

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

GENNAIO/MARZO

2018

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

FILIPPO SARTORI, STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO,
FILIPPO ANNUNZIATA, SIDO BONFATTI, FRANCESCO CAPRIGLIONE,
ALFONSO CASTIELLO D'ANTONIO, PAOLOEFISIO CORRIAS, FULVIO
CORTESE, MATTEO DE POLI, RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO
DOLMETTA, ALBERTO GALLARATI, UGO PATRONI GRIFFI, BRUNO
INZITARI, MARCO LAMANDINI, RAFFAELE LENER, PAOLA
LUCANTONI, ALBERTO LUPOI, DANIELE MAFFEIS, LUCA
MANDRIOLI, RAINER MASERA , ALESSANDRO MELCHIONDA,
ROBERTO NATOLI, ELISABETTA PIRAS, MADDALENA RABITTI,
GIUSEPPE SANTONI, MADDALENA SEMERARO, ANTONELLA
SCIARRONE ALIBRANDI, FRANCESCO TESAURO

DIREZIONE ESECUTIVA

ALBERTO GALLARATI, PAOLA LUCANTONI, LUCA MANDRIOLI,
ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, MADDALENA
SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

FRANCESCO ALBERTINI, FRANCESCO AUTELITANO, STEFANO DAPRÀ,
EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, MASSIMO MAZZOLA,
MANILA ORLANDO, CARLO MIGNONE, EDOARDO RULLI, STEFANIA
STANCA

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Forma informativa, sottoscrizione della parte protetta e abuso del diritto

SOMMARIO: 1. La questione. – 2. La compatibilità della sola sottoscrizione del cliente con il requisito di forma scritta di cui all'art. 117 t.u.b. – 2.1. La predisposizione del modulo contrattuale come equivalente della sottoscrizione – 2.2. La “convalida” del contratto bancario nullo per vizio di forma – 3. Abuso del diritto, venire contra factum proprium e interpretazione teleologica. – 3.1. La tutela “reale” della buona fede: l'exceptio doli generalis. – 3.2. Dall'abuso del diritto all'interpretazione funzional-teleologica.

1. Com'è noto, la questione della validità dei contratti bancari e finanziari c.d. “monofirma”, che è stata di recente rimessa al Primo Presidente della Corte di Cassazione per l'assegnazione alle Sezioni Unite (1), è stata negli ultimi anni al centro di un contrasto interpretativo. Ciò, in particolare, da quando diversi giudici di merito, stante il disposto degli artt. 117 t.u.b. e 23 t.u.f. che prescrivono per tali contratti la forma scritta ad substantiam, hanno iniziato ad accogliere le domande di nullità per difetto di forma scritta avanzate dai risparmiatori, che avevano subito perdite per effetto degli scandali finanziari di inizio secolo, allo scopo di ottenere una efficace tutela demolitoria (2).

(1) Cass., 27 aprile 2017, ord. n. 10447, in *Contr.*, 2017, 393, con nota di Maffei, La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca. L'ordinanza viene commentata anche da Panzarini, Un'ordinanza passatista (sulla forma dei contratti del comparto finanziario), in questa Rivista, 2017; Girolami, Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanziari: i dubbi della Suprema Corte, in www.ilcaso.it; Ead., Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2017, II, 554; Pagliantini, Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale), in *Contr.*, 2017, 679.

(2) Rispetto alla domanda di risarcimento, l'azione di nullità ha il vantaggio di far conseguire all'attore la ripetizione di tutte le somme pagate in esecuzione del contratto senza l'onere di provare il danno ed il nesso di causalità tra quest'ultimo e la condotta del danneggiante, oltre ad evitare che il convenuto possa invocare il concorso di colpa del danneggiato ex art. 1227 c.c. al fine di limitare il risarcimento dovuto. Sul riparto dell'onere della prova nelle azioni di risarcimento del danno

In un panorama giurisprudenziale frammentato, nel quale si riscontra un primo arresto della Cassazione nel 2012 ⁽³⁾, che ha sancito la validità di questo tipo di contratti, seguito da cinque pronunce di segno opposto nel 2016 ⁽⁴⁾, una sentenza di merito in particolare ⁽⁵⁾ riveste interesse per la pluralità di argomentazioni, riprese dalla elaborazione giurisprudenziale e dottrinale precedente, utilizzate dal giudicante per sostenere la validità dei contratti “monofirma”: da un lato, la tesi per la quale la produzione in giudizio da parte della banca sanerebbe ex tunc il vizio; dall’altro, quella per cui l’eccezione di nullità costituirebbe violazione del divieto di venire contra factum proprium; infine, quella per cui la domanda di nullità contrasterebbe lo scopo normativo di assicurare al cliente un’informazione adeguata.

Di per sé, il caso non presenta spiccate peculiarità: una società, a cui era stata concessa da una banca un’apertura di credito in conto corrente per € 200.000,00, agisce in giudizio per ottenere la ripetizione degli interessi e delle commissioni pagate nel corso del rapporto. E ciò ritenendo anatocistici e usurari gli interessi addebitati, ma anzitutto allegando il difetto di forma scritta del modulo contrattuale, privo della sottoscrizione dell’istituto di credito.

Quello che rende il caso meritevole di attenzione è l’impianto argomentativo posto a fondamento del rigetto della domanda di nullità: il giudice di Cuneo da un lato accoglie la appena citata tesi della sanatoria mediante produzione in giudizio; dall’altro, avverte la necessità di precisare, ad abundantiam, che quand’anche si volesse considerare nullo il contratto “monofirma”, sulla scorta del più recente

avanzate dagli investitori contro gli intermediari v. Cass., 17 febbraio 2009, n. 3773, in Banca, borsa, tit. cred., 2012, II, 38, con nota di Punzo, Osservazioni a Corte di Cass., sez. I, n. 3773, 17 febbraio 2009.

⁽³⁾ Cass., 22 marzo 2012, n. 4564. I principi ivi espressi sono stati riaffermati in Cass. 7 settembre 2015, n. 17740.

⁽⁴⁾ Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; Cass., 27 aprile 2016, n. 8395; in Contr., 2016, 1098, con nota di Giuliani, Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell’intermediario e abuso del diritto; e in Corr. giur., 2016, 1110, con nota di Tucci, Conclusione del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento. A queste tre pronunce (note come “sentenze Nappi” dal cognome del presidente dei collegi giudicanti) sono seguite poi Cass., 19 maggio 2016, n. 10331; e Cass., 20 maggio 2016, n. 10516. In senso conforme v. da ultimo Cass., 14 marzo 2017, n. 6559, in www.ilsocietario.it.

⁽⁵⁾ Trib. Cuneo, 19 agosto 2016, n. 782.

indirizzo della Cassazione sul punto, cionondimeno il cliente non potrebbe trovare tutela perché con la sua condotta ha violato il divieto di abuso del diritto. Quest'ultima conclusione spinge a riflettere anche sulla ambiguità che continua a caratterizzare l'applicazione giurisprudenziale di questo divieto. La motivazione della sentenza, infatti, oscilla tra due concezioni di abuso distinte: la prima, che identifica l'abuso nel comportamento contrario alla buona fede oggettiva (sub specie di contegno contraddittorio); la seconda, che lo individua nell'utilizzo di un diritto per uno scopo diverso da quello per il quale esso è stato attribuito al singolo dall'ordinamento.

La questione della validità del contratto bancario o finanziario "monofirma" ha ingenerato una netta contrapposizione tra giurisprudenza di merito e di legittimità ⁽⁶⁾. La divergenza tra gli interpreti è forse dovuta anche alla pluralità delle tematiche interessate dal problema: innanzitutto, la disciplina della forma contrattuale ⁽⁷⁾, ed

⁽⁶⁾ V., in aperto contrasto con l'orientamento della Cassazione, Trib. Parma, 27 giugno 2016; Trib. Torino, 5 luglio 2016; Trib. Torre Annunziata 18 luglio 2016, n. 1061; App. L'Aquila, 12 ottobre 2016, n. 1055; App. Venezia, 3 novembre 2016, n. 2477; Trib. Firenze, 15 novembre 2016, n. 3789; Trib. Pistoia, 19 dicembre 2016, n. 1267; Trib. Modena, 27 dicembre 2016, n. 2475; App. Napoli, 28 dicembre 2016, n. 4571; Trib. Bergamo, 11 gennaio 2017, n. 26; Trib. Ancona, 25 gennaio 2017, n. 111; Trib. Ascoli Piceno, 31 gennaio 2017, n. 87; Trib. Napoli, 13 febbraio 2017, n. 1924; Trib. Catania, 17 febbraio 2017, n. 790; App. Venezia, 7 aprile 2017, n. 771; tutte in www.expartecreditoris.it. Trib. Padova, 4 agosto 2016 e Trib. Padova, 14 novembre 2016, in www.iusexplorer.it. Trib. Lecco, 31 agosto 2016, n. 570 e Trib. Prato, 3 gennaio 2017, n. 6, inedite.

Sulla soluzione proposta dalle sentenze Nappi sembrano avanzare dubbi, seppure in obiter, anche alcune successive pronunce della stessa Cassazione: cfr. Cass. 10331/2016 (nt. 4), che, pur dichiarando nullo un contratto quadro per mancanza di sottoscrizione di un funzionario della banca, lascia aperta la possibilità che «la predisposizione del contratto ad opera dell'intermediario e la teorica delle c.d. formalità di protezione, cui appartiene quella di cui al d.lgs. n. 58 del 1998, art. 23, possano indurre ad ulteriori riflessioni sul punto» (§3); Cass., 24 agosto 2016, n. 17290, in www.ilsocietario.it, che dichiara soddisfatto il requisito di forma scritta in un contratto di intermediazione finanziaria conclusosi mediante sottoscrizione da parte dei clienti della «lettera di mandato» inviata dal promotore finanziario, contenente le condizioni generali del contratto; Cass., 13 settembre 2016, n. 17943, che non mette in discussione la validità di un contratto sottoscritto dai clienti nel quale si dava atto della ricezione di un esemplare del contratto.

