

**TRIBUNALE ORDINARIO DI TREVISO,**  
**Sezione Seconda – 5 novembre 2012, n. 1739**  
Profazio, Giudice monocratico

**Conclusione del contratto – Forma scritta - Assenza di sottoscrizione di una parte – Contratti bancari**  
(Art.117 t.u.b.)

MOTIVI DELLA DECISIONE - Estratto

[...] Ad ogni buon conto, anche a voler aderire alla tesi dell'opponente per cui la previsione della clausola di pagamento a prima richiesta e la volontà negoziale, emergente dalle clausole della fideiussione nel loro complesso, di tenere comunque indenne la banca dagli effetti dell'eventuale declaratoria di invalidità del rapporto principale non siano idonee a recidere il rapporto di accessorietà tra la garanzia fideiussoria e il contratto di mutuo chirografario, l'opposizione non potrebbe ugualmente trovare accoglimento.

b) Non appaiono infatti fondate le censure sollevate dall'opponente in ordine all'inesistenza e, comunque, alla nullità del rapporto garantito, per i profili specificamente dedotti.

3.3.1. Quanto al primo di essi, quello relativo all'asserita nullità per difetto della forma scritta e per la mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca, deve evidenziarsi come i principi affermati dai precedenti giurisprudenziali, anche recenti, cui l'opponente si richiama, non possano ritenersi assolutamente condivisibili.

L'art. 117 t.u.b., infatti, si limita a prescrivere che i contratti bancari siano "redatti per iscritto" e che un esemplare sia consegnato al cliente, ma non richiede che la conclusione del contratto e, quindi, le dichiarazioni delle parti della propria comune volontà negoziale debbano necessariamente essere trasfuse nel medesimo supporto documentale.

Pretendere la necessità che il consenso dei contraenti sia racchiuso nel medesimo documento, ovvero che le reciproche dichiarazioni abbiano entrambe la forma scritta significa travalicare la portata precettiva dell'art. 117 t.u.b.

Inoltre, detta tesi non tiene in debito conto la natura peculiare della nullità prevista dall'art. 117 cit.

Si tratta, come è noto, di una ipotesi riconducibile alle c.d. nullità di

protezione di derivazione comunitaria, le quali, per la peculiarità della disciplina che le caratterizza, non appaiono in alcun modo sovrapponibili alla nullità codicistica, tradizionalmente intesa come quella patologia di gravità tale da rendere il negozio radicalmente improduttivo di effetti ed insuscettibile di sanatoria.

La forma scritta prescritta a pena di nullità dall'art. 117 t.u.b., nella logica di questo che è stato definito in dottrina come "neoformalismo comunitario", assolve essenzialmente alla funzione di colmare il divario informativo esistente in determinati settori tra i soggetti che vi operano professionalmente ed il contraente debole.

Ne consegue che la forma prescritta dall'art. 117 t.u.b. non appare integrare un elemento costitutivo e strutturale del contratto, imposto, come nella tradizione romanistica, allo scopo di richiamare il contraente sull'importanza del negozio che si accinge a compiere, ma appare un adempimento imposto al contraente forte e strumentale ai doveri di correttezza, buona fede e trasparenza contrattuale necessari a colmare l'iniziale e fisiologico *deficit* informativo tra le parti.

Tale nullità, atteso il suo carattere "relativo" e la finalità protettiva degli interessi particolari del contraente debole, può apprezzarsi, ad avviso dello scrivente, solo se vi sia stata in concreto una lesione dell'interesse protetto, lesione che, è di palmare evidenza, non può sussistere per la mera mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca contraente, atteso che il cliente, ricevendo il contratto redatto per iscritto, è stato pienamente messo in grado di conoscere e di comprendere ogni clausola contrattuale.

In altri termini, con la nullità atipica di cui all'art. 117 t.u.b. il legislatore ha recepito il principio comunitario che impone, in casi di asimmetria informativa tra le parti, l'obbligo di *clare loqui*, affinché il cliente sia quanto più possibile reso edotto dei diritti e obblighi connessi ai contratti relativi ai rapporti bancari e all'erogazione del credito.

La violazione della prescrizione formale non può quindi determinare l'inidoneità genetica del negozio a spiegare gli effetti suoi propri, atteso che lo stesso resta invece pienamente operativo e vincolante se il cliente della banca non lo eccepisca.

Essa non è neppure rilevabile d'ufficio, in quanto la sanzione è posta a presidio del solo interesse particolare di uno dei contraenti e non dell'interesse pubblicistico e superindividuale posto alla base della nullità codicistica, concepita dal legislatore del 1942 come la più grave forma di invalidità negoziale.

La persistente efficacia del negozio porta dunque a ritenere che rispetto a tale forma di invalidità non possa trovare applicazione la disciplina prevista dagli art. 1418 e ss cc (l'imprescrittibilità dell'azione di nullità; la rilevabilità d'ufficio; la legittimazione a far valere il vizio a chiunque vi abbia interesse; l'impossibilità della convalida del negozio nullo).

Ricostruita tale nullità in termini di una peculiare forma di tutela del

contraente debole, ne consegue come la stessa non possa ritenersi sussistente qualora il contratto (*rectius*: il documento che raccoglie le clausole contrattuali) sia effettivamente redatto per iscritto e consegnato alla parte, laddove venga dedotto soltanto il difetto di forma dell'accettazione da parte della Banca.

Inoltre, ulteriore precipitato del carattere non strutturale della suddetta nullità di protezione è che il perfezionamento dell'accordo possa essere dimostrato anche dalla dichiarazione confessoria della parte controinteressata contenuta nella copia dalla stessa sottoscritta, nonché risultare raggiunto attraverso schemi negoziali diversi dalla classica ipotesi dello scambio di proposta ed accettazione conforme, ivi compresa la conclusione nelle forme del contratto per adesione o per *facta concludentia*.

Per le ragioni esposte, il contratto di finanziamento garantito dall'A. non può ritenersi nullo per difetto di forma, né tantomeno inesistente per mancanza del requisito dell'accordo, essendovi peraltro nella epigrafe della copia sottoscritta dal l.r. della Archiutti Line Srl la dichiarazione della parte mutuataria «*Facciamo riferimento alla Vostra odierna sotto riportata, contenente le condizioni alle quali siete disponibili a concedersi un mutuo dell'importo di complessivi Euro 150.000,00 da destinarsi ad investimenti produttivi per dichiararvi la nostra piena ed incondizionata accettazione delle medesime*», nonché l'ulteriore dichiarazione in calce secondo cui «*un esemplare del presente contratto composto di 03 pagine ci è stato da Voi consegnato insieme con il relativo documento di sintesi che ne costituisce frontespizio*».

Tali dichiarazioni, che non potrebbero sostituire la manifestazione per iscritto delle dichiarazioni negoziali di proposta e accettazione nel caso in cui tale forma sia richiesta ex art. 1350 cc a pena di nullità "assoluta", appaiono pienamente idonee, nella logica della nullità di protezione, a provare l'esistenza della copia sottoscritta dalla banca e a ritenere comunque soddisfatte le prescrizioni formali dell'art. 117 t.u.b. (il quale, ricordiamo, si limita a richiedere che il contratto sia *redatto* - e non concluso - per iscritto e che un esemplare dello stesso sia consegnato al cliente).

Le considerazioni di cui sopra consentono, infine, di ritenere assorbite le questioni attinenti alla possibilità di convalida per *facta concludentia* del contratto, nonché agli effetti della produzione in giudizio della copia non sottoscritta.

[...]

## La forma scritta priva di sottoscrizione alla prova della nullità di cui all'art. 117 t.u.b.

Annarita Freda

(Dottoranda di ricerca in Diritto europeo dei contratti civili, commerciali e del lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia e nell'Università di Salisburgo)

**Abstract** The explanation of the decision of the Court of Treviso is focused on the requirement of written form without the element of the signature of one of the parties contracting. It address the general theme of the conclusion of the contract and clarify the nature of the penalty provided by Art.117 paragraph 3 of the Banking Act.

**Sommario** 1. La questione nodale. – 2. La forma scritta e la sottoscrizione. – 3. La crisi della sottoscrizione ed il formalismo negoziale. – 4. La nullità dell'art. 117 t.u.b.

