoria di clienti e che la strategia di distribuzione degli strumenti finanziari sia compatibile con i clienti target. I soggetti di cui al presente comma adottano inoltre misure ragionevoli per assicurare che lo strumento finanziario sia distribuito ai clienti all’interno del mercato target”.

In base al successivo comma 2-ter “Il soggetto abilitato deve conoscere gli strumenti finanziari offerti o raccomandati, valutarne la compatibilità con le esigenze della clientela cui fornisce servizi di investimento tenendo conto del mercato di riferimento di clienti finali di cui al comma 2-bis, e fare in modo che gli strumenti finanziari siano offerti o raccomandati solo quando ciò sia nell’interesse del cliente”.

A livello di normativa secondaria, nel nuovo Regolamento Intermediari (n. 20307/2018) è stato introdotto, nel Libro III, un titolo interamente dedicato alle regole di *product governance* (Titolo VIII: “Governo degli strumenti finanziari”, artt. 62-77).

Per una panoramica della nuova normativa, S. MORLINO, *La product governance nel regime MiFID 2*, in *dirittobancario.it*. Si veda inoltre, in dottrina, A. PERRONE, *Servizi di investimento e tutela dell’investitore*, cit.

⁴² Segnatamente, il Regolamento (UE) n. 600/2014 (“MiFIR”) ha attribuito il potere di intervento all’ESMA (*European Securities and Markets Authority*), all’EBA (*European Banking Authority*)

Alla luce della disciplina appena illustrata, emerge chiaramente che la piena e sostanziale tutela del cliente al dettaglio nel settore dell'intermediazione finanziaria passa necessariamente per l'effettivo e corretto adempimento, da parte dell'intermediario, delle regole di condotta che ne governano l'attività, con particolare riferimento alle valutazioni di adeguatezza e appropriatezza degli investimenti, che mirano a consentire una piena rispondenza degli investimenti medesimi ai reali obiettivi del cliente, alla sua propensione al rischio e alla sua situazione finanziaria e patrimoniale (43).

Non è un caso che la prima fase del contenzioso del nuovo millennio in materia di intermediazione mobiliare, conseguente ai più eclatanti “scandali finanziari”, si sia concentrata sulla censura sostanziale della violazione dei doveri di comportamento degli intermediari; censura tesa, il più delle volte, a chiedere l'accertamento della pretesa nullità del contratto quadro, quale forma di tutela senz'altro più favorevole al cliente rispetto a quella risarcitoria. La pronuncia di nullità del contratto di intermediazione comporta infatti la restituzione di tutte le somme investite dal cliente, senza che questi sia gravato da oneri di prova del danno e del nesso di causalità; inoltre, l'investitore non può vedersi opposta l'eccezione di concorso del proprio fatto colposo *ex art. 1227 c.c.*

in relazione ai depositi strutturati, nonché alle singole Autorità competenti degli Stati membri (cfr. artt. 40-43).

⁴³ A. TUCCI, “*Servizio*” e “*contratto*” nel rapporto fra intermediario e cliente, cit., p. 199, il quale evidenzia i rischi legati a una “moltiplicazione degli adempimenti formalistici”, che paradossalmente non giovano alla certezza dei rapporti giuridici, “poiché si prestano a essere utilizzati in modo malizioso da ‘accorti’ (ma non diligenti) intermediari, al fine di precostituirsi la prova dello svolgimento del servizio in conformità con regole in realtà disattese nella sostanza, ovvero da clienti delusi per il risultato dell’investimento”.

Sennonché, dopo la pietra miliare delle Sezioni Unite del 2007 – che, come si è visto, hanno escluso la nullità per la violazione delle regole di condotta degli intermediari –, le azioni giudiziali si sono concentrate sul requisito di forma *ex art. 23 TUF*, quale unica strada rimasta per raggiungere l'ambita meta della tutela invalidante.

5. Il contratto “monofirma”: inquadramento del problema

Al fine di ottemperare alla prescrizione di cui all'art. 23 TUF, secondo cui il contratto deve essere redatto per iscritto e un esemplare consegnato al cliente, nella prassi la stipulazione del contratto quadro si sostanzia normalmente nella predisposizione, da parte dell'intermediario, di un modulo *standard*, che viene fatto sottoscrivere al cliente – solitamente in veste di “proposta contrattuale” – e che rimane in possesso della banca; un funzionario di quest'ultima sottoscrive quindi un documento identico al primo, che viene consegnato al cliente. In questo modo, ciascuna parte resta nella disponibilità dell'originale sottoscritto dall'altra ⁽⁴⁴⁾.

Tale prassi risulta in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui, al fine del rispetto del requisito della forma scritta, non occorre la contestuale sottoscrizione di un unico documento, essendo consentito il perfezionamento del contratto mediante lo scambio di documenti diversi, qualora il secondo documento risulti inscindibilmente collegato al primo, in modo tale da evidenziare inequivocabilmente la formazione dell'accordo ⁽⁴⁵⁾.

⁴⁴ Solitamente, il testo del contratto quadro contiene una dichiarazione del cliente secondo la quale “una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta dai soggetti abilitati a rappresentarVi”, o altra analoga.

⁴⁵ *Ex multis*, Cass. 29 gennaio 2014, n. 1980, in *Guida al dir.*, 2014, 15, 82; sul punto, cfr. *supra*, cap. I, §4.

A causa della particolare modalità di perfezionamento del contratto quadro, nei giudizi in materia finanziaria accade peraltro sovente che sia versato in atti il solo esemplare sottoscritto dal cliente (prodotto in causa dall'intermediario), e non anche l'esemplare sottoscritto dal rappresentante della banca (che il cliente non può o, strategicamente, non vuole produrre); di qui l'eloquente espressione, invalsa nella prassi, di "contratto monofirma".

In tale situazione, se si applicassero *de plano* i principi codicistici che governano la struttura dei contratti assoggettati alla forma scritta *ad substantiam* – scaturenti dal combinato disposto degli artt. 1325, n. 4, 1350 e 2702 c.c. –, sarebbe di chiara evidenza che il contratto recante la sottoscrizione di una sola delle parti non potrebbe considerarsi validamente perfezionato nella forma prescritta dalla legge. Se la scrittura privata è, secondo l'impostazione tradizionale, il requisito minimo della "forma scritta", come potrebbe aversi – ci si potrebbe chiedere – uno scritto privo della sottoscrizione di uno dei contraenti?

Per superare l'*impasse*, la via più agevole parrebbe essere quella di andare alla ricerca, in atti successivi alla formazione del contratto, di equipollenti della sottoscrizione mancante. Un simile approccio, peraltro, non convince.

Da un lato, infatti, a voler considerare tale la produzione in giudizio, da parte della banca, di copia del contratto quadro, il perfezionamento dello stesso dovrebbe intendersi necessariamente con effetti *ex nunc*, con la conseguenza che tutti gli ordini di investimento, precedentemente impartiti, resterebbero privi del necessario sostegno contrattuale. Inoltre, intendendo quella sottoscritta dal cliente alla stregua di una proposta, sarebbe assai in-

verosimile che l'accettazione della banca si manifesti a distanza di anni dall'inizio e dall'esecuzione del rapporto ⁽⁴⁶⁾.

D'altro lato, non soddisfa l'opzione interpretativa che propone di ritenere superato il tema della sottoscrizione della banca in virtù degli atti posti in essere nella fase esecutiva del rapporto. Trattandosi, comunque, di contratto soggetto a forma vincolata, sarebbe fuorviante andare a individuare la formazione del consenso in elementi esterni al contratto stesso, e – in particolare – nella documentazione contabile attestante l'esecuzione degli ordini di investimento.

Invero, secondo l'opzione interpretativa che pare preferibile, il perfezionamento del contratto quadro deve intendersi governato non già dall'art. 1326 (scambio di proposta e accettazione *inter absentes*), né dall'art. 1327 (inizio dell'esecuzione su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi), bensì dall'art. 1341 c.c. ⁽⁴⁷⁾, la cui *ratio* essenziale – la conoscibilità del testo contrattuale – è tra l'altro comune al vincolo di forma *ex art. 23 TUF*.

L'inquadramento nell'ambito dell'art. 1341 c.c., già suggerito da autorevole dottrina ⁽⁴⁸⁾, consente di far emergere un dato decisivo: la predisposi-

⁴⁶ È questa la perplessità sollevata, in termini generali, da R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit. p. 279 ss. (cfr. *supra*, cap. I, §3); senza contare che la domanda di nullità del contratto quadro formulata dall'investitore potrebbe essere intesa alla stregua di una revoca implicita della proposta.

⁴⁷ Non sembra potersi revocare in dubbio che l'art. 1341 c.c. costituisca, anzitutto, una norma sulla formazione del contratto, come evidenziato in R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 117: "Il legislatore del 1942 affronta il fenomeno delle condizioni generali sotto il profilo della formazione del contratto. Ne è prova la collocazione sistematica degli artt. 1341-1342, che chiudono la sezione dedicata all'accordo delle parti". *Contra* U. MAJELLO, *Considerazioni in tema di condizioni generali di contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 69, secondo il quale la norma dovrebbe inquadrarsi sistematicamente tra le regole di integrazione del contratto.

⁴⁸ M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, cit., p. 463 ss.: "la conclusione del contratto di investimento, in quanto conclusione di un contratto per condizioni generali, è assoggettata ... alla regola dell'art. 1341, comma 1°, c.c." (p. 467).

zione unilaterale del testo del contratto quadro da parte dell'intermediario, che risulta sufficiente ai fini dell'imputabilità del testo medesimo – e della volontà negoziale – in capo al predisponente, senza che sia necessario ricercare equipollenti della relativa sottoscrizione. Secondo questa impostazione, il testo negoziale è imputabile all'intermediario per averlo predisposto e sottoposto all'aderente, e a quest'ultimo per aver sottoscritto le condizioni generali. In tale situazione, “la sottoscrizione del soggetto abilitato può dunque mancare senza che l'assenza incida sul procedimento di conclusione del contratto” (49).

Tenendo distinto il piano della formazione del vincolo da quello della forma del contratto, questa dottrina rileva come la sottoscrizione del contratto quadro non riguardi la forma dello stesso *ex art. 23 TUF*; la sottoscrizione è correttamente intesa quale (uno) strumento di imputazione della volontà, manifestata in una determinata forma (la forma scritta). Pertanto, laddove la volontà sia manifestata per iscritto, e sia al contempo risolto il problema dell'imputazione della volontà medesima – mediante la sottoscrizione, ovvero mediante un criterio diverso, quale quello legato alla predisposizione del testo contrattuale – il requisito della forma scritta deve ritenersi soddisfatto.

Il tema delle modalità di perfezionamento del contratto quadro – rimasto, per così dire, sullo sfondo del più recente dibattito, di cui diremo subito di seguito, relativo al “contratto monofirma” – deve dunque essere

Non reputa pertinente il richiamo all'art. 1341 c.c. A. TUCCI, *Tipicità dei contratti di investimento e disciplina codicistica*, cit., p. 103, ove si afferma che nei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento “la tendenziale standardizzazione dello schema contrattuale non implica una modalità di conclusione del contratto diversa da quella ‘classica’, incentrata sulla convergenza delle manifestazioni di volontà di entrambe le parti su un medesimo testo e regolamento contrattuale”, con la conseguenza che non sarebbe possibile prescindere “dall'osservanza della disciplina contenuta nell'art. 1326 c.c.”.

⁴⁹ M. MAGGIOLO, op. cit., p. 472.

posto nella dovuta luce, quale passaggio logico-giuridico fondamentale per una soluzione coerente del problema ⁽⁵⁰⁾. Da un lato, il dato relativo alla predisposizione unilaterale del testo del contratto quadro consente di superare il problema dell'*imputazione*, portando a ritenere comunque riferibile alla banca il testo negoziale; dall'altro lato, la prospettiva funzionale consente di superare il problema della *forma*, che non dovrà necessariamente sostanziarsi in una scrittura privata *ex art. 2702 c.c.* (che richiede, strutturalmente, la sottoscrizione di tutte le parti). Ciò in quanto l'art. 23 TUF, nell'imporre la redazione per iscritto di un contratto che – nel sistema codicistico – sarebbe a forma libera, persegue l'obiettivo primario della riduzione dell'asimmetria informativa che connota la posizione del cliente: se questo è lo scopo della norma, la sottoscrizione dell'intermediario non svolge, evidentemente, alcuna specifica funzione.

Nell'ambito del presente studio non si intende, peraltro, il contratto quadro alla stregua di una semplice forma-modulo: esso è anche regolamentazione del rapporto di investimento e delle condizioni a questo applicabili, in vista della successiva esecuzione dei singoli ordini. Parimenti, non si può ignorare che, in base all'art. 23 TUF, il contratto quadro di investimento è pur sempre un contratto a forma vincolata (anche se non nella classica configurazione della forma *ad substantiam*), sicché il consenso di entrambe le parti deve comunque ricavarsi entro il perimetro del documento.

Ecco allora che la valorizzazione, da un lato, della formazione del contratto secondo il modello di cui all'art. 1341 c.c., e, d'altro lato, dello specifico scopo perseguito dalla “forma di protezione”, consente di pervenire a una soluzione soddisfacente del problema. La *ratio* dell'art. 23 TUF permette di ritenere legittimamente superato, *in subiecta materia*, il tradiziona-

⁵⁰ M. MAGGIOLO, *Forma, firma, informazione (il contratto come stabile contenitore di istruzioni)*, cit.

le convincimento secondo cui il vincolo di forma debba necessariamente essere assolto mediante la sottoscrizione bilaterale di una scrittura privata; al contempo, la predisposizione unilaterale del testo del contratto consente comunque di attribuirne la paternità alla banca, senza dover ricercare il consenso di quest'ultima in dati esterni al documento scritto (e sottoscritto dal cliente).

6. Il panorama giurisprudenziale e dottrinale

Così delineata l'impostazione che risulta, ad avviso dello scrivente, preferibile nell'approccio al tema in esame, occorre dare atto dell'orientamento espresso dalla giurisprudenza e della discussione sviluppata in dottrina al riguardo.

Un primo indirizzo della Cassazione ha ritenuto sufficiente a perfezionare il contratto quadro, pur in assenza della sottoscrizione della banca, una condotta di quest'ultima tale da manifestare inequivocabilmente la volontà di avvalersi del contratto medesimo, come l'esecuzione degli ordini e la comunicazione degli estratti conto; e, in ogni caso, la produzione in giudizio del documento sottoscritto dall'altra parte, quale equivalente della sottoscrizione mancante ⁽⁵¹⁾.

Nel 2016, la Sezione I civile della Suprema Corte si è espressa in senso diametralmente opposto, ritenendo che i comportamenti concludenti della banca, ancorché documentati per iscritto, non possano determinare il perfezionamento del contratto nel rispetto della forma scritta *ad substantiam*; quanto alla produzione in giudizio, da parte dell'intermediario, della copia sottoscritta dal cliente, i giudicanti della Sezione I hanno affermato che essa

⁵¹ Cass. 22 marzo 2012, n. 4564, in *Giust. civ. Mass.*, 2012, 3, 380; Cass. 7 settembre 2015, n. 17740, in *De Jure*.

determina il perfezionamento del contratto non già *ex tunc*, ma solo *ex nunc*, risultando di conseguenza inidonea a giustificare i precedenti ordini di acquisto di titoli. Su tali presupposti, la Cassazione ha sancito la nullità, per mancanza della forma richiesta dall'art. 23 T.U.F., del contratto quadro di investimento di cui risulti prodotto in giudizio unicamente un esemplare sottoscritto dall'investitore ⁽⁵²⁾.

Tale orientamento registrava diversi precedenti nella giurisprudenza di merito ⁽⁵³⁾; non sono peraltro mancate numerose decisioni – sia precedenti, sia successive all'orientamento manifestato dalla Suprema Corte nel 2016 – secondo cui, stante l'esigenza di protezione sottesa al vincolo formale di cui all'art. 23 TUF, dovrebbe ritenersi che il requisito della forma scritta sia soddisfatto anche se il contratto risulta sottoscritto dal solo cliente ⁽⁵⁴⁾.

⁵² Cass. 24 marzo 2016, n. 5919; Cass. 11 aprile 2016, n. 7068; Cass. 27 aprile 2016, n. 8395, tutte in *Corr. Giur.*, 2016, p. 1110 ss., con nota di A. TUCCI, *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*; nonché in *Contratti*, 2016, p. 1089 ss., con nota di commento dello scrivente, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*, ove si è osservato come la rigorosa interpretazione della Suprema Corte, sebbene coerente con i consolidati principi che regolano il perfezionamento dei contratti formali e perciò condivisibile – laddove ha escluso la conclusione “formale” del contratto quadro mediante comportamenti concludenti, così come il perfezionamento con effetti *ex tunc* per effetto della produzione in giudizio –, non abbia considerato il dato relativo alla predisposizione unilaterale del contratto, né la funzione essenzialmente informativa del requisito di forma, che potrebbero indurre a ritenere sufficiente la sottoscrizione apposta dal solo cliente.

⁵³ Trib. Venezia, 8 novembre 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 2235; Trib. Mantova, 22 gennaio 2009, in *ilcaso.it*; Trib. Torino, 29 settembre 2009, *ivi*; Trib. Verona, 17 aprile 2009, *ivi*; Trib. Rimini, 4 marzo 2010, *ivi*; Trib. Padova, 11 febbraio 2010, *ivi*; Trib. Torino, 5 gennaio 2010, *ivi*; Trib. Trento, 22 gennaio 2010, *ivi*; Trib. Rimini, 12 ottobre 2010, in *Corr. merito*, 2011, 2, 19; App. Torino, 23 dicembre 2011, *ivi*; Trib. Parma, 4 maggio 2011, in *Giur. it.*, 2012, p. 515 ss.; Trib. Rimini, 2 luglio 2012, in *Contratti*, 2012, p. 829 ss.; App. Bologna, 14 maggio 2015, in *ilcaso.it*; Trib. Napoli, 24 febbraio 2015 e 22 gennaio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 16 ss; Trib. Milano, 29 aprile 2019, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 282 ss.

⁵⁴ Cfr., in particolare, Trib. Milano, 16 novembre 2011, in *De Jure*, secondo cui la necessità della sottoscrizione da parte del funzionario della banca “costituirebbe un formalismo vacuo ed inutile”; Trib. Torino, 23 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 605 ss.; Trib. Roma, 4 febbraio 2001, in *ilcaso.it*; Trib. Milano, 21 febbraio 2012, *ivi*; App. Torino, 16 marzo 2012, *ivi*; Trib.

Con quattro distinte ordinanze ⁽⁵⁵⁾, la Sezione I civile della Cassazione – approcciando il problema da una prospettiva differente rispetto a quella adottata dalla medesima Sezione con le pronunce sopra ricordate – ha rimesso le cause ad essa sottoposte al Primo Presidente della Suprema Corte per l’eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, con riferimento alla questione di massima di particolare importanza legata alla validità del contratto quadro sottoscritto dal solo cliente, e – in caso di mancanza della forma prescritta dalla legge – all’ammissibilità del c.d. uso selettivo della nullità, che si sostanzia nella contestazione delle sole operazioni di investimento dall’esito sfavorevole, al fine di lasciare fermi gli esiti degli investimenti da cui si è invece tratto un profitto ⁽⁵⁶⁾.

La Sezione rimettente muove dal rilievo per cui “non tutte le prescrizioni di forma sono uguali. Se la forma *ad substantiam*, nella sua solennità propria degli scambi immobiliari tipici dell’economia fondiaria, funge,

Venezia, 7 dicembre 2012, *ivi*; App. Torino, 3 aprile 2012, *ivi*; Trib. Milano, 12 novembre 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, p. 854 ss.; Trib. Venezia, 8 luglio 2013, in *Foro It.*, 2013, I, 3606; Trib. Catania, 27 gennaio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 17 ss.; Trib. Torino, 20 gennaio 2016, in *De Jure*; Trib. Milano, 6 maggio 2016, in *expartecreditoris.it*; Trib. Padova, 29 maggio 2016, in *ivi*; Trib. Parma, 27 giugno 2016, *ivi*; Trib. Torino, 5 luglio 2016, *ivi*; App. Venezia, 28 luglio 2015, in *De Jure*; App. Venezia, 3 novembre 2016, in *expartecreditoris.it*; App. Napoli, 28 dicembre 2016, in *ilcaso.it*; Trib. Roma, 4 maggio 2017, *ivi*.

⁵⁵ Cass., ord. 27 aprile 2017, n. 10447, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 543 ss., con note di A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, e di M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall’intermediario: la parola alle Sezioni Unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1363 ss., con nota di R. AMAGLIANI, *La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle Sezioni Unite*; in *Contratti*, 2017, 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 *Società*, 2017, p. 1243 ss., con nota di G. AFFERNI, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione della nullità del contratto di investimento firmato dal solo cliente*.

Di poco successive sono le tre analoghe ordinanze di rimessione del 17 maggio 2017, n. 12388, n. 12389 e n. 12390, quest’ultima in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 828 ss., con nota di U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”. A proposito dell’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*.

⁵⁶ Sul punto ci si soffermerà ampiamente *infra*, nel capitolo III.

nell’ambito dei rapporti paritari, da criterio d’imputazione della dichiarazione, oltre che servire a favorire – a tutela di entrambi i contraenti – i ‘beni’ della chiarezza nei contenuti, della ponderazione per l’impegno assunto e della serietà dell’accordo ... laddove le parti non si trovino su di un piano di parità perché si ravvisa una ‘parte debole’ del rapporto, a scongiurare il rischio della insufficiente riflessione o dell’approfittamento ad opera dell’altro contraente interviene ... la forma, o formalità ‘di protezione’: il cui fine precipuo è proprio quello di proteggere lo specifico interesse del contraente ‘debole’ a comprendere ed essere puntualmente e compiutamente informato su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale”.

In detta situazione, la prospettiva da valorizzare – ad avviso della Suprema Corte – è quella della funzione del formalismo: se infatti la nullità *ex art. 23 TUF* “è funzionale *in primis* alla tutela della più ampia informazione dell’investitore ... tanto da presentare rilevanti differenze di disciplina rispetto alla nullità del codice civile, tutte le prescrizioni da essa presidiate vanno intese in tale logica: la quale deve guidare, dunque, anche la valutazione sul punto se il cliente sarebbe pregiudicato, nella sua completa e consapevole autodeterminazione, dalla mancanza di firma della banca sul contratto-quadro”.

Da questo angolo visuale, “potrebbe reputarsi adempiere al requisito della forma scritta, prevista a pena di nullità dall’art. 23 cit., la sottoscrizione, da parte del cliente, del modulo contrattuale contenente il contratto-quadro. La cd. forma informativa sarebbe quindi rispettata, perché soddisfatto è l’interesse alla conoscenza ed alla trasparenza, o scopo informativo, cui essa è preordinata. L’altra parte del rapporto, ovvero l’intermediario finanziario, è il soggetto predisponente le condizioni generali di contratto, cui l’investitore aderisce: intermediario per il quale nessuna di dette esigenze si

rinviene. Di qui, il rilievo che la sottoscrizione della banca, a differenza di quella dell'investitore, non occorra, affinché il contratto sia perfetto: l'una volontà deve essere manifestata per iscritto *ad substantiam*, l'altra in ogni forma consentita dall'ordinamento ... Il consenso della banca, pur necessario trattandosi di un contratto, potrebbe dunque rivestire anche altre forme di manifestazione della volontà: di cui talune – quali la predisposizione del testo contrattuale, la raccolta della sottoscrizione del cliente, la consegna del documento negoziale o l'esecuzione del contratto medesimo *ex art. 1327 c.c.* – a valere quali comportamenti concludenti, idonei a rivelare, anche in via presuntiva, l'esistenza dell'originario consenso” (57).

A seguito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, si è acceso il dibattito nella dottrina, che – pur con le sfumature delle singole interpretazioni, di cui si darà atto nel prosieguo – si è divisa in due fronti contrapposti: quello conservatore, maggioritario, e quello più liberale e innovativo.

L'orientamento più tradizionale muove dall'assunto per cui il requisito della forma scritta potrebbe ritenersi soddisfatto unicamente mediante la sottoscrizione bilaterale di una scrittura privata *ex art. 2702 c.c.* Si sostiene così, con varietà di argomentazioni, che, in assenza di una deroga espressa, anche nell'ambito dei contratti bancari e finanziari – e, più in generale, dei contratti asimmetrici – la sottoscrizione di una sola parte, nella specie quella del contraente “debole”, non sia sufficiente al fine dell'assolvimento del vincolo di forma, con conseguente nullità del contratto per mancanza del relativo requisito strutturale (58).

⁵⁷ Cass., ord. 27 aprile 2017, n. 10447, cit.

⁵⁸ A. TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, cit.; M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, cit.; R. AMAGLIANI, *La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle Sezioni Unite*, cit.; S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari cc.dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, p. 679 ss.; D. MAF-

Secondo altra parte della dottrina, nei contratti connotati da asimmetria informativa e di potere contrattuale il requisito di forma imposto dalla legge andrebbe letto in un'ottica funzionale, che consenta di valorizzare la *ratio* della forma, il cui fine precipuo è proteggere l'interesse del contraente debole a essere compiutamente informato; in tale prospettiva, la sottoscrizione del contraente forte non assolverebbe alcuna specifica funzione, ponendo perciò il consenso di detta parte risultare anche da altri elementi ⁽⁵⁹⁾.

Ad accentuare un dibattito dottrinale già particolarmente intenso è intervenuta, con effetto dirompente, la decisione delle Sezioni Unite.

7. La lettura funzionale delle Sezioni Unite

Per un miglior inquadramento della questione di diritto oggetto della pronuncia delle Sezioni Unite ⁽⁶⁰⁾, si rende anzitutto opportuna una – seppur sintetica – descrizione dei fatti di causa.

FEIS, *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.; E. PANZARINI, *Un'ordinanza passatista (sulla forma dei contratti del comparto finanziario)*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 51 ss.; G. AFFERNI, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione della nullità del contratto di investimento firmato dal solo cliente*, cit.; P. GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1463 ss.; G. LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 1 ss.; ID., *La "forma informativa" ed "il potere dell'impresa di comandare il mercato": a margine di Cass., ord., 27 aprile 2017 n. 10447 sul c.d. contratto monofirma*, in *ilcaso.it*; G. ROMANO, *La nullità del contratto quadro d'investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario tra vestimentum negotii, "forma informativa" e uso selettivo del rimedio di protezione. Aspettando le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. banc. e merc. fin.*, 2017, p. 563 ss.

⁵⁹ G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, cit.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit.; ID., *Il volto crudele, ma autentico, del "neoformalismo informativo"*, cit.; R. DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit.

⁶⁰ Cass. Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898 (Pres. Rordorf, Rel. Di Virgilio), in *Contratti*, 2018, p. 133 ss., con note di G. D'AMICO, *La "forma" del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*; S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*; R. AMAGLIANI, *Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898*; in *Giur. it.*, 2018, p. 568 ss., con note di A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*; C. COLOMBO, *La forma dei contratti quadro*

Nella fattispecie sottoposta all'esame della Suprema Corte, due investitori avevano conferito mandato a una banca per la negoziazione di strumenti finanziari, sottoscrivendo ordini di acquisto di obbligazioni della Repubblica Argentina, successivamente colpite dal *default* del Paese sudamericano. Gli investitori avevano quindi agito in giudizio chiedendo la dichiarazione di nullità delle operazioni di investimento, in quanto il relativo contratto quadro non recava la sottoscrizione dell'intermediario e, pertanto, doveva ritenersi nullo per mancanza della forma prescritta dall'art. 23 TUF.

Il Tribunale di Milano aveva rigettato le domande degli attori, rilevando che la forma scritta prevista dalla predetta norma sarebbe unicamente volta a proteggere l'investitore, non ravvisandosi analoghe esigenze di tutela in capo alla banca, la cui sottoscrizione non sarebbe dunque necessaria.

La Corte d'Appello di Milano, in integrale riforma della sentenza di primo grado, aveva dichiarato la nullità del contratto quadro e delle operazioni di investimento, affermando che detto contratto non potrebbe ritenersi un mero documento informativo destinato a rendere edotto il cliente delle condizioni che la banca intende applicare, ma costituirebbe un vero e proprio accordo, per il cui perfezionamento non sarebbe sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore. Né, secondo la Corte territoriale, il contratto

di investimento: il responso delle Sezioni Unite; M. TICOZZI, Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione; in Società, 2018, p. 481 ss., con nota di R. NATOLI, Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti è valido; in Foro it., 2018, 3, I, 928, con note di C. MEDICI, Contratti di investimento monofirma: l'avallo delle Sezioni Unite; L. MODICA, Il volto crudele, ma autentico, del "neoformalismo informativo", ivi, 2018, 4, I, 1283; in Nuova giur. civ. comm., 2018, p. 658 ss., con nota di A. DALMARTELLO, La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto "monofirma"; in Banca, borsa, tit. cred., 2018, p. 275 ss., con note di A. MIRONE, Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma; M.L. CHIARELLA, Le Sezioni Unite e l'essenza della forma nei contratti-quadro d'investimento; in Corr. giur., 2018, p. 929 ss., con nota di S. GUADAGNO, Le Sezioni Unite sui contratti cc.dd. monofirma: la forma dei contratti asimmetrici.