⁽⁷⁾ Sul tema della forma, v. in generale e senza pretesa di completezza M. Giorgianni, *Forma degli atti*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 989; Irti, *Idola*

in particolare l'utilizzo sistematico di requisiti di forma a scopi di tutela del contraente debole nella legislazione di derivazione comunitaria, nell'ambito del c.d. "neoformalismo negoziale"⁽⁸⁾; poi, la regolamentazione delle nullità di protezione⁽⁹⁾, genus a cui si ritiene che appartengano le nullità di cui agli artt. 117 t.u.b. e 23 tu.f.⁽¹⁰⁾; infine, l'utilizzo di rimedi ex fide bona nel settore finanziario e bancario (mentre il problema della possibilità di un utilizzo opportunistico dei diritti garantiti dalla normativa di settore è stato raramente studiato in termini di abuso del diritto, la dottrina ha da

libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico, Milano, 1985; Id., Formalismo e attività giuridica, in Riv. dir. civ., 1990, I, 1; Id., Studi sul formalismo negoziale, Padova, 1997; Guastini, In tema di libertà delle forme, in Rass. dir. civ., 1986, I, 49; P. Perlingieri, Forma dei negozi e formalismo degli interpreti, Napoli, 1987; Liserre, Forma degli atti (diritto civile), in Enc. giur., XIV, Roma, 1988; Sica, Atti che devono farsi per iscritto, in Commentario Schlesinger, Milano, 2003; Roppo, Il contratto, in Trattato Iudica-Zatti, Milano, 2004, 205; Sacco – De Nova, Il contratto. I, in Trattato Sacco, Torino, 2004, 703; Breccia, La forma, in Trattato contratto Roppo, I. Formazione a cura di Granelli, Milano, 2006, 463.

⁽⁸⁾ Cfr., ad es., Lener, Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul «neoformalismo» negoziale), in Banca, borsa, tit. cred., 1990, I, 777; Breccia, La forma (nt. 7), 535; Modica, Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo, Milano, 2008, 119; Pagliantini, Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti, Pisa, 2009; Id., Neoformalismo contrattuale, in Enc. dir., Annali III, Milano, 2011, 772; Cicero, Formalismo (rinascita del), in D. disc. priv. sez. civ., Agg. V, Torino, 2010, 691; De Rosa, L'analisi funzionale della forma, Milano, 2011, 99; Fazio, Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale, Milano, 2011, passim; Berti de Marinis, La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole, Napoli, 2013.

⁽⁹⁾ Scalisi, Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti, in Europa e dir. priv., 2001, 489; Mantovani, Le nullità e il contratto nullo, in Tratt. contratto Roppo, IV, Rimedi - I, a cura di Gentili, Milano, 2006, 13; Girolami, Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali: per una teoria della moderna nullità relativa, Padova, 2008, passim e spec. 322 ss.; Ead., Le 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, 1589; D'Amico, Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità, in Contr., 2008, 732 ss.; Gentili, La "nullità di protezione", in Europa e dir. priv., 2011, 77; Alessi, «Nullità di protezione» e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni unite della Corte di Cassazione, in Europa e dir. priv., 2014, 1141; Mazzamuto, Il contratto di diritto europeo³, Torino, 2017, 257; Pisani Massamormile, Nullità di protezione e nullità virtuali, in Banca, borsa, tit. cred., 2017, I, 31.

⁽¹⁰⁾ V. per tutti Girolami, Le nullità dell'art. 127 (nt. 9), 1591.

tempo prospettato la possibilità di esperire una *exceptio doli generalis* nei confronti degli investitori che agiscano in giudizio per la ripetizione dei soli investimenti rivelatisi infruttuosi ⁽¹¹⁾).

2. In molti di questi casi, a fronte della allegazione del cliente di nullità del contratto per difetto di forma scritta, la banca produce un modulo negoziale firmato solo dal cliente. Talvolta il modulo prodotto dall'istituto di credito riporta anche la dichiarazione "Prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi", o analoghe ⁽¹²⁾. Secondo le allegazioni delle banche, la mancanza di entrambe le sottoscrizioni sullo stesso documento dipende dalla modalità di conclusione del contratto per scambio di corrispondenza, sicché ogni parte risulta in possesso del documento firmato dall'altra.

Lo scambio di corrispondenza era sempre stato considerato una modalità perfettamente legittima di integrazione del requisito della forma scritta ⁽¹³⁾; motivo per cui, probabilmente, le banche non ritenevano necessario cautelarsi contro il *legal risk* di una declaratoria giudiziale di nullità ⁽¹⁴⁾, considerato l'impatto negativo sulla speditezza dei traffici che avrebbe avuto, su larga scala, l'onere di assicurarsi che ogni contratto venisse firmato dalla banca e dal cliente nello stesso tempo e nello stesso luogo.

Nelle azioni di investitori e correntisti volte a recuperare le perdite registrate nel corso dell'esecuzione del rapporto, l'eccezione di nullità

⁽¹¹⁾ Perrone, *Regole di comportamento e tutele degli investitori*. *Less is more*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, I, 541; Semeghini, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010; in senso critico, Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 48, nota 21. Sui rapporti tra abuso del diritto ed *exceptio doli* v. *infra*, § 3.

⁽¹²⁾ Così in Cass. 5919/2016 (nt. 4).

⁽¹³⁾ *Ex multis* Cass., 4 maggio 1995, n. 4856.; Cass., 18 luglio 1997, n. 6629; Cass., 25 ottobre 2005, n. 20653; Cass., 13 febbraio 2007, n. 3088.

⁽¹⁴⁾ Descrive i costi della sanzione della nullità in termini di *legal risk* per l'intermediario 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, 2008, 37, notando come tali costi vengono riversati in ultima istanza sugli investitori, in quanto le commissioni richieste dagli intermediari vengono innalzate per compensare l'impatto economico di tale *legal risk* sull'attività del professionista.

del contratto per difetto di forma scritta è stata proposta con una discreta frequenza. Poiché le banche potevano produrre in giudizio solo il modulo firmato dal cliente, ma non il corrispettivo riportante la loro sottoscrizione, che era nella materiale disponibilità della controparte, la giurisprudenza di merito, fedele al modello codicistico per cui la forma scritta sarebbe rinvenibile esclusivamente nel documento firmato da entrambi i contraenti, ha dichiarato in più occasioni la nullità di questi contratti ⁽¹⁵⁾.

Nel confronto critico con questa corrente giurisprudenziale, la dottrina ha avanzato, sul piano sostanziale ⁽¹⁶⁾, due ipotesi alternative: da una parte, vi è chi ritiene che la forma degli artt. 117 t.u.b. e 23 t.u.f., a differenza di quella dell'art. 1350 c.c., richieda un documento scritto, ma non necessariamente firmato da entrambi i contraenti; dall'altra, vi è chi ammette per questo tipo di nullità la possibilità della convalida mediante comportamenti successivi delle parti.

2.1 Parte della dottrina ha sostenuto che il contratto recante la sola sottoscrizione del cliente non possa essere ritenuto nullo per vizio di forma ⁽¹⁷⁾, sulla base del fatto che la modalità di conclusione dei contratti in questo settore non si identifica con quella "classica" descritta dall'art. 1326 c. c., né con quelle "alternative" di cui agli artt. 1327 c. c. o 1333, comma 2°, c. c. Essi si concludono invece nei

⁽¹⁵⁾ Ex multis, cfr.: Trib. Mantova, 22 marzo 2007; Trib. Taranto, 27 febbraio 2007; Trib. Parma, 4 maggio 2011; Trib. Mondovì, 9 novembre 2010; Trib. Alba, 2 novembre 2010; Trib. Torino, 5 febbraio 2010; tutte in www.ilcaso.it

⁽¹⁶⁾ Sul piano processuale si pone, invece, il problema di verificare se la banca possa provare la conclusione per iscritto del contratto mediante testimoni, presunzioni o dichiarazioni lato sensu confessorie del cliente. V. ad esempio Cass., 13 settembre 2017, n. 21214, che ammette la rilevanza della dichiarazione del cliente di essere in possesso di un esemplare del contratto firmato dalla banca. Cfr. anche Maffei (nt. 1), 399, per il quale «più propriamente il dibattito di oggi non dovrebbe riguardare la necessità o meno della sottoscrizione, che è sicura – per capirci, il dibattito tra i sostanzialisti – ma modi e limiti della possibile prova per indizi della sottoscrizione o della efficacia di una confessione del cliente in ordine all'intervenuta sottoscrizione della banca o l'ammissibilità di un ordine di esibizione rivolto dal giudice al cliente e le conseguenze del rifiuto di esibire la copia sottoscritta dalla banca – insomma, il dibattito tra i processualisti».

⁽¹⁷⁾ Maggiolo, Servizi ed attività di investimento, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 2012, 466-472.

termini dell'art. 1341 c. c. ⁽¹⁸⁾: la banca predispone unilateralmente un modulo, denominato "proposta", e lo invia al cliente; questi lo sottoscrive e lo consegna alla banca. Il contratto sarebbe a questo punto validamente concluso: il processo di conclusione del contratto è diverso e indipendente da quello per proposta e accettazione, e i suoi unici momenti necessari sono la predisposizione del modulo e l'adesione alle condizioni ivi contenute ⁽¹⁹⁾. Il contratto, correttamente conclusosi, rispetterebbe anche il requisito di forma della normativa bancaria e finanziaria, che richiede che la volontà contrattuale sia espressa in forma scritta, ma non che il documento riporti le sottoscrizioni delle parti. La firma, secondo questa dottrina, non rileva sotto il profilo della forma del contratto, ma sotto quello dell'imputabilità delle dichiarazioni ⁽²⁰⁾: che, per quanto riguarda l'istituto di credito, deriva dalla integrale predisposizione delle condizioni di contratto ⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Ivi, 469, nota 19: «Viene in considerazione la tecnica di conclusione del contratto per condizioni generali, di cui all'art. 1341 c.c.: clausole predisposte efficaci sulla base della loro mera conoscibilità, e clausole vessatorie valide ed efficaci se e solo se vengano specificamente approvate dall'aderente».

⁽¹⁹⁾ Ibidem: «occorre abbandonare la logica del contratto concluso mediante scambio di proposta e accettazione. Occorre cioè sfuggire alla tentazione di sostenere che, se un atto del procedimento viene estemporaneamente denominato proposta contrattuale, per concludere il contratto sia poi indispensabile che un'accettazione conforme sia inviata al proponente».