### 1 La questione centrale

La controversia, che trae origine dall'atto di citazione con il quale A. L. Srl e il sig. A. P. hanno proposto opposizione avverso il decreto recante l'ingiunzione di pagamento nei confronti della società (dichiarata fallita nel 2010) a fronte del saldo passivo di due conti correnti bancari e di due mutui chirografari accessi nel 2007, e nei confronti del sig. A. P. in ragione della garanzia personale prestata in favore della società con riferimento ad uno dei mutui chirografari, offre l'occasione per ritornare sul tema generale e molto discusso del requisito della forma scritta priva della sottoscrizione di una delle parti, quindi sulla conclusione del contratto.

Gli opposenti, infatti, eccepivano principalmente la nullità, l'inesistenza e comunque l'inefficacia di tutti i contratti bancari intercorsi tra le parti e della fideiussione del sig. A. P. agli stessi collegata, in quanto privi del requisito della forma scritta prescritto dall'art. 117 d.lgs. n. 385/1993 e, comunque, della sottoscrizione della Banca. Quest'ultima evidenziava, invece: la natura relativa o "di protezione" della sanzione prevista dall'art. 117, co. 3, t.u.b., con la conseguente possibilità di convalida o sanatoria del vizio per effetto della pacifica attuazione del rapporto contrattuale e di comportamenti concludenti del cliente stesso; l'avvenuto perfezionamento del vincolo contrattuale nel rispetto del requisito formale, risultante dalla dichiarazione del cliente in ordine alla previa ricezione da parte sua di un esemplare del contratto debitamente sottoscritto; in ogni caso, l'efficacia della produzione in giudizio dei documenti in questione, quale valido equipollente della sottoscrizione mancante.

## 2 La forma scritta e la sottoscrizione

Il tema della forma costituisce uno degli aspetti cardine della teoria del contratto<sup>1</sup>.

Le principali funzioni assolte dalla forma possono ravvisarsi<sup>2</sup>: nel favorire un'adeguata ponderazione del contratto ad opera delle parti; nel salvaguardare la certezza del rapporto tra i contraenti; nel garantire certezza nei rapporti con i terzi; nel fornire protezione ad una delle parti<sup>3</sup>. Nella visione dello sviluppo di quest'ultimo modello di funzione, per esempio, l'adozione della forma scritta meglio garantisce l'identificazione dell'oggetto del contratto ovvero di eventuali elementi accidentali che le parti vi hanno inserito, lascia meno margine di imprecisione circa gli obblighi assunti ed i diritti acquistati dalle parti<sup>4</sup>.

«La forma, in quanto elemento strutturale della fattispecie, deve sussistere nel momento in cui l'atto è compiuto, e non può essere surrogata da posteriori dichiarazioni ricognitive, ancorché formali»<sup>5</sup>. La mancanza della forma *ad substantiam* «produce l'assoluta invalidità e l'irrelevanza giuridica dell'atto»<sup>6</sup>, inibendone alle parti l'esecuzione, la conferma o l'accettazione<sup>7</sup>.

«Nel nostro sistema vige un principio di stretta correlazione fra la forma di un atto e la natura dei suoi effetti, per cui solo i negozi giuridici diretti a realizzare determinati effetti sono soggetti all'onere della forma solenne»<sup>8</sup>.

«Il requisito di forma si ritiene soddisfatto solo se il documento costituisce l'estrinsecazione diretta della volontà negoziale senza possibilità di atti ripetitivi o ricognitivi: in virtù del nesso normativo di corrispondenza che sussiste tra fattispecie ed effetto, la forma non può essere concepita che

1 M. MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Torino, 2004; E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, rist., Napoli, 1994, p. 126 s.; G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 7.

2 U. SALVESTRONI, *Spunti sul vecchio e nuovo formalismo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, p. 426 ss.

3 Un'efficace sintesi delle diverse funzioni che il rigore formale è chiamato ad assolvere si trova in V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 219 ss.

4 D. DI SABATO, *Contratti dei consumatori, contratti d'impresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, p. 657 ss. e G. STELLA RICHTER, *Il tramonto di un mito: la legge uguale per tutti (dal diritto comune dei contratti al contratto dei consumatori)*, in *Giust. civ.*, 1997, p. 199 ss.

5 L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto, dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 27.

6 M. GIORGIANNI, *Forma degli atti* (voce), in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 997.

7 M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 994, citato da L. MODICA, *op. cit.*, p. 28.

8 V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 384.

come requisito strutturale del contratto, del quale determina pertanto la venuta ad esistenza, in quanto fatto corrispondente allo schema legale, iniziando alle parti di eseguirlo, confermarlo o accettarlo successivamente»<sup>9</sup>.

L'assenza della forma prescritta a fini costitutivi non sempre, però, è reputata tanto grave da non consentire la sopravvivenza dell'atto<sup>10</sup>.

Esempio rappresentativo è quello della formazione giudiziale del documento<sup>11</sup>, che si sintetizza nella regola secondo cui la produzione in giudizio, operata dalla parte che non l'aveva sottoscritta, di una scrittura privata perfeziona, sul piano sostanziale/probatorio, il contratto in essa contenuto, a condizione che la controparte del giudizio sia la stessa che aveva già sottoscritto il contratto e non abbia revocato, prima della produzione, il consenso prestato<sup>12</sup>. La giurisprudenza usa spesso questo meccanismo<sup>13</sup>.

Una simile soluzione apre questioni difficilmente superabili: «l'efficacia sanante della produzione in giudizio non solo annulla la regola che vuole, per la conclusione di un contratto formale, che formali siano *ab initio* la proposta e l'accettazione, ma si spinge fino a rompere la corrispondenza fra i due atti negoziali, ammettendo che l'accettazione possa intervenire dopo un larghissimo lasso di tempo dall'invio della proposta»<sup>14</sup>.

Nel momento in cui la giurisprudenza tiene conto che il consenso di una parte possa essere stato revocato, chiaramente considera il contratto non

9 L. MODICA, *op. cit.*, p. 55.

10 L. MODICA, *op. cit.*, p. 68.

11 Cass., 12 giugno 2006, n. 13548. Il tema viene approfondito da L. MODICA, *op. cit.*, in maniera scrupolosa ed esauriente da p. 68; e da C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile. Coordinata con la dottrina*, IV, Milano, 2009, p. 601.

12 Cass., 11 marzo 2000, n. 2826, in *Contratti*, 2000, p. 1093, con nota di V. TIMPANO, *La produzione in giudizio come equipollente della sottoscrizione*. Non dissimile appare, dal profilo qui considerato, l'orientamento per cui «il contraente la cui sottoscrizione sia stata apposta apocriefamente nel documento rappresentativo di un contratto, per il quale sia richiesta dalla legge la forma scritta, può validamente perfezionarlo, al fine di farne valere gli effetti con l'altro contraente sottoscrittore, producendolo in giudizio o manifestando alla controparte, con un proprio atto scritto stragiudiziale, la volontà di avvalersi del contratto». Sempre che, precisa la Corte, «la conferma del contraente non sottoscrittore non sopraggiunga dopo che la controparte abbia già revocato il proprio assenso, ciò rendendo impossibile la formazione dell'accordo contrattuale» Cass., 14 aprile 2004, n. 7075, in *Mass. giust. civ.*, 2004, p. 875.

13 Per un indirizzo giurisprudenziale consolidato, la produzione in giudizio di un documento sottoscritto soltanto dall'altro contraente vale a sanare il difetto di sottoscrizione di colui che produce l'atto, in quanto configura una inequivoca espressione della volontà di avvalersi del negozio documentato dalla scrittura incompleta; viceversa, risulta inutilizzabile la scrittura ad opera della parte che, avendola sottoscritta, la produca in giudizio nei confronti dell'altra che non vi ha apposto la sottoscrizione. Tale indirizzo giurisprudenziale è ricordato anche da E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011, p. 19.

14 L. MODICA, *op. cit.*, p. 69 s., che a sua volta cita R. SACCO, *La forma*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 301.

ancora concluso, con conseguente efficacia *ex nunc* della sanatoria<sup>15</sup>. Ma l'attribuzione alla produzione in giudizio del potere di attrarre nell'area della validità il contratto difettoso avrebbe senso solo se sottointendesse che la proposta sia stata opportunamente accettata, con conseguente efficacia costitutiva *ex tunc* della produzione in giudizio<sup>16</sup>.