Di qualche giorno successiva è l'identica decisione di Cass. Sez. Un., 23 gennaio 2018, n. 1653, (Pres. Rordorf, Rel. Di Virgilio), in *De Jure*.

quadro potrebbe ritenersi validamente concluso per adesione, o per *facta concludentia* in forza degli ordini impartiti dall'investitore e delle comunicazioni inviate dalla banca, restando irrilevanti le manifestazioni di volontà desumibili da comportamenti attuativi successivi.

Investita della questione a seguito del ricorso della banca, la Sezione I civile della Suprema Corte ha rimesso la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, trattandosi di questione di massima di particolare importanza *ex art. 374, comma 2, c.p.c.*

Le Sezioni Unite hanno accolto il ricorso della banca, ritenendo valido il contratto quadro di investimento nonostante lo stesso risultasse sottoscritto solo dai clienti.

La Suprema Corte muove dalla valorizzazione della *ratio* dell'art. 23 TUF, rilevando anzitutto che “la nullità per difetto di forma è posta nell'interesse del cliente, così come è a tutela di questi la previsione della consegna del contratto”; pertanto, “il vincolo di forma imposto dal legislatore ... va inteso ... secondo quella che è la funzione propria della norma”.

Se dunque “il requisito della forma *ex art. 1325 c.c., n. 4*, va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa, ne consegue che il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti”.

Ciò in quanto “reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto”, la

sottoscrizione da parte del funzionario della banca “non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione”.

Secondo le Sezioni Unite, tali conclusioni risultano altresì coerenti con il principio di proporzionalità, consentendo di evitare una sanzione – quella della nullità del contratto quadro – “sproporzionat[a] rispetto alla funzione a cui la forma è qui preordinata”. Invero, mediante un opportuno bilanciamento degli interessi in gioco, “ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto l’interesse particolare, l’interprete deve essere attento a circoscrivere l’ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l’interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche”.

All’esito del predetto *iter* argomentativo, le Sezioni Unite hanno enunciato il principio di diritto secondo cui “Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell’investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell’intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti” ⁽⁶¹⁾.

⁶¹ Successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite, la Suprema Corte (Cass. 4 giugno 2018, n. 14243, cit.), rilevata la “corrispondenza degli elementi normativi” di cui all’art. 23 TUF e quelli di cui all’art. 117 TUB, ha ritenuto che sia “possibile cogliere anche nei contratti bancari una scelta legislativa che è chiaramente orientata a favorire, attraverso la previsione del requisito formale, la più estesa ed approfondita conoscenza, da parte del cliente, del contenuto del regolamento contrattuale predisposto dalla controparte e a cui lo stesso si accinge ad aderire. Sicché pure in tema di contratti bancari pare spendibile la conclusione cui pervengono le Sezioni Unite allorché evidenziano come il dato della sottoscrizione dell’intermediario risulti ‘assorbito’, quindi privo di rilievo, una volta che lo scopo perseguito dalla legge sia raggiunto attraverso la sottoscrizione del documento contrattuale da parte del cliente e la consegna, a quest’ultimo, di un esemplare del documento medesimo”. La Cassazione ha concluso che “il contratto bancario non esige, dunque, la sottoscrizione del cliente per il suo valido perfezio-

Sono stati dichiarati assorbiti i motivi di ricorso subordinati, relativi all'*exceptio doli* sollevata dalla banca per paralizzare l'uso selettivo della nullità e alla restituzione delle cedole percepite dal cliente nel corso del rapporto.

8. Il dibattito in merito all'impostazione teleologica della Suprema Corte

A seguito della pronuncia delle Sezioni Unite, la cui impostazione ha ricalcato in buona parte quella della Sezione rimettente, il dibattito dottrinale in merito alla forma dei contratti bancari e finanziari si è fatto quanto mai acceso: dalle critiche più serrate a reazioni di favore, sino alla ricerca di letture alternative, “correttive” o “esegetiche” della decisione. Se alla sentenza della Cassazione, nella sua composizione più autorevole, può riconoscersi un merito collaterale – oltre a quello principale, in termini pratici, di deflazione dell'ampio contenzioso relativo ai contratti “monofirma”, con eliminazione dell'incertezza generata da tale questione rispetto ai rapporti bancari e di investimento –, esso è senz'altro quello di aver suscitato una rinnovata riflessione in merito all'essenza del requisito di forma del contratto e alle sue differenti funzioni, oltre che ai rapporti tra disciplina civilistica del contratto e normativa speciale ⁽⁶²⁾.

Parte della dottrina ha accolto positivamente l'apertura della Suprema Corte a una lettura in chiave teleologica della forma dei contratti asimmetri-

namento”, enunciando il principio di diritto secondo cui “In tema di contratti bancari soggetti alla disciplina di cui al D. Lgs. n. 385 del 1993, art. 117, la valida stipula del contratto non esige la sottoscrizione del documento contrattuale da parte della banca, il cui consenso si può desumere alla stregua di atti o comportamenti alla stessa riconducibili”. In senso conforme, cfr. 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.

⁶² F. DENOZZA, A. MIRONE, L. MODICA, R. NATOLI, D. SEMEGHINI, *Il contratto “monofirma” e le Sezioni Unite della Cassazione. Un dialogo a più voci*, a cura di A. Perrone, in *Orizz. dir. comm.*, 2018, p. 1 ss.

ci di investimento, evidenziando che la nullità per difetto di forma *ex art. 23 TUF* è posta direttamente nell’interesse del cliente, sicché solo la mancata sottoscrizione da parte del contraente debole può porsi in contrasto con la specifica *ratio* della norma. In quest’ottica, la pronuncia *de qua* andrebbe accolta favorevolmente in quanto espressione di un modo moderno di intendere il requisito di forma del contratto, alla luce delle diverse funzioni cui esso tende nella legislazione speciale e di settore ⁽⁶³⁾.

La dottrina più tradizionale ha invece rivolto alla pronuncia delle Sezioni Unite – e, ancor prima, all’ordinanza di rimessione – critiche severe, ritenendo insoddisfacente l’impostazione funzionale ivi sviluppata. Tale orientamento, muovendo dall’equazione per cui il requisito della forma scrit-

⁶³ Ha accolto favorevolmente la pronuncia R. NATOLI, *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti è valido*, cit., pp. 487-488, secondo cui la sentenza delle Sezioni Unite “coglie con lucidità le nuove e diverse funzioni della forma del diritto dei mercati finanziari, certamente assai diverse dalla tradizionale tutela della maggior ponderazione dei contraenti in ordine all’affare e di promozione della certezza del rapporto contrattuale”; ciò che induce a ritenere superata la “equazione tra forma scritta e scrittura (almeno) privata”.

In senso favorevole anche A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto “monofirma”*, cit., p. 661, secondo cui “nell’impraticabilità di un percorso puramente *strutturale*, l’unica strada percorribile per affermare la validità del contratto ‘monofirma’ è quella (correttamente) intrapresa dall’ordinanza n. 10447/2017 e successivamente confermata dalla sentenza [delle Sezioni Unite], tesa a valorizzare la dimensione *funzionale* delle prescrizioni formali”.

Cfr. inoltre E. TOSI, *Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 197 ss., secondo cui la sentenza delle Sezioni Unite ha il pregio di “accogliere la lettura funzionale della forma contrattuale nel contesto del nuovo paradigma contrattuale asimmetrico emergente dalla normativa post-codicistica” (p. 209). Pertanto, secondo l’Autore, dovrebbe concludersi nel senso di un “rilievo autonomo ... della peculiare *forma informativa* del contratto asimmetrico rispetto alla forma *ad substantiam* tradizionale del contratto simmetrico di diritto comune”, aprendo così a una “moderna distinzione, che pur sempre nel quadro di una ricostruzione tendenzialmente unitaria delle forme contrattuali tenga conto della specialità della *forma informativa*” (pp. 226-227).

Favorevoli anche i commenti di C. MEDICI, *Contratti di investimento monofirma: l’avallo delle Sezioni Unite*, cit.; di L. MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del “neoformalismo informativo”*, cit.; e di M.L. CHIARELLA, *Le Sezioni Unite e l’essenza della forma nei contratti-quadro d’investimento*, cit.

ta non potrebbe che coincidere – nel suo contenuto minimo – con la scrittura privata *ex art. 2702 c.c.*, ritiene inconcepibile che la struttura del contratto possa reggere in assenza della sottoscrizione di uno dei contraenti, con conseguente, inevitabile nullità del contratto stesso ai sensi del combinato disposto degli artt. 1325, n. 4 e 1418, comma 2, c.c. (64).

Tale visione, sebbene autorevolmente sostenuta, appare peraltro eccessivamente formalistica, muovendo da premesse rigide, che non considerano la pluralità di funzioni che il requisito di forma del contratto è venuto ad assumere nel passaggio da un'economia fondiaria alle dinamiche degli scambi immateriali propri dell'odierna realtà economica. Se infatti, per soddisfare determinate esigenze – quali quelle di responsabilizzazione del consenso e di certezza dell'atto – il vincolo di forma deve necessariamente essere assolto ai sensi dell'art. 2702 c.c., qualora la *ratio* della forma sia diversa tale esigenza ben può venire meno; ecco allora che, esclusa la necessità di un ricorso ad una “tradizionale” scrittura privata, la paternità delle dichiara-

⁶⁴ Si veda, in particolare, S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari cc.dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, cit., p. 684: “Part. 23 TUF non contiene nessuna deroga espressa al disposto dell'art. 2702 c.c. e, non dandosi qui allora una norma speciale, è la regola generale ... a dover trovare puntuale applicazione”; ID., *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, cit., p. 143, secondo cui le Sezioni Unite avrebbero aderito “ad una versione ideologizzata del neoformalismo di protezione”.

Cfr., nel medesimo senso, le osservazioni critiche di G. LA ROCCA, *La “forma informativa” ed “il potere dell'impresa di comandare il mercato”: a margine di Cass., ord., 27 aprile 2017 n. 10447 sul c.d. contratto monofirma*, cit., p. 13, secondo cui dovrebbe riconoscersi pari importanza tanto alla sottoscrizione del contraente forte, quanto a quella del debole. Ciò in quanto la sottoscrizione di (entrambe) le parti costituirebbe sempre il requisito richiesto “affinché [il] documento che integra la forma scritta sia completo nella sua struttura e possa così rendere la duplice attestazione che il consenso delle parti è stato manifestato per iscritto (art. 1325 nn. 1 e 4 c.c.) e che le dichiarazioni in cui esso si è concretizzato e contenute nel documento possono essere riferite ai sottoscrittori, che così sono impegnati al contratto”. Cfr. ID., *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 217 ss.

La sottoscrizione di entrambe le parti è ritenuta imprescindibile anche da G. AFFERNI, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione della nullità del contratto di investimento firmato dal solo cliente*, cit.

zioni contrattuali può essere ricondotta al contraente forte per via diversa dalla sottoscrizione del documento (e, nella prospettiva del presente studio: in forza della predisposizione del testo del contratto *ex art.* 1341 c.c.).

Questa conclusione appare coerente con il dato normativo: se l'art. 1350 c.c. è chiaro nel richiedere che gli atti ivi menzionati debbano “farsi per atto pubblico o per scrittura privata, sotto pena di nullità”, la norma speciale di cui all'art. 23 TUF si limita a richiedere che il contratto sia “redatto per iscritto”.

Da altro angolo visuale, la dottrina critica ha stigmatizzato il ruolo decisivo assegnato dalla Suprema Corte alla funzione informativa del requisito di forma, che non esaurirebbe – secondo la tesi in esame – la *ratio* dell'art. 23 TUF ⁽⁶⁵⁾. In particolare, si è affermato che la norma sarebbe tesa non solo (e non tanto) alla protezione dell'investitore, quanto alla regolazione dell'attività di impresa e dell'organizzazione dell'intermediario, con l'obiettivo di imporre prassi virtuose nell'ottica di una sana e prudente gestione, anche nei rapporti con l'Autorità di Vigilanza ⁽⁶⁶⁾. Il vincolo formale

⁶⁵ R. AMAGLIANI, *La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle Sezioni Unite*, cit., p. 1368, secondo cui “individuare la *ratio* della prescrizione che impone la redazione per iscritto dei contratti bancari esclusivamente in termini di forma ... veicolo di informazione per la parte che ne è sfornita o che non ne detiene a sufficienza, nella specie il cliente della banca, significa dare una spiegazione della norma meramente parziale”. Per contro, ad avviso dell'Autore, nella materia *de qua* verrebbero in rilievo anche interessi di carattere pubblicistico, riconducibili alla tutela del risparmio rilevante *ex art.* 47 Cost., e alle correlate esigenze di controllo sullo svolgimento dell'attività bancaria. Secondo questa impostazione, il vincolo formale sarebbe anzitutto teso a soddisfare “l'esigenza che l'attività contrattuale tra gli istituti di credito ed i privati sia sottoposta a penetranti controlli di natura pubblica, esercitati nel nostro ordinamento dalla Banca d'Italia e dalla Consob”. Successivamente alla pronuncia delle Sezioni Unite, ID., *Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898*, cit.

In senso analogo, cfr. A. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, cit.; P. GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *La nullità dei contratti bancari e dei servizi di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 165 ss.

⁶⁶ A. TUCCI, *La forma dimidiata nei contratti bancari e di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, p. 337 ss., secondo il quale il neoformalismo in materia finanziaria sarebbe teso anche alla salvaguar-

dovrebbe in ultima analisi intendersi rispondente a un'esigenza di "ordine pubblico di direzione", stanti i sottesi interessi di ordine generale; in tale prospettiva, la nullità sarebbe da intendersi alla stregua di una sanzione civile comminata all'intermediario (67).

Anche questi argomenti non persuadono appieno. In primo luogo, se è vero che sono ravvisabili scopi mediati e indiretti del precetto di forma, è altrettanto vero che le direttive europee e la normativa nazionale sono chiare nell'individuare la protezione dell'investitore quale finalità principale e diretta delle regole di validità riguardanti i contratti finanziari (68); affermare il

dia della "certezza dei rapporti giuridici instaurati e, prima ancora, all'ordinato svolgimento dell'attività d'impresa" svolta dall'intermediario.

⁶⁷ Così 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. 401, il quale qualifica il concetto di "ordine pubblico" sotteso alla disciplina imperativa dettata – anche sul piano formale – in relazione ai contratti bancari e di investimento non già come "un ordine pubblico di protezione dell'investitore o del cliente", bensì come "un ordine pubblico di direzione", che imporrebbe una interpretazione ed applicazione della normativa *de qua* "alla luce della superiore esigenza di garantire la fiducia ed integrità dei mercati, ciò che solo mediamente, e non sempre, conduce, con riguardo all'applicazione di questa o quella specifica regola, a proteggere gli investitori". In questa situazione, le regole sulla forma dei contratti bancari e finanziari sono lette non tanto alla stregua di prescrizioni di forma informativa, ma soprattutto come regole inerenti alla "organizzazione e [alla] professionalità degli intermediari", con la conseguenza che la nullità relativa sarebbe tesa a sanzionare "il difetto di organizzazione e di professionalità che è consistito nel vincolare [la banca] ed il cliente ad un contratto senza sottoscriverlo".

⁶⁸ Si veda, in particolare, la collocazione sistematica all'interno del Titolo II, Capo II, Sezione 2 delle Direttive 2004/39/CE ("MiFID") e 2014/65/UE ("MiFID II"), recante "Disposizioni volte a garantire la protezione degli investitori". A livello di normativa interna, una conferma in tal senso si ricava dalla legittimazione ristretta all'azione di nullità *ex art.* 23, comma 3, TUF, nonché dalla limitazione dei vincoli di forma-contenuto previsti dall'art. 37, comma 3, del Regolamento Intermediari al "contratto con i clienti al dettaglio".

A ben vedere, che "la forma [sia] ... massimamente strumento di informazione dei risparmiatori" è un dato rilevato già dai primi commentatori della disciplina domestica dei contratti di intermediazione mobiliare: così A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, p. 296 ss. e, nel medesimo senso, G. DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 710 ss.; R. COSTI, *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, cit.; S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, cit.

contrario significherebbe assegnare al diritto regolatorio, nell’ambito dei rapporti privatistici, un ruolo che non gli compete, finendo per confondere la disciplina dell’attività – assetti organizzativi, controlli interni, etc. – e quella, essenzialmente civilistica, dell’atto. In secondo luogo, l’accento posto sulla pretesa natura di “sanzione civile” della nullità *ex art. 23 TUF* risulta in contrasto con la disciplina prevista dalla stessa norma in relazione al rimedio invalidante, configurato alla stregua della più tipica “nullità di protezione”; se si fosse davvero in presenza di una sanzione a presidio di interessi di ordine generale, il legislatore avrebbe semmai previsto una nullità assoluta, rilevabile d’ufficio dal giudice senza il limite della salvaguardia dell’interesse della parte protetta ⁽⁶⁹⁾.

Altra parte della dottrina ha proposto letture alternative della pronuncia delle Sezioni Unite, ritenendo che l’unica opzione possibile per “giustificare” il principio di diritto ivi affermato, salvaguardando al contempo una coerenza sistematica rispetto all’art. 2702 c.c., sia quella di ritenere che la “redazione per iscritto” di cui all’art. 23 TUF non integri un vero e proprio requisito di forma del contratto.

Più di recente, cfr. A. GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1124 ss., che ravvisa nella protezione del cliente, in virtù della debolezza cognitiva e valutativa dello stesso, l’essenza delle prescrizioni formali – e della correlata sanzione invalidante – di cui al TUF.

⁶⁹ Si vedano, inoltre, i condivisibili rilievi critici di A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto “monofirma”*, cit., p. 664. L’Autore, muovendo dalla constatazione che i due obiettivi perseguiti dalla normativa in materia finanziaria sono la protezione dell’interesse dei clienti e l’integrità dei mercati (cfr. art. 21, comma 1, lett. a), TUF), ed escluso “che il riferimento all’integrità dei mercati possa riguardare il tema della forma dei contratti”, conclude che “le regole organizzative sono funzionali alla protezione di interessi sostanzialmente coincidenti a quelli che connotano la disciplina della forma *ad substantiam*”. In tale situazione, risulta così “trascurabile, sotto il profilo dell’adeguatezza degli assetti organizzativi, il rilievo della sottoscrizione del funzionario della banca, anche perché le procedure interne ... già consentono all’intermediario di conoscere (in tempo reale) l’identità del dipendente che ha concluso un determinato contratto”.

Si è così ritenuto che l'art. 23 TUF prescriva una mera forma-modulo, che non richiede necessariamente la sottoscrizione di entrambi i contraenti; in tale ottica, la scrittura sarebbe richiesta al fine di documentare l'assolvimento di obblighi di comportamento dell'intermediario, il cui inadempimento è sanzionato, eccezionalmente, con la nullità del contratto. Nullità che, non derivando dalla carenza di un requisito strutturale del contratto, sarebbe riconducibile non già all'art. 1418, comma 2, c.c., bensì all'art. 1418, comma 3, c.c. (nullità c.d. testuale) ⁽⁷⁰⁾.

Un'interpretazione della sentenza particolarmente suggestiva, ma che sembra tuttavia “forzare”, al fine di garantire una coerenza sistematica rispetto alla tradizionale impostazione strutturale, la ricostruzione della *ratio decidendi* delle Sezioni Unite, ipotizzando un *iter* argomentativo alternativo che finisce, in buona sostanza, per far dire alla Suprema Corte ciò che in realtà non ha inteso dire ⁽⁷¹⁾.

⁷⁰ G. D'AMICO, *La “forma” del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, cit., p. 140 ss.: “se si dovesse leggere la sentenza in commento nel senso che i giudici abbiano inteso affermare che (co-) esisterebbero due concetti di ‘forma del contratto’ ... sarebbe difficile sottrarsi a una sensazione di disorientamento e ad una valutazione decisamente critica della pronuncia in esame”. Secondo l'Autore, “ciò che le SS.UU. probabilmente hanno inteso dire è che la forma scritta richiesta dall'art. 23 T.U.F. non è una forma *ad substantiam actus*”, bensì “un'ipotesi di *forma-modulo*”, che non richiederebbe la sottoscrizione da parte dell'intermediario, ma solo quella del cliente, che “assomigli[erebbe] più che altro ad una ‘firma per ricevuta’ (che consente alla banca di provare l'avvenuta consegna)”.

Configura quella di cui all'art. 23 TUF alla stregua di una mera regola di condotta della banca A. DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il “balletto” delle forme*, cit., p. 571: “ove si esaminino attentamente il disposto dell'art. 23 t.u.f. non può non osservarsi come la stessa espressione ‘redazione per iscritto’ del contratto e della consegna di un esemplare di esso all'investitore, sia più rappresentativa ‘di un comportamento’ (dell'intermediario) che non di un requisito”; e “proprio in funzione del rapporto che si definisce ‘asimmetrico’ tra intermediario e investitore, il superamento della asimmetria non è tanto garantito dalla forma *ad substantiam*”, quanto dall'imposizione di “comportamenti al soggetto ‘più forte’”, la cui inosservanza è sanzionata con la nullità.

⁷¹ Le Sezioni Unite qualificano infatti espressamente quello di cui all'art. 23 TUF come “requisito di [i] forma ex art. 1325 c.c., n. 4”, precisando peraltro che esso “va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale” (cfr. Cass. Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.).

Al di là del pregevole sforzo esegetico, la tesi secondo cui l'art. 23 TUF imporrebbe solo un obbligo di comportamento, documentato mediante una semplice forma-modulo, non convince ⁽⁷²⁾. Se la *textform* è un mero documento informativo standardizzato, rispetto al quale non si pone nemmeno la questione dell'imputabilità di dichiarazioni negoziali, il contratto quadro – pur assolvendo anch'esso alla funzione di trasferimento delle informazioni in favore del contraente debole – è vero e proprio accordo contrattuale, rispetto al quale rimane il tema della riconduzione delle dichiarazioni al proprio autore; sicché, pare opportuno tenere separati i due piani.

9. Prospettiva funzionale e coerenza teorica. L'unità del concetto di forma nel prisma delle sue molteplici finalità

Ad avviso di chi scrive, la pronuncia delle Sezioni Unite merita, nel complesso, d'essere accolta favorevolmente. Essa, a ben vedere, non sembra aver inteso – a differenza di quanto affermato da taluni commentatori – operare uno “sdoppiamento” del concetto di forma, affiancando alla forma di matrice codicistica un nuovo e diverso concetto di forma informativo-protettiva.

Nel quadro del più ampio processo di revisione delle categorie generali del diritto civile ⁽⁷³⁾, la decisione ha semmai posto nella dovuta luce – va-

⁷² Si ritiene di aderire alla più equilibrata ricostruzione offerta da L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, cit., p. 15, che – riferendosi, nella specie, alla previsione dell'art. 117 TUB in relazione ai contratti bancari – individua l'essenza della norma sì in un “obbligo di dettagliata informazione”, ma pur sempre “incorporato nel requisito di forma scritta del contratto”.

⁷³ Cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 741 ss., secondo cui “i principi enunciati dalla sentenza delle Sezioni Unite non [devono] essere visti come espressione di una scelta interpretativa eversiva”, quanto “di un processo certo ancora in corso, di revisione di categorie tradizionali nella prospettiva, che pare in effetti essere quella soltanto adeguata alla complessità del tempo presente, della funzione che i corrispondenti istituti sono chiamati ad espletare”.

lorizzandole, per una decisione più equa e coerente del caso concreto – le funzioni della forma nell’ambito dei contratti asimmetrici del settore finanziario, con argomentazioni che paiono idonee a travalicare lo specifico ambito considerato. Una simile operazione interpretativa, lungi dal violare una pretesa intangibilità e immutabilità dei concetti, vi infonde nuova linfa vitale, rendendoli idonei a fornire risposte adeguate ed efficienti ai problemi posti dalla moderna realtà economica.

Il requisito di forma del contratto si è mostrato flessibile e capace di adattarsi ad assolvere funzioni nuove e ulteriori rispetto a quelle ad esso assegnate nella concezione originaria del codice civile ⁽⁷⁴⁾. Anche dopo le Sezioni Unite, la forma resta un concetto unitario, che tuttavia deve essere letto alla luce delle specifiche finalità perseguite nell’ambito della contrattazione asimmetrica. In tale contesto, pare ragionevole ritenere che la redazione per iscritto imposta dall’art. 23 TUF non debba necessariamente sostanzarsi nella sottoscrizione bilaterale di una scrittura privata *ex art. 2702 c.c.*

L’adozione di una prospettiva funzionale ben può coniugarsi a una coerente ricostruzione teorica. Se l’interpretazione teleologica porta a concludere che la sottoscrizione del contraente forte non occorre, in quanto non svolge alcuna specifica funzione, il dato relativo alla predisposizione del modulo contrattuale *ex art. 1341 c.c.* consente di ricavare implicitamente il

Il tema, da un punto di vista generale, è tanto affascinante quanto di ampio respiro, tale da non poter essere affrontato *funditus* in questa sede. Al riguardo, imprescindibile è il riferimento a N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013. Si veda anche F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 919 ss.

⁷⁴ Già C. CASTRONOVO, *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, cit., p. 300 ss., analizzando i rapporti tra la legislazione speciale e il codice civile, criticava una concezione di quest’ultimo “alla stregua di un sistema fissato una volta per tutte nei significati e nei limiti che lo caratterizzano originariamente”.

consenso dell'intermediario, senza doverlo ricercare in comportamenti estranei al perimetro del documento scritto ⁽⁷⁵⁾.

Di qui la principale osservazione critica che si ritiene opportuno muovere alla motivazione delle Sezioni Unite: dal momento che la banca stessa è predisponente delle condizioni generali del contratto quadro, fatto firmare al cliente, non occorre andare a ricercare equipollenti della sottoscrizione dell'intermediario, ovvero – come si legge nel principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte – “comportamenti concludenti dallo stesso tenuti”, che consentano di desumere il relativo consenso. Oltre che non necessaria, una simile operazione desta non poche perplessità da un punto di vista teorico, stante la difficoltà – già segnalata *supra* – di desumere in via interpretativa il consenso alla stipulazione di un contratto formale alla luce di elementi estranei al documento scritto, che si collocano peraltro nella successiva fase di esecuzione del rapporto.

Un secondo rilievo critico si impone là dove il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite sembra attrarre nel perimetro della forma ciò che forma non è: vale a dire, la consegna materiale di copia del contratto. Secondo la Suprema Corte, “Il requisito della forma scritta del contratto-

⁷⁵ Cfr. M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, cit., p. 471 ss. Cfr. inoltre S. PAGLIANTINI, *Il contratto monofirma nella prospettiva dell'art. 1341 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 729 ss., che però – pur riconoscendo l'art. 23 TUF quale “epifania dell'art. 1341 cod. civ.” – conclude che, in tale prospettiva, la norma del TUF sarebbe allora da intendersi quale espressione di una forma-modulo.

Parte della dottrina ha obiettato che il meccanismo di perfezionamento mediante predisposizione di condizioni generali standardizzate *ex art. 1341 c.c.* non sarebbe applicabile ai contratti bancari e finanziari, che dovrebbero essere concepiti – per così dire – “su misura”, in base alle specifiche categorie di clienti e alle relative esigenze (è il pensiero di D. MAFFEIS, espresso da ultimo nel commento *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. 405). A questa critica si potrebbe replicare evidenziando come la fondamentale esigenza di “personalizzazione” dei rapporti di investimento venga soddisfatta non tanto all'interno del testo del contratto quadro, che resta per lo più standardizzato, quanto – a livello sostanziale – in sede di profilatura della clientela e di valutazione dell'adeguatezza e dell'appropriatezza degli investimenti.

quadro relativo ai servizi di investimento ... è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata copia al cliente ...”. La consegna pare così essere intesa alla stregua di un vero e proprio requisito di forma del contratto.

È innegabile che l’obbligo di consegna al cliente di un esemplare del contratto si inserisca, nell’intenzione del legislatore, in un procedimento unitario, teso ad assicurare la trasmissione, in favore della parte protetta, delle informazioni inerenti al contenuto del rapporto. Tuttavia, come già evidenziato nella parte generale del presente studio, deve ritenersi che la consegna della copia costituisca una semplice obbligazione di *facere*, espressione di un dovere di condotta, in quanto non attiene né alla formazione, né alla forma – e, dunque, alla struttura – del contratto, ponendosi semmai nella fase “esecutiva”, successiva alla stipulazione del contratto medesimo ⁽⁷⁶⁾. Conseguentemente, salvo ritenere che la nullità *ex art. 23 TUF* sia espressamente riferita anche alla violazione della regola di comportamento che impone la consegna (e la norma non sembra prevedere così chiaramente tale estensione del rimedio invalidante ⁽⁷⁷⁾), la tutela del cliente potrà concretizzarsi solo nella domanda di adempimento, nella domanda risarcitoria e – eventualmente – nella domanda di risoluzione del contratto ⁽⁷⁸⁾.