⁽²⁰⁾ Ivi, 472. V. anche Orlandi, *La paternità delle scritture: sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997, 55: «L'imputazione del testo non appartiene al profilo formale della scrittura e presuppone un testo formalmente perfetto. L'imputazione si risolve in un ulteriore giudizio su un testo, già formalmente perfetto: è la congiunzione tra testo e termine soggettivo. Si deve concludere per un'assoluta irriducibilità dei concetti di 'forma scritta' e di 'imputazione': la forma si valuta prima e senza un giudizio di imputazione» (corsivi nell'originale).

⁽²¹⁾ Critica la giurisprudenza che ritiene violato il precetto di forma scritta in mancanza di sottoscrizione dell'intermediario «dimenticando la disciplina delle condizioni generali di contratto ex art. 1341, comma 1°, c.c.» anche Perrone (nt. 14), 35. V. in senso critico Tucci (nt. 4), 1122-1123, che non ritiene superabile il problema della carenza di un'accettazione espressa (stante la circostanza per la quale, come si diceva, l'aderente alle condizioni generali dell'intermediario risulta formalmente "proponente"), in quanto «[i]l precetto enunciato dall'art. 23 T.U.F. [...] non consente una deroga alle regole contenute nell'art. 1326 c.c., invocando l'effettiva esecuzione del contratto» (1123).

La dottrina ha da tempo sostenuto la tesi della sostituibilità della sottoscrizione per le forme sostanziali. A sostegno di tale tesi, si osserva che il codice civile non definisce cosa sia la scrittura privata, a differenza dell'atto pubblico, ma ne indica la funzione («fa piena prova»); con la conseguenza che la sottoscrizione potrebbe essere sostituita da altri elementi aventi il medesimo valore probatorio⁽²²⁾. La scrittura privata non è, ma ha una forma⁽²³⁾, per cui la sottoscrizione non è un suo elemento essenziale: è validamente concluso per scrittura privata anche il contratto redatto nelle forme alle quali la legge attribuisce efficacia probatoria pari a quella del foglio firmato⁽²⁴⁾.

La maggior parte degli autori, tuttavia, concordano nel ritenere che un documento redatto interamente di proprio pugno da una parte e privo soltanto della sottoscrizione non costituisce scrittura privata⁽²⁵⁾. Un foglio di carta non sottoscritto, anche se può essere materialmente riferito ad un autore, non potrà mai essere imputato⁽²⁶⁾, per cui non pare possibile ritenere che il modulo firmato solo dal cliente possa costituire l'equivalente di una scrittura privata.

D'altra parte, va osservato che i requisiti di forma scritta previsti negli artt. 1350 c. c. e 117 t.u.b. non sono identici: mentre il primo richiede che i contratti siano fatti «per atto pubblico o per scrittura privata», il secondo prevede che «i contratti sono redatti per iscritto e

In giurisprudenza, v. Trib. Reggio Emilia, 28 aprile 2015, n. 682, in www.ilcaso.it; Trib. Bergamo 26/2017 (nt. 6); Trib. Ascoli Piceno 87/2017 (nt. 6).

⁽²²⁾ Irti, *Idola* (nt. 7), 45; Id., *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 1994, 652: «nessuna norma del nostro ordinamento definisce la scrittura privata; abbiamo soltanto la disciplina dell'efficacia probatoria»; Orlandi (nt. 20), 324: «il nome 'scrittura privata' non esprime una particolare ed infungibile figura, ma una tipica funzione: di 'fare piena prova della provenienza della dichiarazione' (art. 2702 c. c.)» (corsivi nell'originale).

⁽²³⁾ Così Orlandi (nt. 20), 327.

⁽²⁴⁾ Ad es. il telegramma (art. 2705 c. c.) e il documento informatico sottoscritto con firma elettronica avanzata qualificata o digitale (art. 21 d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82).

⁽²⁵⁾ Breccia (nt. 7), 564; Roppo (nt. 7), 230; Sacco – De Nova, *Il contratto* (nt. 7), 728, nota 6; Carresi, *Il contratto*, in *Tratt. Cicu-Messineo*, Milano, 1987, 373. In giurisprudenza, v. Cass., 9 luglio 2001, n. 9289, in *Contr.*, 2002, 241, con nota di Ruggeri, *Legittimazione rappresentativa e requisiti di forma scritta ad substantiam nella compravendita immobiliare*.

⁽²⁶⁾ Orlandi (nt. 20), 335.

un esemplare è consegnato ai clienti». Il mancato rinvio all'art. 2702 c. c., presente invece nell'art. 1350 c. c., può far dubitare della necessarietà, ai fini della validità dei contratti bancari, di un atto che abbia l'efficacia probatoria della scrittura privata (foglio con sottoscrizione, telegramma consegnato dal mittente, documento con firma digitale, etc...), e far ritenere sufficiente un documento scritto creato dalla banca e consegnato al cliente, come provato dalla sua sottoscrizione ⁽²⁷⁾.

2.2 La giurisprudenza di legittimità ha da tempo affermato che la produzione in giudizio del contratto da parte del contraente non firmatario costituisce un valido equivalente della sottoscrizione, a condizione che il contraente che ha sottoscritto non abbia nel frattempo revocato il proprio consenso ovvero sia deceduto ⁽²⁸⁾. In materia di contratti finanziari e bancari, questo indirizzo è stato dapprima interpretato nel senso che è valido il contratto sottoscritto solo dal cliente se la banca lo produce in giudizio, mostrando così di volersene avvalere ⁽²⁹⁾. Da ultimo, le citate sentenze del 2016 hanno ritenuto di non poter dare continuità alle pronunce precedenti, sancendo che la produzione in giudizio perfeziona il contratto solo con efficacia ex nunc, con conseguente mancanza di titolo degli ordini atti

⁽²⁷⁾ Così, in giurisprudenza, Trib. Padova 4 agosto 2016 (nt. 6): «l'art. 117 t.u.b. non richiede che la sottoscrizione sia contestualmente apposta sul medesimo supporto documentale, richiede invece che la manifestazione di volontà che concorre a formare il contratto sia formulata per iscritto a conferma dell'importanza dell'atto posto in essere»; Trib. Prato 6/2017 (nt. 6). Contra Pagliantini, Neoformalismo contrattuale, [nt. 8], 780, il quale ritiene che il dettato dell'art. 117 t.u.b. vada interpretato nel senso che è necessario che risulti «un secondo originale debitamente sottoscritto»; Id. (nt. 1), dove si sottolinea che è necessaria una deroga espressa all'art. 2702 c.c. affinché si «spezzi il collegamento tra contratto formale e sottoscrizione», deroga che non è presente nell'art. 23 t.u.f. (o 117 t.u.b.).

⁽²⁸⁾ Il principio era già stato affermato in Cass. Roma, 25 novembre 1895, in Foro it., 1896, I, 129. Tra le pronunce più recenti, v. Cass., 11 marzo 2000, n. 2826, in Contr., 2000, 1093, con nota di Timpano, La produzione in giudizio come equipollente della sottoscrizione; Cass., 27 maggio 2003, n. 8423; Cass., 16 maggio 2006, n. 11409.

⁽²⁹⁾ Cass. 4564/2012 e 17740/2015 (nt. 3)

esecutivi intervenuti prima della domanda giudiziale e diritto della parte attrice alla restituzione delle somme di essi oggetto ⁽³⁰⁾.

La giurisprudenza che argomenta la validità sulla base della produzione in giudizio del documento contrattuale da parte della banca ⁽³¹⁾ sembra operare una impropria commistione tra i piani del perfezionamento e della sanatoria del contratto. Tralasciando la circostanza che la dottrina ha sempre nutrito condivisibili perplessità nei confronti della teoria della produzione in giudizio come equipollente della sottoscrizione ⁽³²⁾, rimane il fatto che il contratto verrebbe comunque a concludersi nel tempo e nel luogo in cui viene prodotto il documento, con ciò rimanendo privi di causa i versamenti di cui viene chiesta la ripetizione in giudizio, ad esso necessariamente antecedenti. Affinché il comportamento processuale della banca possa avere efficacia retroattiva, è necessario ipotizzare la possibilità di una convalida del negozio affetto da vizio genetico, sussumibile nella clausola di salvezza di cui all'art. 1423 c.c.

La dottrina sul punto è divisa: l'opinione maggioritaria non ammette la sanatoria per le nullità di protezione ⁽³³⁾, mentre una

⁽³⁰⁾ Cass. 8395/2016 (nt. 4): «La produzione in giudizio da parte del contraente che non ha sottoscritto la scrittura realizza un equivalente della sottoscrizione, con conseguente perfezionamento del contratto, perfezionamento che non può verificarsi se non ex nunc, e non ex tunc». In senso analogo Cass. 5919/2016 e 7068/2016 (nt. 4).

⁽³¹⁾ V. ad es., Trib. Cuneo 782/2016 (nt. 5), § 10, che fonda tale conclusione sul presupposto che quella in esame sarebbe una «fattispecie a formazione progressiva».

⁽³²⁾ Sacco – De Nova (nt. 7), 736-737: «Se davvero la produzione valesse come atto di consenso, come spiegare che esso si perfezioni spesso, anni o decenni dopo il giorno in cui il convenuto ha sottoscritto il testo dell'accordo? La proposta contrattuale è in vita per il tempo necessario a rispondere. Non dura anni, anche se non revocata».

⁽³³⁾ V. ad es. Passagnoli, Nullità speciali, Milano, 189; Greco, Profili del contratto del consumatore, Napoli, 2005, 226; Russo, Profili evolutivi della nullità contrattuale, Napoli, 2008, 214; Gentili, Le invalidità, in Gabrielli (a cura di), I contratti in generale, II, in Tratt. contr. Rescigno e Gabrielli², Torino, 2006, 1593, che sottolinea che, se si ammette la convalida, il condizionamento psicologico derivante dalla debolezza contrattuale potrebbe diventare fonte di pressioni della controparte. Contesta quest'ultimo argomento Polidori, Nullità relativa e potere di convalida, in Rass. dir. civ., 2003, 940, sottolineando come le pressioni psicologiche di per sé possono manifestarsi anche in fattispecie di negozi sicuramente convalidabili (come ad esempio quelli affetti da violenza morale).

corrente le ritiene passibili di convalida ⁽³⁴⁾. Alcuni autori considerano la possibilità di sanare il contratto come corollario naturale della legittimazione relativa: così come il contraente debole ha la possibilità di scegliere se caducare definitivamente il contratto, allo stesso modo può decidere di fargli acquistare efficacia, a patto che la convalida sia spontanea, univoca e compiuta nella piena consapevolezza della possibilità di poter ottenere la declaratoria di nullità ⁽³⁵⁾. Altri ritengono tale impostazione eccessivamente semplicistica, rilevando che avere il potere di effettuare una scelta non comporta necessariamente anche la possibilità di rinunciare irrevocabilmente alla scelta stessa, e che la «minima unità effettuale» della convalida non sta nella dismissione del potere di azione, ma piuttosto nell'effetto confermativo dell'atto convalidato, con eliminazione ex tunc del vizio

⁽³⁴⁾ Girolami, *Le nullità dell'art. 127* (nt. 9), 1633-1635; Pagliantini, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, 172; G. Perlingieri, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, 58; Polidori, (nt. 33), 950.