Il requisito formale viene sottratto, in presenza di un comportamento inequivocabilmente volto alla riconduzione a sé del testo negoziale, dalla sua consueta cornice teorica: siamo di fronte alla scomposizione di due elementi, testo scritto e sottoscrizione, richiesti per la formazione di una scrittura privata<sup>17</sup>.

Solo il testo scritto, secondo i giudici, è veramente imprescindibile al fine di soddisfare la prescrizione di forma, mentre la sottoscrizione, concepita come un fattore accessorio rispetto al documento, può anche mancare, se surrogata da un comportamento che fissi la provenienza di quel documento<sup>18</sup>.

Quando si stipula per iscritto un contratto, invece, deve assumere carattere essenziale la sottoscrizione ad opera dei contraenti (art. 2702 c.c.), la quale svolge la duplice funzione di individuare gli autori della scrittura, cioè le parti, e di attestare circa l'assunzione degli impegni risultanti dal testo scritto<sup>19</sup>.

La sottoscrizione è, infatti, il momento finale della sequenza perfezionativa del contratto formale e la sua mancanza impedisce che l'accordo possa ritenersi raggiunto (quante volte la forma scritta è richiesta *ad substantiam*) ovvero possa essere provato (se tale forma è richiesta *ad probationem*)<sup>20</sup>.

15 M.C. BIANCA, *Diritto Civile*, III, *Il Contratto*, Milano, 2000, p. 288; M. ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997, p. 392.

16 L. MODICA, *op. cit.*, p. 70, che a sua volta cita R. SACCO, *op. cit.*, p. 301, nt. 16. Nello stesso senso S. SICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, Art. 1350, in *Il Codice Civile, Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2003, p. 88.

17 E. FAZIO, *op. cit.*, ripreso anche da L. MODICA, *op. cit.* già più volte cit.

18 P. RESCIGNO, in *Presentazione* a A. NEGRI, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione. Il sistema francese e il sistema italiano*<sup>12</sup>, Napoli, 1981.

19 Sulla sottoscrizione quale combinazione di segni grafici che, secondo una data chiave di decifrazione linguistica, acquista un significato corrispondente al nome e cognome del soggetto che assume la paternità del documento in calce al quale è apposta, v. S. LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 58; sulla funzione della sottoscrizione esclusivamente attributiva della paternità dell'atto e su quella dichiarativa della stessa, cioè espressiva della volontà di assumere gli effetti dell'atto, v. ID., *op. cit.*, p. 64 s., come riportato anche da E. FAZIO, *op. cit.*, p. 18, nt. 37.

20 L. METELLI, *Esibizione in giudizio di proposta unilateralmente sottoscritta e conclusione del contratto per fatto concludente*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 430 ss.; R. CLARIZIA, *La libertà di forma in Civil law ed in Common law. Il contratto telematico*, in *Eur. dir. priv.*, 1999, p. 186, si chiede «che senso ha parlare di "libertà di forma" se l'atto giuridico deve avere necessariamente un *vestmentum* affinché sia intelligibile una volta uscito dalla sfera del dichiarante»; S. LANDINI, *op. cit.*, p. 58 e p. 64 ss. Di formazione giudiziale dei contratti solenni scrive S. PAGLIANTINI, *La forma del contratto: appunti per una voce*, in *Studi senesi*, CXVI, 2004, I, p. 142, v. anche A. LISERRE, *La forma*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, t. III, Torino, 1999, p. 451 ss.

Spesso la scrittura privata viene formata in tante copie quante sono le parti del contratto, sottoscrivendo poi ciascuna parte le copie che restano in possesso delle altre<sup>21</sup>. L'assenza di sottoscrizione dovrebbe impedire di per sé la conclusione del contratto, cosicché il soggetto che produce in giudizio una copia del contratto non sottoscritta da tutte le parti, in buona sostanza, esibisce una proposta contrattuale non accettata<sup>22</sup>.

L'accettazione, nell'opinione dottrinale, non ammette equipollenti in caso di forma *ad substantiam*, cosicché appunto l'esibizione in giudizio collegata alla domanda di esecuzione potrà avere solo valore confessorio con riguardo all'esistenza e al contenuto del contratto ma non varrà a dar vita, in favore della parte, ad un titolo suscettibile di esecuzione<sup>23</sup>.

La giurisprudenza, come anticipato, ritiene invece che l'equipollenza possa essere ammessa se la parte che non ha sottoscritto chiede l'esecuzione<sup>24</sup>, sia perché in linea di principio le sottoscrizioni non debbono necessariamente essere contestuali, sia perché equivarrebbe a sottoscrizione l'inequivocabile manifestazione di volontà di avvalersi del negozio documentato dalla scrittura incompleta, sia infine perché varrebbe la sottoscrizione della procura processuale rilasciata al difensore essendo la domanda giudiziale inscindibilmente legata e dipendente dalla scrittura prodotta.

Esistono tendenzialmente, anche per la giurisprudenza, alcuni limiti a tale equipollenza. Innanzitutto, l'esibizione deve avvenire nei confronti di chi ha sottoscritto ad opera della parte che non ha sottoscritto; in secondo luogo, la produzione non vale accettazione quando la controparte abbia nel frattempo manifestato in modo non equivoco la volontà di non eseguire il contratto, ma non se ne abbia eccetto la nullità - abbia cioè revocato il proprio consenso, atteso che il contratto non sottoscritto da una parte equivale a proposta dell'altra, sempre revocabile *ex art. 1328 c.c.*

L'orientamento giurisprudenziale non considera affatto che l'accettazio-

21 F. CARINGELLA, L. BUFFONI, *Manuale di Diritto Civile*<sup>2</sup>, Milano, 2010, p. 167 ss.

22 F. GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*<sup>16</sup>, Napoli, 2013, p. 294 ss.

23 Questo è quanto si intende anche dai ragionamenti di L. MODICA, *op. cit.*, p. 191 ss.

24 Cass., 5 novembre 1998, n. 11145, in tema di contratti per i quali la legge richiede la forma scritta *ad substantiam*, il contraente che non abbia materialmente sottoscritto l'atto negoziale può validamente perfezionarlo producendolo in corso di giudizio al fine di farne valere gli effetti nei confronti dell'altro contraente, a condizione che, *medio tempore*, quest'ultima, pur avendo validamente sottoscritto l'atto, non abbia poi revocato il proprio consenso prima della presentazione della domanda giudiziale. La produzione in giudizio, viene precisato, rileva in quanto attesti l'inequivoca manifestazione di volontà della parte di far proprio il contratto. In altre massime si fa riferimento all'atto di citazione, *cfr.* Cass., 23 aprile 1981, n. 2415, nella quale l'atto di citazione, ove contenga la manifestazione di volontà di valersi della scrittura da parte del contraente che non l'ha sottoscritta, realizza un valido equivalente della sottoscrizione mancante, data la natura della citazione di atto unilaterale recettizio, idoneo a determinare effetti sostanziali per l'attore che, con il rilascio della procura in calce o a margine della stessa, ne fa proprio il contenuto.



ne deve intervenire nel termine previsto dall'art. 1326, co. 2, c.c., sicché la produzione in giudizio sarebbe comunque tardiva. Senza contare, inoltre, che sembra più corretto fissare la conclusione del contratto al momento non già dell'esibizione ma della stipulazione<sup>25</sup>.

### 3 La crisi della sottoscrizione ed il formalismo negoziale

Gli oneri formali, che in passato riguardavano prevalentemente i contratti relativi a beni immobili, gli atti a titolo gratuito o i negozi destinati al soddisfacimento di interessi pubblici, appaiono ora rivolti a tutelare in modo più pregnante il consumatore o l'investitore<sup>26</sup>.

Nel nuovo diritto dei contratti il termine "forma" registra, secondo la ricostruzione di Pagliantini<sup>27</sup>, diversi significati: sinonimo di requisito strutturale del contratto, prescritto a pena di nullità, forma quindi come *vestmentum*, nei casi nei quali si materializza una forma *ad substantiam* di protezione seriale; forma come *quid* nel quale si sostanzia una modalità formale necessaria della stipulazione, la forma come documento o prospetto informativo *standard* che idealmente scaccia e mette fuori gioco l'endemica asimmetria informativa del consumatore, ovvero forma come *modulo*, involucro di obblighi informativi, imputati al professionista, consustanziali ad ogni contratto asimmetrico.