⁷⁶ Cfr. *supra*, cap. I, §9.

⁷⁷ Per le opposte tesi, cfr. A.A. DOLMETTA, *Strutture rimediali per la violazione di “obblighi di fatti-specie” da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, cit. e G. ALPA, *Commento all’art. 23*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, cit.

⁷⁸ Cfr. A. DALMARTELLO, *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto “monofirma”*, cit., p. 666, secondo cui “Poiché la forma, e in particolare la forma scritta di un contratto, costituisce il *vestmentum* della dichiarazione negoziale, includere la consegna dell’esemplare nei requisiti di forma non sembra rispettare i fondamenti del concetto normativo”; alla luce del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, l’Autore ravvisa, “benché si tratti di un evidente *obiter dictum* ... il rischio che ... nei giudizi di merito in materia bancaria e

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può così riassumere la lettura complessiva del problema che si ritiene preferibile e che si propone con il presente studio:

- l'art. 23 TUF, nel prevedere la redazione del contratto per iscritto, individua non già un semplice dovere di comportamento dell'intermediario, né una mera forma-modulo, bensì un vero e proprio requisito di forma del contratto ai sensi dell'art. 1325, n. 4, c.c.;
- la mancanza di detto requisito formale integra la nullità del contratto, azionabile solo dal cliente per espressa previsione dell'art. 23 TUF;
- peraltro, stante la funzione primaria di protezione del cliente assolta (implicitamente) dal requisito formale e (esplicitamente) dalla sanzione della nullità, affinché detto requisito possa ritenersi soddisfatto è sufficiente la sottoscrizione del cliente, mentre la riferibilità del testo contrattuale alla banca è data già dalla predisposizione del testo stesso *ex art.* 1341 c.c.;
- l'obbligo di consegna di un esemplare del contratto al cliente è una regola di comportamento dell'intermediario, estranea all'ambito del requisito formale; conseguentemente, la sua violazione non comporta la nullità strutturale del contratto, ma solo i rimedi tipici dell'inadempimento.

Queste conclusioni hanno, ad avviso di chi scrive, il pregio di coniugare la lettura funzionale della forma – avallata, condivisibilmente, dalla pronuncia delle Sezioni Unite – con un coerente inquadramento teorico e sistematico, che consenta di individuare la natura del requisito di forma *ex art.*

finanziaria, il difetto del requisito formale della consegna prenda il posto, quale via breve per garantire tutela al cliente, del difetto di sottoscrizione dell'intermediario”.

Anche in tale prospettiva, ad avviso di chi scrive dovrebbe peraltro ritenersi che la dichiarazione di aver ricevuto una copia del contratto, contenuta nel modulo contrattuale sottoscritto dal cliente, possa comunque valere quale prova dell'avvenuta consegna.

23 TUF, nell’ambito di una delicata operazione di raccordo tra disciplina speciale e disciplina generale del contratto ⁽⁷⁹⁾.

10. La forma del contratto nell’ottica di una giurisprudenza degli interessi

L’impostazione teleologica fatta propria dalle Sezioni Unite con riferimento alla forma del contratto quadro di investimento parrebbe porsi nella prospettiva, più generale, di una “giurisprudenza degli interessi”, che tenda cioè primariamente alla ricerca della *ratio* ispiratrice delle norme positive, individuando l’interesse che il legislatore ha inteso tutelare e orientando, in tale direzione, l’applicazione della legge al caso concreto.

Non è naturalmente questa la sede per un approfondimento, neppure per sommi capi, della storia e dei fondamenti teorici di questa scuola di pensiero, diffusasi in Germania nel secolo XIX e che ha – come noto – in Jhering il suo celebre fondatore ⁽⁸⁰⁾. Ciò che si propone è semplicemente uno spunto di riflessione – che potrebbe stimolare uno studio più appro-

⁷⁹ L’importanza di un coordinamento tra le regole riguardanti i contratti di investimento e la disciplina codicistica è evidenziata da A. TUCCI, *Profili del contratto nell’investimento finanziario*, cit., p. 367, ove si propone il criterio direttivo in base al quale “le regole e i principi del diritto generale delle obbligazioni e dei contratti trovano applicazione, in quanto non espressamente derogati e non incompatibili con la disciplina speciale e con la sua ‘filosofia’”.

⁸⁰ R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht*, 1877, trad. italiana *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972. La giurisprudenza degli interessi ha poi trovato uno dei suoi massimi esponenti in P. HECK, autore dell’opera *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, trad. inglese *The Jurisprudence of interest*, Cambridge, 1948; v. anche ID., *Giurisprudenza degli interessi e fedeltà alla legge*, trad. italiana a cura di R. Favale, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 1192 ss.

In argomento, nella dottrina italiana si vedano – su tutti – E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971; E. PARESCHE, *Interpretazione (Filosofia del diritto e teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 228 ss.; L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss.; G. ORRÙ, *Giurisprudenza degli interessi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 171 ss.; M. BARCELLONA, *Interpretazione e legittimazione del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1097 ss.; A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007.

fondito – in merito al sempre più frequente ricorso, da parte della giurisprudenza, all'individuazione dell'interesse tutelato dalle norme quale fondamentale criterio di orientamento della decisione di fattispecie complesse, come quella affrontata dalle Sezioni Unite in materia di forma scritta dei contratti di investimento.

Secondo la teoria dell'interesse, tanto la scienza giuridica, quanto la giurisprudenza devono ricercare gli scopi che costituiscono il principio fondante delle norme. Respingendo una lettura astratta e metafisica del diritto, esso viene inteso quale strumento di soddisfacimento degli interessi esistenti nella realtà economico-sociale; in tale prospettiva, all'atto della applicazione delle norme al caso concreto, l'individuazione della finalità perseguita dal legislatore consentirebbe di dirimere le controversie in modo più equo e flessibile.

La teoria giuridica dell'interesse si contrappone alla “giurisprudenza dei concetti”, la quale – nel solco della scuola pandettistica tedesca – presuppone un metodo d'indagine scientifico più rigido che, partendo dal sistema giuridico positivo, conduce all'individuazione di concetti generali, alla luce dei quali l'interprete deve procedere all'esegesi delle disposizioni particolari mediante la sussunzione della fattispecie concreta nella fattispecie astratta, seguendo un procedimento puramente logico-deduttivo ⁽⁸¹⁾.

La tendenza a valorizzare gli interessi sottesi alle norme giuridiche, unitamente al ricorso alle clausole generali, appare sempre più di frequente nell'esercizio della funzione nomofilattica della Suprema Corte ⁽⁸²⁾, tanto da

⁸¹ Si veda G. ORRÙ, *Giurisprudenza dei concetti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 177 ss.

⁸² In termini generali, la prospettiva di una giurisprudenza degli interessi era già caldeggiata, diversi anni prima della pronuncia delle Sezioni Unite sul “contratto monofirma”, da colui che ne avrebbe assunto la presidenza: cfr. R. RORDORF, *Separazione patrimoniale ed azione di responsabilità nelle società fiduciarie*, in *Società*, 1999, 11, p. 1330 ss., che rilevava, peraltro, come tanto la

divenire strumento di progressiva affermazione di un “diritto giurisprudenziale”. Al riguardo, la Cassazione è giunta ad affermare espressamente che la “applicazione del modello ermeneutico tipico della *Interessenjurisprudenz* (c.d. giurisprudenza degli interessi, in contrapposizione alla *Begriffsjurisprudenz* o giurisprudenza dei concetti quale espressione di un esasperato positivismo giuridico)” consentirebbe di evitare “sia il rischio, insito nel c.d. sistema chiuso (del tutto codificato e basato sul solo dato testuale delle disposizioni legislative senza alcuno spazio di autonomia per l’interprete), del mancato, immediato adeguamento all’evolversi dei tempi, sia il rischio che comporta il c.d. sistema aperto, che rimette la creazione di dette norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici (ordine etico, coscienza sociale etc.) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata” (83).

Ad avviso dello scrivente, la prospettiva di una rinnovata giurisprudenza degli interessi può ritenersi commendevole, nella misura in cui consente di superare l’eccessivo formalismo di un’applicazione rigida dei principi, del tutto avulsa dallo spirito delle norme, in un ordinamento ove al sistema codicistico si affianca una vasta legislazione speciale e di settore, di origine interna e comunitaria, che risponde a *rationes* in parte nuove, di cui non si può non tenere conto in sede applicativa. Tale valutazione, sostanzialmente positiva, è peraltro soggetta a due *caveat* essenziali.

“giurisprudenza degli interessi”, quanto la “giurisprudenza dei concetti” presupponevano, all’epoca della relativa elaborazione teorica, “un ordinamento dotato di forte coerenza interna, tale per cui i concetti espressi dalle norme costituissero l’ossatura di un sistema logico ben percepibile ed altrettanto ben percepibile fosse la scelta legislativa di tutelare determinati interessi o di assicurarne la prevalenza, in caso di conflitto, con altri interessi di segno contrario”. Assai più difficile sarebbe il compito assegnato all’interprete odierno, “calato in società assai più complesse, che esprimono ordinamenti assai meno sistematici sotto il profilo concettuale, e nei quali anche l’individuazione degli interessi meritevoli di tutela ... avviene per lo più in ambiti settoriali”.

⁸³ Così Cass. 11 maggio 2009, in *Resp. civ. prev.*, 2009, p. 2063 ss.

Il primo. Pur dovendosi rifuggire da un’impostazione eccessivamente dogmatica, l’approccio teleologico e maggiormente flessibile deve essere comunque coniugato a una necessaria coerenza teorica nell’inquadramento giuridico degli istituti, come si è più volte avuto occasione di porre in luce nell’ambito del presente studio.

Il secondo. Il superamento della rigidità e dell’immutabilità dei concetti, che affida all’interprete nuovi strumenti per una più equa ed efficiente decisione dei casi concreti, non deve arrivare al punto di consegnare nelle mani degli organi giudicanti un “potere creativo” che porti ad un intollerabile sacrificio della certezza del diritto.

Alla luce di quanto precede, l’approccio funzionale al tema della forma sembra poter realizzare un condivisibile bilanciamento di interessi, consentendo la necessaria flessibilità nell’interpretazione e nell’applicazione di un requisito contrattuale cui la legge ha assegnato funzioni differenti da quelle tradizionalmente demandategli.

11. Forma, sanzione e proporzionalità

Un ulteriore profilo che la lettura teleologica della forma del contratto consente di valorizzare è quello relativo alla proporzionalità della sanzione rispetto all’interesse tutelato ⁽⁸⁴⁾.

La “rilevanza cardine” del principio di proporzionalità è stata espressamente affermata dalla pronuncia delle Sezioni Unite sul contratto “mono-

⁸⁴ In generale, sul principio di proporzionalità, si veda P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss., secondo cui detto principio “consente al giudice un ruolo più attivo nella produzione del diritto, ma rappresenta anche un parametro quantitativo vincolante della sua arbitrarietà”; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 379 ss.; nonché M.C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999; L. BERTINO, *La proporzionalità dei rimedi contro l’inadempimento del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 988 ss.; G. PERLINGIERI - A. FACHECHI, *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017.

firma”, richiamando il noto precedente della Suprema Corte – sempre nella sua composizione più autorevole – che, in materia di responsabilità civile, ha ritenuto imprescindibile detto principio ai fini del riconoscimento della sentenza straniera comminatoria di “danni punitivi” (85).

Il richiamo all’adeguatezza e alla proporzionalità delle sanzioni giuridiche è una costante nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Espresa affermazione del principio di proporzionalità è inoltre presente nell’ordinamento dell’Unione Europea (si vedano l’art. 49, comma 3, della Carta di Nizza e l’art. 5 del Trattato sull’Unione Europea).

La necessità dell’applicazione di una sanzione proporzionata rispetto al precetto violato è stata posta in luce anche da parte di autorevole dottrina. In particolare, si è evidenziato come l’interprete sia chiamato a individuare il “giusto rimedio”, vale a dire quello adeguato ai fini della tutela degli interessi protetti dalla norma, e non eccedente rispetto allo scopo (86).

Tali principi sembrano poter assurgere a criterio guida anche nell’ambito dei contratti di intermediazione finanziaria (87). Se infatti

⁸⁵ Cass. Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, p. 1787 ss., con nota di A. DI MAJO, *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*. Secondo le Sezioni Unite, “La proporzionalità del risarcimento, in ogni sua articolazione, è, a prescindere da questo disposto normativo, uno dei cardini della materia della responsabilità civile”; conseguentemente, “il controllo delle Corti di appello [deve essere] portato a verificare la proporzionalità tra risarcimento riparatorio-compensativo e risarcimento punitivo e tra quest’ultimo e la condotta censurata”.

⁸⁶ P. PERLINGIERI, *Il “giusto rimedio” nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.; ID., *Regole del mercato e tutela dell’investitore: riflessioni a margine della MiFID*, in S. Adamo - E. Capobianco - P.A. Cucuracchi (a cura di), *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*, Napoli, 2010, p. 23 ss., secondo cui “la scelta del rimedio utile deve essere parametrata in virtù delle peculiarità del caso concreto”, al fine di “verificare quali interessi sono effettivamente coinvolti, bilanciarli nella logica del sistema e, in ultimo, individuare la misura più adeguata per la loro tutela”.

⁸⁷ *Contra* S. PAGLIANTINI, *Forma o modalità di un’informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell’art. 23 T.U.F.*, cit.; A. MIRONE, *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, cit.

l'obbligo di forma scritta previsto dall'art. 23 TUF è preordinato, in via principale e diretta, a garantire un'adeguata informazione e una presa di coscienza del cliente in ordine ai contenuti e alle condizioni del contratto, applicare la sanzione della nullità allorché detto scopo sia stato comunque raggiunto, con il pretesto della mancata sottoscrizione da parte dell'intermediario, risulterebbe una soluzione oltremodo sproporzionata (*rectius*: abnorme).

Non può non considerarsi come il legislatore, mediante la previsione di una nullità relativa azionabile solo dal cliente e rilevabile d'ufficio nel suo esclusivo interesse, abbia inteso specificamente proteggere la sfera giuridica dell'investitore, e – in particolare – il suo interesse a essere compiutamente informato. Essendo di immediata evidenza la ragione giustificativa della sanzione, essa non può certo essere ignorata nell'interpretazione del precetto (di forma) cui la sanzione medesima fa da presidio. Come a dire: la nullità di protezione non può che essere conseguenza della violazione di una forma anch'essa da intendersi alla luce della sua funzione protettiva; là dove una simile esigenza di tutela non risulti pregiudicata, l'applicazione indiscriminata del rimedio invalidante risulterebbe inadeguata ed eccessiva.

Ecco allora che forma e nullità “di protezione” si presentano come un binomio inscindibile nell'approccio interpretativo, in quanto caratterizzate dalla medesima *ratio*: di qui la necessità di un esame interconnesso, che consenta di aprire a una lettura evolutiva del requisito formale e – in particolare – delle condizioni necessarie affinché quest'ultimo possa ritenersi soddisfatto.

Come si avrà modo di illustrare più oltre, le interconnessioni tra i due istituti sono tanto strette sul piano concettuale quanto significative sul piano applicativo, con particolare riferimento alla possibilità che il vizio di forma

venga invocato al fine di ottenere indebiti vantaggi, mediante un'azione di nullità che miri – contrariamente a buona fede – a rimuovere gli effetti dei soli investimenti rivelatisi svantaggiosi per il cliente.

CAPITOLO III

LA NULLITÀ DI PROTEZIONE NEI RAPPORTI DI INVESTIMENTO

SOMMARIO: 1. Le nullità di protezione nei contratti asimmetrici. – 2. Legittimazione relativa e rilevanza d'ufficio. – 3. La nullità di protezione “virtuale”. – 4. Il problema della “nullità selettiva”. – 5. Nullità di protezione e tutela restitutoria. – 6. L'ipotesi della convalida del contratto quadro viziato. – 7. Lo scrutinio della condotta dell'investitore secondo buona fede. Profili di abuso del diritto e del processo. – 8. L'*exceptio doli generalis*. – 9. La pronuncia delle Sezioni Unite: il regime restitutorio delle nullità di protezione e il criterio ordinante della buona fede. – 10. La ripetizione unilaterale dell'indebito e il giudizio (equitativo) *ex fide bona*. Osservazioni critiche. – 11. Gli strumenti di tutela della parte debole nei rapporti di intermediazione finanziaria. Superamento del formalismo.

1. Le nullità di protezione nei contratti asimmetrici

Nella legislazione speciale e di settore si registra il ricorso, sempre più frequente, alla nullità del contratto al fine di tutelare le ragioni della parte debole dei rapporti asimmetrici. La nullità viene così prevista per garantire – in via immediata e diretta – la protezione dell'interesse del contraente tutelato, assicurando al contempo – in via mediata e indiretta – la promozione di interessi di carattere generale, e segnatamente di quelli riconducibili alla concorrenza e al mercato.

Le “nuove” forme di nullità sono connotate da deroghe, assai marcate, al generale regime codicistico, tanto che la dottrina si è riferita ad esse in termini di “nullità speciali”; la primaria *ratio* di tutela della parte debole ha poi indotto gli interpreti a discorrere di “nullità di protezione” (1).

¹ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995; P.M. PUTTI, *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 375 ss.; S. MONTICELLI, *Dalla inefficacia della clausola vessatoria alla nullità del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 565 ss.; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1332 ss.; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001; F. DI MARZIO, *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti*, cit.; ID., *Nullità di protezione, codice del consumo e contratti del consumatore*,

I due aspetti sono strettamente interconnessi ⁽²⁾, in quanto la funzione protettiva ⁽³⁾ si traduce in significative divergenze di disciplina rispetto alla nullità di diritto comune.

in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss.; ID., *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 816 ss.; R. QUADRI, “Nullità” e tutela del “contraente debole”, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1164 ss.; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 489 ss.; ID., *Contratto e regolamento nel piano d’azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459 ss.; ID., *Il contratto in trasformazione: invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, II, *Il contratto in generale*, Torino, 2002, p. 128 ss.; F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell’evoluzione del sistema*, Milano 2004; ID., *Nuovi profili della nullità*, in ID., *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, p. 211 ss.; M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, IV, I, p. 13 ss.; A. GORASSINI, *L’istituto codicistico della “nullità del contratto” e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 199 ss.; M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008; ID., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell’invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 53 ss.; D. RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008; G. D’AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 739 ss.; P.M. PUTTI, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, III, 2, p. 953 ss.; A. GENTILI, *La “nullità di protezione”*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 77 ss.; A. MANIACI, *Lo scenario delle c.d. nullità speciali*, in *Annales de droit privé 2010-2011*, Milano, 2011, 387 ss.; A. ALBANESE, *Non tutto ciò che è “virtuale” è “razionale”: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 516 ss.; A. LA SPINA, *Destutturazione della nullità e inefficacia adeguata*, Milano, 2012; R. ALESSI, *“Nullità di protezione” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1141 ss.; G. MASTROPASQUA, *Gli statuti della nullità contrattuale tra vizi formali e vizi sostanziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1480 ss.; V. FRANCESCHELLI, *La nullità del contratto*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2015; A. PISANI MASSAMORMILE, *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 31 ss.

² Parte della dottrina ha peraltro ritenuto che la nullità di protezione non debba ritenersi una “nullità speciale”, non essendo la funzione di tutela di interessi particolari del tutto aliena all’originaria concezione codicistica della nullità. Così A. GENTILI, *La “nullità di protezione”*, cit., secondo cui la nullità di protezione sarebbe “solo la manifestazione più moderna della funzione di protezione storicamente tipica di una delle forme tradizionali di nullità, in cui interagiscono fra loro l’interesse del privato e l’interesse generale”. A sostegno della propria tesi, l’Autore propone alcuni esempi: “nel patto commissorio, nel patto leonino ... e simili, la ratio basilare della nullità è la protezione del debitore del socio ...”; inoltre, anche con riferimento alle “invalidità strutturali ... la legge commina la nullità non per astratte ragioni di imperfezione, ma perché un contratto non voluto o non funzionale non può realmente esprimere la libera e razionale scelta di utilità del contraente, e quindi non merita che la legge lo renda vincolante e coercibile”. In tale situazione, ad opinione dell’Autore, “la nullità ha perciò dall’origine (anche, talora) una funzione di protezione di interessi privati”.

Ne deriva, quanto al regime giuridico predisposto dal legislatore, una conformazione ibrida, che – abbandonando determinati tratti caratterizzanti del modello classico della nullità – acquista taluni connotati tipici dell’annullabilità, a partire dalla legittimazione relativa ⁽⁴⁾. A livello sistematico, autorevole dottrina ha ritenuto configurabile, attesi i tratti tendenzialmente uniformi della disciplina delle nullità protettive e la loro *ratio* comune, un *tertium genus* di invalidità ⁽⁵⁾.

A ben vedere, prima ancora che nella disciplina, le nullità di protezione divergono dalla nullità codicistica nella loro configurazione dogmatica. Secondo l’insegnamento tradizionale, di derivazione pandettistica, la nullità “strutturale” – quale quella oggi prevista nel codice civile italiano all’art. 1418, secondo comma – è la necessaria conseguenza logica della carenza,

³ L’individuazione della *ratio* della nullità nella protezione delle esigenze di tutela del consumatore, conseguenti allo stato di endemica debolezza in cui lo stesso versa, è stata rilevata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di clausole vessatorie, a partire dalla nota sentenza *Océano* (Corte di Giust., 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 a C-244/98), secondo cui “il sistema di tutela istituito dalla direttiva [93/13/CEE, n.d.r.] è fondato sull’idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative, sia il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse”.

⁴ Come noto, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse ed è rilevabile d’ufficio dal giudice, salve diverse disposizioni di legge (art. 1421 c.c.); la relativa azione è imprescrittibile (art. 1422 c.c.); il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente (art. 1423 c.c.); al contrario, l’annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge (art. 1441 c.c.), senza alcun potere di rilievo d’ufficio del giudice; l’azione si prescrive in cinque anni (art. 1442 c.c.); il contratto annullabile può formare oggetto di convalida, mediante dichiarazione espressa o per effetto della volontaria esecuzione del contratto stesso, pur conoscendo il motivo di annullabilità (art. 1444 c.c.).

Nondimeno, secondo la dottrina prevalente, la nullità protettiva costituisce pur sempre una *species* del più ampio *genus* della nullità, conservando la natura di vizio radicale (così G. D’AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit.).

⁵ M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit.; ID., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell’invalidità negoziale*, cit.

nella fattispecie concreta, degli elementi propri della fattispecie astratta, così come individuata dal legislatore ⁽⁶⁾: è, come noto, la c.d. teoria della “carenza di fattispecie”, in base alla quale la nullità rileva, per così dire, “in negativo”. La nullità protettiva si discosta dalla menzionata ricostruzione: essa – anche quando si riferisce ad elementi essenziali del contratto, come, ad esempio, la forma – si colloca in una dimensione funzionale, quale strumento di salvaguardia dell’interesse tutelato ⁽⁷⁾; così manifestando, in ultima analisi, la sua spiccata natura di rimedio.

Alla luce di quanto precede, quella della nullità risulta essere una delle categorie concettuali maggiormente interessate dalla radicale trasformazione operata dalla legislazione speciale di ispirazione comunitaria ⁽⁸⁾, nell’ambito del già richiamato processo di revisione – o, secondo molti, di “crisi” – delle categorie civilistiche tradizionali ⁽⁹⁾.

⁶ R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 331 ss.; ID., *Fattispecie*, *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989; A. CATAUDELLA, *Fattispecie e fatto I. Fattispecie*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 926 ss.; A. FALZEA, *Fattispecie e fatto II. Fatto giuridico*, *ivi*, p. 941 ss.

⁷ Cfr. A. DI MAJO, *La nullità*, cit., secondo cui “la tematica delle ‘nullità speciali’ non è tale soltanto sul terreno degli effetti, definiti appunto ‘speciali’ e cioè diversi da quelli comuni. Essa è tale anche sul terreno delle nullità-fattispecie. Essa è infatti distante anni luce da quelle forme tradizionali di nullità, che sono definite ‘strutturali’, perché intrinseche al contratto. Le ‘cause’ e/o i fattori ... di nullità qui attengono a circostanze o elementi che sono, tutti, ‘esterni’ al contratto”. In particolare, secondo l’Autore, la dimensione funzionale si manifesta nel fatto che la nullità speciale “è commisurata in stretto e immediato rapporto con il concreto assetto di interessi perseguito dalle parti”.

⁸ R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 590 ss., con particolare riferimento alla crisi della distinzione ontologica tra nullità e annullabilità. Cfr. R. ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cit., che rileva “una ‘scomposizione’ dell’istituto o quanto meno una ‘moltiplicazione’ dei regimi, che dalla nullità trascorre alle nullità. Ragione ed effetto di questa scomposizione è proprio la comparsa, accanto alla nullità ‘classica’ degli artt. 1418 e seguenti c.c., di una nullità speciale”.

⁹ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, cit.

La nullità di protezione pone delicati problemi di ricostruzione della figura, a partire dalla questione dell'efficacia del contratto invalido. Se la nullità (assoluta) implica che il contratto non produca mai i propri effetti tipici, tanto che il relativo accertamento si risolve in una pronuncia meramente dichiarativa, la legittimazione relativa delle nullità speciali potrebbe comportare, secondo parte della dottrina, che il contratto debba intendersi precariamente efficace, sino a quando il vizio non sia fatto valere in giudizio dalla parte tutelata ⁽¹⁰⁾, analogamente a quanto avviene in relazione al contratto annullabile. In senso critico, si è osservato che una simile soluzione interpretativa risulterebbe difficilmente conciliabile con l'imprescrittibilità dell'azione di nullità, in considerazione della quale la possibilità di provocare unilateralmente la caducazione – con effetto *ex tunc* – di un contratto efficace si risolverebbe, nella sostanza, nell'accordare al contraente legittimato uno *ius poenitendi sine die* ⁽¹¹⁾. Altra dottrina ha qualificato la nullità di protezione quale “nullità pendente o sospesa”, nel senso che la fattispecie viziata dovrebbe intendersi originariamente inefficace, salva la possibilità per la parte protetta di manifestare – con efficacia retroattiva – una volontà sanante ⁽¹²⁾.

Preme poi evidenziare come le nullità di protezione – ad avviso di alcuni, l'uso del plurale è d'obbligo ⁽¹³⁾ –, pur presentando molteplici tratti

¹⁰ S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 180, secondo cui nell'ambito delle nullità relative dovrebbe ritenersi superato il “dogma” dell'inefficacia assoluta del contratto nullo, e la produzione di effetti giuridici sarebbe “da considerare connotato regolare della nullità”. In senso analogo, V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit.

¹¹ Così G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit., il quale sottolinea altresì che, applicando il “modello” dell'annullabilità alle nullità di protezione, la distinzione tra nullità e annullabilità finirebbe per svanire.

¹² M. GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit.

¹³ Cfr. A. GENTILI, *La “nullità di protezione”*, cit.: “la nullità di protezione non è una categoria unitaria, se non nella misura in cui è un genere comune, che accoglie diverse specie e quindi

comuni, sono connotate da discipline speciali volta per volta differenti, in alcuni casi più complete, in altri più lacunose, andando così a costituire un insieme eterogeneo.

A livello normativo, secondo l'opinione diffusa, l'art. 36 cod. cons. rappresenterebbe l'archetipo delle nullità di protezione. La norma, dalla rubrica eloquente (“*Nullità di protezione*”), prevede la nullità delle clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori; l'invalidità è sempre parziale, colpendo solo le clausole abusive, mentre “*il contratto rimane valido per il resto*” (comma 1). Il successivo comma 3 specifica che “*La nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice*”.

Volgendo lo sguardo verso la tematica oggetto di specifico interesse ai fini del presente studio, vale a dire la correlazione tra nullità protettiva e requisito di forma del contratto, vengono in rilievo – come noto – le disposizioni del testo unico bancario e del testo unico della finanza.

L'art. 117, comma 3, TUB prevede la nullità dei contratti bancari “*nel caso di inosservanza della forma prescritta*”. L'art. 127, comma 2, TUB specifica – con formulazione che riecheggia quella dell'art. 36 cod. cons. – che la nullità opera “*soltanto a vantaggio del cliente*” e che può essere “*rilevat[a] d'ufficio dal giudice*”.