L'opinione contraria valorizza soprattutto l'art. 143, comma 1°, d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206 ("Codice del Consumo"), che sancisce l'irrinunciabilità dei diritti dei consumatori previsti nel codice, e quindi anche dell'azione di nullità di clausole vessatorie prevista nell'art. 36 cod. cons. (considerata l'ipotesi principale di nullità di protezione): Saccomanni, *Sub art. 143*, in *Alpa – Rossi Carleo, Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, 877; Petrella, *Sub art. 143*, in *Commentario al codice del consumo*, a cura di Stanzione e Sciancalepore, Milano, 2006, 1077-1081; Barenghi, *Sub art. 36*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro, Milano, 2006, 174.

La dottrina favorevole alla convalidabilità delle nullità di protezione replica che rinunciare preventivamente a un diritto eventuale e futuro non è lo stesso di rinunciare o transigere un diritto già sorto, e, del resto, anche l'annullabilità può essere convalidata ex post (art. 1444 c. c.) ma non rinunciata ex ante (art. 1462 c. c.): G. Perlingieri (nt. 34), 35; Pagliantini (nt. 34), 163.

In giurisprudenza per la tesi favorevole alla convalida delle nullità per vizio di forma dei contratti bancari e finanziari, v. Trib. Verona, 23 marzo 2010; Trib. Verona, 26 giugno 2012; entrambe in www.ilcaso.it.

⁽³⁵⁾ Girolami, *Le nullità dell'art. 127* (nt. 9), 1633, che precisa tuttavia a p. 1635 che la verifica dell'avvenuta convalida è operazione sicuramente delicata, in quanto il cliente potrebbe dare sanatoria con leggerezza a patti i cui effetti pregiudizievoli si rivelano solo successivamente, motivo per cui deve escludersi la possibilità di una sanatoria stragiudiziale; Gentili (nt. 9), 116 s.; Pilia, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano, 2002, 242; Pagliantini, (nt. 34), 153; D'Amico (nt. 9), 742; Putti, *Le nullità contrattuali*, in *Diritto civile, diretto da Lipari e Rescigno*, II, Milano, 2009, 957.

⁽³⁶⁾ La convalidabilità delle nullità di protezione sarebbe possibile, ma solo se nel caso concreto l'interesse protetto dalla norma risultasse preservato o soddisfatto. Nel caso di violazione dell'obbligo di forma scritta ad substantiam dei contratti bancari e finanziari, l'esecuzione del rapporto varrebbe come convalida solo se il risparmiatore fosse stato altrimenti compiutamente ragguagliato delle condizioni contrattuali, in quanto l'interesse protetto da queste nullità coincide con la corretta informazione del cliente ⁽³⁷⁾.

In ogni caso, anche nella prospettazione di questi autori la convalida è prerogativa esclusiva della parte protetta, per cui la produzione in giudizio, comportamento ascrivibile alla banca, non può essere valorizzato in tal senso.

La giurisprudenza talvolta dà rilievo ad un altro elemento per sostenere la validità del contratto privo della sottoscrizione dell'istituto di credito, ossia la comunicazione periodica degli estratti conto ⁽³⁸⁾. Non pare possibile riscontrare una sanatoria neppure in questo comportamento: se è vero che gli estratti conto provano che il cliente ha dato esecuzione al rapporto per un periodo di tempo prolungato, per altro verso essi non costituiscono la chiara, esplicita e consapevole convalida che viene ritenuta indispensabile anche da chi la ammette in via stragiudiziale (in particolare, non dimostrano che la parte protetta abbia avuto coscienza della possibilità di avvalersi della nullità).

3. Come precedentemente accennato, la validità del contratto monofirma viene talvolta motivata sulla base della dottrina dell'abuso del diritto ⁽³⁹⁾. Esemplificativa, a riguardo, è la sentenza del Tribunale

⁽³⁶⁾ G. Perlingieri (nt. 34), 40.

⁽³⁷⁾ Ivi, 59-65.

⁽³⁸⁾ Cass. 4564/2012 (nt. 3); Trib. Torino 5 luglio 2016 (nt. 6); Trib. Firenze 15 novembre 2016 (nt. 6). La giurisprudenza in realtà desume dal periodico invio degli estratti conto l'intento della banca di avvalersi del contratto, e, in questo senso, valorizza questo elemento come un altro equipollente della sottoscrizione mancante. Come per la produzione in giudizio non interessa tanto se questo atto esecutivo perfezioni il contratto (visto che gli effetti sarebbero invariabilmente ex nunc), ma piuttosto rileva perché prova che il cliente, la parte in astratto titolare del potere di convalida, ha eseguito il contratto di cui allega in giudizio l'invalidità.

⁽³⁹⁾ Senza pretesa di esaustività, sull'abuso del diritto: cfr. Rotondi, L'abuso del diritto, in Riv. dir. civ., 1923, 105.; U. Natoli, Note preliminari ad una teoria

di Cuneo richiamata in apertura, che identifica il comportamento abusivo mediante due fattori eterogenei tra di loro: da un lato, la contrarietà a buona fede della condotta della società, che dopo aver goduto i benefici del fido per anni ne fa valere in giudizio la nullità; dall'altro, l'utilizzo deviato del diritto di domandare la nullità di protezione, fatta valere non a motivo di un'informativa difettosa, ma come strumento per ottenere la ripetizione delle commissioni e degli interessi pagati nel corso del rapporto.

L'ambivalenza tra abuso-comportamento contraddittorio e abusivismo dal fine normativo è conseguenza del modello di riferimento del giudice piemontese, ossia la celebre sentenza Cass. 20106/2009, che ha espressamente riconosciuto il divieto di abuso del diritto come principio generale dell'ordinamento ⁽⁴⁰⁾. In tale

dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1958, 18; Salv. Romano, Abuso del diritto. C) Diritto attuale, in Enc. del diritto, I, Milano, 1958, 168; V. Giorgianni, L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica, Milano, 1963, 12; P. Rescigno, L'abuso del diritto, in Riv. dir. civ., 1965, 252 e ora in Id., L'abuso del diritto, Bologna, 1998, 11; Cattaneo, Buona fede obiettiva e abuso del diritto, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1971, 613; Patti, Abuso del diritto, in D. disc. priv. sez. civ., I, Torino, 1987, 2; Messinetti, Abuso del diritto, in Enc. dir., Aggiorn. II, Milano, 1998, 1.; Salvi, Abuso del diritto. I) Diritto civile, in Enc. giur., I, Roma, 1988; Gambaro, Abuso del diritto. II) Diritto comparato e straniero, in Enc. giur., I, Roma, 1988; Breccia, L'abuso del diritto, in Dir. priv., 1997, III, L'abuso del diritto, Padova, 1998, 5; Monateri, Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di Comparative Law and Economics), ivi, 89; Sacco, L'esercizio e l'abuso del diritto in Alpa – Graziadei – Guarneri – Mattei – Monateri – Sacco, La Parte Generale del Diritto Civile. 2. Il Diritto Soggettivo in Trattato di Diritto Civile diretto da Sacco, Torino, 2001, 309; Id., Abuso del diritto, in D. disc. priv. sez. civ., VII agg., Torino, 2012, 1; Restivo, Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto, Milano, 2007; Gentili, L'abuso del diritto come argomento, in Riv. dir. civ., 2012, I, 297; Piraino, Il divieto di abuso del diritto, in Europa e dir. priv., 2013, 75; Id., La buona fede in senso oggettivo, Torino, 2015, 354; M. Barcellona, L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teleologicamente orientate del traffico giuridico, in Riv. dir. civ., 2014, 467.; Id., Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza, Padova, 2015, 563.

⁽⁴⁰⁾ Cass., 8 settembre 2009, n. 20106, in Foro it., 2010, I, 95. Tra i commenti alla sentenza, v. Palmieri – Pardolesi, Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa, in Foro it., 2010, I, 95.; D'Amico, Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto, in Contr., 2010, 11; Cenini – Gambaro, Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza, in Corr. giur., 2011, 109; Galgano, Qui suo iure utitur neminem laedit?, in Contr. e impr., 2011, 311.; De Caria, La nuova fortuna dell'abuso del diritto nella giurisprudenza di

pronuncia, la Suprema Corte afferma sia che il «criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto», sia che «l'abuso del diritto [...] delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore».

Non risulta chiaro quale sia il rapporto tra buona fede ed abuso del diritto nella visione della Corte, in quanto viene argomentato sia che l'abuso rivela la violazione della buona fede, sia che si è in presenza di abuso se è violata la buona fede ⁽⁴¹⁾. Se i due concetti si risolvono effettivamente uno nell'altro, bisognerebbe concludere, in applicazione del criterio del rasoio di Ockham, che uno dei due è superfluo ⁽⁴²⁾. Alcuni commentatori, riprendendo un'opinione espressa da un'autorevole dottrina che l'aveva definita «un inutile doppione» ⁽⁴³⁾, ritengono, infatti, che la categoria dell'abuso sia una

legittimità: la cassazione sta “abusando dell'abuso”? Una riflessione sul piano costituzionale e della politica del diritto, in *Giur. cost.*, 2010, 3267; Orlandi, Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106), in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, 99; Gentili, Abuso del diritto e uso dell'argomentazione, in *Resp. civ. e previd.*, 2010, 354; Nigro, Brevi note in tema di abuso del diritto (anche per un tentativo di emancipazione dalla nozione di buona fede), in *Giust. civ.*, 2010, I, 2547; Viglione, Il giudice riscrive il contratto tra le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 149.