La finalità informativa<sup>28</sup> si collega appunto al connubio della forma con

25 Siccome la stipulazione si perfeziona in tale momento, non può parlarsi di efficacia retroattiva del contratto, la produzione in giudizio del documento supplisce solamente alla mancanza della sottoscrizione della parte con effetti retroagenti al momento della stipulazione.

26 U. BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. ROPPO, I, Milano, 2006, p. 503; S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 22 ss. La forma nel codice civile è strettamente legata all'oggetto del contratto, ove la disposizione dell'art. 1350 c.c. concerne gli atti di disposizione su beni immobili. Il formalismo del diritto speciale, invece, riflette il rapporto che avvolge gli interessi di determinate categorie di soggetti, dai consumatori agli inquilini, dagli utenti dei servizi bancari e finanziari. Forma diretta a rafforzare la conoscibilità, la trasparenza, la certezza, la comprensibilità anche nelle fasi precedenti e susseguenti la formazione del contratto. Una nuova forma, unidirezionale a protezione di uno dei soggetti del rapporto ed altresì polivalente che, per alcuni studiosi, è «veicolo necessario di informazioni necessarie» che ha poco a che fare con la forma quale elemento strutturale della fattispecie contrattuale.

27 S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale* (voce), in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2011, p. 772 ss. e già prima, pur se in un diverso contesto, P. SPADA, *La fase costitutiva dell'impresa*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, IV, Milano, 1990, p. 13 ss.

28 A. LISERRE, *Formalismo negoziale e testamento*, Milano, 1966, p. 69 «è una forma che consiste nel variegato catalogo di informazioni documentali obbligatorie, ancillari ad un contratto *in itinere*, che può essere, a sua volta, scritto o amorfo. La documentalità è dell'informazione, rilevando come supporto necessario di regole contrattuali (formalismo *standard*)».

gli obblighi legali di informazione<sup>29</sup> e determina una reviviscenza dei vincoli formali (il c.d. neoformalismo di protezione). In questo scenario la forma assume, in altre parole, il duplice ruolo di strumento di documentazione delle informazioni rilevanti per favorire il compimento di scelte consapevoli da parte del consumatore, secondo un modello anticipatorio di tutela del contraente debole<sup>30</sup>, e di strumento che consente al consumatore la cono-

29 Gli obblighi di informazione investono non solo la fase precedente la conclusione del contratto ma anche il perfezionamento dell'accordo e la successiva esecuzione del rapporto contrattuale, essendo funzionali ad entrambi gli aspetti della consapevole formazione del consenso e della corretta gestione per l'appunto del rapporto contrattuale. La debolezza del consumatore si risolve, infatti, essenzialmente nell'asimmetria informativa (S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, in *La didattica del diritto civile*, a cura di S. Mazzamuto e E. Moscati, Torino, 2012, p. 210 ss.). L'espansione degli interventi normativi sul fronte delle informazioni è abbinata al carattere imperativo delle disposizioni che ne impongono la comunicazione alla parte sprovvista e, dunque, contrattualmente più debole. Il connotato imperativo degli obblighi di *disclosure* ha indotto una parte della dottrina e alcuni filoni giurisprudenziali a ritenere che la loro violazione comporti la nullità del contratto alla cui origine si pone la carenza di informazioni, invocando la c.d. nullità virtuale di cui all'art. 1418, co. 1, c.c., che più correttamente andrebbe etichettata come nullità per violazione di norme imperative. La replica si è incentrata sulla natura di regole di condotta degli obblighi informativi che dovrebbe suggerire l'esclusione del ricorso alla nullità, la quale scatta quando il contrasto insorge tra la norma imperativa e la regola negoziale consacrata nella *lex contractus* e non anche tra la prima e l'atto o il comportamento materiale compiuto in sede di esecuzione del contratto (G.B. FERRI, *Appunti sull'invalidità del contratto, dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942*, in *Riv. dir. comm.*, 1996, II, p. 367 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, p. 231 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 147 ss. e p. 239 ss.; A. DI MAJO, *Prodotti finanziari e tutela del risparmiatore*, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1284 ss.). La contropartita ha fatto leva sull'attitudine degli obblighi informativi di origine comunitaria ad incidere sulla struttura del contratto (V. ROPPO, *Il contratto del duemila*<sup>3</sup>, Torino, 2005, p. 50 ss.): una caratteristica questa che colora le norme imperative che sanciscono tali obblighi di un significato ulteriore rispetto a quello di mero indirizzo del comportamento dei contraenti, tanto in fase precontrattuale quanto in fase di esecuzione dell'accordo, caricandole anche della funzione di parziale predeterminazione del contenuto del contratto, secondo una traiettoria operativa che ricalca il classico schema dell'integrazione del regolamento contrattuale. Il dibattito interseca il tema della c.d. giustizia contrattuale ossia del presunto principio di equilibrio economico del contratto secondo una misura che non è quella della giustizia puramente commutativa: un principio che legittimerebbe l'intervento giudiziale sul contenuto del contratto per reagire alle gravi iniquità dei termini economici dello scambio e ciò, a seconda delle letture, a prescindere da una qualche anomalia nel processo decisionale che ha condotto al contratto e quale che sia la condizione dei contraenti (F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 185 ss.; G. GUIZZI, *Congruietà dello scambio e contratti di credito, ancora una breve riflessione intorno ai rapporti tra mercato e teoria del contratto*, in *Squilibri e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 437 ss.) oppure soltanto in presenza di una situazione di disparità per così dire macroeconomica tra le parti e, dunque, al cospetto di un condizionamento del processo di autodeterminazione del contraente meno forte (E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, p. 413 ss.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; A. D'ANGELO, *La buona fede, Il contratto in generale*<sup>4</sup>, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, Torino, 2004, p. 155 ss., in part. p. 255 ss.).

30 S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 45 ss.

scienza immediata del contenuto di un contratto che egli non ha contribuito a predisporre<sup>31</sup>.

Uno degli ambiti normativi che maggiormente hanno contribuito ad una innovazione della disciplina della forma e della conseguente rimeditazione della figura, è costituito, senza dubbio, dalla materia dei contratti bancari.

Gli interventi legislativi in questo settore si sono susseguiti lungo tutto l'arco degli anni '90, sulla spinta di sollecitazioni provenienti da diversi contesti, al fine di ridimensionare lo squilibrio tra banca e cliente nei suoi molteplici aspetti e fondamenti.

Una delle principali ragioni di tale sbilanciamento risiede nello iato di conoscenza, competenza e preparazione nel settore, che di regola sussiste tra banca e cliente<sup>32</sup>. L'apparato di informazioni, di tecniche, la preparazione e la competenza che possono vantare le banche nel relativo settore è, di norma, di macroscopica sproporzione rispetto al cliente. Tuttavia, la materia bancaria, forse anche più di altri ambiti, costituisce riprova di quanto sia riduttivo ed inesatto discorrere di un'unica figura di consumatore<sup>33</sup>.

Tra le modalità ritenute proficue per attutire siffatto sbilanciamento, il legislatore ha individuato i principi della trasparenza e dell'informazione, quali criteri che debbono ispirare l'insieme dei rapporti col cliente, e non soltanto su specifici momenti e/o aspetti.

L'art. 117 del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385, invocato nella controversia di cui si tratta, sancisce l'obbligo di concludere il contratto che intercorra tra banca o intermediario finanziario da un lato, e cliente dall'altro, di qualsiasi tipo esso sia, con la forma scritta, a pena di nullità.

L'art. 117 nel suo primo comma impone il requisito della forma scritta per tutti i contratti conclusi dalle banche con la propria clientela nell'esercizio dell'impresa, salva diversa previsione da parte del CICR ed aggiunge che «un esemplare è consegnato ai clienti». *Ratio* della disciplina è quella di assicurare maggiore certezza nei rapporti della banca col cliente, maggiore conoscibilità e consequenziale consapevolezza di quest'ultimo circa la regolamentazione effettiva del rapporto<sup>34</sup>.