Quanto al settore dell'intermediazione finanziaria, ai sensi dell'art. 23, comma 1, TUF, l'inosservanza della forma scritta prevista in relazione al contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento comporta la

diverse discipline”; R. ALESSI, “*Nullità di protezione*” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cit., secondo cui la nullità di protezione “risulta affidata a regole non identiche e talora neppure sovrapponibili”, dovendosi assumere come “categoria plurale”; in tale situazione, resta aperta la questione “se i dati normativi rimandino a una moltiplicazione di nullità a loro modo (e diversamente) ‘speciali’, o non si delinea piuttosto una categoria unitaria”.

nullità del contratto stesso ⁽¹⁴⁾. Il terzo comma precisa che “*la nullità può essere fatta valere solo dal cliente*”, senza nulla specificare né in merito alla esclusiva “operatività a vantaggio del cliente”, né rispetto alla rilevabilità d’ufficio, a differenza delle menzionate disposizioni del codice del consumo e del TUB.

Anche senza estendere l’esame al variegato novero delle nullità speciali previste in diversi settori dell’economia – ad esempio, in relazione ai contratti assicurativi (art. 167 cod. ass.), di subfornitura (art. 2, L. n. 192/1998) e di vendita di immobili da costruire (art. 2, D. Lgs. n. 122/2005) –, già dalle predette disposizioni risulta evidente come l’eterogeneità che caratterizza il panorama normativo delle nullità di protezione renda non certo semplice il compito di individuazione di uno “statuto” comune.

Tale compito è ovviamente esorbitante rispetto all’oggetto e allo scopo del presente lavoro; pertanto, nel prosieguo ci si limiterà ad alcune notazioni essenziali che risulteranno utili per poi affrontare *funditus* i problemi, di specifico interesse ai nostri fini, posti dalla nullità di protezione nell’ambito dei contratti di intermediazione finanziaria.

2. Legittimazione relativa e rilevabilità d’ufficio

L’art. 1421 c.c. prevede, come regola generale, che la nullità possa essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e possa essere rilevata d’ufficio (senza limite alcuno); sono fatte salve le “diverse disposizioni di legge”. In virtù di tale riserva, le nullità di protezione sono configurate dal legislatore come nullità relative, restringendo così la legittimazione attiva in

¹⁴ Per completezza, ricordiamo inoltre che l’art. 24, comma 2, TUF prevede – con riferimento al servizio di gestione di portafogli – la nullità dei patti contrari alle previsioni di cui all’articolo medesimo; e che l’art. 30, comma 7, TUF dispone che l’omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli conclusi fuori sede. Entrambe le predette nullità possono essere fatte valere solo dal cliente.

favore della parte tutelata, al fine precipuo di prevenire il ricorso strumentale alla nullità da parte del contraente forte ⁽¹⁵⁾.

Particolare rilievo ha assunto la questione legata alla compatibilità tra la legittimazione relativa e i poteri officiosi del giudice ⁽¹⁶⁾. Sebbene, come appena ricordato, il codice civile – nel prevedere la legittimazione assoluta e la rilevabilità d’ufficio – faccia salve le diverse disposizioni di legge, è parso difficile scindere i due termini della questione. Come a dire, delle due l’una: o il regime ordinario, o il regime speciale (quest’ultimo connotato da legittimazione ristretta e non rilevabilità d’ufficio).

¹⁵ Il numero sempre maggiore di nullità protettive introdotte dalla legislazione speciale ha indotto parte della dottrina a mettere in discussione l’assolutezza quale regola generale che governa la legittimazione all’azione di nullità. Rileva l’inversione di tendenza rispetto al modello classico, tanto da affermare un ribaltamento del rapporto tra regola ed eccezione, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 352, secondo cui nell’attuale contesto normativo sarebbe “erroneo” affermare “che la nullità è di regola assoluta”, posto che, secondo l’Autore, “essa è divenuta per lo più nullità di protezione, di garanzia; sì che, non più ‘chiunque vi ha interesse’ è legittimato a far valere la nullità, ma soltanto colui che è garantito dalla nullità”.

Cfr. R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d’investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 2020, secondo cui “l’evoluzione manifestatasi in questi ultimi decenni nella normativa concernente la patologia contrattuale ed i relativi rimedi è davvero emblematica di quella crisi delle tradizionali categorie del diritto civile che la più attenta dottrina ha già da tempo ben evidenziato”. L’Autore rileva che “l’introduzione di ipotesi di nullità relativa in interi settori del diritto civile e commerciale ... rischia, se non addirittura di rovesciare il rapporto tra regola ed eccezione, quanto meno di rendere l’ambito di applicazione dell’eccezione quasi pari a quello della regola”.

¹⁶ In argomento, S. MONTICELLI, *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d’ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 688 ss.; G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d’ufficio della nullità di protezione*, *ivi*, 2004, p. 861 ss.; M.M. IACONO, *Rilevabilità d’ufficio della nullità nel negozio giuridico e nei contratti a favore del consumatore*, in *Riv. dir. comm.*, 2005, p. 27 ss.; S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione tra rilevabilità d’ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, *ivi*, 2009, p. 139 ss.; ID., *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1040 ss.; R. SENIGAGLIA, *Il problema del limite al potere del giudice di rilevare d’ufficio la nullità di protezione*, in *Eur. dir. priv.*, 2010, p. 835 ss.; A. ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all’azione e rilevabilità d’ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 691 ss.; R. ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cit.

Per questa via, una dottrina più radicale affermava una vera e propria incompatibilità logica tra nullità relativa e rilevabilità d'ufficio ⁽¹⁷⁾. Secondo una tesi intermedia, la legittimazione ristretta comporterebbe non già un'esclusione *tout court*, ma una limitazione dei poteri d'ufficio, nel senso che il rilievo del giudice sarebbe in tanto ammissibile in quanto risulti a vantaggio della parte protetta ⁽¹⁸⁾. Ad avviso di altra dottrina, i poteri officiosi del giudice sarebbero invece liberi di esprimersi senza alcun limite ⁽¹⁹⁾. A livello normativo, un'indicazione importante è stata fornita con l'art. 36 cod. cons.; dovendosi peraltro appurare, da un lato, le sinergie tra la rilevabilità d'ufficio della nullità e l'operare di questa soltanto a vantaggio del consumatore, e, d'altro lato, se i caratteri delineati da detta norma debbano intendersi propri di tutte le nullità protettive.

Il primo problema è stato affrontato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in materia di clausole vessatorie nei contratti con i consumatori. In particolare, nella nota sentenza *Pannon* (Corte di Giustizia, 4 giugno 2009, causa C-243/08) ⁽²⁰⁾, la Corte ha rilevato che il ruolo attribuito al giudice nazionale dal diritto comunitario “non si limita alla semplice facoltà di pronunciarsi sull'eventuale natura abusiva di una clausola contrattuale, bensì comporta parimenti l'obbligo di esaminare d'ufficio tale questione”, precisando che “nell'esecuzione di tale obbligo il giudice nazionale non deve tuttavia, in forza della direttiva [93/13/CEE,

¹⁷ G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 189; in senso analogo, R. QUADRI, “Nullità” e tutela del “contraente debole”, cit.

¹⁸ A. BELLELLI, *Commento all'art. 1469-quinquies, commi 1 e 3, c.c.*, in AA.VV., *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, I, Milano, 1997, p. 699 ss.

¹⁹ G. D'AMICO, op. ult. cit., secondo cui “la nullità di protezione non comporta (a ben vedere) alcuna deroga al principio di cui all'ultima parte dell'art. 1421 c.c.”.

²⁰ Pubblicata anche in *Contratti*, 2009, p. 1115 ss., con nota di S. MONTICELLI, *Rilevabilità d'ufficio condizionata: il nuovo atto della Corte di Giustizia*.

n.d.r.], disapplicare la clausola in esame qualora il consumatore, dopo essere stato avvisato da detto giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante”. In forza di tali considerazioni, la Corte di Lussemburgo ha enunciato il principio di diritto secondo cui “Il giudice nazionale deve esaminare d’ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga”.

Analogo principio è stato ribadito, più di recente, dall’altrettanto nota sentenza *Banco Español de Crédito* (Corte di Giust., 14 giugno 2012, causa C-618/10) (21).

Quanto alla giurisprudenza nazionale, la questione della compatibilità tra nullità relativa e poteri officiosi è stata affrontata dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2014, vagliando – in un articolato *obiter dictum* – entrambi i profili del tema dell’impugnativa negoziale (quello sostanziale e quello processuale) (22).

²¹ Pubblicata anche in *Contratti*, 2013, p. 16 ss., con nota di A. D’ADDA, *Giurisprudenza comunitaria e “massimo effetto utile per il consumatore”: nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva e integrazione del contratto*. In particolare, la menzionata sentenza ha enunciato il principio di diritto secondo cui “La direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev’essere interpretata nel senso che osta ad una normativa di uno Stato membro ... che non consente al giudice investito di una domanda d’ingiunzione di pagamento di esaminare d’ufficio, *in limine litis*, né in qualsiasi altra fase del procedimento, anche qualora disponga degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, la natura abusiva di una clausola sugli interessi moratori inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, in assenza di opposizione proposta da quest’ultimo”.

²² Cass. Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, 862 ss., con note di M. ADORNO, *Sulla rilevanza d’ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle Sezioni Unite*; A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; F. DI CIOMMO, *La rilevanza d’ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; S. PAGLIANTINI, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: “quid iuris”?*; S. MENCHINI, *Le Sezioni Unite fanno chiarezza sull’oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto*; A. PROTO PISANI, *Rilevanza d’ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 299

Dal primo punto di vista, la Suprema Corte muove dal rilievo per cui “il carattere di specialità della nullità non elide l’essenza della categoria della nullità stessa”, sicché le nullità protettive dovrebbero configurarsi come una *species* del più ampio *genus* della nullità, in quanto poste a tutela (anche) di interessi fondamentali che trascendono quelli del singolo. Le nullità di protezione si caratterizzerebbero così “per una precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l’integrità e l’efficienza del mercato, secondo l’insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti)”.

In tale situazione, la rilevabilità d’ufficio delle nullità negoziali dovrebbe dunque estendersi anche a quelle protettive, essendo il potere del giudice “essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l’uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)”.

Nel rilevare che “la pretesa contraddizione fra legittimazione riservata e rilevabilità d’ufficio risulta soltanto apparente”, le Sezioni Unite sanciscono che detto rilievo può avvenire solo nell’interesse del contraente debole, e – recependo sostanzialmente la soluzione della menzionata sentenza *Pannon* – individuano, nella sostanza, quale unico limite ai poteri officiosi del giudice la diversa volontà della parte tutelata.

ss., con nota di N. RIZZO, *Il rilievo d’ufficio della nullità preso sul serio*; in *Giur. it.*, 2015, p. 71 ss., con nota di I. PAGNI, *Il “sistema” delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, p. 1387 ss., con nota di M. BOVE, *Rilievo d’ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*; in *Contratti*, 2015, p. 112 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo’ di bussola per rivedere Itaca*; in *Corr. giur.*, 2015, p. 88 ss., con nota di V. CARBONE, *“Porte aperte” delle Sezioni Unite alla rilevabilità d’ufficio del giudice della nullità del contratto*. Si veda, inoltre, il commento di U. MALVAGNA, *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, 2.

Più precisamente, la Suprema Corte – distinguendo, da un punto di vista processuale, la “rilevazione” e la “dichiarazione” di nullità – afferma che il giudice, in presenza di una nullità di protezione, debba sempre rilevarla, sollevando cioè il contraddittorio sul punto; tuttavia, qualora, all’esito dell’indicazione officiosa, la parte protetta non formuli un’espressa istanza di accertamento della nullità, il giudice non potrà dichiararla nel dispositivo della sentenza, non potendo sovrapporre la propria valutazione a quella del soggetto tutelato e unico legittimato ⁽²³⁾.

Ai fini del presente studio, particolare interesse riveste, in ottica sistematica, la ricostruzione giurisprudenziale della regola di operatività della nullità di protezione a esclusivo vantaggio della parte protetta. Nonostante l’apparente valore “paradigmatico” dell’art. 36 cod. cons., non si può ignorare che detta norma assolve ad una funzione peculiare, *i.e.* l’eliminazione delle clausole abusive inserite dal professionista, ferma restando – a tutela del consumatore – la validità del contratto per il resto. In questa situazione, dovrebbe imporsi particolare cautela nell’estendere il regime dell’“operatività a vantaggio” ad altre ipotesi di nullità protettive, quale quella prevista dall’art. 23 TUF. Invero, risultano non affatto trascurabili le difficoltà di adattamento che conseguirebbero ad un’estensione, *sic et simpliciter*, di una regola dettata per la nullità parziale a ipotesi di nullità dell’intero contratto, caratterizzate da una *ratio* non del tutto sovrapponibile ⁽²⁴⁾.

²³ In senso critico, R. ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cit., la quale denuncia una “improvvida importazione della soluzione *Pannon*”, che rischierebbe di condurre all’“esito, in verità alquanto sconcertante, di una comminatoria di nullità, financo totale, a rilevabilità officiosa ma pienamente *disponibile* ... degradando il potere officioso al mero dovere di ‘indicare’ la nullità senza poterla dichiarare se la parte si opponga. Operazione entro la quale il giudice, dismesse le vesti di garante di un interesse sovraindividuale, viene costretto a un ruolo quasi di ‘consulente’ della parte protetta”.

²⁴ Cfr. R. ALESSI, “Nullità di protezione” e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, cit., secondo cui il “modello” elaborato dalla Corte di Giustizia risulta atta-

3. La nullità di protezione “virtuale”

Le riflessioni appena svolte inducono a soffermarsi brevemente su un altro tema particolarmente delicato: la possibilità che le nullità di protezione possano essere non solo testuali, vale a dire contemplate da una esplicita previsione di legge, ma anche virtuali, ossia desunte dall'interprete ⁽²⁵⁾.

A ben vedere, come correttamente rilevato in dottrina ⁽²⁶⁾, il problema accennato potrebbe riferirsi a due situazioni assai diverse tra loro, che devono essere esaminate partitamente.

La prima si riferisce al caso in cui il legislatore preveda una nullità testuale di cui sia intuibile in via interpretativa la finalità di protezione, senza tuttavia dettarne la disciplina *ad hoc*, o dettando una disciplina parziale: ponendosi dunque la questione se applicare, per quanto non espressamente previsto, il regime ordinario di diritto comune ovvero il regime delle nullità protettive (discorrendo, in tal caso, di “nullità di protezione *virtuale*”, con l'aggettivo riferito non alla nullità – che è testuale –, quanto allo “statuto” applicabile).

La seconda ipotesi ricorre invece in presenza di una norma imperativa, la cui violazione non sia espressamente sanzionata con il rimedio della nullità. In questo caso, occorrerebbe stabilire, anzitutto, se il contrasto con il precetto sia idoneo a fondare la sanzione invalidante; e, in caso di risposta positiva, se lo statuto della nullità debba essere quello ordinario o quello

gliarsi “perfettamente solo alla nullità ... parziale in tema di clausole vessatorie, per cui è stato elaborato e costruito”.

²⁵ Per una panoramica, cfr. da ultimo A. PISANI MASSAMORMILE, *Nullità di protezione e nullità virtuali*, cit.

²⁶ G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit.

protettivo (potendosi, ove si propenda per quest’ultima soluzione, parlare di “nullità virtuale *di protezione*”) (27).

Partendo da questa seconda ipotesi, va evidenziato anzitutto come lo scrutinio in ordine alla configurabilità o meno di una nullità virtuale non possa prescindere dall’applicazione del fondamentale canone interpretativo dettato dalle Sezioni Unite nel 2007, escludendo dunque in radice l’invalidità del contratto qualora la norma precettiva detti regole di comportamento, che non ineriscono a elementi “intrinseci” della fattispecie negoziale (28). Peraltro, anche in presenza di una norma di validità, si è ritenuto – condivisibilmente – in dottrina che assegnare all’interprete anche l’ulteriore compito di ricostruzione della disciplina dell’invalidità significherebbe attribuirgli un margine di discrezionalità forse eccessivo (29).

Quanto invece alla configurabilità di uno statuto “virtualmente protettivo” in relazione a una nullità testuale, il nodo problematico consiste, anzitutto, nella difficoltà – anche a mente dell’art. 14 disp. prel. c.c. – di predicare il carattere relativo della nullità in mancanza di una deroga espressa all’art. 1421 c.c., che fa salve unicamente le diverse ipotesi previste dalla legge (e non dall’interprete).

Peraltro, anche riuscendo a superare questo ostacolo, difficoltà ancor maggiori si incontrerebbero nel tentativo di individuare i contenuti e i confini del “regime” di riferimento della nullità di protezione, in presenza di un quadro normativo – come visto – molto eterogeneo. Si potrebbe allora ipo-

²⁷ In senso favorevole a tale soluzione A. D’ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008; G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit. Ammette l’estensione analogica del regime protettivo anche A. GENTILI, *La “nullità di protezione”*, cit., quale corollario della tesi secondo cui le nullità di protezione non avrebbero natura speciale.

²⁸ Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, cit. (cfr. *supra*, cap. II, § 3).

²⁹ G. D’AMICO, op. ult. cit.

tizzare di prendere come “modello” l’art. 36 cod. cons., a guisa d’archetipo, o – in alternativa – di fare riferimento alla normativa di settore più vicina, ove sia ravvisabile una *eadem ratio*. Ma, anche in questo caso, non è da escludere che la norma, priva di una disciplina protettiva *ad hoc*, sia frutto di una scelta ponderata del legislatore. Se così fosse, la “lacuna” sarebbe originaria e intenzionale, e il ricorso all’analogia sarebbe dunque precluso.

In tale ottica, non poche perplessità solleva la prospettiva (su cui torneremo *infra*) di estendere alla nullità *ex art. 23 TUF* – norma che, lo ricordiamo, si limita a riservare la legittimazione al cliente – il regime di cui alla normativa dettata dal codice del consumo e dal TUB; e, in particolare, la regola dell’operatività della nullità a esclusivo vantaggio del cliente, intesa quale limitazione degli effetti della pronuncia invalidante ⁽³⁰⁾. Come già accennato, tale concezione è infatti strettamente legata alla configurazione specifica del meccanismo di protezione legato all’eliminazione dal contratto delle clausole abusive, propria della legislazione a tutela del consumatore; sicché una possibile estensione di tale meccanismo – che trova il suo presupposto nella nullità parziale del contratto – ad ambiti diversi, quale quello della nullità (totale) del contratto quadro di investimento, potrebbe implicare significative criticità applicative e di coordinamento con la disciplina generale prevista dal codice civile in materia di invalidità e restituzioni.

³⁰ Come si vedrà meglio sempre nel prosieguo, la dottrina prevalente ritiene peraltro che la regola dell’“operatività a vantaggio” del cliente, riferita alla nullità *ex art. 23 TUF*, debba intendersi comunque quale sinonimo di legittimazione relativa, rilevando che la *ratio* di protezione della norma in esame si esaurisce nella scelta del cliente di agire o meno per far valere l’invalidità del contratto.

4. Il problema della “nullità selettiva”

Sono assai frequenti, nelle aule di giustizia, le azioni mediante le quali l'investitore invoca la nullità del contratto quadro per vizio formale, chiedendo conseguentemente al giudice la caducazione delle sole operazioni che hanno comportato perdite, allo scopo di ottenere la restituzione delle somme investite e di tenere al contempo fermi gli esiti degli investimenti favorevoli, posti in essere in forza del medesimo contratto la cui validità si contesta. Si parla al riguardo, con efficace espressione di sintesi, di uso “selettivo” della nullità ⁽³¹⁾.

È opportuno evidenziare sin d'ora che le problematiche connesse a un possibile “*cherry picking*” del cliente – diretto a “selezionare” i soli investimenti pregiudizievoli, mantenendo in vita quelli che hanno dato profitto – non si presentano con esclusivo riferimento alla nullità per vizio di forma *ex art. 23 TUF*, derivante dalla mancata sottoscrizione del contratto quadro di investimento da parte dell'intermediario. La questione sembra infatti potersi porre anche in relazione ad altre ipotesi eterogenee, come quando l'esecuzione di operazioni di investimento avviene in assenza di un contratto quadro ⁽³²⁾; quando detto contratto, ancorché esistente, non è riferibile al cliente a causa della natura apocrifia della sottoscrizione; oltre che in ogni al-

³¹ L'espressione è di A. PERRONE, *Regole di comportamento e tutele degli investitori*. Less is more, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, p. 537 ss.

³² Si veda però, per una diversa impostazione, Cass. 24 aprile 2018, n. 10116, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, secondo cui “se un contratto manca, perchè mai le parti hanno inteso dare al rapporto una veste formale stabile e definitiva, ci si trova in presenza di un coacervo di singole operazioni, tante quante sono quelle poste in essere attraverso l'esecuzione degli ordini di negoziazione impartiti di volta in volta dall'investitore all'intermediario, ciascuna delle quali ubbidisce al proprio statuto giuridico e conserva perciò la propria individualità, di guisa che quando se ne faccia valere la nullità ... non vi è ragione di chiedersi se ciò integri ‘un uso selettivo della nullità’ e cozzi perciò contro le regole della correttezza e della buona fede o sia fonte di un abuso del diritto, perchè una siffatta evenienza ... è prospettabile unicamente in presenza di un contratto quadro e non quando ... esso totalmente manchi”.

tra ipotesi di nullità del contratto di intermediazione ⁽³³⁾. Sicché, il tema della “nullità selettiva” resta attuale anche a seguito della definitiva affermazione della validità del contratto “monofirma” ad opera delle Sezioni Unite ⁽³⁴⁾; anzi, il problema rischia di presentarsi in una nuova veste qualora la giurisprudenza riterrà di applicare in maniera rigorosa l’indicazione, contenuta nel principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte, secondo cui la mancata consegna al cliente di copia del contratto quadro integrerebbe un vizio idoneo a generare conseguenze invalidanti.

In tutti i casi appena esemplificati, sono ampi gli spazi che la legittimazione ristretta all’azione di nullità lascia a comportamenti opportunistici dell’investitore, che, dopo aver effettuato per lunghi anni e con successo investimenti mobiliari, decida di far valere il vizio di forma del contratto di intermediazione “a monte” al solo fine di “neutralizzarne” altri, che hanno invece determinato una perdita ⁽³⁵⁾.

Se, come già evidenziato, funzione primaria del formalismo di protezione è ridurre l’asimmetria informativa del cliente e garantire la trasparenza

³³ Si noti che parte della dottrina ricomprende tra le ipotesi di nullità anche la mancanza, nel testo contrattuale, dei requisiti di forma-contenuto prescritti dall’art. 37, comma 3, del Regolamento Intermediari. Si veda però, in termini dubitativi, A. TUCCI, *Servizi di investimento e nullità del contratto*, in *Società, banche e crisi di impresa*. Liber amicorum *Pietro Abbadesse*, Torino, 2014, p. 2447 ss., ove si osserva, condivisibilmente, che il tenore letterale dell’art. 23 TUF “non sembra attribuire alla disciplina di rango secondario il potere di stabilire un ‘contenuto minimo’ del contratto, sotto pena di nullità, come previsto – ancorché con diverse finalità – nell’art. 117, 8° co., t.u.b.” (p. 2456).

³⁴ Cass. Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898, cit. (cfr. *supra*, cap. II, § 7).

³⁵ Stigmatizza l’“uso distorsivo del formalismo” S. PAGLIANTINI, *L’incerto incedere del formalismo di protezione tra usi ed abusi*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 299 ss. Critico rispetto all’uso selettivo della nullità relativa C. SCOGNAMIGLIO, *L’abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, p. 11 ss., secondo cui “abusa della protezione” offerta dall’art. 23 TUF l’investitore che “profitti” del vizio di forma di cui alla norma in esame per “procacciarsi l’utilità derivante da una selezione... tra operazioni di investimento favorevoli, e che si vogliono, dunque, consolidare ed operazioni di investimento svantaggiose, che invece si intendono rimuovere”.

delle condizioni contrattuali, l'uso selettivo della nullità – quale “via breve” per contestare la convenienza di singole operazioni di investimento – rischia di piegare disfunzionalmente l'art. 23 TUF, sino a ridurlo a norma giustificatrice di un generale *ius poenitendi* in relazione agli investimenti svantaggiosi.

Come evidenziato in dottrina, tale “relativa semplicità di tutela” potrebbe facilmente prestarsi a “eccessi di protezione”, dando così spazio a iniziative opportunistiche che mirano a ottenere dall'intermediario una sorta di “copertura assicurativa”, implicita e gratuita, contro il rischio connaturato a ogni investimento finanziario ⁽³⁶⁾.

La medesima dottrina ha altresì posto in luce che, di là dalle esigenze di giustizia sostanziale del caso concreto, consentire un uso selettivo della nullità comporterebbe notevoli implicazioni sistemiche, agevolmente individuabili sotto la lente dell'analisi economica. In primo luogo, il rischio è che il comportamento dell'investitore nel corso del rapporto vada ad assumere i connotati di un c.d. *moral hazard*: il cliente più malizioso sarebbe cioè incentivato ad intraprendere operazioni finanziarie eccessivamente rischiose, a prescindere da una ponderata valutazione al riguardo, al fine di beneficiare di eventuali, elevati guadagni e ben consapevole che le possibili, gravi perdite sarebbero comunque riversate sull'intermediario ⁽³⁷⁾. Inoltre, si pro-

³⁶ D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010. *Contra* U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”, a proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit., secondo il quale il “modulo della selettività” comporterebbe una “dinamica effettuale pienamente coerente con lo statuto che connota il paradigma legale della nullità protettiva”; sicché esso non potrebbe fondare l'*exceptio*, non essendo ravvisabile “alcuna difformità tra fattispecie astratta e fattispecie concreta”.

³⁷ D. SEMEGHINI, op. cit., p. 26 s., secondo cui se è vero che “l'accoglimento delle azioni selettive di nullità equivale economicamente a fornire all'investitore una copertura assicurativa, a carico dell'intermediario”, non è inverosimile che alcuni clienti siano portati a compiere “le proprie scelte di investimento alla luce di questa ‘safety net’ ... Il che costituirebbe, dal punto di vista generale, una dinamica evidentemente opposta a un'ottimale allocazione delle risorse nel mercato finanziario e, dal punto di vista dell'intermediario, l'imposizione di un costo potenzialmente assai elevato, per il quale non è stato pattuito alcun corrispettivo”.

durrebbero distorsivi effetti di *over-deterrence*, inducendo le banche a eccessive precauzioni a livello organizzativo, nonché a recuperare gli oneri “assicurativi” mediante una maggiorazione dei costi applicati ai servizi ⁽³⁸⁾.

In considerazione delle menzionate criticità, che investono tanto i singoli rapporti di investimento, quanto il sistema finanziario nel suo complesso – il quale, considerata la frequenza delle azioni di nullità “selettiva”, rischierebbe un vero e proprio collasso ove ne fosse riconosciuta la legittimità –, la dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di individuare soluzioni per il superamento del problema.

5. Nullità di protezione e tutela restitutoria

La soluzione a prima vista più lineare dinnanzi a questioni di nullità selettiva muove dalla struttura stessa del rapporto di investimento, che – come già posto in luce – è di tipo bifasico. Quale che sia l’opzione interpretativa ritenuta preferibile in ordine alla qualificazione giuridica del contratto quadro (vuoi in termini di contratto normativo, vuoi in termini di mandato), è infatti pacifico che la mancanza o l’invalidità di detto contratto comporta la nullità derivata di tutti gli ordini di investimento, che rimangono privi – a monte – del necessario sostegno contrattuale ⁽³⁹⁾.

A rigore, in mancanza di una deroga testuale alle norme sull’indebitato, risulterebbe a questo punto applicabile la disciplina di diritto comune previ-

³⁸ D. SEMEGHINI, op. cit., p. 30, ove si evidenzia anche l’ulteriore rischio che “l’anomala ‘garanzia’ assicurata dal successo delle impugnazioni selettive possa comportare dei vantaggi soprattutto per gli investitori più facoltosi, realizzando così un effetto redistributivo di *cross-subsidization* a sfavore degli investitori che più necessitano di tutela”. Ciò in quanto “i rischi di perdita delle risorse investite – e di conseguenza, il valore dell’assicurazione di tali rischi – aumentano quanto più elevate sono la somma investita e la rischiosità dell’investimento, a loro volta fisiologicamente correlate alla solidità finanziaria dell’investitore”.

³⁹ Si veda *supra*, cap. II, § 2.

sta dall'art. 2033 e ss. c.c., quale rimedio generale per le ipotesi di difetto (originario o sopravvenuto) di una *causa solvendi* (40).