⁽⁴¹⁾ D'Amico, (nt. 40), 14, osservando che probabilmente i giudici utilizzano i concetti di “abuso del diritto” e “contrarietà a buona fede” come formule interscambiabili, citando un altro passaggio della motivazione: «I due principi si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata, e prospettando l'abuso la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti». V. anche l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite della questione del contratto sottoscritto solo dal cliente (nt.1), § 11: «non lascia soddisfatti l'esplicita affermazione dell'attribuzione all'investitore della facoltà di far valere la nullità del contratto-quadro solo rispetto ad alcuni ordini [...] soluzione che potrebbe avallare senz'altro l'uso abusivo del diritto [...] o, se si vuole la condotta contraria a buona fede».

⁽⁴²⁾ D'Amico, Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano, in *Contr.*, 2011, 654.

⁽⁴³⁾ Sacco, L'esercizio (nt. 39), 373: «La dottrina dell'abuso non contiene contraddizioni, né errori [...] Ma la dottrina dell'abuso è superflua [...] Essa è in qualche caso un medio logico inutile; negli altri casi un inutile doppione.

superfetazione, non necessaria per decidere il caso nel senso indicato dalla Cassazione, alla quale sarebbe bastato fare riferimento alla violazione della regola di buona fede nell'esecuzione del contratto da parte di Renault ⁽⁴⁴⁾.

Altri delineano una differenza tra il sindacato dei diritti alla luce dell'obbligo di buona fede e quello alla luce del divieto di abuso del diritto: il primo è procedurale, in quanto mira a verificare che le modalità concrete in cui essi vengono esercitati non siano scorrette; il secondo è teleologico, perché accerta che i diritti non siano invocati per scopi divergenti da quelli per i quali sono riconosciuti dall'ordinamento. Sulla base di questa distinzione, osservano che nel caso deciso dalla Cassazione l'elemento critico del comportamento di Renault non era lo scopo per cui il recesso era stato esercitato, ma proprio la sua modalità improvvisa ed imprevedibile, tale da frustrare il legittimo affidamento ingenerato nella controparte contrattuale ⁽⁴⁵⁾, in violazione di un'altra regola riconducibile al dovere generale di buona fede, il divieto di venire contra factum proprium, ossia il divieto di adottare comportamenti contraddittori ⁽⁴⁶⁾.

L'inclusione di una categoria parassita non vale ad arricchire il sistema del giurista; lo rende più confuso». V. anche Id., L'abuso della libertà contrattuale, in *Dir. priv.*, 1997, III, L'abuso del diritto, Padova, 1998, 234: «regola di buona fede e divieto di abusare della libertà non sono entità né diverse, né lontane, né incomparabili. Ma la buona fede dell'art. 1337 è entrata nel discorso legale per prima, non ha meritato critiche, non ha scatenato suggerimenti di sostituirla con altra formula equivalente o, in ipotesi, migliore. Si vorrà evitare, allora, di imporle la compagnia di un doppione inutile». Sostiene l'inutilità della categoria dell'abuso del diritto anche Salvi (nt. 39), 5.

⁽⁴⁴⁾ Orlandi (nt. 40); Viglione (nt. 40), 153.

⁽⁴⁵⁾ D'Amico (nt. 40); Nigro (nt. 40).

⁽⁴⁶⁾ V. Gentili (nt. 40), 357, secondo il quale la Cassazione, facendo discendere dal principio di buona fede nell'esecuzione del contratto l'abusività di ogni pattuizione non "equa", incorre in un non sequitur, in quanto «la buona fede [...] certamente impone che nel far la regola e nell'applicarla si sia corretti. Ma altrettanto certamente non impone che la regola liberamente contrattata debba avere un contenuto piuttosto che un altro». Sulla base di questo rilievo, l'A. mostra poi come una soluzione più razionale sarebbe stata di censurare il comportamento contraddittorio di Renault alla luce appunto del divieto di venire contra factum proprium: «La nostra Cassazione ha voluto per forza cercare nella morale una soluzione alla controversia e non l'ha trovata. Le sarebbe bastato cercarla nella logica» (ivi, 362)

Benché non sia possibile in questa sede chiarire in modo esaustivo i rapporti tra abuso del diritto e venire contra factum proprium, in quanto spesso sono considerati istituti analoghi o comunque contigui⁽⁴⁷⁾, è il caso di soffermarsi brevemente sulla loro relazione con la regola di correttezza negoziale. Mentre si ritiene generalmente che il divieto di comportamenti contraddittori sia una sottocategoria dei doveri di buona fede⁽⁴⁸⁾, la collocazione sistematica del divieto di abuso (anche tra chi lo accetta come principio generale dell'ordinamento) è più controversa. È interessante notare come anche due interpreti che prendono le mosse da identico postulato – la concezione dell'abuso del diritto come sviamento dall'interesse protetto dalla norma⁽⁴⁹⁾ – giungano a risultati opposti: per il primo, l'abuso del diritto è espressione della buona fede in funzione valutativa⁽⁵⁰⁾; per il secondo, la valutazione in termini di abuso è precedente e autonoma da quella secondo la buona fede⁽⁵¹⁾.

Sul divieto di venire contra factum proprium, v. Maffei, *Forma ad substantiam*, gestione di affari e divieto di venire contro il fatto proprio, in *Giust. civ.*, 2005, 1943; Astone, *Venire contra factum proprium*, Napoli, 2006; Festi, *Il divieto di "venire contro il fatto proprio"*, Milano, 2007; Scarso, *Venire contra factum proprium e responsabilità*, in *Resp. civ. prev.*, 2009, 513.

⁽⁴⁷⁾ Per un'analisi puntuale, si rinvia a Piraino, *La buona fede* (nt. 39), *passim* e *spec.* 343 ss.

⁽⁴⁸⁾ Festi, (nt. 46), 97: "[è] in questo ambito che [...] potrebbe trovare collocazione il divieto di venire contra factum proprium, cioè, nella funzione di principio specificativo della regola di buona fede, intesa come limite all'esercizio dei diritti"; Bianca, *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, 209-211, che nel proporre una tipizzazione dei doveri di buona fede dapprima individua due fondamentali canoni di condotta in cui questa si sviluppa, il dovere di lealtà e il dovere di salvaguardia; poi declina il primo in tre comportamenti da cui le parti contrattuali sono chiamate ad astenersi: «il non suscitare intenzionalmente falsi affidamenti, il non speculare su falsi affidamenti e, ancora, il non contestare ragionevoli affidamenti comunque ingenerati nell'altra parte»; tre aspetti, com'è di tutta evidenza, in cui si materializza il divieto di venire contra factum proprium. Da ultimo v. Piraino, *La buona fede* (nt. 39), 441.

⁽⁴⁹⁾ Piraino, *Il divieto* (nt. 39), 142; Restivo (nt. 39), 80 s..

⁽⁵⁰⁾ Piraino, *Il divieto* (nt. 39), 133-142: l'A. inquadra il giudizio di abusività nel generale sindacato degli atti di esercizio dell'autonomia privata postulato dall'obbligo di esecuzione secondo buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c. c. In particolare, costituisce abuso del diritto, a suo avviso, la condotta che tradisca il senso complessivo della norma, ricavabile non (solo) dalla sua ratio astratta, ma anche e soprattutto dal confronto della ratio stessa con gli effetti che discendono

Se si accoglie l'interpretazione della Cassazione, per cui è abuso del diritto sostanzialmente qualsiasi comportamento contrario alla buona fede oggettiva, le due regole si identificano sicuramente una nell'altra: anzi, il divieto di contraddizione (proprio perché condotta in contrasto con la regola della correttezza) diventa una delle declinazioni concrete del divieto di abuso⁽⁵²⁾. Tuttavia, le distinzioni astratte sfumano nella pratica e gli istituti finiscono per sovrapporsi, almeno parzialmente: ciò è dovuto soprattutto al fatto che la formula "abuso del diritto" è espressione polisemica e culturalmente connotata⁽⁵³⁾. Più che provare a chiarire quale sia il *genus* e quale la *species* tra

dalla formale applicazione della norma nel caso concreto. Il divieto di abuso del diritto realizza pertanto una «riduzione in chiave teleologica» delle finalità concretamente perseguite nel singolo caso dall'autore del comportamento.

⁽⁵¹⁾ Restivo (nt. 39), 147-253. In estrema sintesi, l'A. ritiene che, anche nell'ambito di un rapporto obbligatorio, lo sviamento di una condotta applicativa di una norma dall'interesse protetto può essere riscontrato focalizzando lo sguardo sulla condotta in sé, senza avere riguardo alla posizione dell'altra parte; mentre la buona fede richiede sempre una dimensione relazionale. Il divieto di abuso costituisce quindi un limite interno all'esercizio del diritto, che deve attuarsi senza perseguire interessi divergenti con quelli protetti dalla norma da cui scaturisce; mentre l'obbligo di buona fede rappresenta un limite esterno, dovendosi verificare se il diritto "correttamente formatosi", perché conforme allo schema astratto della norma e fedele alla sua ratio, non sacrifichi oltre i limiti di un apprezzabile sacrificio gli interessi della controparte. Per la rivendicazione dell'autonomia dell'abuso del diritto dalla buona fede sulla base del necessario carattere interpersonale della seconda e dell'"assolutezza" del primo, v. anche Cattaneo (nt. 39), 636-637.

⁽⁵²⁾ Negli ordinamenti in cui l'abuso del diritto è pacificamente considerato (anche) violazione della buona fede oggettiva, diventa naturale desumere che il divieto di venire contra factum proprium sia una delle modalità di esplicazione dell'abuso: in questo senso Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão n° STJ_5988/06.5TBCSC.S1, 22 settembre 2009 (l'art. 334 del codice civile portoghese definisce abusivo l'esercizio del diritto che ecceda i limiti imposti dalla buona fede, oltre che dal buon costume o dallo scopo sociale o economico del diritto). La stessa conclusione è raggiunta da chi inquadra il divieto di abuso nell'ambito dei doveri di buona fede oggettiva: v. Piraino, La buona fede (nt. 39), 446, nota 463: «Il rapporto tra divieto di venire contra factum proprium e divieto di abuso del diritto è di specie a genere, rappresentando il primo una delle possibili manifestazioni dell'agire abusivo».