31 A. DI MAJO, *La correttezza nell'attività di intermediazione mobiliare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1993, I, p. 296 ss.; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006, p. 38 ss.

32 A. MAISANO, *Trasparenza e riequilibrio delle operazioni bancarie. La difficile transizione dal diritto della banca al diritto bancario*, Milano, 1993, p. 10.

33 Consumatore e cliente sono figure che vengono accomunate nell'intento di soddisfare una pretesa comune esigenza del contraente giuridicamente debole al cospetto della forza dell'ente bancario o creditizio, eppure sarebbero ben distinte e solo occasionalmente coincidenti. Sulla necessità di declinare al plurale la figura del consumatore, P. STANZIONE, *Contratti dei consumatori e responsabilità dei produttori*, in *Diritto comparato, comunitario e transnazionale, Lezioni per un master*, a cura di G. Autorino, Salerno, 2000, II, p. 189 ss.

34 V. ALLEGRI, *Nuove esigenze di trasparenza del rapporto banca-impresa nell'ottica della tutela del contraente debole*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1987, I, p. 50; nella stessa rivista,

Dispone il terzo comma che l'obbligo di forma scritta è previsto a pena di nullità. La sanzione che il comma 3 contempla è quella della c.d. nullità relativa, atteso che l'invalidità può essere fatta valere soltanto dal cliente, non anche dalla banca. Diverso regime sanzionatorio è previsto in caso di violazione dell'obbligo previsto dal comma 1, ostano infatti all'applicazione della conseguenza della nullità sia il dato positivo (il comma 3 dell'art. 117 prevede la nullità soltanto per l'inosservanza della forma scritta del contratto), sia la *ratio* della disciplina, che intende fornire chiarezza e trasparenza per una determinazione della libertà negoziale che sia il più possibile consapevole e cosciente. Una volta che il contratto è concluso, il cliente potrà sempre chiederne una copia, ma è da interrogarsi, piuttosto, se in tale fase, ossia fino a quando il cliente non abbia ricevuto un esemplare del contratto, la banca possa far valere, nei riguardi di questo, le condizioni a lui sfavorevoli<sup>35</sup>. In ogni caso la consegna dell'esemplare costituisce l'ulteriore previsione, da parte del legislatore, di un adempimento di tipo formale, in funzione di garanzia del cliente (in quanto assolvimento delle esigenze di trasparenza ed informazione) e della banca (dal momento che assicura il regolare svolgimento del rapporto e così l'efficienza della propria attività).

Il Tribunale di Parma, proprio in relazione ai contratti bancari<sup>36</sup>, ma tale principio è applicabile a tutti i contratti per i quali sia prevista una forma scritta, con sentenza 4 maggio 2011<sup>37</sup>, ha stabilito che «Non può ritenersi validamente concluso il contratto per il quale sia prevista la forma scritta a pena di nullità in presenza della dichiarazione di volontà sottoscritta da una sola parte, seppur accompagnata dalla sua dichiarazione confessoria di aver ricevuto copia del contratto sottoscritto anche dall'altra». La forma scritta richiesta a pena di validità nei contratti bancari comporterebbe necessariamente la produzione in giudizio di un atto sottoscritto non solo dal cliente, ma anche dalla banca<sup>38</sup>.

«Trattandosi di nullità, non può essere utilizzato l'interesse che si assume sotteso alla norma per escludere che il cliente abbia subito da tale

G. MINERVINI, *La trasparenza delle condizioni contrattuali (contratti bancari e contratti dei consumatori)*, 1997, I, p. 100.

35 F. MACARIO, Sub art. 124, in *Commento alle norme di attuazione delle direttive comunitarie in materia di credito al consumo (artt. 121-126 d.leg. n. 385/93, t.u. delle leggi in materia bancaria e creditizia)*, a cura di N. Lipari, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 813.

36 A. RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, Milano, 1966, p. 386; A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, p. 289 ss.; G. FAUCEGLIA, *La forma dei contratti relativi ad operazioni e servizi bancari finanziari*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I, p. 423; C. M. BIANCA, *op. cit.*, p. 287 ss.

37 M. TICOZZI, nota a Trib. Parma, 4 maggio 2011, *Il contratto con forma scritta: la mancanza di sottoscrizione di una parte e la confessione dell'altra. Sentenze di merito contro una inedita sentenza della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2012, p. 315 ss.

38 Così, tra le molte, Trib. Torino, 5 febbraio 2010, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 2334 ss.

profilo un pregiudizio»<sup>39</sup>: «se di nullità si discute, l'interesse non è solo quello della parte, che potrebbe in tesi utilizzare opportunisticamente la previsione che imponga una forma, ma è anche quello della collettività, ed allora non dovrebbe sussistere alcuna possibilità di convalida»<sup>40</sup>. L'inerzia del cliente che accetti la situazione senza sollevare contestazioni dovrebbe restare irrilevante<sup>41</sup>.

Appaiono poco sostenibili le tesi proposte dalla maggior parte dei giudici di merito che sembrano, invece, esprimere un "disagio"<sup>42</sup> nell'accogliere le azioni "formalistiche" dei clienti<sup>43</sup>. «L'azione è di nullità e non può essere

39 M. TICOZZI, *op. cit.*, p. 317, che a sua volta cita C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 278, il quale Autore sottolinea proprio come «occorre comunque tener presente che la considerazione degli interessi perseguiti generalmente dalla norma impositrice di un onere formale non può dispensare l'applicazione nelle singole fattispecie. Il contratto privo della forma necessaria deve pertanto considerarsi nullo anche se le parti avessero espresso un consenso consapevole e certo». In senso parzialmente diverso, P. PERLINGERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Milano, 1987, p. 120, evidenzia come «la violazione di norme inderogabili non comporta necessariamente la nullità dell'atto e l'irrelevanza dei suoi effetti; la nullità non rappresenta una costante dell'inderogabilità, né l'inderogabilità è una costante delle norme sulle forme legali dell'attività negoziale, e comunque non si desume dal tenore imperativo della proposizione legislativa ma si configura quale risultato di una complessa operazione ermeneutica».

40 M. TICOZZI, *op. cit.*, prosecuzione del discorso di p. 317.

41 Ovviamente, a seconda dei casi, l'interesse sotteso alla previsione dell'obbligo di forma può avere finalità plurime, che comunque non si limitano a proteggere la sola parte del contratto. In generale sul tema si veda V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 220 s.; F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Milano, 2010, p. 246 ove si mettono in luce alcune delle diverse funzioni della forma, tenuto conto dei diversi obblighi imposti; L. MODICA, *op. cit.*, p. 37 s., la quale evidenzia come la prescrizione dell'obbligo di forma non si limiti a tutelare interessi di parte ma anche interessi di natura pubblica, sociale o statale; C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 278, indica come accanto alla funzione della responsabilizzazione del consenso vi sia quantomeno anche quella di certezza dell'atto.

42 Espressione ripresa dalle parole di M. TICOZZI, *op. cit.*, prosecuzione del discorso di p. 317.

43 Cass., 2 ottobre 1996, n. 8620, in *Mass. giust. civ.*, 1996, p. 1356, secondo cui le scritture private prive di sottoscrizione non possono rientrare nel novero delle scritture private aventi valore giuridico formale neppure quando non ne sia stata impugnata la provenienza dalla parte a cui vengono opposte. *Contra* Cass., 4 giugno 1993, n. 6232; Cass., 15 dicembre 1997, n. 12673; Cass., 28 maggio 1997, n. 4709; Cass., 18 giugno 2003, n. 9697; e Cass., 7 aprile 2005, n. 7274. Sebbene riconosca che in questa maniera si pongano oggettivamente a rischio di invalidità una larga parte di rapporti bancari, R. MARAGNO, *Trib. Torino, 5 gennaio 2010*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 926 ss., sostiene che, contrariamente argomentando, si finirebbe in ultima analisi per considerare concluso un contratto sulla base della semplice volontaria esecuzione dello stesso. L'autore rammenta, criticandoli, anche casi in cui le Corti di merito hanno ritenuto di respingere le domande di nullità formulate in giudizio dagli investitori delusi sulla base della valutazione degli interessi sottesi alla nullità relativa. In particolare, quelle nelle quali si è ritenuto che la prescrizione di forma prevista non riguarderebbe la sottoscrizione dell'intermediario, ma solo quella del cliente, in virtù del fatto che l'intermediario non potrebbe mai eccepire al cliente la nullità del rapporto e perciò si dovrebbe ritenere *a fortiori* che il cliente non possa eccepire alla controparte la mancanza nel contratto quadro della sua sottoscrizione. V. anche Trib. Novara, 2 novembre 2009, in <http://www.consultalex.it>, dove si è ritenuto del tutto estranea allo scopo della prescrizione formale la sottoscrizione

convalidata perché anche la nullità di protezione, seppure la parte non tutelata difetti di legittimazione alla relativa eccezione, resta un rimedio diretto a proteggere un interesse di carattere generale; il cliente ha poi un evidente interesse alla dichiarazione di nullità del contratto, perché a questa consegue il suo diritto a vedersi restituiti gli interessi e gli altri oneri che non siano dovuti»<sup>44</sup>.