In applicazione delle regole ordinarie sulle restituzioni, alla nullità delle operazioni finanziarie poste in essere conseguirebbe così la necessità di procedere alla ripetizione delle prestazioni eseguite e ricevute da entrambe le parti in esecuzione delle operazioni medesime. Pertanto, l'intermediario dovrebbe restituire al cliente tutte le somme da quest'ultimo versate a scopo di investimento, oltre agli interessi legali *medio tempore* maturati. Il cliente, per parte sua, sarebbe chiamato a restituire all'intermediario i titoli (ove ancora presenti all'interno del suo patrimonio), oltre ai dividendi e alle cedole percepiti in costanza di rapporto, costituenti frutti civili (dal giorno della percezione, se l'*accipiens* è in mala fede, o dal giorno della domanda, se in buona fede); qualora, poi, i titoli siano stati nel frattempo rivenduti a terzi, in applicazione dell'art. 2038 c.c. sarebbe dovuta la restituzione del corrispettivo conseguito o, in caso di vendita in mala fede, del valore equivalente.

La questione problematica deriva dalla necessità di coordinare la disciplina sulle restituzioni con la natura relativa della nullità *ex art. 23 TUF*.

È pacifico che all'intermediario sia precluso eccepire, oltre che la nullità del contratto quadro, anche la nullità derivata delle operazioni di investimento. Nondimeno, è legittimo chiedersi se, una volta caducato l'accordo

⁴⁰ Per tutti, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974.

In giurisprudenza, da ultimo Cass. 15 gennaio 2018, n. 715, in *Giust. civ. Mass.*, 2018, che, dando continuità al consolidato orientamento della Suprema Corte, afferma: "Qualora venga accertata la mancanza di una *causa acquirendi* in ragione della dichiarazione di nullità, dell'annullamento, della risoluzione o della rescissione di un contratto o del venire comunque meno del vincolo originariamente esistente, l'azione accordata dalla legge per ottenere la restituzione di quanto prestato in esecuzione del contratto stesso è quella di ripetizione di indebito oggettivo".

Con riferimento alla specifica materia oggetto di indagine, M. MAGGIOLO, *Tutela restitutoria e tutela risarcitoria nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 496 ss.

quadro e prodotti *ipso iure* l'effetto invalidante “a cascata” di tutti gli ordini eseguiti – e non solo di quelli svantaggiosi “selezionati” dal cliente –, la banca abbia diritto di ottenere la restituzione dei titoli (o del loro controvalore), delle plusvalenze realizzate e dei rendimenti ottenuti dall'investitore nel corso del rapporto di investimento (41).

La soluzione della questione, non di poco momento, dipende dalla risposta a un interrogativo a monte: se la natura relativa della nullità *ex art. 23 TUF* si risolva solo nella legittimazione ristretta all'azione (e all'eccezione) invalidante, ovvero renda il cliente unico arbitro anche degli effetti della nullità, vale a dire delle conseguenze restitutorie che ne derivano (42). Il dato testuale sembrerebbe escludere quest'ultima eventualità: come già evidenziato, infatti, l'art. 23 TUF – a differenza dell'art. 117 TUB e dell'art. 36 cod. cons. – prevede unicamente la regola della legittimazione relativa, e non anche quella dell'operatività della nullità ad esclusivo vantaggio del cliente.

Ove si ritenga, come pare corretto ritenere, che la legittimazione ristretta *ex art. 23 TUF* non incida sul regime delle restituzioni, che resta legato al

⁴¹ In senso favorevole, in dottrina, A. PERRONE, *Regole di comportamento e tutele degli investitori*. Less is more, cit.

⁴² Secondo S. MONTICELLI, *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 1029 ss., la disponibilità dell'azione non comporta la disponibilità degli effetti dell'azione medesima.

In senso analogo cfr. R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, cit., secondo cui “un conto è affermare che unicamente la parte protetta è legittimata a far valere in giudizio il vizio che inficia il contratto ... altro è sostenere che solo quella parte può beneficiare degli effetti della pronuncia di nullità”. Ad avviso dell'Autore, assumendo che la nullità del contratto, benché azionabile solo su istanza della parte protetta, conservi comunque “le sue caratteristiche di vizio radicale, in presenza del quale il contratto risulta inidoneo a produrre effetti giuridici riconoscibili dall'ordinamento”, è innegabile che la legittimazione ristretta ad agire in giudizio per la dichiarazione di nullità del contratto non implichi altresì una legittimazione esclusiva alla ripetizione delle prestazioni eseguite in base al contratto medesimo, rimaste prive – per l'una come per l'altra parte – di una legittima causa di attribuzione. Secondo l'Autore, “questa conclusione avrebbe innegabilmente il pregio di conservare una qualche coerenza sistematica alla figura giuridica della nullità”.

dato oggettivo della sopravvenuta carenza di una *causa solvendi*, l'intermediario convenuto potrebbe chiedere – in via subordinata all'accoglimento della domanda di nullità del contratto quadro proposta dall'attore – la restituzione dei titoli e dei guadagni conseguiti dall'investitore (*i.e.* le plusvalenze realizzate e i rendimenti percepiti da quest'ultimo), eccependo in compensazione detti importi rispetto all'ammontare delle somme investite, oggetto della domanda attorea. In questo modo, l'intermediario potrebbe ottenere una corrispondente riduzione della condanna, sino eventualmente a escluderla completamente (qualora gli importi oggetto del credito restitutorio della banca siano uguali o superiori a quelli risultanti a credito dell'investitore).

Applicando le regole sull'indebito sino alle estreme conseguenze, l'intermediario potrebbe financo essere ritenuto legittimato a formulare una domanda riconvenzionale tesa ad ottenere la condanna dell'investitore alla restituzione degli importi che, all'esito della compensazione, risultino ancora a credito dell'intermediario stesso. Tale possibilità, concessa dall'ordinario regime sostanziale o processuale delle restituzioni, potrebbe peraltro apparire eccessivamente penalizzante, considerato lo spirito complessivo della normativa a tutela dell'investitore, oltre che sproporzionata rispetto all'esigenza di prevenire iniziative giudiziali selettive.

Prima della recente pronuncia delle Sezioni Unite di cui si dirà *infra*, che ha negato l'operatività della tutela restitutoria in favore dell'intermediario, un precedente della Cassazione aveva ritenuto che la legittimazione relativa all'azione di nullità *ex art. 23 TUF* non impedisse la restituzione reciproca dell'indebito, ponendosi la legittimazione all'azione e le conseguenze ripristinatorie dell'azione medesima su piani diversi ⁽⁴³⁾, che

⁴³ In dottrina, U. BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 4, secondo cui l'indipendenza tra i due piani implica che l'azione restitutoria “non è un mero riflesso

l'investitore può vagliare (solo) al momento della scelta in ordine alla proposizione o meno della domanda, perseguendo la sua massima convenienza.

Secondo il menzionato precedente, dunque, una volta che sia privo di effetti il contratto quadro, in quanto dichiarato nullo, annullato, risolto o altrimenti caducato, operano le regole comuni dettate dagli artt. 2033 c.c. e ss., non altrimenti derogate, con la conseguenza che “non è precluso all'intermediario, che pure non abbia proposto la domanda di nullità anche degli ordini positivamente conclusi per il proprio cliente, di sollevare l'eccezione di compensazione con riguardo all'intero credito restitutorio che gli deriva, in tesi, dal complesso delle operazioni compiute nell'ambito del contratto quadro dichiarato nullo” (44).

6. L'ipotesi della convalida del contratto quadro viziato

Secondo un orientamento della giurisprudenza di merito, l'esercizio selettivo della nullità potrebbe ritenersi espressivo di una volontà sanante del cliente: quest'ultimo, selezionando gli investimenti da caducare, manife-

materiale dell'azione diretta a far dichiarare la nullità del contratto”, avendo la propria fonte in un fatto diverso (*i.e.* la prestazione divenuta indebita), “le cui sorti dipendono anche dall'esercizio nel termine ordinario di prescrizione di una vera e propria pretesa a sé stante”.

⁴⁴ Cass. 16 marzo 2018, n. 6664, in *Contratti*, 2018, p. 543 ss., con nota adesiva di E. CICALI, *Contratti di investimento, nullità protettive e tutela restitutoria*. Sulla scorta delle predette argomentazioni, la Suprema Corte ha enunciato il seguente principio di diritto: “Accertata la nullità del contratto d'investimento, il venir meno della causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali comporta l'applicazione della disciplina dell'indebito oggettivo, di cui agli artt. 2033 c.c. e ss., con il conseguente sorgere dell'obbligo restitutorio reciproco, subordinato alla domanda di parte ed all'assolvimento degli oneri di allegazione e di prova, avente ad oggetto, da un lato, le somme versate dal cliente alla banca per eseguire l'operazione, e, dall'altro lato, i titoli consegnati dalla banca al cliente e gli altri importi ricevuti a titolo di frutti civili o di corrispettivo per la rivendita a terzi, a norma dell'art. 2038 c.c., con conseguente applicazione della compensazione fra i reciproci debiti sino alla loro concorrenza”.

In senso conforme, Cass. 24 aprile 2018, n. 10116, cit.

sterebbe implicitamente la volontà di mantenere le operazioni non dedotte in giudizio, con conseguente convalida del contratto quadro viziato e rigetto della domanda attorea fondata sull'invalidità del contratto medesimo ⁽⁴⁵⁾.

La questione si inserisce nell'ambito del più ampio problema legato alla possibilità di convalida delle nullità di protezione. Parte della dottrina ha fornito risposta positiva, muovendo dall'assunto per cui la fisionomia di detta forma d'invalidità sarebbe più affine a quella dell'annullabilità rispetto a quella della nullità. In tale prospettiva, analoga sarebbe la *ratio* (tutelare solo una delle parti del rapporto negoziale); simmetrico il piano della legittimazione (riservata al soggetto protetto); coincidente la portata sugli effetti del contratto (che vincola la controparte agli obblighi dallo stesso derivanti, sino all'eventuale iniziativa giudiziale della parte tutelata). Secondo questa tesi, potrebbe così ammettersi l'applicabilità alle ipotesi di nullità protettiva – e, in particolare, a quella derivante dalla mancanza di forma scritta del contratto di investimento – dell'istituto della convalida tacita *ex art. 1444, comma 2, c.c.* ⁽⁴⁶⁾.

Da altro angolo visuale, si è ipotizzata – stante la natura relativa della nullità, e dunque la legittimazione ristretta all'azione – una deroga al divieto di convalida del contratto nullo, in quanto tale divieto sarebbe previsto dall'art. 1423 c.c. (solo) in relazione alle ipotesi di nullità assoluta, in ragione dell'interesse generale ad esse sotteso. Nelle nullità di protezione, invece, at-

⁴⁵ Trib. Verona, 17 aprile 2009; Trib. Verona, 1° ottobre 2009; Trib. Verona, 23 marzo 2010; Trib. Como, 7 marzo 2010; Trib. Verona, 26 giugno 2012; Trib. Pavia, 26 gennaio 2013, tutte pubblicate su *ilcaso.it*.

⁴⁶ Non si è mancato tuttavia di rilevare criticamente come, atteso che la nullità di protezione conserva comunque la “qualifica di nullità”, dovrebbe escludersi l'applicazione di “elementi del regime dell'annullabilità che sarebbero indesiderabili alla luce dello stesso interesse che si vuole proteggere. Ciò vale soprattutto per la convalida, specie tacita: la protezione sarebbe debole, se la parte protetta perdesse l'impugnativa del contratto solo per aver compiuto qualche atto di esecuzione” (V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 842).

teso lo scopo di tutela dell'interesse individuale di una sola delle parti, al soggetto tutelato sarebbe accordata – oltre alla disponibilità dell'azione – anche la possibilità di sanare il contratto viziato (47).

Senza soffermarsi sui (dibattuti) fondamenti teorici del problema e focalizzando l'attenzione sulla questione di specifico interesse, si rileva che l'ipotesi della convalida, riferita all'esercizio selettivo dell'azione di nullità nei rapporti di investimento, appare *prima facie* poco convincente, se non addirittura paradossale. Infatti, non si vede come la proposizione dell'azione giudiziale di nullità nei confronti dell'intermediario – ancorché selettiva – possa essere ritenuta indice dell'intenzione (implicita) del cliente di convalidare il rapporto di investimento, essendo piuttosto manifestazione (esplicita) di una volontà di segno contrario (48).

⁴⁷ Si veda, in particolare, 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 ss., secondo la quale dovrebbe riconoscersi in capo alla parte protetta, in aggiunta alla legittimazione esclusiva a eliminare la fattispecie viziata, anche uno speculare potere di consolidarla: “quando il legislatore sancisce che un'invalidità può operare a solo vantaggio di una parte eleva quel contraente ad *arbiter* delle sorti della fattispecie, e la scelta che a questi si concede di non attivare l'invalidità ... dovrebbe implicare logicamente anche l'alternativa opposta, ossia quella di avvalersi del negozio così come si presenta”. Cfr. *amplius* ID., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, cit.

In senso favorevole alla possibilità di sanare le nullità di protezione, cfr. S. POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 940 ss.; S. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 172 ss.; G. D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, cit.; S. MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 174 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010; M. RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015.

In senso contrario, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 189 ss.; ID., *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 409 ss.; A. GENTILI, *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, I, *I contratti in generale*, Torino, 2006, p. 1593 ss.; A.A. DOLMETTA, *Trasparenza dei contratti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 302 ss.

⁴⁸ Rilevano la contraddizione G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 617 ss.; U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità “selettive”*. *A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit.

Più lineare sembrerebbe la – diversa – impostazione che, assunta l'astratta configurabilità di una convalida tacita della nullità *ex art. 23 TUF*, prova a ricollegarla (non all'azione di nullità selettiva, ma) al comportamento tenuto dal cliente durante tutto il corso del rapporto, venendo in rilievo il conferimento degli ordini nel tempo, il ricevimento della rendicontazione da parte dell'intermediario, la percezione di risultati economici utili e, in generale, ogni comportamento dell'investitore che dimostri la volontà dello stesso di volersi avvalere del contratto viziato nella forma. La medesima dottrina non manca peraltro di rilevare come non sia affatto agevole desumere da tali condotte un'inequivoca volontà sanante ⁽⁴⁹⁾.

In base alle predette considerazioni, l'ipotesi della “convalida” o “sanatoria” del vizio dovrebbe quindi essere messa da parte, non essendo in grado di fornire una risposta coerente al problema del ricorso selettivo alla nullità del contratto di intermediazione mobiliare.

7. Lo scrutinio della condotta dell'investitore secondo buona fede. Profili di abuso del diritto e del processo

Il fenomeno dell'uso selettivo della nullità da parte dell'investitore deve essere valutato alla luce dei doveri generali di buona fede e correttezza, non potendosi accordare tutela a condotte intrinsecamente abusive e opportunistiche. Basti pensare ai casi in cui il cliente, dopo aver effettuato per anni e con successo investimenti mobiliari, invochi la nullità del contratto quadro per vizio di forma al solo fine di neutralizzare l'unica operazione risultata sfavorevole.

⁴⁹ M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, cit., secondo la quale sarebbe possibile ravvisare una sanatoria “solo se si provi che la stessa viene manifestata nella piena consapevolezza dell'esistenza e della portata del vizio”; evidenza, tuttavia, difficile da fornire nella fattispecie in esame.

Il rischio di effetti distorsivi appare ancor più evidente se si considera la natura relativa della nullità *ex art. 23 TUF*: a fronte della domanda del cliente, infatti, l'intermediario non ha la possibilità di richiedere l'estensione dell'invalidità alle altre operazioni di investimento, potendo il vizio essere azionato unicamente dalla parte protetta. A ciò si aggiunga che, come si è detto, lo scopo di protezione della nullità in questione è ritenuto da parte della dottrina – e ora, come vedremo, anche dalle Sezioni Unite della Cassazione – ostativo alla possibilità per l'intermediario di formulare una richiesta restitutoria *ex art. 2033 c.c.*, eccependo la compensazione tra le somme oggetto della domanda attorea e i risultati utili comunque conseguiti dal cliente in forza delle operazioni di investimento non dedotte in giudizio.

Di qui la necessità di indagare la sussistenza degli estremi di una condotta abusiva del cliente, perpetrata approfittando della nullità formale *ex art. 23 TUF* al solo fine di riversare sull'intermediario le conseguenze degli investimenti in perdita. Il principio di buona fede ⁽⁵⁰⁾ – quale primaria norma di comportamento – si erge infatti quale limite innanzi a quelle condotte dirette a strumentalizzare le norme di validità al fine di ottenere ingiusti vantaggi ⁽⁵¹⁾.

⁵⁰ *Ex multis*, C.M. BIANCA, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 205 ss.; L. BIGLIAZZI GERI, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 170 ss.; e, nella letteratura più recente, F. BENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, p. 241 ss.; F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015; G. D'AMICO, *Buona fede e solidarietà sociale: il tramonto della clausola generale (considerazioni a margine di un libro recente)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 557 ss.

⁵¹ Secondo l'insegnamento tradizionale, regole di validità e regole di comportamento costituiscono due insiemi di disposizioni nettamente distinti, che operano su piani diversi e che, conseguentemente, non possono interferire tra loro: cfr. G. D'AMICO, *“Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996; ID., *Regole di validità e di comportamento nella formazione del contratto*, cit.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; N. IRTI, *Concetto giuridico di “comportamento” e invalidità dell'atto*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 1053 ss.

Altra parte della dottrina sottolinea l'opportunità di un superamento del principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento: C.M. BIANCA, *La nozione di buona*

È noto che il dovere di buona fede concorre a determinare il contenuto dei rispettivi obblighi assunti dalle parti nell'esecuzione del contratto, indipendentemente dal fatto che il legislatore li abbia regolati tenendo conto delle esigenze di particolare protezione di uno dei contraenti ⁽⁵²⁾. Tale dovere opera sia sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore, *ex art.* 1175 c.c., sia sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto, *ex art.* 1375 c.c. L'esercizio di un diritto per uno scopo diverso da quello a cui tale diritto è preordinato si traduce nella violazione del generale dovere di correttezza, tanto da configurare un'ipotesi di c.d. abuso di diritto.

Come risaputo, la figura dell'abuso del diritto si riferisce proprio all'utilizzo distorto di norme o di situazioni giuridiche soggettive, in maniera non conforme alla finalità per la quale esse sono state previste dal legislatore ⁽⁵³⁾. Una parte consistente della dottrina ritiene che tale principio sia imma-

fede quale regola di comportamento contrattuale, cit.; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 29 ss.; ID., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 233 ss.

⁵² Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, "L'obbligo di comportarsi nei rapporti contrattuali con correttezza e buona fede, enuncia un dovere di solidarietà fondato sull'art. 2 Cost. che impone il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte, a prescindere dall'esistenza o meno di specifici obblighi contrattuali" (Cass. 10 novembre 2010, n. 22819, in *De Jure*). Nel medesimo senso, *ex multis*, Cass. 18 settembre 2017, n. 21575, *ivi*; Cass. 9 febbraio 2007, n. 2878, in *Giust. civ.*, 2008, 11, 2595; Cass. 16 ottobre 2002, n. 14726, in *Giust. civ. Mass.*, 2002; Cass. 9 marzo 1991, n. 2503, in *Giust. civ. Mass.*, 1991.

⁵³ L'elaborazione teorica si deve a L. JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Parigi, 1905. Secondo l'Autore, i diritti soggettivi non sono attribuiti dall'ordinamento "dans le vide", ma per una precisa finalità sociale. Conseguentemente, è da ritenersi non consentito l'esercizio del diritto avulso dalla funzione ad esso sottesa, ritenuta dall'ordinamento stesso meritevole di tutela.

Nella dottrina italiana, il dibattito intorno all'abuso del diritto e alla sua configurabilità quale principio generale dell'ordinamento è risalente nel tempo. Tra i contributi più significativi: M. D'AMELIO, *Abuso del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, p. 95 ss.; U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.; S. ROMANO, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.; V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; P. RESCIGNO, *L'abuso del*

nente all'ordinamento giuridico: diverse disposizioni del codice ne sarebbero espressione positiva, *in primis* i menzionati obblighi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Secondo la Suprema Corte, l'abuso del diritto è ravvisabile quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà sono stati attribuiti ⁽⁵⁴⁾.

diritto, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 203 ss., ora anche in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; G. CATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 613 ss.; S. PATTI, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1987, p. 1 ss.; C. SALVI, *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988; A. GAMBARO, *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero, ivi*; D. MESSINETTI, *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 1 ss.; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 5 ss.; R. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 2001, p. 279 ss.; ID., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII agg., Torino, 2012, p. 1 ss.; C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; F. DI MARZIO, *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 681 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 993 ss.; A. GENTILI, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss.; ID., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 297 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 168 ss.; AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010; F. GALGANO, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *L'abuso del diritto*, cit.; I. PRISCO, *Le nullità di protezione*, Napoli, 2012; F. PIRAINO, *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 75 ss.; M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 467 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.; N. LIPARI, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 1 ss.; V. AMENDOLAGINE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2760 ss.

⁵⁴ Così, in particolare, Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, che per prima ha riconosciuto esplicitamente il divieto di abuso del diritto quale principio generale dell'ordinamento; la sentenza è pubblicata in *Contratti*, 2010, p. 5 ss. con nota di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*; in *Foro it.*, 2010, I, 95, con nota di A. PALMIERI - R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss., con nota di M. CENINI - A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*; in *Giur. cost.*, 2010, p. 3267 ss., con nota di R. DE CARIA, *La nuova fortuna dell'abuso del*

Il divieto di abuso del diritto, codificato in diversi sistemi giuridici di *civil law* ⁽⁵⁵⁾, ha inoltre trovato pieno riconoscimento nell’ambito dell’ordinamento dell’Unione Europea (si veda l’art. 54 della Carta di Nizza, i cui principi generali sono recepiti dall’art. 6, comma 3 del Trattato sull’Unione Europea) ⁽⁵⁶⁾.

Nella fattispecie in esame, potrebbe configurarsi un abuso delle norme protettive: sfruttando in maniera disfunzionale la disposizione che impone la forma scritta del contratto quadro – la cui *ratio* è garantire l’adeguata informazione del cliente e la trasparenza del regolamento contrattuale – l’investitore potrebbe richiedere la pronuncia di nullità al solo scopo di “cancellare” gli ordini dall’esito infausto mantenendo fermi i risultati di quelli favorevoli, attuando una “selezione” contraria a buona fede. Tale condotta è diretta, in ultima analisi, a trasferire opportunisticamente

diritto nella giurisprudenza di legittimità: la Cassazione sta “abusando dell’abuso”? Una riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto; in Nuova giur. civ. comm., 2010, p. 99 ss., con nota di M. ORLANDI, Contro l’abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106); in Giust. civ., 2010, I, p. 2547 ss., con nota di C.A. NIGRO, Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede).

Anche nella giurisprudenza più risalente è stato più volte affermato il principio secondo cui nell’ordinamento sarebbe “implicita una norma che reprime ogni forma di abuso del diritto, sia questo il diritto di proprietà o altro diritto soggettivo, reale o di credito” (così Cass. 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro it.*, 1961, I, 256; in senso conforme Cass. 21 maggio 1997, n. 4538, *ivi*, 1997, I, 2479; Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, *ivi*, 2000, I, 3495).

⁵⁵ Si veda, in particolare, il § 226 BGB, secondo cui “l’esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danno ad altri”. Nell’ordinamento francese, invece, il fondamento normativo, precedentemente espresso all’art. 1134 del *Code Civil*, si rinviene – a seguito della recente *Ordonnance* di riforma del diritto contrattuale – all’art. 1104, ai sensi del quale “*Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi*”, con la precisazione per cui “*Cette disposition est d’ordre public*”.

⁵⁶ Ai sensi del menzionato art. 54, rubricato “*Divieto dell’abuso di diritto*”, “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un’attività o compiere un atto che miri alla distruzione dei diritti o delle libertà riconosciuti nella presente Carta o di imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta”.

sull'intermediario l'esito negativo di uno o più investimenti, sostanziandosi così in un abuso della posizione di vantaggio concessa – a fini del tutto diversi – dall'ordinamento.

La divergenza rispetto alla *ratio legis* emerge anche sotto un secondo profilo. Occorre infatti considerare che l'art. 23 TUF tutela non solo il singolo investitore e il suo diritto all'informazione, ma anche – in via mediata e indiretta – la stabilità dei mercati finanziari. In tale situazione, l'uso selettivo della nullità genera inevitabilmente una situazione di grave incertezza nei mercati destinata, tra l'altro, a perdurare nel tempo. La nullità è infatti imprescrittibile: consentendo un suo uso selettivo si finirebbe per permettere agli investitori di reiterare più volte, in tempi diversi (seppur nei limiti decennali di prescrizione dell'azione di ripetizione) l'iniziativa giudiziale in relazione a operazioni di investimento volta per volta diverse. È dunque evidente che il riconoscimento della legittimità dell'uso selettivo della nullità *ex art. 23 TUF* avrebbe serie ripercussioni negative sul regolare funzionamento dei mercati (che, invece, proprio la norma in esame dovrebbe – seppur indirettamente – tutelare).

Le considerazioni che precedono conducono a ritenere ragionevole che il giudice, accertato l'abuso della situazione soggettiva sostanziale di protezione accordata all'investitore dall'art. 23 TUF ⁽⁵⁷⁾ – che, con

⁵⁷ Gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto, di cui il giudice è chiamato a verificare la sussistenza al fine di (eventualmente) rifiutare la tutela richiesta, sono stati riassunti dalla Suprema Corte (Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.) nei seguenti termini: (i) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; (ii) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; (iii) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico o extragiuridico; (iv) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è soggetta la controparte.

l'esercizio dell'azione, si traduce altresì in un abuso dello strumento processuale ⁽⁵⁸⁾ – sia chiamato a non dar seguito alla domanda di nullità selettiva, rivolta unicamente verso determinate operazioni di investimento sfavorevoli.

8. L'*exceptio doli generalis*

Secondo l'opinione più accreditata in dottrina, il rimedio concesso dall'ordinamento per contrastare comportamenti contrari a buona fede, al fine di paralizzare domande abusive, è l'*exceptio doli generalis* ⁽⁵⁹⁾.

⁵⁸ In argomento, M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di "abuso del processo"*, in *Dir. priv.*, 1997, p. 435 ss.; A. DONDI, *Manifestazioni della nozione di abuso del processo civile*, *ivi*, p. 459 ss.; G. NICOTINA, *L'abuso del processo civile*, Roma, 2005; V. ANSANELLI, *Abuso del processo*, in *Dig. civ.*, Torino, III, 2007, p. 1 ss.; L.P. COMOGLIO, *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 318 ss.; M.F. GHIRGA, *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012; G. SCARSELLI, *Sul c.d. abuso del processo*, in *judicium.it*; M. TARUFFO, *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 117 ss.; F. CORDOPATRI, *L'abuso del processo nel diritto positivo italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 874 ss.; C. CONSOLO, *Note necessariamente divaganti quanto all'"abuso sanzionabile del processo" e all'"abuso del diritto come argomento"*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1284 ss.

Nella specifica materia in esame, cfr. G. BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, *cit.*, p. 287, secondo cui l'esercizio selettivo comporterebbe una piena "applicabilità della disciplina dell'abuso dell'azione processuale che porterà il giudice ad emettere una sentenza che respinga in rito le richieste invalidanti e, pertanto, non precluderà – ove cambino le modalità e le finalità dell'esercizio dell'azione giudiziale – la riproposizione della medesima domanda da parte dello stesso soggetto". Ciò sul presupposto che, anche ove il contratto sia "nullo per carenza formale ... tale invalidità potrà essere invocata in giudizio solo per conseguire finalità virtuose". In senso analogo R. FAVALE, *Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 545 ss.

Nel senso della dichiarazione di inammissibilità in rito dell'azione di nullità selettiva si è espressa parte della giurisprudenza di merito: cfr. Trib. Torino, 7 marzo 2011, in *Corr. merito*, 2011, p. 699 ss., con nota di M. D'AURIA, *Forma ad substantiam e uso selettivo della nullità nei contratti di investimento*.

⁵⁹ L. PELLIZZI, *Exceptio doli (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1077 ss.; A. TORRENTE, *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 218 ss.; L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, *cit.*, p. 8 ss.; L. NANNI, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 197 ss.; F. VENOSTA, *Note sull'exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, p. 529 ss.; F. BENATTI, *Commento all'art. 1175 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Torino, 1991, p. 12 ss.; F. RANIERI, *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991; A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, p. 147 ss.; L. GAROFALO, *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradi-*

L'eccezione di dolo costituisce uno strumento volto ad ottenere la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe – a fronte di una condotta abusiva – sostanzialmente iniqua ⁽⁶⁰⁾.

In quest'ottica, l'*exceptio doli* assume rilievo quale mezzo di applicazione dei principi di divieto di abuso del diritto e di divieto di *venire contra factum proprium* ⁽⁶¹⁾.

zione romanistica, Padova, 2006; C. ROMEO, *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, in *Contratti*, 2007, p. 971 ss.; T. DALLA MASSARA, *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1169 ss.