⁽⁵³⁾ La locuzione "abuso del diritto" in sé non significa altro che "deviazione dall'uso normale del diritto", che può darsi sia quando la prerogativa giuridica è usata per scopi non suoi, sia quando le sue modalità di esplicazione contravvengono ai dettami della correttezza. Per l'esperienza di altri ordinamenti in cui l'abuso è

abuso e buona fede, o se siano due insiemi con una intersezione parziale, o ancora due insieme disgiunti, può allora forse essere utile, ai fini dell'analisi della questione, operare un'artificiosa distinzione espositiva tra le argomentazioni in termini di abuso-mala fede (che qui interessano perché come si è detto il giudice implicitamente punisce un venire contra factum proprium) e quelle in termini di abusosviamento dal fine normativo, e trattarle separatamente.

3.1 Il primo problema che si pone è, dunque, se un'eccezione di nullità di un contratto in ipotesi considerato nullo e non convalidabile possa essere paralizzata perché contraria al dovere di correttezza negoziale. Secondo l'opinione più accreditata, il rimedio concesso dall'ordinamento contro i comportamenti contrari alla buona fede è l'*exceptio doli generalis* ⁽⁵⁴⁾, in quanto essa conduce ad un «diniego di effetti» di una regola di *ius strictum* a motivo del suo contrasto con i dettami della *naturalis aequitas* ⁽⁵⁵⁾. Anch'essa trova il suo fondamento normativo nel dovere di eseguire i contratti e le obbligazioni secondo buona fede oggettiva ⁽⁵⁶⁾, e la sua esperibilità è stata riconosciuta dalla

ricondotto (anche) alla violazione della buona fede, oltre al Portogallo (su cui supra, nt. 52) v. anche art. 7 codice civile spagnolo e art. 248 del codice civile greco. Lo sguardo comparatistico rivela però che non è imprescindibile la connessione tra abuso e buona fede: il § 226 del BGB fa leva sull'*animus nocendi*, mentre l'art. 2 del codice civile svizzero si limita a stabilire che «il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge». Per una rassegna dei diversi «fatti dequalificanti» che sono stati storicamente identificati come caratterizzanti l'abuso del diritto, v. Sacco, *L'esercizio* (nt. 39), 337 ss., il quale menziona, a p. 341: «la nocività, la non corrispondenza ad un interesse serio, la intenzionalità (delle conseguenze negative), il motivo (riprovevole o capriccioso), l'immoralità, la contrarietà al fine o alla funzione, la contrarietà al bene comune o alla solidarietà o alle esigenze sociali, la non normalità». Alla luce dell'eterogeneità di tali elementi, sembra lecito supporre che il concetto di «abuso del diritto» abbia un significato contingente, che assume connotati differenti a seconda della temperie culturale in cui di volta in volta si manifesta.

⁽⁵⁴⁾ V. in generale Dolmetta, *Exceptio doli generalis*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1998, I, 147; Torrente, *Eccezione di dolo*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 218; Nanni, *L'uso giurisprudenziale dell'exceptio doli generalis*, in *Contr. e impr.*, 1986, 197.

⁽⁵⁵⁾ Dolmetta (nt. 54), 147-148, che parla di «una tutela di tipo per così dire "reale"».

⁽⁵⁶⁾ Francesco Benatti, *Sub art. 1175*, in *Commentario al codice civile*, IV, a cura di Cendon, Torino, 1991, 12; Ranieri, *Eccezione di dolo generale*, in *D. disc. priv.*

Corte di Cassazione «ogni qualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto ed aventi forza modificativa o estintiva del diritto, ovvero abbia avanzato richieste di pagamento "prima facie" abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di venire contra factum proprium»⁽⁵⁷⁾.

È stato sostenuto⁽⁵⁸⁾ che questo istituto sia esperibile contro il c.d. utilizzo selettivo della nullità del contratto-quadro di investimento, ossia l'invocazione in giudizio da parte del cliente del vizio di forma del master agreement per ottenere la sola ripetizione degli investimenti da cui sia derivata una perdita per l'investitore, lasciando indenni quelli da cui egli ha tratto un profitto⁽⁵⁹⁾. L'assenza di rimedi

sez. civ., VII, Torino, 1991, 322; U. Natoli, L'attuazione del rapporto obbligatorio, in Trattato Cicu-Messineo, Milano, 1974, 37-38; Venosta, Note sull'exceptio doli generalis, in Banca, borsa, tit. cred., 1991, II, 531. Più articolata la posizione di Dolmetta (nt. 54), 175-181, che ritiene insufficiente il richiamo sic et simpliciter alla buona fede e reputa più pertinente invece identificare il fondamento dell'exceptio nel suo momento di emersione legislativa costituita dall'art. 1460, comma 2°, c. c.: tale norma, nel sancire l'impossibilità di avvalersi dell'eccezione di inadempimento in contrasto con la buona fede, rappresenta per l'A. la prova che il nostro sistema ammette la buona fede in funzione correttiva.

⁽⁵⁷⁾ Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in Banca, borsa, tit. cred., 2007, II, 697, con nota di Festi, L'ambito di applicazione e i limiti dell'exceptio doli generalis. In senso conforme, Cass., 20 marzo 2009, n. 6896. Va osservato che, se l'exceptio costituisce sicuramente il rimedio contro la violazione del divieto di venire contra factum proprium, a rigore presiederebbe anche il divieto di abuso del diritto solo se si inquadra quest'ultimo nell'ambito dei doveri di buona fede: conclusione, come si è visto, tutt'altro che scontata. In ogni caso, anche contro l'abuso del diritto è prevista per diritto vivente una tutela reale; v. Cass. 20106/2009: «Come conseguenza di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti, interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva».

⁽⁵⁸⁾ Semeghini (nt. 11).

⁽⁵⁹⁾ In dottrina questa condotta è stata icasticamente definita in termini di «cherry picking» da Perrone (nt. 11), 540. Anche Sartori, Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela, Milano, 2004, 237 osserva che «il cliente potrebbe utilizzare lo strumento della nullità relativa per non accollarsi le perdite di un investimento pregiudizievole, a seguito di sfavorevoli congiunture di mercato».

La possibilità di comportamenti opportunistici era stata già presa in considerazione, con riferimento al previgente art. 18 del d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (c.d. decreto Eurosim) da Girino, Forma «ad substantiam» per i contratti SIM, in

contro un simile comportamento porterebbe a elementi di criticità nel sistema ⁽⁶⁰⁾, e non si opporrebbe all'invocazione dell'*exceptio* il tradizionale rilievo, secondo il quale considerazioni di buona fede non possono valere a sanare un negozio che manchi di un requisito essenziale, essendo violata una regola di validità ⁽⁶¹⁾. Bisognerebbe, in proposito, tenere in considerazione il fatto che le nullità di protezione si pongono in «antitesi alla teoria della carenza di fattispecie» ⁽⁶²⁾, andando a colpire non l'incompletezza della struttura dell'atto ma un comportamento scorretto di una parte, tanto che sarebbe non solo possibile, ma addirittura particolarmente appropriato l'utilizzo dell'*exceptio doli* contro il loro utilizzo strumentale ⁽⁶³⁾.

Contr., 1997, 401: «Il rischio cui questa tendenza normativa si espone è di passare dalla protezione al “protezionismo”, di trasformarsi da necessario strumento di tutela del contraente debole a distorto meccanismo di rivendicazione pretestuosa. Non riesce arduo immaginare il caso del cliente che, pur non avendo sottoscritto un accordo, abbia comunque scientemente dato corso ad un'operazione, salvo poi pentirsene (ciò che avviene solo nel caso in cui l'operazione abbia comportato una perdita o comunque risultati deludenti) ed invocare la nullità del titolo contrattuale per carenza di forma, sì da sciogliersi dal vincolo e così annullare l'effetto negativo dell'operazione». Sulla base di tale rilievo, l'A. auspicava la sostituzione della sanzione della nullità con quella dell'annullabilità, sì da precludere l'invalidazione al soggetto che, nonostante la coscienza della causa di invalidità del contratto, vi abbia nondimeno dato volontariamente esecuzione.

⁽⁶⁰⁾ In particolare, come rilevato da Semeghini (nt. 11), 26-32, una situazione di moral hazard, nella misura in cui l'investitore accorto che sia a conoscenza di questa “arma” a sua disposizione sarà incentivato a spingere per investimenti con un grado di rischio superiore a quello ottimale, scaricandone i costi sull'intermediario in forza della «put option a costo zero» di cui dispone; e di cross-subsidization, nella misura in cui è plausibile che l'aumento di costi per l'intermediario connesso all'utilizzo strumentale della nullità venga scaricato in modo più che proporzionale sulla sezione di clientela meno facoltosa.

⁽⁶¹⁾ Cfr. Pietrobon, *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, 68: «le due serie di disposizioni stanno in una relazione di reciproca compiuta autonomia. Esse obbediscono a scopi diversi e distinti, alla certezza dei rapporti giuridici le regole di validità, alla realizzazione della giustizia sostanziale le norme di buona fede».

⁽⁶²⁾ Semeghini (nt. 11), 112.

⁽⁶³⁾ Ivi, 117-118. Cfr. Festi (nt. 57), 719, che nega l'esperibilità dell'*exceptio doli* per paralizzare l'azionamento di una nullità prevista a protezione di interessi generali, come quella di un'intesa anticoncorrenziale, mentre la ammette contro una nullità a tutela di interessi privati, facendo l'esempio di un contratto stipulato senza la forma previamente convenuta tra le parti ex art. 1352 c. c.; contra, Maffeis (nt. 46), 1943, che invece ritiene che anche chi conclude consapevolmente un contratto

Le tesi ora esposte sono state criticate dalla dottrina successiva, che ha osservato che questa ricostruzione ignorerebbe la natura stessa della nullità di protezione, in quanto muoverebbe «dal presupposto (smentito anche dalla normativa) che banca e cliente rappresentino parti contrattuali sostanzialmente, come anche formalmente, uguali»⁽⁶⁴⁾. Anche la Cassazione ha espressamente affermato che la limitazione degli effetti della nullità ai soli investimenti sfavorevoli è perfettamente legittima⁽⁶⁵⁾. La questione della configurabilità dell'*exceptio doli* come rimedio all'utilizzo "selettivo" della nullità di cui all'art. 23 t.u.f. è stata oggetto anch'essa di un'autonoma rimessione alle Sezioni Unite⁽⁶⁶⁾.