La pratica quotidiana dimostra che molto spesso il contraente professionale omette la propria sottoscrizione, limitandosi il più delle volte a sottoporre al cliente un modulo da firmare e di cui poi consegna un esemplare, senza che alla sottoscrizione dell'aderente si accompagni la firma del predisponente. Il codice civile non offre alcuna definizione né di sottoscrizione né di scrittura privata, eppure, è opinione diffusa, argomentata a partire dalle norme che regolano le prove documentali<sup>45</sup>, che «il requisito di forma imposto a fini costitutivi è soddisfatto quando le parti redigano un documento corredato dalla sottoscrizione di ciascuna»<sup>46</sup>.

Considerato il crescente fenomeno di separazione del rapporto tra firma autografa e testo scritto<sup>47</sup>, nonché la mancanza di una definizione legale, bisogna comprendere se la sottoscrizione sia indissociabilmente legata alla nozione di scrittura privata, il che comporterebbe altrettanti vizi formali tutte le volte in cui il professionista non apponga in calce al documento contrattuale la propria firma, oppure sia una fra le possibili tecniche di imputazione del documento, come tale surrogabile in presenza di altri e diversi indici di riconducibilità dello scritto al suo autore<sup>48</sup>.

La lista degli equivalenti della sottoscrizione che la giurisprudenza ha elaborato farebbe propendere per un approccio non formalistico al tema, ma la dottrina, come già ricordato, intende contenere l'equiparazione tra sottoscrizione e altri criteri di imputazione al piano della sola efficacia probatoria, negando che detta equivalenza possa tradursi sul piano sostanziale<sup>49</sup>.

dell'intermediario, il quale, peraltro, non potrà mai dedurre la nullità del contratto ai sensi dell'art. 23 t.u.f., neppure per la mancanza della sua firma.

44 M. TICOZZI, *op. cit.*, sempre p. 317. In senso opposto Trib. Arezzo, 23 dicembre 2010, per la quale «la forma scritta, imposta dall'art. 23 t.u. n. 58/1998, per la stipula del contratto quadro, assolve ad una funzione informativa più che a quella di tradizionale avvertenza dell'importanza dell'atto e, pertanto, affinché possa ritenersi adempiuto l'onere formale è sufficiente che il cliente abbia ricevuto un esemplare dell'atto da lui sottoscritto».

45 Artt. 2702-2720 c.c.

46 L. MODICA, *op. cit.*, p. 193, la quale cita a sua volta B. CARPINO, *Scrittura privata* (voce), in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 805.

47 N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 25.

48 Questo è l'obiettivo che si pone L. MODICA, *op. cit.*, p. 193.

49 Prosegue l'Autrice qualche riga più in basso.

«Nell'ipotesi di formazione giudiziale di un negozio solenne la manifestazione della volontà resa in giudizio di far propri gli effetti del contratto ad opera di colui che non l'ha sottoscritto infrange il collegamento tra scrittura privata e firma autografa e soppianta il criterio della sottoscrizione nel processo di riconduzione a sé del documento, di fatto sanando il vizio formale. Muovendo da una nozione di scrittura privata connotata indissociabilmente dalla sottoscrizione, le critiche della dottrina appaiono del tutto condivisibili»<sup>50</sup>. La giurisprudenza invece, spesso, ed anche nel caso trevigiano dal quale si sono prese le mosse, decide di preferire il rispetto dell'impegno assunto dai contraenti al rigido formalismo, «appellandosi ad una sorta di *fictio iuris* che, pur non trovando espliciti appigli nel diritto positivo, consente una inequivoca determinazione della paternità del documento»<sup>51</sup>.

La presenza della sottoscrizione del contraente professionista non aggiungerebbe nulla sotto il profilo informativo ove la provenienza dell'offerta sia comunque certa<sup>52</sup>. Accedendo ad una nozione di scrittura privata intesa non più soltanto quale documento sottoscritto ma documento di cui si possa con certezza verificare la paternità, nell'ambito della contrattazione consumeristica, dove l'esigenza è essenzialmente quella di individuare criteri che consentano di rintracciare la provenienza dell'offerta in modo inequivoco, l'impiego del criterio della consegna, cui lo stesso legislatore mostra di accordare favore, bene può assolvere a tale funzione<sup>53</sup>.

In questa maniera si sposta il momento di rilevanza della forma dal tradizionale piano della documentazione a quello del possesso del documento<sup>54</sup>.

In questa direzione, il fenomeno della crisi della sottoscrizione fa venire meno, in presenza di certe condizioni entro le quali il contratto si colloca, la necessità della sottoscrizione da parte del contraente professionale. Ne esce ridimensionata l'idea della forma quale requisito strutturale dell'accordo e quindi di ciascuna delle dichiarazioni che in esso si fondono<sup>55</sup>.

50 L. MODICA, *op. cit.*, p. 194.

51 Ed anche in questo il riferimento è alle parole di L. MODICA, *op. cit.*, p. 194.

52 R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 22.

53 Al riguardo si veda R. ALESSI, V. MANNINO, *Profili del neoformalismo negoziale*, Napoli, 2013.

54 Questo è quanto fatto notare da R. ALESSI durante una lezione dal titolo "Forma. Informazione e Formulari. Declino del formalismo?", tenutasi il giorno 4 dicembre 2013 presso l'Università Ca' Foscari Venezia nel piano del Progetto dottorale di Alta Formazione, Dottorato in Diritto, Mercato e Persona.

55 V. ancora le acute riflessioni di L. MODICA, *op. cit.*, p. 191 ss. e le parole della Prof.ssa Alessi nella lezione ricordata.

#### 4 La nullità dell'art. 117 t.u.b.

Il quadro normativo di matrice consumeristica ci rimanda ad un uso abbondante del formalismo negoziale<sup>56</sup>, il quale talora si presenta nella normale veste di prescrizione espressamente *ad substantiam*, talaltra invece sembra ridimensionare il suo legame inscindibile con l'architettura dell'atto di autonomia privata (la struttura), come nel caso della vendita di pacchetti turistici (ove è affidata ad una norma imperativa<sup>57</sup>) o della subfornitura ove appare per legge soddisfatto anche dall'iniziativa di esecuzione del destinatario della proposta<sup>58</sup>.

Il Tribunale di Torino, con sentenza 23 novembre 2009<sup>59</sup>, ha ritenuto soddisfatto il requisito della forma scritta previsto per il contratto relativo alla prestazione di servizi finanziari in quanto esibito in giudizio dall'intermediario, ancorché lo stesso non l'avesse sottoscritto. Come più volte ripetuto, la giurisprudenza, piuttosto univocamente, afferma la possibilità di sanare giudizialmente la nullità del contratto privo della forma richiesta *ad validitatem* ammettendo che il contraente che non abbia sottoscritto possa comunque perfezionare l'atto mediante la sua produzione in giudizio

56 Il riferimento è sempre alle parole di R. ALESSI, tanto quelle pronunciate nella lezione sopra indicata quanto quelle dell'opera *Profili del neoformalismo, supra cit.* Dalla medesima Autrice sono ripresi anche i riferimenti giurisprudenziali di seguito commentati.