⁶⁰ La funzione dell'*exceptio doli* è efficacemente compendiata da A.A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, cit.: “*Exceptio doli generalis* suppone l'esistenza di un contrasto, a livello di un concreto rapporto intersoggettivo, tra due regole: secondo la terminologia latina, tra quanto dispone una norma di *jus civile*, o *strictum*, e quanto discenderebbe dalla *naturalis aequitas*”. La conseguenza di tale contrasto è un “diniego di effetti”, con la conseguenza che “a livello di fattispecie concreta la regola di *jus strictum* non viene a trovare applicazione”.

Cfr. D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, cit., p. 40, “laddove accolta ... l'*exceptio* consente ... di paralizzare una pretesa legittimamente fondata su una disposizione normativa proprio in ragione della sua contrarietà, nelle circostanze del suo concreto esercizio, a istanze di giustizia sostanziale”.

L'Autore precisa (op. cit., p. 131) che “l'*exceptio* si limiterebbe a paralizzare l'azione dell'investitore diretta a far valere la nullità”, sicché “non andrebbe a incidere sulla sussistenza della nullità-fattispecie (piano delle validità) ... bensì sul piano degli effetti ricollegabili alla nullità-fattispecie”. Tale soluzione appare coerente con l'essenza della nullità *ex art. 23 TUF*, che “configura non già, nonostante le apparenze, una mera carenza di struttura, bensì una specifica fattispecie oggetto di apposita disciplina e fortemente caratterizzata da una specifica funzione”.

⁶¹ Da intendersi come il “divieto, per la parte che intende far valere un diritto, di porsi in contraddizione con un comportamento da essa stessa assunto in precedenza” (così F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 1994, p. 497). Si veda al riguardo F. FESTI, *Il divieto di venire contro il fatto proprio*, Milano, 2007, anche per una imprescindibile disamina dei reciproci rapporti tra i concetti di *exceptio doli*, abuso del diritto e divieto di venire contro il fatto proprio (p. 87 ss.). Cfr. F. ASTONE, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006.

Il divieto in discorso è stato in più occasioni affermato dalla giurisprudenza di legittimità: Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Contratti*, 2007, 670 ss.; Cass., 4 settembre 2004, n. 17888, in *Giust. civ.*, 2005, I, 2383; Cass. 12 febbraio 1992, n. 1715, in *Giust. civ.*, 1993, I, 505. V. anche Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.*, 2015, I, 862.

La giurisprudenza ha riconosciuto l’operatività dell’*exceptio doli* quale rimedio generale contro l’esercizio sleale dei diritti: secondo la Suprema Corte, “La *exceptio doli generalis seu praesentis* indica il dolo attuale, commesso al momento in cui viene intentata l’azione nel processo, e costituisce un rimedio di carattere generale, utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, il quale è diretto a precludere l’esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall’ordinamento, paralizzando l’efficacia dell’atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo” (62).

Nella fattispecie qui oggetto di interesse, l’*exceptio doli generalis* potrebbe costituire un’efficace “arma di difesa” contro il ricorso pretestuoso all’art. 23 TUF: come suggerito dalla più attenta dottrina, l’esigenza di scongiurare uno sfruttamento opportunistico della normativa di tutela dell’investitore potrebbe giustificare la possibilità per la banca convenuta di opporre l’eccezione di dolo in tutte quelle ipotesi in cui il cliente proponga una domanda di nullità “selettiva” (63).

La violazione dei doveri di correttezza e buona fede, sottesa a una siffatta domanda, giustificherebbe dunque l’eccezione di parte tesa a ottenere

⁶² Cass. 7 marzo 2007, n. 5273, in *Contratti*, 2007, p. 971 ss., con nota di C. ROMEO, cit.; in senso conforme Cass. 20 marzo 2009, n. 6896, in *Giust. civ. Mass.*, 2009; Cass. 12 settembre 2012, n. 15216, in *Giust. civ. Mass.*, 2012.

Dalla *exceptio doli generalis seu praesentis* si distingue, sin dal diritto romano, la *exceptio doli specialis seu praeteriti*, in cui il dolo non si concretizza con la proposizione della domanda giudiziale, ma inficia già – a monte – l’atto giuridico interessato dalla domanda medesima, per effetto di raggiri o comunque di condotte scorrette. Cfr. A. BURDESE, *Exceptio doli (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 203 ss.

⁶³ A. PERRONE, *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, cit., p. 37 ss.; D. SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, cit.; G. BERTI DE MARINIS, *Nullità relativa, protezione del cliente e interessi meritevoli di tutela*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 283 ss.

la neutralizzazione dell'avversa pretesa, esercitata abusando di un proprio diritto.

Parte della dottrina ha espresso una linea di maggiore rigore nell'individuazione dei presupposti applicativi dello strumento in esame. Si afferma che la proposizione di azioni di nullità c.d. selettiva sarebbe di per sé legittima, in quanto non intrinsecamente contrastante con il principio di buona fede. L'*exceptio doli* potrebbe essere opposta solo qualora, in base a una valutazione del caso concreto secondo parametri sia oggettivi, sia soggettivi, l'esercizio dell'azione risulti connotato da una specifica malafede, e segnatamente da un intento fraudolento preordinato a cagionare un pregiudizio all'intermediario, gravando su quest'ultimo il relativo onere probatorio (64).

L'orientamento suddetto pare tuttavia eccessivamente restrittivo, soprattutto in quanto impone al convenuto che intenda opporre l'eccezione un onere probatorio, in concreto, particolarmente difficile da assolvere, avendo ad oggetto determinazioni soggettive caratterizzate da un particolare intento lesivo. Per ritenere integrato l'abuso, sembrerebbe sufficiente il dato obiettivo dato dall'attività di "selezione" degli investimenti favorevoli e sfavorevoli, che parrebbe di per sé idoneo a individuare un comportamento intrinsecamente connotato da intento opportunistico.

⁶⁴ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità "selettive". A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, cit., secondo cui tale condizione dovrebbe ritenersi integrata "dal contegno del cliente che manifesti i tratti dell'agire doloso e malizioso: della frode, e cioè della preordinazione della condotta alla (possibile) produzione di un pregiudizio in danno del predisponente". Le condotte potenzialmente idonee a integrare la malafede vengono dall'Autore così esemplificate: "la condotta del cliente che si precostituisca la facoltà di impugnare, ad esempio facendosi sostituire da altri in sede di sottoscrizione, allo scopo di poter invocare in seguito la natura apocrifia della firma"; o ancora "il contegno di chi, a fronte di un contratto concluso mediante scambio postale di proposta e accettazione, rispettivamente sottoscritte dal cliente e dall'intermediario, distrugga (o comunque affermi inesistente) la dichiarazione in tesi ricevuta, per invocare quindi il difetto di valida conclusione del negozio".

In definitiva, è possibile affermare che nella specifica materia oggetto di indagine l'*exceptio doli* si configura come strumento, concesso alla parte, che consente di superare il formalismo quando questo risulti obiettivamente strumentalizzato nel perseguimento di indebiti vantaggi, difficilmente giustificabili dal punto di vista economico, prima ancora che in termini di giustizia sostanziale; così evitando che possa avere luogo uno sfruttamento opportunistico della normativa di tutela dell'investitore ⁽⁶⁵⁾.

9. La pronuncia delle Sezioni Unite: il regime restitutorio delle nullità di protezione e il criterio ordinante della buona fede

Nei paragrafi che precedono si è cercato di individuare le possibili soluzioni al problema delle azioni di nullità selettiva, con riferimento sia agli istituti che potrebbero trovare applicazione a fronte della caducazione del rapporto di investimento a monte, segnatamente la ripetizione dell'indebitato *ex art. 2033 e ss. c.c.*; sia ai principi e ai rimedi che, ancor prima, potrebbero impedire a dette azioni di avere accesso alla tutela giurisdizionale, *i.e.* il generale divieto di abuso del diritto e del processo, invocabile su istanza di parte mediante opposizione dell'*exceptio doli generalis*.

Le Sezioni Unite ⁽⁶⁶⁾, chiamate a dirimere la questione, hanno adottato – come vedremo di qui a poco – una soluzione inedita, che, da un lato, e-

⁶⁵ Sia consentito richiamare le considerazioni svolte dallo scrivente nel contributo *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*, cit., p. 1100 ss., che hanno trovato eco nelle ordinanze della Sezione I della Corte di Cassazione del 17 maggio 2017, n. 12388, n. 12389 e n. 12390, in *Pluris*.

⁶⁶ Cass. Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314 (Pres. Mammone, Rel. Acierio), in *Contratti*, 2020, p. 11 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del "di protezione")*; in *Riv. dir. comm.*, 2020, p. 123 ss., con nota di A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 26 ss., con nota di A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*; in *Corr. giur.*, 2020, p. 5 ss., con nota di C. SCOGNAMILGIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*. Si vedano, inoltre, i commenti di A.A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*:

sclude il diritto restitutorio del contraente forte e, dall'altro lato, individua nella buona fede il criterio atto a evitare condotte opportunistiche. La clausola generale è posta a fondamento della creazione di un criterio sostanzialmente equitativo, che, tuttavia, genera non pochi dubbi proprio dal punto di vista applicativo, prima ancora che in termini di tenuta dei relativi fondamenti teorici.

Quanto all'*iter* processuale del giudizio sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, nella specie il Tribunale aveva accolto la domanda volta a far dichiarare la nullità di ordini di investimento in obbligazioni argentine, per difetto di forma del contratto quadro. Il giudice di prime cure, peraltro, aveva accolto anche la domanda riconvenzionale proposta dalla banca convenuta, avente ad oggetto la restituzione delle cedole rimosse in forza di ulteriori operazioni in esecuzione del contratto quadro dichiarato nullo, condannando l'investitore al pagamento della differenza residua a debito.

La Corte di Appello aveva confermato che la nullità di protezione non determina anche il potere dell'investitore di limitare gli effetti della nullità soltanto ad alcuni degli ordini, secondo la sua scelta. Il giudice di secondo grado aveva ribadito che la nullità *ex art. 23 TUF*, sebbene possa essere fatta valere solo dal cliente, si ripercuote su tutte le operazioni eseguite in forza dell'atto negoziale viziato, con la conseguenza che l'investitore è tenuto a restituire alla banca i titoli acquistati, le cedole rimosse e ogni altra utilità.

*L'operatività "a vantaggio". Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in Riv. dir. banc., gennaio-marzo 2020; M. GIROLAMI, L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?, in Nuova giur. civ. comm., 2020, p. 154 ss.; S. MONTICELLI, La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura, *ivi*, p. 163 ss.; S. PAGLIANTINI, L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione *ex fide bona*, *ivi*, p. 169 ss.; D. MAFFEIS, Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo, in *dirittobancario.it*; G. GUIZZI, Le Sezioni Unite e le "nullità selettive" nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica, *ivi*; V. PISAPIA, Intermediazione finanziaria: le Sezioni Unite sull'uso selettivo della nullità di protezione, *ivi*.*

Tuttavia, nella specie la Corte non aveva ritenuto validamente introdotta in giudizio una domanda riconvenzionale di restituzione, ma unicamente una eccezione di compensazione idonea (soltanto) a paralizzare la domanda restitutoria dell'attore.

La Sezione I civile della Suprema Corte ha rimesso la causa al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite ⁽⁶⁷⁾, trattandosi di questione di massima di particolare importanza che aveva peraltro generato un contrasto all'interno della medesima sezione: all'orientamento che riconosceva la legittimità della limitazione degli effetti derivanti dall'accertamento della nullità del contratto quadro ai soli ordini oggetto della domanda proposta dall'investitore si contrapponeva infatti quello, di segno opposto, che affermava l'estensione degli effetti della dichiarazione di nullità anche alle operazioni escluse dalla domanda proposta dal cliente, con le relative conseguenze restitutorie reciproche ⁽⁶⁸⁾.

⁶⁷ Cass., ord. 2 ottobre 2018, n. 23927, in *Foro it.*, 2019 I, 975 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*; in *Corr. giur.*, 2019, p. 172 ss., con note di M. RIZZUTI, *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite*, e di D. MAFFEIS, *Nullità selettiva: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*; in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 152 ss., con nota di F. GRECO, *L'esercizio selettivo della nullità: tra protezione dell'investitore e sfruttamento "opportunistico" della normativa di tutela*; in *Giur. it.*, 2019, p. 763 ss., con note di C. SARTORIS, *Nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?* e di F. BICHIRI, *La nullità selettiva nei contratti di investimento. La questione alle Sezioni Unite*; in *Contratti*, 2019, p. 283 ss., con nota di G. PETTI, *L'esercizio selettivo dell'azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 46 ss., con nota di F. TONINI, *L'invalidità "selettiva" del contratto di investimento rimessa alle Sezioni Unite*. Si veda inoltre il commento di A. DALMARTELLO, *L'uso selettivo della nullità nei contratti di intermediazione finanziaria al vaglio delle Sezioni Unite*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2019, p. 446 ss.

⁶⁸ Il primo orientamento è rappresentato da Cass. 27 aprile 2016, n. 8395, in *Contratti*, 2016, p. 1094 ss., con nota critica dello scrivente, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*. Secondo tale pronuncia, la nullità ex art. 23 TUF potrebbe essere legittimamente eccepita anche limitatamente ad alcuni soltanto degli ordini di acquisto eseguiti in virtù del contratto viziato; e ciò senza che l'intermediario possa avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, che po-

L'esame delle Sezioni Unite prende le mosse da una ricognizione del quadro normativo delle nullità di protezione, non solo con riferimento alle disposizioni in materia finanziaria, ma estendendo l'indagine ad aree contigue. In particolare, la Suprema Corte si sofferma sull'art. 127 TUB e sull'art. 36 cod. cons., ove si rinviene l'enunciazione per cui la nullità opera solo a vantaggio del cliente; ritenendo che, sebbene l'art. 23 TUF non preveda espressamente tale principio, tale ultima norma dovrebbe essere interpretata "coerentemente con i principi del diritto eurounitario, così da non escluderne né il rilievo d'ufficio né l'operatività a vantaggio esclusivo del cliente".

Conseguentemente, ad avviso delle Sezioni Unite, della dichiarata invalidità del contratto quadro – nella specie, per difetto di forma, questione su cui si era formato il giudicato – "può avvalersi soltanto l'investitore, sia sul piano sostanziale della legittimazione esclusiva che su quello sostanziale dell'operatività ad esclusivo vantaggio di esso"; con la conseguenza che l'intermediario non potrebbe avvalersi degli effetti diretti di tale nullità, e non sarebbe conseguentemente legittimato ad agire neppure per la ripetizione dell'indebito *ex art. 2033 c.c.*

La Corte prende così le distanze dalla tesi che nega la legittimità dell'uso selettivo delle nullità di protezione, e che riconosce alla banca il diritto a richiedere la ripetizione dell'indebito in relazione agli investimenti non selezionati dall'investitore. Al contempo, però, il Collegio non condivide neppure l'opposta opzione, che considera legittima l'azione di nullità selettiva senza alcun limite.

trebbero scaturire a suo vantaggio, posto che il regime delle nullità di protezione opererebbe esclusivamente a favore dell'investitore.

Il secondo e opposto orientamento è invece espresso da Cass. 16 marzo 2018, n. 6664, cit., secondo cui la pronuncia di nullità del contratto quadro di investimento implica il sorgere di un obbligo restitutorio reciproco *ex art. 2033 c.c.* (cfr. *supra*, § 5).

Ritengono le Sezioni Unite che “la questione della legittimità dell’uso selettivo delle nullità di protezione nei contratti aventi ad oggetto servizi d’investimento, possa essere risolta ricorrendo, come criterio ordinante, al principio di buona fede, da assumere, tuttavia, in modo non del tutto coincidente con le ... declinazioni dell’*exceptio doli generalis* e dell’abuso del diritto”.

Ad avviso della Suprema Corte, “l’uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro non contrasta, in via generale, con lo statuto normativo delle nullità di protezione ma la sua operatività deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente”. In tale prospettiva, l’uso selettivo della nullità non sarebbe da stigmatizzare *ex se*, come contrario alla buona fede, solo perché limitato ad alcuni ordini di acquisto, poiché altrimenti, secondo il Collegio, si determinerebbe un effetto sostanzialmente abrogativo del regime giuridico delle nullità protettive. Così, “al fine di modulare correttamente il meccanismo di riequilibrio effettivo delle parti contrattuali di fronte all’uso selettivo delle nullità di protezione, non può mancare un esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell’azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l’investitore corrispondente al *petitum* azionato”.

Qualora, all’esito di detto esame, risulti che l’azione di nullità determina esclusivamente un ingiustificato e sproporzionato sacrificio economico in capo all’intermediario, quest’ultimo può opporre all’investitore “un’eccezione, qualificabile come di buona fede, idonea a paralizzare gli effetti restitutori dell’azione di nullità selettiva proposta soltanto in relazione ad alcuni ordini. L’eccezione sarà opponibile, nei limiti del *petitum* azionato,

come conseguenza dell'azione di nullità, ove gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti dall'azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore” (69).

Le Sezioni Unite precisano che “ove il *petitum* sia pari od inferiore ai vantaggi conseguiti, l'effetto impeditivo dell'azione restitutoria promossa dall'investitore sarà integrale. L'effetto impeditivo sarà, invece, parziale, ove gli investimenti non colpiti dall'azione di nullità abbiano prodotto risultati positivi ma questi siano di entità inferiore al pregiudizio determinato nel *petitum*”.

Su tali premesse, la Suprema Corte ha enunciato il seguente principio di diritto: “La nullità per difetto di forma scritta, contenuta nel D.Lgs. n. 58 del 1998, art. 23, comma 3, può essere fatta valere esclusivamente dall'investitore con la conseguenza che gli effetti processuali e sostanziali dell'accertamento operano soltanto a suo vantaggio. L'intermediario, tuttavia, ove la domanda sia diretta a colpire soltanto alcuni ordini di acquisto, può opporre l'eccezione di buona fede, se la selezione della nullità determini un ingiustificato sacrificio economico a suo danno, alla luce della complessiva esecuzione degli ordini, conseguiti alla conclusione del contratto quadro”.

⁶⁹ Sul piano processuale, la Suprema Corte specifica che “l'eccezione di buona fede, operando su un piano diverso da quello dell'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non è configurabile come eccezione in senso stretto non agendo sui fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscono gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti. Deve essere, tuttavia, oggetto di specifica allegazione”.

10. La ripetizione unilaterale dell'indebitito e il giudizio (equitativo) *ex fide bona*. Osservazioni critiche

Da un primo angolo visuale, la pronuncia delle Sezioni Unite – con una decisione di ampio respiro, che travalica i confini della materia finanziaria – ha contribuito a definire lo statuto delle nullità di protezione, proseguendo idealmente sul sentiero tracciato sempre dalla Cassazione, nella sua composizione più autorevole, nel 2014 ⁽⁷⁰⁾. Se in quella occasione la Suprema Corte aveva statuito in ordine alla rilevabilità d'ufficio, ammettendo il rilievo da parte del giudice nell'interesse della parte protetta, ora si è pronunciata sul regime delle restituzioni conseguente alla nullità protettiva, ritenuto speciale rispetto a quello di diritto comune e configurato secondo uno schema unilaterale (*i.e.*, operante solo in favore del contraente debole) ⁽⁷¹⁾. Lo “statuto speciale” delle nullità protettive viene così a completarsi nei suoi pilastri fondamentali: legittimazione relativa, rilevabilità d'ufficio nell'interesse della parte protetta e operatività a esclusivo vantaggio di quest'ultima, da intendersi – secondo le Sezioni Unite – anche quale regola giustificatrice di un regime restitutorio asimmetrico.

In secondo luogo, la Cassazione, escluso che il contraente forte possa avanzare pretese a titolo di ripetizione dell'indebitito, ha cercato di dirimere la spinosa questione dell'uso selettivo della nullità adottando una soluzione altrettanto inattesa, e assai singolare. Rifiutando il ricorso ai “classici” cano-

⁷⁰ Cass. Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit. (cfr. *supra*, § 2).

⁷¹ Cass. Sez. Un., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.: “L'indebitito, così come previsto nell'art. 1422 c.c., può operare solo ove la legge non limiti con norma inderogabile la facoltà di far valere la nullità ed i suoi effetti in capo ad uno dei contraenti, essendo direttamente inciso dallo ‘statuto’ speciale della nullità cui si riferisce. Le nullità di protezione sono poste a presidio esclusivo del cliente. Egli *ex lege* ne può trarre i vantaggi (leciti) che ritiene convenienti. La selezione degli ordini sui quali dirigere la nullità è una conseguenza dell'esercizio di un diritto predisposto esclusivamente in suo favore”.

ni dell'abuso del diritto e dell'*exceptio doli generalis*, le Sezioni Unite hanno introdotto una inedita “eccezione di buona fede”.

Con riferimento al primo dei segnalati aspetti, la motivazione della sentenza ha formato oggetto di critica da parte della prevalente dottrina ⁽⁷²⁾. Si è osservato che la previsione, nell'art. 23 TUF, di una legittimazione ristretta a far valere la nullità del contratto quadro, se esclude che l'invalidità possa essere invocata da soggetti diversi dalla parte tutelata, non può anche comportare che il soggetto legittimato, una volta che decida di esercitare il potere conferitogli dalla norma, diventi arbitro degli effetti della dichiarata invalidità del rapporto a monte ⁽⁷³⁾.

⁷² S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, cit., pp. 23-24 prende atto che per effetto della pronuncia delle Sezioni Unite “il genitivo ‘di protezione’ stilizza, a sua volta, uno statuto normativo connotato da una tutela restitutoria che pure è asimmetrica, sicché adesso la scena sembra presidiata da un'accoppiata nullità assoluta ad indebito bilaterale *v.* nullità relativa ad indebito unilaterale ovvero speciale”; alla luce di ciò, l'Autore arriva a chiedersi “tolto il *nomen*, cosa resta di quel gemellaggio con la nullità di diritto comune, per un rimedio che, se già nasceva in deroga agli artt. 1419, comma 1 e 1421, adesso si irradia a derogare, seppur variamente, all'art. 1422”.

⁷³ M. GIROLAMI, *L'uso selettivo delle nullità di protezione: un falso problema?*, cit., p. 157: “Al contraente debole e solo a questi spetta la decisione di impugnare, non potendo sindacare su questo punto in alcun modo la controparte, perché così vuole la legge. Una volta effettuata tale scelta, però, non si vedono ragioni per protrarre ulteriormente la tutela dell'investitore”. In quest'ottica, il cliente potrebbe decidere, sulla base di una valutazione complessiva di convenienza dei risultati delle operazioni di investimento poste in essere in esecuzione del contratto quadro, se agire o meno per la dichiarazione di nullità di quest'ultimo; tuttavia, non sarebbe consentito un “utilizzo arbitrario dello strumento invalidante ... interferendo con le regole generali che disciplinano le conseguenze della nullità contrattuale”. L'Autrice trae così la conclusione per cui “La *ratio* protettiva della previsione di nullità si esaurisce con la scelta della parte legittimata di agire o di rinunciare all'azione”.

Anche A. TUCCI, *Nullità di protezione e buona fede*, cit., ravvisa l'opportunità di “mantenere ferma la distinzione fra disponibilità dell'azione di nullità e disponibilità degli effetti della nullità”, nel senso che la disciplina speciale di protezione del cliente esclude soltanto la legittimazione a dedurre o eccepire la nullità del contratto quadro in capo all'intermediario, restando ferma per quest'ultimo la possibilità di formulare una domanda tesa ad ottenere la restituzione degli strumenti finanziari e degli importi percepiti dal cliente in costanza di rapporto.

In senso analogo S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, cit., p. 163 ss., secondo cui il contraente tutelato “esaurisce il suo potere dispositivo, conseguente alla legittimazione relativa, nella decisione, libera e nella sua sola disponibili-

Il principio sancito dalle Sezioni Unite viene percepito come una forzatura rispetto alle regole generali relative alla ripetizione dell'indebitto, per loro natura “neutre” (74), essendo volte ad impedire ingiustificati spostamenti di ricchezza, senza che possano venire in rilievo obiettivi sanzionatori ai danni del contraente forte (e redistributivi in favore del contraente debole).

È stata così ritenuta arbitraria la creazione ad opera della Suprema Corte – sulla scorta del principio di buona fede e del relativo fondamento costituzionale *ex art. 2 Cost.* – di un regime restitutorio unilaterale che diverge dal modello legale di cui agli artt. 1422 e 2033 c.c. Si è osservato che la giurisprudenza non può, pena il sacrificio della certezza del diritto, spingersi “fino ad una riscrittura della disciplina degli effetti dell'azione di nullità che, per quanto non espressamente regolato dalla legislazione di settore nella prospettiva della protezione del consumatore, o del cliente, resta affidata all'impianto generale del codice civile” (75).

tà, di proporre o meno l'azione di nullità. Una volta esercitata tale facoltà si esaurisce, però, ogni disponibilità degli effetti che dall'azione proposta e dal conseguente giudicato sulla *quaestio nullitatis* derivano”.

⁷⁴ La neutralità delle norme sull'indebitto era predicata già da U. BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, cit.

Di recente è stato proposto il superamento della posizione tradizionale, affermando che la disciplina delle restituzioni non dovrebbe essere insensibile rispetto al trattamento della nullità e all'interesse sotteso al rimedio invalidante. Secondo tale impostazione, sarebbe lecito “immaginare tante regole restitutorie quanti i trattamenti della nullità”, con la conseguenza che “mentre si può convenire sull'applicazione dell'art. 2033 c.c. nell'ambito di un trattamento dell'atto nullo come radicalmente inefficace, si deve riconoscere come, fuori da questa nullità ... l'art. 2033 c.c. niente abbia da dire” (così D. IMBRUGLIA, *Appunti su nullità e restituzioni*, in *Giur. it.*, 2020, p. 1533 ss.). La tesi citata non convince, in quanto presuppone una frammentazione in sotto-sistemi della categoria della nullità, che, ad avviso di chi scrive, deve invece ritenersi unitaria: sicché, anche nell'ipotesi di nullità di protezione, non viene meno la natura di vizio radicale, che implica l'operatività dell'ordinario regime restitutorio.

⁷⁵ Così C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 176 ss., che individua nella sentenza una “tendenza ... ad un ragionamento per principi che, quando non palesi senz'altro un eccesso assiologico rispetto all'ipotesi di fatto da regolare, può essere tale da dar vita ad una soluzione sbilanciata sul versante di un inappagante pragmatismo”.

Perplessità non di minor conto ha suscitato la *pars costruens* della pronuncia della Suprema Corte. Nella configurazione tradizionale, gli istituti dell'abuso del diritto e dell'*exceptio doli* comportano un effetto automaticamente impeditivo dell'azione selettiva. Secondo le Sezioni Unite, invece, l'investitore ha pieno "diritto" di selezionare le operazioni di investimento nei confronti delle quali indirizzare l'azione di nullità, salva la possibilità per l'intermediario di opporre una "eccezione di buona fede" che fa sorgere notevoli interrogativi con riferimento sia ai suoi presupposti, sia alla sua concreta applicazione, oltre a risultare alquanto contraddittoria ⁽⁷⁶⁾.

Quanto ai presupposti, secondo la Suprema Corte l'eccezione può essere sollevata qualora la selezione della nullità determini, in capo all'intermediario, un sacrificio economico "ingiustificato". Ad avviso dello scrivente, tale requisito deve ritenersi pleonastico, essendo sempre privo di giustificazione causale – a seguito della caducazione del contratto quadro – l'arricchimento che l'investitore miri a conseguire, trattenendo il risultato utile degli investimenti favorevoli, indipendentemente dal relativo importo.

In senso concorde A. IULIANI, *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 273 ss., il quale osserva che "obliterare il valore della fattispecie ... in favore del carattere imperativo dei principi costituzionali e della clausola di buona fede significa assegnare al giudice il monopolio dell'invalidità in spregio al principio di certezza dei rapporti giuridici al quale la disciplina dell'invalidità si ispira", sino ad un completo "sovertimento dei criteri interpretativi dettati dal legislatore, assegnando ai principi (ivi inclusi quelli costituzionali) non già il ruolo residuale che l'ordinamento gli riserva (perlomeno in sede applicativa), bensì quello primario di criterio di completamento e riscrittura di fattispecie reputate assiologicamente lacunose o in contrasto col dettato costituzionale".

⁷⁶ Come rileva acutamente R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, cit., se si accettano le premesse del ragionamento della Suprema Corte, "cioè che il legislatore ha inteso assicurare una maggior protezione al cliente proprio consentendogli (non solo di essere l'unico legittimato a denunciare la nullità del contratto, ma anche) di far valere la nullità esclusivamente a proprio vantaggio selezionando a tal fine gli ordini di acquisto risultati non convenienti", risulta poco chiaro per quale ragione debba ritenersi "contrario a buona fede il pretendere la restituzione di quanto versato in relazione a quegli ordini prescindendo dall'esito degli altri".