Va osservato che la tesi per la quale l'*exceptio doli* non sia fondata in questo tipo di fattispecie appare coerente con la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di clausole

invalido può agire per farne dichiarare la nullità. Per l'invocabilità del divieto di venire contra factum proprium in contrasto all'«opportunitismo rimediabile» degli investitori che operino un utilizzo selettivo dell'azione di nullità, v. anche Bertolini, Problemi di forma e sanzioni di nullità della disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunitismo rimediabile?, in *Resp. civ. prev.*, 2010, 2346. Cfr. anche Pagliantini (nt. 34), 146: «Non pare proprio [...] che il sistema italiano conosca seri ostacoli o pregiudiziali tecniche a giudicare abusiva l'azione di nullità nel caso essa sia intrapresa da chi ha approfittato dell'affidamento della controparte».

⁽⁶⁴⁾ Dolmetta, (nt. 11), 48, nota 21. In senso conforme Malvagna, Nullità di protezione e «nullità selettive». A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, in corso di pubblicazione, per il quale l'inammissibilità dell'*exceptio doli* contro l'uso selettivo delle nullità discende dallo stesso paradigma legale della nullità di protezione, volta strutturalmente a sbilanciare la tutela in favore della parte debole del rapporto: «la prospettiva di conservare la sola parte di operatività la cui rimozione non vada in danno del cliente costituisce un risvolto applicativo interno alle logiche operative che informano la nullità di protezione» (corsivo nell'originale).

⁽⁶⁵⁾ Cass. 8395/2016 (nt. 4): «deve rilevarsi che l'investitore ex art. 99 e 100 c.p.c. può selezionare il rilievo della nullità e rivolgerlo agli acquisti (o più correttamente i contratti attuativi del contratto quadro) di prodotti finanziari dai quali si è ritenuto illegittimamente pregiudicato, essendo gli altri estranei al giudizio. La rilevabilità d'ufficio, peraltro non incondizionata, delle nullità di protezione [...] si limita a configurare la possibilità di estendere l'accertamento giudiziale anche a cause di nullità protettive non dedotte dalle parti senza tuttavia consentirne il rilievo anche ad atti diversi da quelli verso i quali la censura è rivolta».

⁽⁶⁶⁾ Cass., 17 maggio 2017, ord. n. 12390, su cui v. il commento di Malvagna (nt. 64).

vessatorie nei contratti dei consumatori ⁽⁶⁷⁾. Nel decidere la sorte di contratti viziati da clausole vessatorie, inefficaci nei confronti dei consumatori ai sensi dell'art. 6 della direttiva 93/13/CEE, la Corte ha stabilito che il giudice nazionale deve considerare la clausola come non apposta se il contratto può sopravvivere senza di essa, e integrare il contratto ricorrendo al diritto dispositivo se la clausola vessatoria investe un elemento essenziale del contratto. Il criterio ispiratore è il massimo effetto utile per il consumatore, oltre che il massimo effetto deterrente nei confronti del professionista, con la conseguenza che il contratto deve essere mantenuto in vita se la sua caducazione arrecherebbe più pregiudizi che benefici alla parte protetta ⁽⁶⁸⁾.

La nullità di cui all'art. 117 t.u.b. non è di derivazione europea, per cui la giurisprudenza della Corte di Giustizia non è direttamente rilevante per la sua interpretazione; inoltre, trattandosi di nullità totale,

⁽⁶⁷⁾ V. CGUE, 14 giugno 2012, Banco Español de Crédito SA, C-618/10, EU:C:2012:349; CGUE, 30 maggio 2013, Asbeek Brusse, C-488/11, EU:C:2013:341; CGUE, 30 aprile 2014, Árpád Kásler, C-26/13, EU:C:2014:282; CGUE, 21 gennaio 2015, Unicaja Banco e Caixabank, cause riunite C-482/13, C-484-13, C-485/13 e C-487/13, EU:C:2015:21; CGUE 21 dicembre 2016, Cajasur Banco SAU, cause riunite C-154/15, C-307/15, e C-308/15, EU:C:2016:980. In dottrina, v. D'Adda, Giurisprudenza comunitaria e "massimo effetto utile per il consumatore": nullità (parziale) necessaria della clausola abusiva ed integrazione del contratto, in *Contr.*, 2013, 16; D'Amico, L'integrazione (cogente) del contratto mediante il diritto dispositivo, in D'Amico – Pagliantini, Nullità per abuso ed integrazione del contratto, Torino, 2013, 213; Pagliantini, L'integrazione del contratto tra Corte di Giustizia e nuova disciplina sui ritardi di pagamento: il segmentarsi dei rimedi, in *Contr.*, 2013, 406; Id., Nullità di protezione, integrazione dispositiva e massimo effetto utile per il consumatore: variazioni sul tema dell'asimmetria contrattuale, in *Persona e mercato*, 2012, 96; An. Dalmartello, Note sulla «cláusula suelo» (clausola floor) nel mutuo bancario di diritto spagnolo: trasparenza delle clausole abusive e (ir)retroattività della nullità di protezione, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, I, 756; Id., Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive, in questa Rivista, 2017.

⁽⁶⁸⁾ Cfr. D'Adda (nt. 67), 28, che ritiene che l'orientamento della Corte di Giustizia fornisca una «iperprotezione» al consumatore, accordandogli un regolamento di interessi assai più vantaggioso di quello che sarebbe assicurato da una «ordinaria», e non abusiva, pattuizione»; Pagliantini, Profili sull'integrazione del contratto abusivo parzialmente nullo, in D'Amico – Pagliantini, Nullità per abuso ed integrazione del contratto: saggi, Torino, 2013, 157, che parla di un'«ottica di efficienza ultra consumer oriented».

non viene in rilievo la questione dell'integrazione dispositiva. Nondimeno, la nullità delle clausole vessatorie nei contratti con i consumatori occupa sicuramente un posto di preminenza tra le nullità di protezione, per cui non è operazione ermeneuticamente scorretta estendere le conclusioni raggiunte nella sua analisi alle invalidità di cui all'art. 127 t.u.b., soprattutto se si considera che esso è stato modificato nel 2010 proprio sul modello dell'art. 36 cod. cons. (la disposizione che attua nel nostro ordinamento l'art. 6 direttiva 93/13/CEE)⁽⁶⁹⁾. La nuova formulazione descrive l'unilateralità della tutela in termini non più processuali (legittimazione ad agire), ma sostanziali (effetti della nullità)⁽⁷⁰⁾, così che, se sono integrati i fattori costitutivi della nullità, dovrebbe essere preclusa la possibilità di limitare il beneficio che la parte protetta trae dal contratto (che potrebbe quindi, in ambito finanziario, ottenere la ripetizione dei soli investimenti non redditizi; e, in ambito bancario, beneficiare di un fido per anni per poi ottenere la ripetizione di ogni interesse passivo addebitato nel corso del rapporto).

3.2 L'exceptio doli non appare quindi utilizzabile per sanzionare l'incoerenza del comportamento del cliente che lamenti il vizio di forma. Se si accoglie la tesi giurisprudenziale per cui l'abuso del diritto non è nient'altro che un comportamento contrario a buona fede, non può allora condividersi la parte della sentenza del Tribunale di Cuneo in cui viene individuato un abuso del diritto nel comportamento contraddittorio della società attrice.

⁽⁶⁹⁾ Così Girolami, *Le nullità dell'art. 127* [nt. 9], 1597-1599, che osserva che all'art. 36 cod. cons. è riconosciuta una posizione di «centralità [...] nel sistema» anche dai formanti legislativo (che ha significativamente rubricato la disposizione in parola «nullità di protezione») e giurisprudenziale (Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, in *Foro it.* 2015, I, 909, § 3.13.1).

⁽⁷⁰⁾ L'art. 127 t.u.b., prima delle modifiche apportate dal d.lgs. 14 dicembre 2010, n. 218, stabiliva che «le nullità del presente titolo possono essere fatte valere solo dal cliente»; mentre il testo attualmente vigente dispone che «le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente» (corsivi aggiunti). Per il rilievo che la novella sposti il piano dell'unidirezionalità da quello della legittimazione a quello degli effetti, v. Portolano, *Sub art. 127*, in *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, a cura di Costa, II. Artt. 70-162, Torino, 2013, 1508.

Come si è accennato, tuttavia, l'abuso può essere ricostruito in termini diversi: in particolare, come esercizio di un diritto per scopi diversi da quelli per i quali l'ordinamento ha riconosciuto ai privati il diritto stesso, ossia come «sviamento dall'interesse protetto»⁽⁷¹⁾. Si è detto che non vi è necessità logica di concepire l'abuso in questi termini invece che in quelli proposti dalla Cassazione; tuttavia, questa tesi sembra preferibile sia per motivi storici⁽⁷²⁾; sia perché il fondamento normativo del divieto di abuso appare più persuasivamente identificabile nella disposizione dell'art. 1438 c. c.⁽⁷³⁾ (dove il fattore dequalificante è proprio lo scopo di ottenere vantaggi ingiusti), piuttosto che in quella dell'art. 1375 c. c.; sia, infine, perché, diversamente, sarebbe difficile rispondere alle critiche di superfluità mosse all'"abuso-mala fede"⁽⁷⁴⁾.

Se si accetta questa concezione del divieto di abuso, allora, appaiono condivisibili i rilievi svolti da una parte della dottrina⁽⁷⁵⁾,

⁽⁷¹⁾ V. supra, nt. 49.

⁽⁷²⁾ La concezione di abuso del diritto recepita dal nostro ordinamento trova le sue origini nella teoria teleologica di Josserand, *De l'abus des droits*, Parigi, 1905; Id., *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Parigi, 1927. Secondo questo A., l'ordinamento giuridico non attribuisce i diritti soggettivi ai consociati «dans le vide» (Josserand, op. ult. cit., 2), ma per il perseguimento di una certa finalità sociale, ritenuta dall'ordinamento stesso meritevole di tutela. La conseguenza che ne trae è che un esercizio del diritto avulso dalla destinazione al suo fine sia da ritenersi non consentito.

⁽⁷³⁾ Il divieto di abuso viene ritenuto desumibile dall'annullabilità del contratto concluso mediante minaccia di esercizio del proprio diritto volta ad ottenere vantaggi ingiusti da U. Natoli (nt. 39), 35; Salv. Romano (nt. 39); Nigro (nt. 40), 2558; D'Amico (nt. 40), 20.