57 L'art. 35 cod. tur. prevede che il contratto sia redatto in forma scritta, ma nulla aggiunge circa le conseguenze della violazione del precetto di forma. Siamo di fronte ad una forma prescritta a fini di validità dell'atto ma l'effetto invalidante della violazione della forma prescritta discenderebbe dalla natura imperativa della norma. Dunque la nullità per vizio di forma esce dall'ambito naturale della c.d. nullità strutturale del co. 2 dell'art. 1418 c.c. (mancanza dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c.) o testuale (ultimo comma dell'art. 1418 c.c.) in ragione della necessaria presenza di una prescrizione di invalidità che accompagna il precetto di forma secondo l'art. 1325, n. 4, e si colloca, invece, nella c.d. nullità virtuale, per violazione di norme imperative ex art. 1418, co. 1, c.c. Esito che ha ricevuto l'avallo della Cass., 3 novembre 2008, n. 26422, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 902. Su tale questione v. R. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 236.

58 Nell'art. 2, l. 18 giugno 1998, n. 192 si profila l'ammissibilità di una conclusione del contratto mediante esecuzione ai sensi dell'art. 1327 c.c. La forma scritta *ad substantiam* trova un surrogato nell'esecuzione, seppur parziale perché il richiamo all'art. 1341 c.c. rimanda comunque ad un vincolo di sottoscrizione a parte delle clausole vessatorie. Ma si tratta, chiaramente, di un ulteriore esempio di destrutturazione del vincolo di forma. È evidente, infatti, che con tale deroga il legislatore ha inteso adattare il requisito della forma scritta alle specifiche esigenze inerenti l'attività oggetto di disciplina. La prescrizione citata può inquadrarsi nel fenomeno definito come "crisi della sottoscrizione", relativo alla tendenza del legislatore ad introdurre nel nostro ordinamento fattispecie formalmente diverse dalla tradizionale sottoscrizione autografa, in conseguenza dell'esigenza di adattare le forme di espressione della volontà giuridica, ed in generale la disciplina documentale, al continuo evolversi dei mezzi di comunicazione. Al riguardo v. N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, p. 135, ma anche B. DEL VECCHIO, *Riflessioni sul valore giuridico della sottoscrizione elettronica*, in *Riv. not.*, 1991, p. 977.

59 In *Giur. it.*, 2010, p. 604.



al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente. Sennonché, nel caso di specie, ad esibire il documento sottoscritto solo dalla controparte non era l'attore ma l'intermediario convenuto, il quale, per difendersi, opponeva il documento firmato dal cliente. Con ciò sovvertendo la regola giurisprudenziale che risulta così applicata a parti invertite<sup>60</sup>.

Il rovesciamento è permesso dalla circostanza che nella citazione e nella procura che l'accompagna, e dunque in atti propri dell'attore, si rintracerebbe la manifestazione di volontà idonea al perfezionamento formale dell'accordo: la volontà di concludere il contratto sarebbe così manifestata mediante un documento preparato a fini processuali e redatto da un difensore munito di procura. Così decidendo il Tribunale va in contrasto con il ricorrente *dictum* della Cassazione, secondo cui impedisce la formazione giudiziale del documento la circostanza che l'altra parte abbia revocato il proprio consenso<sup>61</sup>.

Nel medesimo periodo, il Tribunale di Novara<sup>62</sup> riteneva che il requisito della forma scritta previsto dall'art. 23 t.u.f., a pena di nullità del contratto quadro per la prestazione di servizi di investimento, è soddisfatto anche se il modulo contrattuale è firmato dal solo cliente e non dalla banca, e motivava la scelta avendo riguardo alla peculiare funzione che il requisito di forma sarebbe chiamato a svolgere nella commercializzazione di strumenti finanziari «la funzione di dare certezza, nel preminente interesse del cliente, dell'autorizzazione data alla banca a svolgere un determinato servizio di investimento e, altresì, del tipo di servizio di investimento che la banca si impegna ad offrire e delle informazioni di base sul servizio e sui suoi costi». Continua la sentenza «la forma scritta si pone come veicolo certo di un flusso di informazioni dall'intermediaria al cliente e dal cliente all'intermediaria, del mandato del cliente alla banca di eseguire dietro suoi ordini investimenti in strumenti finanziari». In ciò la peculiarità del vincolo di cui all'art. 23 t.u.f. che, in quanto di protezione per il cliente «si discosta dalla tradizionale distinzione di forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*».

60 R. ALESSI, nel riportare tale caso giurisprudenziale nella lezione del 4 dicembre 2013, meglio e già dettagliata nella nt. 54.

61 Cass., 8 marzo 2006, n. 4921, in *Giur. it.*, 2006, p. 2292, con nota di D'AURIA, *Sul rapporto tra fiducia e dichiarazioni ricognitive*. Sulla base di tale argomento, lo stesso Tribunale di Torino un anno dopo giunge ad una conclusione opposta, sent. 5 febbraio 2010, in <http://www.ilcaso.it>, doc. n. 2193/2010: la mancanza di forma scritta non può essere in alcun modo emendata o sanata dalla produzione in giudizio da parte della banca convenuta del contratto quadro di negoziazione, posto che l'incontro delle volontà può dirsi perfezionato solo se la parte del processo che ha sottoscritto il contratto al momento della produzione non abbia già manifestato la revoca del proprio consenso, volontà di revoca che deve essere individuata nella domanda con la quale l'investitore deduca appunto la nullità del contratto per mancanza della forma di cui si discute.

62 Sent. 2 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 606 ss.

Più che la mera riproposizione del procedimento di c.d. formazione giudiziale del documento, ciò cui si “appellano”<sup>63</sup> questi giudici è l’adattamento delle norme alla complessiva situazione di interessi, come ulteriormente dimostrato dalla circostanza che, ai fini della decisione, viene considerato determinante che l’intermediario, dopo il contratto, con il suo comportamento abbia dimostrato di avervi aderito<sup>64</sup>.

Secondo questo orientamento giurisprudenziale, se è la trasmissione di informazioni chiare e complete a contare davvero, la sola assenza della firma, che nel sistema delineato dal codice soddisfa il requisito imposto a fini costitutivi fondando la presunzione *juris tantum* di consenso del sottoscrittore al contenuto del documento, non osta alla realizzazione di siffatta funzione. La prescrizione di forma si presenterebbe, così, in una luce nuova quando l’essenziale è che il contratto contenga e diffonda nel mercato una serie predeterminata di informazioni. Rispetto a tale necessità la sottoscrizione dell’impresa non aggiunge nulla all’obiettivo informativo ove la provenienza dell’offerta sia comunque certa<sup>65</sup>.

Anche nel caso affrontato dalla decisione in commento, il problema consisteva nel valutare a quali condizioni fosse rispettato il requisito della forma scritta e, se fosse necessaria o meno come regola generale, la produzione in giudizio di un contratto recante entrambe le sottoscrizioni delle parti.

La soluzione, come visto, è inscindibilmente connessa all’indagine sulla funzione<sup>66</sup> della forma, da condurre per stabilire se alla richiesta da parte del legislatore di una mera forma scritta, corrisponda in realtà una vera e propria scrittura privata (completa, per definizione, di sottoscrizione) o, invece, un mero documento cartaceo privo di sottoscrizione.

Infatti, per quanto riguarda il profilo relativo all’asserita nullità per difetto della forma scritta e per la mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca, il Tribunale trevigiano ritiene che l’art. 117 t.u.b. si limiti a prescrivere che i contratti bancari siano redatti per iscritto e che un esemplare sia consegnato al cliente, ma non richieda che la conclusione del contratto e, quindi, le dichiarazioni delle parti della propria comune volontà negoziale debbano necessariamente essere trasfuse nel medesimo supporto documentale.

L’art. 117 t.u.b. sarebbe una ipotesi riconducibile alle c.d. nullità di pro-

63 Espressione ripresa proprio dalle parole della Prof.ssa ALESSI nel suo intervento al Dottorato veneziano.

64 Questa la conclusione a cui giungeva la Prof.ssa ALESSI alla fine del suo intervento al Dottorato veneziano.

65 Questo è lo sviluppo del pensiero di R. ALESSI riportato nella lezione di cui alla nt. 54.

66 Per la tendenza a ricorrere alla funzione piuttosto che alla struttura e per i risultati applicativi dell’analisi dal punto di vista della funzione, si consigliano: P. PERLINGERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, p. 43 e 54 ss. ed R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, Torino, 2004, che non sembra dare al fenomeno una connotazione positiva.

tezione di derivazione comunitaria, che nella logica del c.d. neoformalismo comunitario assolve essenzialmente alla funzione di colmare il divario informativo esistente in determinati settori tra i soggetti che vi operano professionalmente ed il contraente debole. Pertanto, la violazione della forma scritta, non potrebbe determinare l'inidoneità genetica del negozio a spiegare gli effetti suoi propri, né potrebbe essere rilevabile d'ufficio e rispetto ad essa non troverebbe applicazione neppure la disciplina prevista dagli artt. 1418 ss. c.c.