In parte motiva, la sentenza aggiunge peraltro che detto sacrificio economico deve anche essere “sproporzionato”; indicazione, quest’ultima, che pare arbitraria e suscettibile di lasciare un eccessivo margine di discrezionalità al giudicante. Senza contare che il ricorso a concetti quale “danno” o “ingiustificato pregiudizio”, tipici della tutela risarcitoria, pare fuor d’opera nell’ambito di una tutela invalidante e, quindi, restitutoria ⁽⁷⁷⁾.

L’impressione è che la pronuncia in esame, nello sforzo di addivenire a una “soluzione di compromesso” tra gli interessi in gioco – entrambi di rilievo costituzionale: la tutela del risparmio privato (*ex art. 47 Cost.*) e l’esigenza di certezza dei rapporti nei mercati finanziari (*ex art. 41 Cost.*) –, sia giunta a individuare una *regula iuris* non sufficientemente univoca quanto ai presupposti della sua applicazione ⁽⁷⁸⁾. Non convince pertanto la soluzione, adottata dalle Sezioni Unite, di una valutazione *ex fide bona* che si traduce, nella sostanza, in un giudizio equitativo dai contorni poco chiari, con conseguenti e non indifferenti profili di incertezza ⁽⁷⁹⁾. Per tali ragioni, la più

⁷⁷ Parte della dottrina ha ritenuto, in radice, improprio il richiamo delle Sezioni Unite al canone della buona fede oggettiva, rilevando che il ragionamento della Suprema Corte “arieggia – assai più che quello della buona fede – l’istituto dell’arricchimento senza causa e pure, se non forse più ancora, quello della *compensatio lucri cum damno*” (così A.A. DOLMETTA, *All’essenza della nullità di protezione: l’operatività “a vantaggio”*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, cit., pp. 108-109).

⁷⁸ Cfr., in senso critico, L. MODICA, *Forme asimmetriche e nullità selettive per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 27 ss.

⁷⁹ Come già evidenziava chiaramente M. FRANZONI, *Commento all’art. 1374, Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto e suoi effetti reali e obbligatori*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 3 ss., “la repressione di un abuso con la buona fede è il presupposto logico e giuridico per riequilibrare con l’equità, senza fare della buona fede lo strumento di un giudizio equitativo”.

Sulla questione dei rapporti tra buona fede e giudizio secondo equità, si vedano, *ex multis*, C. TENELLA SILLANI, *L’arbitrato di equità*, Milano, 2006; F.D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 537 ss.; A. NASI, *Equità (giudizio di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, XV, p. 110 ss.

attenta dottrina ha invitato a valutare con particolare cautela la portata nomofilattica della decisione ⁽⁸⁰⁾.

Una volta che sia accertata la violazione della buona fede (con le difficoltà e le incertezze, non di poco conto, sopra segnalate), sul piano applicativo il criterio indicato dalla sentenza è, tutto sommato, equilibrato: allorché siano accertati risultati economici positivi derivanti dagli investimenti che, contrariamente a buona fede, non sono stati dedotti in giudizio dal cliente, l'importo oggetto del *petitum* deve ridursi per un ammontare corrispondente (c.d. “effetto impeditivo parziale” dell'azione), sino – eventualmente – alla completa neutralizzazione della pretesa attorea (c.d. “effetto impeditivo totale”).

Rispetto all'operatività dell'*exceptio doli*, la differenza consiste nel fatto che l'effetto impeditivo integrale dell'azione si ha soltanto se i vantaggi conseguiti dall'investitore sono uguali o superiori al *petitum*; in caso contrario, l'importo richiesto in causa potrà soltanto ridursi in misura corrispondente.

A ben vedere, gli effetti dell'applicazione del meccanismo individuato dalla Suprema Corte coincidono sostanzialmente con quelli conseguenti a una compensazione tra le poste restitutorie costituite dalle somme conferite a scopo di investimento, oggetto del *petitum* (da un lato) e i vantaggi economici conseguiti dall'investitore nel corso del rapporto (dall'altro lato) ⁽⁸¹⁾. Resta esclusa la possibilità per l'intermediario di ottenere, mediante domanda riconvenzionale, il pagamento dell'eventuale differenza risultante a suo credito, invertendo il segno della condanna.

⁸⁰ A. DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, cit., p. 32 ss.

⁸¹ Cfr. A. DALMARTELLO, op. cit., p. 35: “con una nemmeno troppo celata contraddizione, la Corte, da un lato, esclude l'eccezione riconvenzionale di compensazione riguardante i risultati positivi degli investimenti estromessi dall'iniziativa processuale dell'investitore e, dall'altro, ne simula gli effetti attraverso il richiamo alla clausola generale”.

La *regula iuris* indicata dalla Suprema Corte potrebbe peraltro rivelarsi non sempre di agevole applicazione nella prassi. In particolare, si pone il problema di individuazione del momento “cui avere riguardo per verificare il saldo, favorevole o sfavorevole, per l’investitore delle operazioni poste in essere”, specie come quando vengono in rilievo rapporti protrattisi a lungo nel tempo e caratterizzati da un’elevata movimentazione del portafoglio ⁽⁸²⁾.

Le successive applicazioni, da parte della giurisprudenza, dei principi enunciati dalle Sezioni Unite saranno di sicuro interesse sotto tale profilo, oltre che rispetto all’individuazione del significato e della portata che assu-

⁸² C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, cit., p. 181; S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, cit., p. 168, secondo cui la valutazione dei guadagni e delle perdite dovrebbe essere “cristallizzata alla data di notifica dell’atto di citazione”; osservando, tuttavia, che “trattandosi di investimenti sui mercati finanziari, ove molto spesso la volatilità è alta, ben potrebbe accadere che la perdita prospettata dal cliente con l’atto di citazione, già il giorno successivo alla notifica potrebbe non sussistere, e, parimenti, vale la considerazione opposta”.

Cfr. D. MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l’investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, p. 160 ss., secondo cui la Cassazione, “statuendo che i guadagni devono essere sottratti alle perdite, non chiarisce quali sono i termini della sottrazione, perché, mentre è chiaro qual è il minuendo – l’importo addebitato all’investitore a titolo di provvista per l’acquisto dello strumento finanziario oggetto di impugnazione –, non è chiaro qual è il sottraendo, perché il guadagno derivante da un investimento è cristallizzato se lo strumento finanziario – azione, obbligazione – è stato rivenduto sul mercato secondario o se l’obbligazione è giunta a scadenza, ma non lo è se l’azione o l’obbligazione – non scaduta – sono tuttora nel portafoglio dell’investitore”.

Le difficoltà applicative sono rilevate anche da G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le “nullità selettive” nell’ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, cit., ove si evidenzia che “la complessità dell’accertamento è alimentata dalla stessa difficoltà che si presenta nel definire quali siano davvero gli ‘esiti’ per gli investimenti che, alla data del giudizio, siano ancora in essere, e poi come debba conteggiarsi ... il valore degli strumenti il cui ordine di acquisto non è stato impugnato e che il cliente conserva ancora in portafoglio”. L’Autore nota che la questione si pone anche in relazione agli “strumenti che pure siano quotati su mercati regolamentati, e per i quali esiste almeno un termine oggettivo di valutazione”: in questo caso, ci si chiede, “il valore da detrarre si determina sulla base del prezzo di mercato alla data della domanda o alla data dell’eccezione? E *quid iuris* se poi alla data della sentenza si sia avuto un aumento o una perdita di valore, sempre in termini di prezzo di quotazione, rispetto all’investimento in questione?”.

meranno le nozioni di “danno” e di “ingiustificato sacrificio economico” per l’intermediario.

Di certo non mancheranno, nella prassi, occasioni per misurarsi nuovamente con le questioni connesse all’uso selettivo della nullità. Alcune recenti pronunce dell’Arbitro per le Controversie Finanziarie (ACF) hanno ritenuto applicabile il principio di diritto di cui alla sentenza n. 28314/2019 ai casi di nullità derivante dalla natura apocrifia della sottoscrizione del cliente sul contratto quadro e dal compimento di operazioni in mancanza di un previo contratto in forma scritta; così confermando che, come ipotizzato nel presente studio, il problema di un ricorso abusivo e strumentale all’azione di nullità non è limitato ai casi, ormai superati, in cui il vizio invalidante è individuato nella mancanza della sottoscrizione da parte dell’intermediario ⁽⁸³⁾.

⁸³ Nella decisione dell’8 gennaio 2020, n. 2127, l’ACF ha ritenuto che “la domanda di restituzione del capitale investito nell’operazione per cui è controversia non potrebbe trovare accoglimento neppure qualora si dovesse pervenire alla conclusione del carattere apocrifo ... della sottoscrizione apposta sul contratto quadro in ragione dei principi che sono stati di recente affermati dalle Sezioni Unite con la sentenza del 4 novembre 2019 n. 28314”.

Nella successiva decisione del 2 marzo 2020, n. 2297, l’Arbitro ha affrontato il tema della nullità di un contratto derivato posto in essere in mancanza di un previo contratto quadro concluso con la forma scritta richiesta dalla legge, ritenendo l’intermediario legittimato a sollevare una “eccezione di buona fede, mediante cui chiedere di detrarre dalla somma richiesta dal cliente quanto lo stesso cliente abbia eventualmente incassato per effetto di altri investimenti, in relazione ai quali lo stesso cliente non abbia, invece, formulato analoga domanda di nullità dei relativi ordini”.

Anche nella decisione del 30 novembre 2020, n. 3169, l’ACF ha ritenuto applicabile il principio enunciato dalle Sezioni Unite all’ipotesi di operazioni eseguite dall’intermediario senza che tra le parti fosse stato stipulato in forma scritta un contratto quadro per la prestazione dei servizi di investimento, ritenendo nella specie che tra le eccezioni sollevate dalla banca resistente vi fosse “anche quella che i ricorrenti hanno selezionato arbitrariamente – nell’ambito di una operatività ... assai intensa, e che si è scandita anche in molteplici operazioni non oggetto di contestazione – solo le operazioni che hanno avuto un esito negativo. Un’eccezione, questa, che viene sollevata espressamente al fine di contestare la quantificazione della somma richiesta a qualsivoglia titolo, e che dunque integra, ad avviso del Collegio, proprio la c.d. ‘eccezione di buona fede idonea a paralizzare gli effetti restitutori della nullità selettiva”.

11. Gli strumenti di tutela della parte debole nei rapporti di intermediazione finanziaria. Superamento del formalismo

L'esigenza di trovare un punto di equilibrio tra la tutela dell'investitore e l'applicazione coerente della normativa speciale di protezione, scongiurandone sfruttamenti opportunistici, si intreccia – come si è visto – con problemi teorici di non secondaria importanza. Ed è proprio nell'ottica di un (non facile) bilanciamento di contrapposti interessi che si colloca una decisione come quella delle Sezioni Unite, che tuttavia lascia aperti gli interrogativi, applicativi e concettuali, di cui si è dato atto.

Avviandosi verso una riflessione conclusiva, si ritiene opportuno evidenziare che lo statuto della nullità protettiva in materia finanziaria non può trovare applicazione ignorando le specifiche finalità delle regole formali, cui è connessa la tutela invalidante ⁽⁸⁴⁾. La protezione accordata dall'ordinamento non sembra potersi ragionevolmente spingere sino a consentire una arbitraria “selezione” degli effetti della nullità del contratto, che costituirebbe, ad avviso di chi scrive, una forma di tutela esorbitante rispetto alla *ratio* dell'invalidità formale.

Il diritto riconosciuto al contraente tutelato – pieno, assoluto e incondizionato – si esaurisce nella scelta di impugnare, o meno, il contratto quadro ritenuto viziato, che sarà necessariamente compiuta sulla base di una valutazione di pura convenienza. Il principio secondo cui la nullità opera a esclusivo vantaggio del cliente, che le Sezioni Unite hanno ritenuto applicabile anche ai contratti finanziari, dovrebbe perciò essere inteso nel senso

⁸⁴ Cfr., per una riflessione sul piano generale, N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 216, ove si contrappone la superata “logica strettamente formalistica” alla “logica di un diritto vivente che colga la forza precettiva della norma”.

che alla parte tutelata è riconosciuto il “vantaggio” di decidere se far valere o meno l’invalidità del contratto quadro ⁽⁸⁵⁾.

Invero, alla medesima conclusione si dovrebbe pervenire considerando, dal punto di vista puramente strutturale, la configurazione stessa del rapporto di intermediazione finanziaria e la nullità derivata che discende dalla caducazione del contratto quadro, con conseguente reciprocità delle obbligazioni restitutorie, in applicazione del principio generale che non consente trasferimenti di ricchezza che risultino – nella specie, per effetto della caducazione del titolo sui cui si fondavano – sprovvisti di una idonea giustificazione causale ⁽⁸⁶⁾.

Si badi: non deve ritenersi scorretta l’impugnazione selettiva degli investimenti in quanto tale. L’interesse ad agire è sempre selettivo, inevitabilmente – e legittimamente – egoistico. Ogni contraente può decidere liberamente, a suo insindacabile giudizio, quali atti impugnare e quali no. Così, è fuor di dubbio che l’investitore possa scegliere quali ordini di investimento dedurre e contestare in causa, invocando vizi specifici di questo o di quell’atto (in quanto inadeguato, inappropriato, in conflitto di interessi, e via

⁸⁵ Come evidenzia F. FERRO-LUZZI, *In tema di invalidità del contratto per la prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, p. 465 ss., l’ordinamento non ha inteso accordare all’investitore “alcun potere circa gli effetti che l’eventuale declaratoria di nullità ha sui rapporti sorti ‘a valle’ del negozio dichiarato nullo”, sicché la “relatività” della nullità protettiva deve intendersi attinente “al ‘se’ e non già agli ‘effetti’, non sussistendo alcun principio in base al quale il soggetto a cui è attribuito in via unica il potere di esercitare l’azione di nullità può anche ... limitarne poi gli effetti”.

⁸⁶ Così S. PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari cc.dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, cit., p. 691: “l’investitore può scegliere se impugnare oppure no l’accordo-quadro, secondo un calcolo personale di convenienza. La scelta, però, complice l’unitarietà della sequenza aggregante contratto-quadro e successivi ordini di investimento, non si ramifica a valle”. In senso analogo M. GIROLAMI, *L’uso selettivo delle nullità di protezione: un falso problema?*, cit., p. 157 e S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, cit., p. 163 ss. Come si è visto, questa impostazione è stata respinta dalle Sezioni Unite, che non hanno ritenuto di attribuire rilevanza decisiva alla configurazione “bifasica” del rapporto di investimento.

discorrendo) e chiedendo al giudice il risarcimento del danno o, ricorrendone gli estremi, la risoluzione del singolo ordine. Ciò che l'investitore non può fare, pena la violazione del principio di buona fede, è appellarsi alla disciplina formale per contestare la validità del contratto quadro, per poi pretendere di selezionare gli effetti della nullità derivata in relazione alle singole operazioni di investimento. Una simile condotta sarebbe evidentemente tesa ad ottenere forme di tutela esorbitanti rispetto alla *ratio legis* propria della prescrizione di forma: è in ciò che si sostanzia l'abuso del diritto, nella sua più classica concezione ⁽⁸⁷⁾.

L'abuso è così integrato dal fatto che l'azione invalidante *ex art. 23 TUF* sia proposta dall'investitore – dopo che il rapporto di investimento si sia protratto magari a lungo, anche fruttuosamente – unicamente al fine di riversare sull'intermediario l'esito negativo delle operazioni di investimento in perdita. Un simile ricorso all'azione di nullità, invocando (*ex post*) la tutela

⁸⁷ È per questo motivo che non si ritiene di poter condividere il rilievo, autorevolmente sostenuto in dottrina, secondo cui l'investitore ben potrebbe essere "opportunist", e "l'unica ragione per la quale ciò gli potrebbe essere vietato è che egli sia considerato, in quanto investitore, in quanto *homo ludens*, un contraente minorato, nel senso di poco meritevole di beneficiare del bene-justitia"; sicché, se "per un qualsiasi contraente, diverso dall'investitore, il fatto di impugnare questo o quell'atto, è normale", ciò "dovrebbe esserlo anche per l'investitore" (così D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la "particolare importanza" di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, cit., p. 179).

Ad avviso di chi scrive, ben potrebbe l'investitore "opportunist" impugnare singoli ordini sfavorevoli, deducendo vizi specifici degli stessi. Ma se egli decide di impugnare il contratto quadro, e pretende di selezionare gli effetti della nullità derivata, non sta esercitando la facoltà di scelta legittimamente concessa a ogni contraente – decidere quali atti impugnare e quali no, sulla base di una valutazione di personale convenienza –, ma sta abusando di una normativa di protezione che accorda la tutela invalidante per ben diversi fini. Dovrebbe perciò escludersi, a sommo avviso dello scrivente, che "la parte che impugna i singoli ordini o i singoli contratti dipendenti da uno stesso contratto di investimento [possa] scindere gli effetti della nullità formale dipendente dall'identico, prospettato vizio di forma, invocandola per alcuni atti, non per altri" (così 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.).

sul piano formale al solo fine di conseguire indebiti vantaggi, non può ritenersi meritevole di tutela in sede giurisdizionale.

La forma (e la nullità) di protezione sono poste a presidio della corretta informazione del cliente in ordine ai contenuti del rapporto di intermediazione finanziaria, e non già del buon esito degli investimenti; e, a ben vedere, nemmeno della rispondenza di questi ultimi agli obiettivi e al profilo di rischio del cliente, posto che tale – fondamentale – esigenza è presidiata da specifici e ben diversi strumenti approntati dall'ordinamento, *in primis* le regole in materia di profilatura della clientela, adeguatezza e appropriatezza (88).

Ecco allora che il respingimento di azioni strumentali e selettive consentirebbe di reindirizzare, correttamente, le iniziative giudiziali nell'alveo dell'impugnativa delle operazioni di investimento per eventuali vizi intrinseci che le connotano – inadeguatezza degli strumenti finanziari acquistati, mancata informazione sulle caratteristiche degli stessi, e via discorrendo –, mediante accesso alla tutela risarcitoria o (ricorrendone i presupposti) risolutoria, seguendo la linea già da tempo tracciata dalla giurisprudenza (89).

Questa possibile nuova “focalizzazione” del contenzioso produrrebbe l'effetto indiretto di incentivare gli intermediari a prassi virtuose che, di là da premure meramente formalistiche, tendano sempre più alla tutela dell'interesse reale e sostanziale del cliente, assicurandosi che quest'ultimo

⁸⁸ Come evidenzia A. TUCCI, *Tipicità dei contratti di investimento e disciplina codicistica*, cit., p. 88, “il diritto del mercato finanziario interviene sull'autonomia privata a livello *formale*, anche mediante la previsione di ‘requisiti di forma-contenuto’, e, sul piano *sostanziale*, mediante la predeterminazione di un modello di *condotta* di una delle parti del rapporto (l'intermediario), a tutela dell'altra parte (il cliente)”; l'effettiva protezione di quest'ultimo si basa sul corretto e rigoroso adempimento della prestazione a carico del soggetto professionale, più che sul “tentativo – inesorabilmente destinato all'insuccesso – di analitica specificazione delle clausole generali di correttezza e diligenza, mediante l'elencazione di specifici obblighi informativi”.

⁸⁹ Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 e 26725, cit.

operi in modo costantemente informato, in linea con i propri obiettivi di investimento e conscio dei profili di rischio sottesi alle operazioni in strumenti finanziari.

CONCLUSIONI

Nella parte generale del presente studio si è cercato di porre adeguatamente in luce la natura degli interessi tutelati dal nuovo formalismo introdotto della legislazione speciale, che si sostanziano, in via immediata e diretta, nel riequilibrio informativo in favore del contraente debole nei rapporti asimmetrici, e, di riflesso, nella promozione della competitività del mercato.

È questa l'impronta funzionale che connota sia il vincolo di forma dei contratti finanziari, sia la connessa previsione di nullità relativa. Si è quindi osservato come l'ordinamento non possa tollerare che il formalismo imposto dalla normativa di protezione determini un'applicazione delle regole *de quibus* del tutto avulsa dalla *ratio* sottostante.

La valorizzazione dello scopo perseguito da detta normativa – avallata anche dal recente orientamento della Suprema Corte, che sembra porsi nel solco di una rinnovata giurisprudenza degli interessi – si è rivelata proficua nel tentativo di operare un raccordo tra disciplina speciale e disciplina codicistica, garantendo una coerente interpretazione evolutiva degli istituti tradizionali, dimostratisi capaci di rinnovarsi al mutare del contesto economico-sociale di riferimento.

L'esigenza di reprimere un ricorso strumentale alla tutela formale ha indotto a ritenere, nella materia dell'intermediazione finanziaria, non meritevoli di accoglimento le azioni tese alla dichiarazione di nullità del contratto quadro in assenza di un reale *vulnus* informativo: segnatamente, le iniziative giudiziali fondate sulla mera assenza della sottoscrizione del documento da parte della banca. Altrettanto può dirsi per le azioni "selettive", che, sfruttando la posizione di vantaggio accordata dall'ordinamento

all'investitore – *i.e.*, la legittimazione ristretta a far valere la nullità – tendono a conseguire vantaggi ulteriori e diversi da quelli prefigurati dal legislatore, correlati alla restituzione delle somme impiegate per investimenti rivelatisi svantaggiosi, a prescindere da vizi intrinseci degli stessi sul piano dell'informazione e dell'adeguatezza al profilo di rischio del cliente.

Si è osservato che il ricorso abusivo alla tutela offerta dalla forma e dalla nullità di protezione finirebbe per piegare disfunzionalmente la disciplina di tutela prevista dal testo unico della finanza, sino a ricavarne un sostanziale *ius poenitendi extra ordinem* in relazione agli investimenti sfavorevoli.

Volendo trarne una considerazione di sistema, sembra potersi ragionevolmente affermare che allorché, nell'ambito di rapporti asimmetrici, la disciplina speciale conceda alla parte tutelata una posizione di vantaggio al fine di controbilanciare lo squilibrio insito in quel determinato rapporto, il diritto così riconosciuto debba necessariamente esercitarsi nel rispetto delle finalità della normativa medesima; ciò, soprattutto, ove quest'ultima comporti significative deroghe alle regole e ai principi di diritto comune, quale è, ad esempio, la legittimazione ad azionare il vizio radicale della nullità del contratto.

Si è cercato, inoltre, di offrire un contributo allo studio dei limiti della tutela formale-informativa, soprattutto nei settori connotati, come quello finanziario, da un'intrinseca ed elevata complessità dei prodotti e dei servizi offerti, oltre che da una costante e rapida evoluzione, che procede di pari passo con l'innovazione tecnologica.

Come già reso palese dalla crisi economico-finanziaria di inizio millennio, in tale contesto la trasparenza informativa veicolata dal documento contrattuale, ancorché necessaria, non è sufficiente a garantire una tutela effettiva del cliente, che – sebbene compiutamente informato – può non esse-

re comunque in grado di compiere scelte di investimento adeguate alle proprie esigenze. Pertanto il legislatore, pur mantenendo ferma la tecnica di tutela legata alla riduzione dell'asimmetria informativa, ha rafforzato gli obblighi, gravanti sugli intermediari, di valutazione dell'adeguatezza e dell'appropriatezza delle operazioni, e previsto nuovi doveri legati al governo del prodotto. Specialmente dopo le innovazioni introdotte dal sistema MiFID II, il centro della scena è occupato più dalle modalità di erogazione dei servizi prestati che dalla veste negoziale di questi ultimi.

Superati i limiti del formalismo e le relative strumentalizzazioni, la tutela sostanziale dell'investitore passa necessariamente per l'effettivo rispetto dei menzionati obblighi di comportamento, che concorre altresì alla salvaguardia del corretto funzionamento e dell'efficienza del mercato, favorendone lo sviluppo. Un clima di fiducia verso gli investimenti finanziari consente infatti agli intermediari di ampliare l'offerta e la distribuzione di prodotti anche tra clientela meno sofisticata, che fa affidamento sul "ruolo guida" del soggetto professionale.

Nella dicotomia tra atto e attività, caratteristica del diritto dell'intermediazione mobiliare, i profili rimediali connessi al compimento di operazioni pregiudizievoli dovrebbero così opportunamente concentrarsi sul piano del corretto adempimento delle regole di condotta che governano l'*attività* degli intermediari, più che su quello, essenzialmente formalistico, dell'*atto*, nella sua veste di veicolo di informazione.

Bibliografia

AFFERNI G., *Rimessa alle Sezioni Unite la questione della nullità del contratto di investimento firmato dal solo cliente*, in *Società*, 2017, p. 1243 ss.

ALBANESE A., *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003.

ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 107 ss.

ALBANESE A., *Non tutto ciò che è "virtuale" è "razionale": riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 516 ss.

ALESSI R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, p. 967 ss.

ALESSI R., *"Nullità di protezione" e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 1141 ss.

ALPA G., *Commento all'art. 23*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, I, Padova, 1989, p. 263 ss.

ALPA G., *La "trasparenza" dei contratti nei settori bancario, finanziario, assicurativo*, in *Giur. it.*, 1992, p. 409 ss.

ALPA G., *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 121 ss.

ALPA G., *Quando il segno diventa comando: la "trasparenza" dei contratti bancari, assicurativi e dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 470 ss.

ALPA G., *La trasparenza nelle operazioni bancarie e la tutela del risparmiatore*, in *Vita Not.*, 2004, p. 663 ss.

ALPA G., *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole del diritto comune*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010, p. 722 ss.

ALPA G., *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.

AMAGLIANI R., *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999.

- AMAGLIANI R., *La forma del contratto quadro di investimento: la parola alle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1363 ss.
- AMAGLIANI R., *Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898*, in *Contratti*, 2018, p. 133 ss.
- AMENDOLAGINE V., *L'abuso del diritto in materia contrattuale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2760 ss.
- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2014.
- ANSANELLI V., *Abuso del processo*, in *Dig. civ.*, Torino, III, 2007, p. 1 ss.
- ANTONUCCI A., *I contratti del mercato finanziario*, Pisa, 2018.
- ARDUINI A., *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all'azione e rilevanza d'ufficio condizionata*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 691 ss.
- BARATELLA M.G., *La forma scritta e i c.d. contratti di intermediazione finanziaria nella ricostruzione giurisprudenziale*, in *Resp. civ.*, 2010, p. 688 ss.
- BARCELLONA M., *Interpretazione e legittimazione del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 1097 ss.
- BARCELLONA M., *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 467 ss.
- BENATTI F., *Commento all'art. 1175 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, a cura di P. Cendon, Torino, 1991, p. 12 ss.
- BENATTI F., *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, p. 241 ss.
- BERTI DE MARINIS G., *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013.
- BERTI DE MARINIS G., *L'invalidità formale nei contratti di investimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2013, p. 37 ss.
- BERTI DE MARINIS G., *La contrattazione bifasica nei contratti di investimento: fra vincoli imposti a tutela del cliente e rimedi invalidanti*, in *Resp. civ. prev.*, 2013, p. 1344 ss.
- BERTI DE MARINIS G., *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 617 ss.
- BERTI DE MARINIS G., *Nullità relativa, protezione del cliente e interessi meritevoli di tutela*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, p. 283 ss.
- BERTINO L., *La proporzionalità dei rimedi contro l'inadempimento del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 988 ss.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952.

- BETTI E., *La forma degli atti nel diritto internazionale privato*, in *Ann. Camerino*, XXV, Napoli, 1960, 32 ss.
- BETTI E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici. Teoria generale e dogmatica*, Milano, 1971.
- BIANCA C.M., *In tema di forma solenne*, in *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 480 ss.
- BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 205 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile, III, Il contratto*, Milano, 2019.
- BIGLIAZZI GERI L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., II*, Torino, 1988, p. 170 ss.
- BOBBIO N., *Formalismo giuridico*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1972, p. 80 ss.
- BONELL M.J., *Il diritto europeo dei contratti e gli sviluppi del diritto contrattuale a livello internazionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 599 ss.
- BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861 ss.
- BOVE M., *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1387 ss.
- BRECCIA U., *La ripetizione dell'indebitto*, Milano, 1974.
- BRECCIA U., *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.*, XVI, Roma, 1989, p. 4.
- BRECCIA U., *L'abuso del diritto*, in AA.VV., *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, p. 5 ss.
- BRECCIA U., *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, I, Milano, 2006, p. 463 ss.
- BURDESE A., *Exceptio doli (Diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 203 ss.
- BUSNELLI F.D., *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 537 ss.
- CAMMARATA A.E., *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 1013 ss.
- CAPOBIANCO E. - LONGOBUCCO F., *La nuova disciplina sulla trasparenza nei contratti bancari e trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 1142 ss.
- CARBONE V., *"Porte aperte" delle Sezioni Unite alla rilevabilità d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 88 ss.
- CARNELUTTI F., *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, p. 512 ss.

- CARNELUTTI F., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951.
- CARPINO B., *Scrittura privata*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 805 ss.
- CASTRONOVO C., *Il diritto civile nella legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, p. 300 ss.
- CASTRONOVO C., *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 21 ss.
- CASTRONOVO C., *Quadro comune di riferimento e acquis comunitario: conciliazione o incompatibilità?*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 275 ss.
- CASTRONOVO C., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura realpolitik di Bruxelles dal DCFR alla Proposta di regolamento di un diritto comune europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 837 ss.
- CATTANEO G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 613 ss.
- CENINI M. - GAMBARO A., *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in *Corr. giur.*, 2011, p. 109 ss.
- CHIARELLA M.L., *Le Sezioni Unite e l'essenza della forma nei contratti-quadro d'investimento*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, p. 275 ss.
- CIAN G., *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969.
- CICIRIELLO M.C., *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999.
- COLACINO G., *Le forme negoziali nel nuovo diritto dei contratti: le c.d. forme di protezione*, in *Studium Iuris*, 2010, p. 255 ss.
- COLOMBO C., *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2018, p. 568 ss.
- COMOGLIO L.P., *Abuso del processo e garanzie costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 318 ss.
- CONSOLO C., *Note necessariamente divaganti quanto all'“abuso sanzionabile del processo” e all'“abuso del diritto come argomento”*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1284 ss.
- CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 1994.
- COSTI R., *Informazione e contratto nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 719 ss.
- COSTI R. - ENRIQUES L., *Il mercato mobiliare*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, VIII, Padova, 2004.
- COTTINO G., *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni e un elogio dei giudici*, in *Giur. it.*, 2008, p. 353 ss.

- D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.
- D'AMELIO M., *Abuso del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1957, p. 95 ss.
- D'AMICO G., “Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996.
- D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37 ss.
- D'AMICO G., *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 739 ss.
- D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss.
- D'AMICO G., *Buona fede e solidarietà sociale: il tramonto della clausola generale (considerazioni a margine di un libro recente)*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2017, p. 557 ss.
- D'AMICO G., *La “forma” del contratto-quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contratti*, 2018, p. 133 ss.
- DALLA MASSARA T., *Abuso del diritto e dolo generale: un confronto tra modelli concettuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2016, p. 1169 ss.
- DALMARTELLO A., *La forma dei contratti di investimento nel canone delle Sezioni Unite: oltre il contratto “monofirma”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 658 ss.
- DALMARTELLO A., *L'uso selettivo della nullità nei contratti di intermediazione finanziaria al vaglio delle Sezioni Unite*, in *I nuovi orientamenti della Cassazione civile*, a cura di C. Granelli, Milano, 2019, p. 446 ss.
- DALMARTELLO A., *La nullità di protezione ex art. 23 t.u.f. tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 26 ss.
- DE CRISTOFARO G., *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 993 ss.
- DE CUPIS A., *Sul contestato principio della libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 203 ss.
- DE NOVA G., *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, p. 710 ss.
- DE NOVA G., *I principi Unidroit come guida nella stipulazione dei contratti internazionali*, in *Contratti*, 1995, p. 5 ss.
- DE NOVA G., *La forma dei contratti finanziari*, in *I servizi del mercato finanziario*, Milano, 2009.
- DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.
- DE ROSA R., *L'analisi funzionale della forma*, Milano, 2011.

- DENOZZA F., MIRONE A., MODICA L., NATOLI R., SEMEGHINI D., *Il contratto “monofirma” e le Sezioni Unite della Cassazione. Un dialogo a più voci*, a cura di A. Perrone, in *Orizz. dir. comm.*, 2018, p. 1 ss.
- DI BONA L., *Spunti di riflessione in tema di obblighi informativi (e neoformalismo) nei contratti asimmetrici*, in *Studi urbinati di scienze giuridiche*, p. 229 ss.
- DI CIOMMO F., *La rilevanza d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le Sezioni Unite: la nullità presa (quasi) sul serio*, in *Foro it.*, 2015, I, 862 ss.
- DI GIOVANNI F., *La forma*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, I, *I contratti in generale*, Torino, 2006.
- DI MAJO A., *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, p. 296 ss.
- DI MAJO A., *La nullità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, II, *Il contratto in generale*, Torino, 2002, p. 128 ss.
- DI MAJO A., *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1282 ss.
- DI MAJO A., *Principio di legalità e di proporzionalità nel risarcimento con funzione punitiva*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1787 ss.
- DI MAJO A., *Contratto di investimento mobiliare: il “balletto” delle forme*, in *Giur. it.*, 2018, p. 568 ss.
- DI MARZIO F., *Forme della nullità nel nuovo diritto dei contratti. Appunti sulla legislazione, sulla dottrina e sulla giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Giust. civ.*, 2000, p. 465 ss.
- DI MARZIO F., *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395 ss.
- DI MARZIO F., *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 729 ss.
- DI MARZIO F., *Nullità di protezione, codice del consumo e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 837 ss.
- DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 681 ss.
- DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008.
- DI SABATO D., *Il documento contrattuale*, Milano 1998, p. 93 ss.
- DOLMETTA A.A., *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, p. 147 ss.
- DOLMETTA A.A., *Strutture rimediali per la violazione di “obblighi di fattispecie” da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, in *Contratti*, 2008, p. 80 ss.

- DOLMETTA A.A., *Trasparenza dei contratti bancari. Regole*, Bologna, 2013.
- DOLMETTA A.A., *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività "a vantaggio". Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019*, in *Riv. dir. banc.*, gennaio-marzo 2020.
- DOLMETTA A.A. - MINNECI U., *Borsa (contratti di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 2001, p. 161 ss.
- FALZEA A., *Fattispecie e fatto II. Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, p. 941 ss.
- FALZEA A., *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007.
- FARINA V., *Brevi riflessioni sulla nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 842 ss.
- FAUCEGLIA G., *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari e finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, p. 422 ss.
- FAVALE R., *Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 545 ss.
- FAVALE R., *Forme convenzionali*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 2013, p. 276 ss.
- FAZIO E., *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011.
- FERRO-LUZZI F., *In tema di invalidità del contratto per la prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2011, p. 465 ss.
- FESTI F., *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007.
- FRANCESCHELLI V., *La nullità del contratto*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2015.
- FRANZONI M., *La responsabilità nell'intermediazione finanziaria*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 786 ss.
- GABRIELLI E. - LENER R. (a cura di), *I contratti del mercato finanziario*, Torino, 2011.
- GAGGERO P., *La trasparenza del contratto. Per un'analisi dei rapporti di intermediazione creditizia*, Milano, 2011.
- GAGGERO P., *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2016, p. 1463 ss.
- GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, III, 2, Padova, 1994.
- GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. impr.*, 2000, p. 919 ss.

- GALGANO F., *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 889 ss.
- GALGANO F., *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 1 ss.
- GALGANO F., *Trattato di diritto civile*, II, Padova, 2009.
- GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. e impr.*, 2011, p. 311 ss.
- GALLO P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 641 ss.
- GAMBARO A., *Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.
- GAROFALO L., *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 2006.
- GENTILI A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 575 ss.
- GENTILI A., *Le invalidità*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, I, *I contratti in generale*, Torino, 2006, p. 1593 ss.
- GENTILI A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, p. 393 ss.
- GENTILI A., *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 354 ss.
- GENTILI A., *La "nullità di protezione"*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, p. 77 ss.
- GENTILI A., *L'abuso del diritto come argomento*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, I, p. 297 ss.
- GENTILI A., *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1124 ss.
- GHIONNI CRIVELLI VISCONTI P., *La nullità dei contratti bancari e dei servizi di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 165 ss.
- GHIRGA M.F., *Abuso del processo e sanzioni*, Milano, 2012.
- GIOIA G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 1332 ss.
- GIORGIANNI M., *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 988 ss.
- GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.
- GIRINO E., *Forma "ad substantiam" per i contratti Sim*, in *Contratti*, 1997, p. 392 ss.

- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008.
- GIROLAMI M., *La nullità relativa di protezione: da eccezione a tertium genus nel sistema dell'invalidità negoziale*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2009, p. 53 ss.
- GIROLAMI M., *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 ss.
- GIROLAMI M., *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 554 ss.
- GIROLAMI M., *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 154 ss.
- GIUDICI P., *I contratti per i servizi d'investimento e per la distribuzione di prodotti finanziari: il quadro generale*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, V, cit., p. 1026 ss.
- GIULIANI S., *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2016, p. 1089 ss.
- GORASSINI A., *L'istituto codicistico della "nullità del contratto" e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 199 ss.
- GRASSO B., *La forma tra regola ed eccezione*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 49 ss.
- GRECO F., *Intermediazione finanziaria: violazione di regole comportamentali e tutela secondo le Sezioni Unite*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 556 ss.
- GRECO F., *L'esercizio selettivo della nullità: tra protezione dell'investitore e sfruttamento "opportunistico" della normativa di tutela*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, p. 152 ss.
- GUADAGNO S., *Le Sezioni Unite sui contratti cc.dd. monofirma: la forma dei contratti asimmetrici*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 929 ss.
- GUASTINI R., *In tema di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 203 ss.
- HECK P., *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, trad. inglese *The Jurisprudence of interest*, Cambridge, 1948.
- HECK P., *Giurisprudenza degli interessi e fedeltà alla legge*, trad. italiana a cura di R. Favale, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 1192 ss.
- IRTI N., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo negoziale*, Milano, 1985.
- IRTI N., *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 449 ss.
- IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997.

- IRTI N., *Concetto giuridico di “comportamento” e invalidità dell’atto*, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, p. 1053 ss.
- IULIANI A., *Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: l’incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 273 ss.
- JANNARELLI A., *La disciplina dell’atto e dell’attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003, p. 48.
- JORI M., *Formalismo giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 425 ss.
- LA ROCCA G., *Il problema della forma contrattuale*, Torino, 2017.
- LA ROCCA G., *La “forma informativa” ed “il potere dell’impresa di comandare il mercato”: a margine di Cass., ord., 27 aprile 2017 n. 10447 sul c.d. contratto monofirma*, in *ilcaso.it*.
- LA ROCCA G., *Sottoscrizione e “forma informativa” nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 1 ss.
- LA ROCCA G., *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 217 ss.
- LANDINI S., *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008.
- LANDO O., *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, p. 573 ss.
- LENER R., *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul “neoformalismo” negoziale)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1990, p. 778 ss.
- LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996.
- LIACE G., *Forma del contratto bancario e dei mercati finanziari*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg., XI, Torino, 2018, p. 283 ss.
- LIPARI N., *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.
- LIPARI N., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.
- LIPARI N., *Ancora sull’abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, 1 ss.
- LISERRE A., *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, 24-25.
- LISERRE A., *Forma degli atti (Diritto civile)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1988, p. 1 ss.
- LISERRE A. - JARACH A., *Forma*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, III, Torino, 1999.
- LUCCHINI GUASTALLA E., *Obblighi informativi dell’intermediario finanziario e responsabilità nei confronti dell’investitore*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1678 ss.

- LUCCHINI GUASTALLA E., *Violazione degli obblighi di condotta e responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, p. 742 ss.
- MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 663 ss.
- MAFFEIS D., *Conflitto di interessi nella prestazione di servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita a risparmiatori di obbligazioni argentine*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, p. 440 ss.
- MAFFEIS D., *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 402 ss.
- MAFFEIS D., *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, in *Contratti*, 2017, p. 393 ss.
- MAFFEIS D., *Nullità selettive: la “particolare importanza” di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 172 ss.
- MAFFEIS D., *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, p. 160 ss.
- MAGGIOLO M., *Tutela restitutoria e tutela risarcitoria nella prestazione dei servizi di investimento*, in *Giur. comm.*, 2010, p. 496 ss.
- MAGGIOLO M., *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 2012.
- MAJELLO U., *Problematiche in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali*, in *La nuova legge bancaria*, a cura di M. Rispoli Farina, Napoli, 1995, p. 616 ss.
- MAJELLO U., *Art. 117*, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di F. Belli - L. Contento - A. Patroni Griffi - M. Porzio - V. Santoro, Bologna, 2003, p. 1932 ss.
- MALVAGNA U., *Le Sezioni Unite e la nullità di protezione ex art. 127 TUB*, in *Riv. dir. banc.*, 2015, 2.
- MALVAGNA U., *Nullità di protezione e nullità “selettive”. A proposito dell’ordinanza di remissione alle Sezioni Unite n. 12390/2017*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 828 ss.
- MALVAGNA U., *Contratti di settore e struttura della contrattazione d’impresa*, in *An. giur. ec.*, 2018, p. 477 ss.
- MANIACI A., *Lo scenario delle c.d. nullità speciali*, in *Annales de droit privé 2010-2011*, Milano, 2011, 387 ss.
- MANNINO V. - ALESSI R., *Profili del neoformalismo negoziale*, Napoli, 2013.

- MANTOVANI M., *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Milano, 2006, IV, I, p. 13 ss.
- MARICONDA V., *L'insegnamento delle Sezioni Unite sulla rilevanza della distinzione tra norme di comportamento e norme di validità*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 223 ss.
- MARMOCCHI E., *Scrittura privata*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1992.
- MASTROPASQUA G., *Gli statuti della nullità contrattuale tra vizi formali e vizi sostanziali*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1480 ss.
- MAZZAMUTO S., *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 40 ss.
- MAZZINI F., *Contratti bancari. Tutela del cliente*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, agg. III, Torino, 2007, p. 161 ss.
- MEDICI C., *Contratti di investimento monofirma: l'avallo delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2018, 3, I, 928.
- MENGONI L., *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 3 ss.
- MENGONI L., *Spunti per una teoria delle clauseole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 8 ss.
- MENGONI L., *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 9 ss.
- MESSINA M., *"Libertà di forma" e nuove forme negoziali*, Torino, 2004.
- MESSINEO F., *Manuale di diritto commerciale*, Milano, 1957.
- MESSINETTI D., *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Agg. II, Milano, 1998, p. 1 ss.
- MINERVINI E., *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti con i consumatori)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, p. 102 ss.
- MINNECI U., *Servizi di investimento in favore del cliente professionale: dal regime del rapporto al regime dell'attività*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, p. 568 ss.
- MINNECI U., *Servizi di investimento e gradazione dei clienti*, Milano, 2013.
- MIRONE A., *La trasparenza bancaria*, Padova, 2012.
- MIRONE A., in *Commento all'art. 117 TUB*, in *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di C. Costa, Torino, 2013, p. 1308 ss.
- MIRONE A., *Sistema e sottosistemi nella nuova disciplina della trasparenza bancaria*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, p. 377 ss.
- MIRONE A., *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, p. 275 ss.

- MODICA L., *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 193.
- MODICA L., *Il volto crudele, ma autentico, del “neoformalismo informativo”*, in *Foro it.*, 2018, 4, I, 1283.
- MODICA L., *Forme asimmetriche e nullità selettive per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, in *Nuovo dir. civ.*, 2020, p. 27 ss.
- MONTICELLI S., *Nullità, legittimazione relativa e rilevabilità d’ufficio*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 688 ss.
- MONTICELLI S., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, p. 174 ss.
- MONTICELLI S., *Rilevabilità d’ufficio condizionata: il nuovo atto della Corte di Giustizia*, in *Contratti*, 2009, p. 1115 ss.
- MONTICELLI S., *Autonomia privata e limiti alla disponibilità della nullità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 1029 ss.
- MONTICELLI S., *La nullità selettiva secondo il canone delle Sezioni Unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 163 ss.
- MORELATO E., *Neoformalismo e trasparenza*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 601 ss.
- MORELATO E., *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006.
- MORELLO A., *Sottoscrizione*, in *Noviss. dig. it.*, XVII, Torino, 1970, p. 1004 ss.
- MUCCIARONE G., *La trasparenza bancaria*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, V, Milano, 2014, p. 663 ss.
- NANNI L., *L’uso giurisprudenziale dell’exceptio doli generalis*, in *Contr. e impr.*, 1986, p. 197 ss.
- NATOLI R., *Il contratto “adeguato”. La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Milano, 2012.
- NATOLI R., *Una decisione non formalistica sulla forma: per le Sezioni Unite il contratto quadro scritto, ma non sottoscritto da entrambe le parti è valido*, in *Società*, 2018, p. 481 ss.
- NATOLI U., *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, p. 18 ss.
- NICOLÒ R., *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 177 ss.
- NIGRO A., *La nuova normativa sulla trasparenza bancaria*, in *Dir. banca merc. fin.*, 1993, p. 572 ss.
- NIGRO C.A., *Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede)*, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2547 ss.

- ORESTANO R., *Formalismo giuridico*, in *Enc. it.*, III appendice, Roma, 1961, p. 658 ss.
- ORLANDI M., *La paternità delle scritture: sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997.
- ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 99 ss.
- ORRÙ G., *Giurisprudenza degli interessi*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 171 ss.
- ORRÙ G., *Giurisprudenza dei concetti*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, IX, Torino, 1993, p. 177 ss.
- PAGLIANTINI S., *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, 2004, I, p. 105 ss.
- PAGLIANTINI S., *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 172 ss.
- PAGLIANTINI S., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009.
- PAGLIANTINI S., *La nullità di protezione tra rilevabilità d'ufficio e convalida: lettere da Parigi e dalla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. comm.*, 2009, p. 139 ss.
- PAGLIANTINI S., *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1040 ss.
- PAGLIANTINI S., *Commento all'art. 1350 c.c.*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, Torino, 2011.
- PAGLIANTINI S., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 772 ss.
- PAGLIANTINI S., *L'incerto incedere del formalismo di protezione tra usi ed abusi*, in *Contr. e impr.*, 2013, p. 299 ss.
- PAGLIANTINI S., *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: "quid iuris"?*, in *Foro it.*, 2015, I, 862 ss.
- PAGLIANTINI S., *Rilevabilità officiosa e risolubilità degli effetti: la doppia motivazione della Cassazione ... a mo' di bussola per rivedere Itaca*, in *Contratti*, 2015, p. 112 ss.
- PAGLIANTINI S., *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari cc.dd. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, p. 679 ss.
- PAGLIANTINI S., *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, in *Contratti*, 2018, p. 133 ss.
- PAGLIANTINI S., *Il contratto monofirma nella prospettiva dell'art. 1341 c.c.*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 729 ss.

- PAGLIANTINI S., *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019 I, 975 ss.
- PAGLIANTINI S., *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, in *Contratti*, 2020, p. 11 ss.
- PAGLIANTINI S., *L’irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un’eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 169 ss.
- PALAZZO A., *Forme del negozio giuridico*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, p. 442 ss.
- PALAZZO A., *La forma negoziale tra nuove polemiche e sicure realtà*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, II, Milano, 1994, p. 795 ss.
- PANZARINI E., *Un’ordinanza passatista (sulla forma dei contratti del comparto finanziario)*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, p. 51 ss.
- PANZARINI G., *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contr. impr.*, 1995, p. 485 ss.
- PASA B., *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008.
- PASA B., *Forma informativa*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Agg. V, Torino, 2010, p. 651 ss.
- PASSAGNOLI G., *Nullità speciali*, Milano, 1995.
- PASSAGNOLI G., *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in *Obbl. e contr.*, 2012, p. 409 ss.
- PATTI S., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, Torino, 1987, p. 1 ss.
- PELLIZZI L., *Exceptio doli (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1077 ss.
- PERLINGIERI G., *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell’art. 1337 codice civile*, Napoli, 2003, p. 29 ss.
- PERLINGIERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010.
- PERLINGIERI G., *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.
- PERLINGIERI G. - FACHECHI A., *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, Napoli, 2017.
- PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.
- PERLINGIERI P., *L’informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 326 ss.

- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.
- PERLINGIERI P., *Riflessioni sul “diritto contrattuale europeo” tra fonti e tecniche legislative*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 485 ss.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P., *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto dalla Comunità economica europea all’Unione Europea*, in P. Perlingieri - E. Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, IV, Napoli, 2009.
- PERLINGIERI P., *Regole del mercato e tutela dell’investitore: riflessioni a margine della MiFID*, in S. Adamo - E. Capobianco - P.A. Cucuracchi (a cura di), *Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori*, Napoli, 2010.
- PERLINGIERI P., *Il “giusto rimedio” nel processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.
- PERRONE A., *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in *Riv. soc.*, 2005, p. 1012 ss.
- PERRONE A., *Regole di comportamento e tutele degli investitori. Less is more*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, p. 537 ss.
- PERRONE A., *Tra regole di comportamento e regole di validità: servizi di investimento e disciplina della forma*, in ID. (a cura di), *I soldi degli altri. Servizi di investimento e regole di comportamento degli intermediari*, Milano, 2013.
- PERRONE A., *Servizi d’investimento e regole di comportamento. Dalla trasparenza alla fiducia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2015, 1, I, p. 23 ss.
- PERRONE A., *Servizi di investimento e tutela dell’investitore*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2019, p. 1 ss.
- PETTI G., *L’esercizio selettivo dell’azione di nullità verso il giudizio delle Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2019, p. 283 ss.
- PIRAINO F., *Il divieto di abuso del diritto*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 75 ss.
- PIRAINO F., *La buona fede in senso oggettivo*, Torino, 2015.
- PISANI MASSAMORMILE A., *Nullità di protezione e nullità virtuali*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 31 ss.
- POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001.
- POLIDORI S., *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 940 ss.
- PONTIROLI L. - DUVIA P., *Il formalismo nei contratti dell’intermediazione finanziaria ed il recepimento della MiFID*, in *Giur. comm.*, 2008, p. 151 ss.
- PRISCO I., *Le nullità di protezione*, Napoli, 2012.

- PROTO PISANI A., *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2015, I, 862 ss.
- PUTTI P.M., *Nullità (nella legislazione di derivazione comunitaria)*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, XVI, Torino, 1997, p. 375 ss.
- PUTTI P.M., *Le nullità contrattuali*, in *Diritto Civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, III, 2, p. 953 ss.
- QUADRI E., *“Nullità” e tutela del “contraente debole”*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1164 ss.
- QUADRI E., *Trasparenza nei servizi bancari e tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 1181 ss.
- RANIERI F., *Eccezione di dolo generale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII, Torino, 1991.
- REALMONTE F., *Doveri di informazione e responsabilità precontrattuale nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1994, p. 617 ss.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 203 ss.
- RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.
- RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007.
- RIZZUTI M., *La sanabilità delle nullità contrattuali*, Napoli, 2015.
- RIZZUTI M., *Nullità selettiva e abuso del processo: la parola alle Sezioni Unite*, in *Corr. giur.*, 2019, p. 172 ss.
- ROBUSTELLA C., *Forma di protezione e nullità selettiva nei contratti del mercato finanziario*, Torino, 2020.
- ROMANO G., *La nullità del contratto quadro d'investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario tra vestimentum negotii, “forma informativa” e uso selettivo del rimedio di protezione. Aspettando le Sezioni Unite*, in *Riv. dir. banc. e merc. fin.*, 2017, p. 563 ss.
- ROMANO S., *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 168 ss.
- ROMEO C., *Exceptio doli generalis ed exceptio doli specialis*, in *Contratti*, 2007, p. 971 ss.
- ROPPO V., *Commento all'art. 23 TUF*, in G.F. Campobasso, *Testo unico della finanza. Commentario*, I, Torino, 2002, p. 199 ss.
- ROPPO V., *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747 ss.
- ROPPO V., *Il contratto del duemila*, Torino, 2005.
- ROPPO V., *La tutela del risparmiatore tra nullità e risoluzione (a proposito di Cirio bond & tango bond)*, in *Danno e resp.*, 2005, p. 604 ss.

- ROPPO V., *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 896 ss.
- ROPPO V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, XLIII, *Mercato finanziario e tutela del risparmio*, a cura di F. Galgano e G. Visintini, Padova, 2006, p. 133 ss.
- ROPPO V., *La nullità del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 525 ss.
- ROPPO V., *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MiFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 499.
- ROPPO V., *From Consumer Contracts to Asymmetric Contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 304 ss.
- ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.
- ROPPO V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2010, p. 29.
- ROPPO V., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 206.
- ROPPO V. e AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25 ss.
- RORDORF R., *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 2020.
- ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 349 ss.
- RUSSO D., *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008.
- SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino 2001, p. 279 ss.
- SACCO R., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VII agg., Torino, 2012, p. 1 ss.
- SACCO R. - DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. Rescigno, 10, II, Torino, 2018.
- SALVI C., *Abuso del diritto. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988.
- SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966.
- SARTORI F., *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004.

- SARTORI F., *Il mercato delle regole - La questione dei bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2005, p. 55 ss.
- SCALISI V., *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, p. 179 ss.
- SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 489 ss.
- SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459 ss.
- SCARDACCIONE A., *Scrittura privata*, in *Noviss. dig. it.*, XVI, Torino, 1969, p. 810 ss.
- SCHLESINGER P., *Scrittura privata*, in *Jus*, 1961, p. 447 ss.
- SCHLESINGER P., *Mercato finanziario e regolamentazione operativa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, p. 724 ss.
- SCIARRONE ALIBRANDI A., *I contratti bancari: nozione e fonti*, in *Trattato dei contratti*, diretto da V. Roppo, V, Milano, 2014, p. 649 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *L'abuso del diritto*, in *Contratti*, 2012, p. 11 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Contratti monofirma nei servizi di investimento e scopo di protezione della forma*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 741 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 176 ss.
- SCOGNAMIGLIO C., *Le Sezioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. giur.*, 2020, p. 5 ss.
- SEMEGHINI D., *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010.
- SICA S., *Atti che devono farsi per iscritto - Art. 1350*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, Milano, 2003.
- TARELLO G., *Formalismo*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, 1961, p. 573 ss.
- TARUFFO M., *L'abuso del processo: profili generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 117 ss.
- TICOZZI M., *Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 568 ss.
- TIMPANO V., *La produzione in giudizio come equipollente della sottoscrizione*, in *Contratti*, 2000, p. 1098 ss.
- TORRENTE A., *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, p. 218 ss.

- TOSI E., *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Milano, 2018.
- TOSI E., *Il contratto asimmetrico bancario e di investimento monofirma: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2019, p. 197 ss.
- TUCCI A., *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. trim. dir. economia*, 2009, p. 39 ss.
- TUCCI A., “Servizio” e “contratto” nel rapporto fra intermediario e cliente, in *I contratti del mercato finanziario*, a cura di E. Gabrielli - R. Lener, Torino, 2011, p. 181 ss.
- TUCCI A., *Tipicità dei contratti di investimento e disciplina codicistica*, in *I contratti del risparmiatore*, a cura di F. Capriglione, Milano, 2013, p. 81 ss.
- TUCCI A., *Servizi di investimento e nullità del contratto*, in *Società, banche e crisi di impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, Torino, 2014, p. 2447 ss.
- TUCCI A., *I contratti del risparmiatore*, in *Diritto dei consumatori*, a cura di G. Alpa e A. Catricalà, Bologna, 2016, p. 317 ss.
- TUCCI A., *Profili del contratto nell'investimento finanziario*, in *Riv. dir. comm.*, 2016, p. 347 ss.
- TUCCI A., *Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*, in *Corr. Giur.*, 2016, p. 1110 ss.
- TUCCI A., *Art. 117 - Contratti*, in *Codice dei contratti commentato*, a cura di G. Alpa e V. Mariconda, Milano, 2017, p. 3446 ss.
- TUCCI A., *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, p. 543 ss.
- TUCCI A., *La forma dimidiata nei contratti bancari e di investimento*, in *Riv. dir. comm.*, 2018, p. 337 ss.
- TUCCI A., *Nullità di protezione e buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 2020, p. 142 ss.
- VENOSTA F., *Note sull'exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1989, p. 529 ss.
- VENOSTA F., *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997.
- VENOSTA F., *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano 2004.
- VENOSTA F., *Nuovi profili della nullità*, in ID., *Tre studi sul contratto*, Milano, 2008, p. 211 ss.
- VENOSTA F., *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e Contr.*, 2008, p. 872 ss.

VENOSTA F., *Commento all'art. 1350 c.c.*, in G. Alpa - V. Mariconda (a cura di), *Codice civile commentato*, Milano, 2009.

VENOSTA F., *Osservazioni sulla nozione di forma del contratto*, in *Nuovo dir. civ.*, 2017, p. 5 ss.

VETTORI G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss.

VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 104 ss.

VETTORI G., *L'abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 168 ss.

VOGENAUER S., *Common Frame of Reference and Unidroit Principles of International Commercial Contracts: coexistence, competition, or overkill of soft law?*, in *European Review of Contract Law*, 2010, p. 143 ss.

VON JHERING R., *Der Zweck im Recht*, 1877, trad. italiana *Lo scopo nel diritto*, Torino, 1972.

ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 515 ss.