Tale nullità, allora, potrebbe apprezzarsi solo se vi fosse stata in concreto la lesione di un interesse protetto, lesione che non può sussistere per la mera mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca contraente, atteso che il cliente, ricevendo il contratto redatto per iscritto, è stato pienamente messo in grado di conoscere e di comprendere ogni clausola contrattuale.

Inoltre, considerato il carattere non strutturale della suddetta nullità di protezione, il perfezionamento dell'accordo potrebbe essere dimostrato, secondo le parole del Giudice, anche dalla dichiarazione confessoria della parte controinteressata contenuta nella copia dalla stessa sottoscritta, nonché risultare raggiunto attraverso lo schema negoziale del contratto per adesione o per *facta concludentia*.

La prescrizione di forma scritta di cui si discute rappresenta, a parere di chi scrive, al contrario, l'esito di quell'irrigidimento del rapporto tra informazione, legislazione e contratto che porta alcuni autorevoli studiosi<sup>67</sup> a ritenere che il formalismo comunitario non riguardi più tecnicamente solo l'informazione e la trasparenza, ma attenga alla comunicazione del contenuto dell'assetto contrattuale<sup>68</sup>. Sarebbe inaccettabile quale criterio ermeneutico, perciò, anche quello della valutazione del comportamento complessivo delle parti posteriormente alla stipula di un contratto formale<sup>69</sup>.

67 Tra questi, recentemente R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo, uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 311 ss., per la quale, nella versione europea, gli obblighi di informazione ed il diritto all'informazione sembrano profilarsi come parte della disciplina generale del contratto di consumo.

68 A tal proposito si consiglia la lettura di R. ALESSI, V. MANNINO, *op. cit.*

69 Cass., 22 giugno 2006, n. 14444, *Contratto* (voce), in *Rep. Foro it.*, 2007; Trib. Padova, 22 dicembre 2009, per il quale non è ravvisabile la mancanza di un contratto quadro per difetto di sottoscrizione della banca: «la circostanza dipende probabilmente da un difetto di produzione attorea essendo del tutto verosimile che la filiale della convenuta, preso atto della sottoscrizione dei clienti, abbia aderito a sua volta come è rivelato dalla pluriennale esecuzione del contratto. Non si può pertanto scindere la validità/nullità del contratto a seconda della prospettazioni difensive, anche se ciò è in linea con la legittimazione relativa dell'eccezione di nullità ex art. 23 t.u.f., senza dover riconoscere che il sistema attuale avrebbe anche derogato al principio per cui non si può trarre dal fatto proprio (ovvero dal mancato rilievo della nullità anche per gli acquisti favorevoli)». Sull'equiparazione, quanto agli effetti, tra formalismo legale e formalismo volontario, v. App. Brescia, 15 giugno 2013, con nota di P. PAULON, in *Foro pad.*, 2014, I, p. 59 ss., secondo cui «Qualora le parti adottino la forma scritta per la stipula di

L'informazione si è tramutata, anche alla luce della nuova Direttiva in materia di diritti dei consumatori (Direttiva 2011/83 UE) in «comunicazione e/o consegna di formulari a contenuto legalmente predeterminato, lungo un percorso di progressiva standardizzazione delle condotte, specie della parte professionale, e delle relative tutele»<sup>70</sup>, ed il governo delle modalità dell'interlocuzione tra le parti è destinato così a svilupparsi entro binari rigidi e normativamente segnati.

L'accordo è correttamente formato sol che la comunicazione tra le parti abbia rispettato le scadenze e formalità predefinite. «Sicché, sempre meno misurata in rapporto alla capacità di intercettare le differenti caratteristiche dei destinatari e di raggiungere il suo obiettivo, vale a dire la formazione di una volontà compiuta, l'efficacia del regime degli obblighi di informazione si affida piuttosto al rispetto di più stringenti prescrizioni di forma»<sup>71</sup>.

In questo modo, la validità del contratto non può che rimanere legata al rispetto delle prescrizioni di forma, alla conformità del modo di esecuzione alla prescrizione di legge.

L'elemento formale, in conclusione, penetra all'interno dell'atto e diviene modulo contenutistico, procedimentale e comportamentale. Nel neoformalismo di stampo comunitario esso assume una peculiare pregnanza significativa<sup>72</sup>, che sembra convertirlo addirittura in un requisito di sostanza<sup>73</sup>.

Le previsioni di forma rispondono, infatti, alla logica di elevare lo *standard* comportamentale dei professionisti o delle imprese impegnati nelle contrattazioni di mercato<sup>74</sup>. L'art. 117 t.u.b. costituisce, come detto, proprio espressione di questa legislazione funzionale<sup>75</sup>.

Per tali ragioni non appare condivisibile la soluzione adottata dal Giudice di prime cure.

un contratto, anche ove non obbligatoria, ne consegue l'obbligo di forma scritta anche per la cessione del contratto e fatti concludenti, quali la fatturazione e il pagamento, non superano tale obbligo», essendo la manifestazione di fatti concludenti inidonea a superare la necessità, in concreto, di un negozio da predisporre doverosamente in forma scritta.

70 R. ALESSI, *Gli obblighi di informazione*, cit., p. 312.

71 Ancora R. ALESSI, *op. ult. cit.*, p. 319.

72 S. MASUCCI, *La forma del contratto*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, Padova, 2003, p. 199 e G. D'AMICO, *Formazione del contratto* (voce), in *Enc. dir., Annali*, II, t. 2, Milano, 2008, p. 580 ss.; L. MODICA, *op. cit.*, p. 119 ss.

73 R. AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Catanzaro, 1999, p. 24. L'Autore riporta, quali esempi di prescrizioni di forma procedimentale, le disposizioni degli artt. 117, co. 1, e 121, co. 4, lett. b), t.u.b. in materia di contratti bancari, che prevedono oltre alla redazione del contratto per iscritto, la consegna di un esemplare ai clienti. V. anche S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, p. 44, secondo il quale la forma scritta si configura come manifestazione sensibile di un contenuto e insieme contenuto essa stessa.

74 Su questo aspetto si veda E. FAZIO, *op. cit.*, p. 73 ss.

75 Sul tema si legga E. MORELATO, *op. cit.*, p. 74 ss.

Il contratto bancario è soggetto a forma scritta vincolata e il documento deve ospitare determinati elementi, tra cui la sottoscrizione di entrambe le parti. Solo in questo modo, nell'ottica comunitaria, la forma assicura un certo contenuto inderogabile del contratto in guisa esplicativa<sup>76</sup>, come strumento di contrasto all'asimmetria informativa<sup>77</sup>.

Seguendo questa strada, nel caso in esame, il garante correttamente avrebbe potuto opporre al beneficiario dell'accordo la nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative, quale quella fondata sulla violazione dell'art. 117, d.lgs. n. 385/1993 (t.u.b.), per difetto di forma scritta dovuta alla mancata sottoscrizione del contratto da parte della banca<sup>78</sup>.

<sup>76</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 281.

<sup>77</sup> S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d.lgs. n. 141/10, n. 79/11 e la dir. 2011/83 UE: una nozione (già) vielle renouvelee*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2012, II, p. 341.

<sup>78</sup> Così si è pronunciato anche Trib. Lamezia Terme, ord. 8 novembre 2012, in *Corr. mer.*, 2013, p. 247: «In caso di fideiussione "a prima richiesta" il fideiussore rinuncia ad opporre al creditore garantito eccezioni inerenti il rapporto principale, ma conserva la facoltà di opporre l'eccezione di nullità del contratto presupposto per contrarietà a norme imperative, come quella fondata sulla violazione dell'art. 117 d.lgs. n. 385/1993 (t.u.b.) che impone la forma scritta per i contratti bancari».