⁽⁷⁴⁾ Si osservi che queste osservazioni sono svolte con riferimento al rapporto di corrispondenza biunivoca tra abuso e buona fede che, come si è visto, sembra istituire la Cassazione. È diverso, infatti, dire che "ogni comportamento contrario a buona fede è un abuso del diritto" (nel qual caso, davvero la categoria dell'abuso sarebbe superflua, a meno che non la si consideri un genus di cui la buona fede sia un sottoinsieme) e "ogni abuso del diritto è un comportamento contrario a buona fede, ma non ogni comportamento contrario a buona fede è un abuso del diritto": in tal caso (se cioè si considera l'insieme "abuso" come sottoinsieme dell'insieme "buona fede") si può intendere l'abuso nel senso del testo (sviamento dall'interesse protetto) e comunque trovarne la sorgente nella buona fede senza contraddizioni logiche (il riferimento naturalmente è ancora una volta a Piraino, *Il divieto* (nt. 39), 133-142).

⁽⁷⁵⁾ Gentili (nt. 39); M. Barcellona, *L'abuso* (nt. 39).

per la quale l'abuso non costituirebbe altro che un normale schema di interpretazione – l'interpretazione teleologica – sotto altro nome. Quando i giudici tacciano di abuso una certa condotta legalmente permessa, infatti, compiono un'operazione che è del tutto assimilabile a quella compiuta, «anche in ambiente giuspositivista», dall'interprete che rifiuta tutela ad un caso concreto, pur sussumibile sotto una disposizione normativa, in ragione dell'«intenzione del legislatore», o *ratio legis* ⁽⁷⁶⁾. In una simile prospettiva, si sottolinea che, poiché all'abuso è positivamente assegnato un «senso introverso» ⁽⁷⁷⁾, esso «mima i dispositivi dell'interpretazione teleologica», perché compone antinomie che si creano tra diversi principi regolativi dell'ordinamento mediante «rideterminazioni (funzional-teleologicamente orientate) delle fattispecie coinvolte in tale antinomia» ⁽⁷⁸⁾.

La menzionata sentenza del Tribunale di Cuneo ravvisa un abuso del diritto, oltre che a motivo del comportamento contraddittorio della società attrice, proprio sulla base del rilievo che la carenza di sottoscrizione della banca non pregiudica in alcun modo l'adeguata e trasparente informazione che costituisce la *ratio* dell'art. 117 t.u.b. ⁽⁷⁹⁾. La sostanza dell'argomentazione è perfettamente analoga ai rilievi svolti dalla giurisprudenza precedente, che, senza motivare in termini di «abuso del diritto», ha parimenti rigettato eccezioni di nullità per carenza di firma della banca o dell'intermediario valorizzando il profilo funzionale della regola che impone la redazione per iscritto ⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁶⁾ Gentili (nt. 39), 318, che osserva come l'abuso viene invocato come argomento quando l'interprete non si limita a disapplicare la lettera della norma in forza della corretta interpretazione della sua *ratio*, come permetterebbe anche l'argomentazione teleologica, ma fa anche rientrare il caso «sotto la *ratio* di un'altra norma, repressiva, e così applica un'altra legge, scelta da lui» (322).

⁽⁷⁷⁾ M. Barcellona, L'abuso (nt. 39), 472: se non si è frainteso, con questa espressione l'A. intende che è possibile sindacare l'esercizio del diritto solo sulla base di norme e principi rinvenibili nell'ordinamento e non sulla base di valori extra-giuridici, come testimonia la «riserva di legge» che puntualmente accompagna le clausole di socialità» (con riferimento agli artt. 41, 42 e 44 Cost.).

⁽⁷⁸⁾ Ivi, 473.

⁽⁷⁹⁾ V. § 20, dove il Tribunale si esprime in termini di «distonia con la funzione tipica del requisito formale in questo particolare tipo di contratto» (sottolineato nell'originale); § 22, dove si parla di «sviamento dallo schema funzionale tipico per il quale viene concessa la eccezione di nullità».

⁽⁸⁰⁾ V. soprattutto Trib. Milano, 13 novembre 2013, n. 14268, in Nuova giur. civ. comm., 2014, 814, con nota di Tarantino, Forma dei contratti e tutela degli interessi

La letteratura in tema di argomentazione giuridica ⁽⁸¹⁾ ha chiarito che l'interpretazione teleologica, o secondo l'«intenzione del legislatore» ⁽⁸²⁾, procede dall'individuazione dello scopo che il legislatore si è posto nel positivizzare una norma e degli effetti che intendeva conseguire ⁽⁸³⁾. Dall'interpretazione teleologica può derivare un'applicazione di una norma al di là dei confini del suo dato letterale, ad esempio mediante argomento analogico o argomento a fortiori; ma può anche derivare, ed è il caso che qui interessa, una esclusione dal campo di applicazione della norma una fattispecie che, secondo

dei contraenti. La sentenza rileva che la norma in discussione (in quel caso l'art. 23 t.u.f.), ha la «funzione di veicolare al cliente, in termini chiari e durevoli, agevolmente consultabili, le regole del contratto stipulato e i diritti e doveri che ne conseguono». Se dunque è essenziale che il contratto sia firmato dal cliente che in tal modo testimonia la propria presa di coscienza delle condizioni negoziali a cui si sottopone, non altrettanto necessaria è la sottoscrizione della banca, in quanto la sua assenza «non priva di contenuto il contratto redatto per iscritto o la sua conoscibilità da parte del cliente delle regole in esso comprese (di certa provenienza dalla banca), né può ritenersi che la banca abbia un suo sostanziale interesse a sottoscrivere un modulo che essa stessa ha predisposto e quindi ben conosce». Le argomentazioni di questa sentenza sono state considerate persuasive e riprese dalla giurisprudenza di merito successiva: cfr. Trib. Torino, 20 gennaio 2016, n. 316, in www.dirittobancario.it; e Trib. Lecco 570/2016 (nt. 6). Motivano sulla base della funzione della nullità di protezione anche App. Venezia, 28 luglio 2015, in www.ilcaso.it; App. Venezia 2477/2016 (nt. 6); Trib. Pistoia 1267/2016 (nt. 6).

⁽⁸¹⁾ Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1980; Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 1998; Id., *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2004; Chiassoni, *La giurisprudenza civile. Metodi d'interpretazione e tecniche argomentative*, Milano, 1999; Id., *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007.

⁽⁸²⁾ Art. 12, comma 1°, disp. prel. Naturalmente l'«intenzione del legislatore» non è intesa come la ricostruzione dell'intento degli individui concreti che hanno storicamente contribuito alla redazione ed all'approvazione di una certa disposizione normativa, ma, piuttosto, in un senso «oggettivato», come «la ragione, il motivo, lo scopo, il “risultato pratico”, per cui una certa norma è stata emanata, o, se così si vuol dire, il principio che la legge è rivolta a realizzare» (Guastini, *L'interpretazione* (nt. 81), 150 s.).

⁽⁸³⁾ Ivi, 152: «Latamente intesa, l'intenzione del legislatore è talvolta identificata piuttosto con il suo scopo, ossia con ciò che il legislatore intendeva (non dire ma) fare mediante la legge; gli effetti che voleva conseguire. Fare appello allo scopo del legislatore [...] costituisce uso dell'argomento cosiddetto “teleologico”» (corsivi nell'originale). In senso analogo, Tarello (nt. 81), 370 s.

l'interpretazione letterale, vi rientrerebbe. L'argomento utilizzato è, in questo caso, quello della dissociazione, mediante il quale, con giudizio c.d. controfattuale ⁽⁸⁴⁾, si assume che «il legislatore, pur non avendo fatto una certa distinzione, tuttavia l'avrebbe fatta se avesse presa in considerazione il caso» ⁽⁸⁵⁾ (corsivo nell'originale).

Con riferimento all'art. 117 t.u.b., si osserva innanzitutto che tale disposizione si inserisce nell'ambito del titolo del testo unico dedicato alla «trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti» (titolo VI, artt. 115 ss.) ⁽⁸⁶⁾. Non pare dubbio che la sua funzione – l'effetto che il legislatore intendeva conseguire nel positivizzarla – non sia, come è per la forma scritta di cui all'art. 1350 c. c., di «assicurare contro ogni dubbio la univocità dell'atto e di garantirne la serietà, rendendo avvertito chi la compie che l'atto ha conseguenze sociali le quali vanno maturamente ponderate» ⁽⁸⁷⁾; ma, piuttosto, di garantire al cliente un'adeguata informativa sulle condizioni contrattuali, consentendogli di disporre di un testo contrattuale completo dove possa venire a conoscenza dell'interezza

⁽⁸⁴⁾ Guastini, L'interpretazione (nt. 81), 152: «Intenzione controfattuale è quella che si può congetturabilmente attribuire al legislatore in relazione a fattispecie che si conviene la legge non abbia disciplinato: “Se il legislatore avesse previsto la fattispecie F1, avrebbe disposto che...”» (corsivo nell'originale).

⁽⁸⁵⁾ Ivi, 164. Cfr. Chiassoni, Tecnica (nt. 81), 108 s., che identifica una «direttiva inibitoria» di interpretazione della legge nella «congruenza teleologica», per la quale si vieta di «desumere dalle singole disposizioni, come loro significati tutto considerato corretti, delle norme esplicite che siano incongruenti, dal punto di vista della loro efficienza strumentale, rispetto a un fine imposto da una o più norme – formalmente, o comunque assiologicamente – superiori del sistema».

Si osservi che, anche sotto questo aspetto si riscontra una consonanza tra interpretazione teleologica e uso giurisprudenziale dell'abuso del diritto: v. Gambaro, (nt. 39), 1 s., il quale collega il successo della dottrina dell'abuso a un «fallimento della programmazione normativa», ossia ad una tecnica legislativa poco lungimirante che si traduce in norme che facoltizzano anche comportamenti che, indubbiamente, il legislatore non aveva previsto e voluto.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. Dolmetta (nt. 11), 3: «la trasparenza dei contratti bancari non è semplicemente il nomen di insieme delle norme, più o meno sparse, che danno corpo al relativo titolo del testo unico [...] essa esprime, piuttosto, un modo di considerare – un modo di leggere normativamente – i contratti bancari» (corsivo nell'originale). Sul tema della trasparenza, v. anche Mucciarone, La trasparenza bancaria, in Tratt. contratti Roppo, V, Mercati regolati, Milano, 2014, 675.

⁽⁸⁷⁾ Betti, Teoria generale del negozio giuridico2, a cura di Crifò, Napoli, 1994, 279. V. anche M. Giorgianni, (nt. 7), 994; Fazio (nt. 7), 45.

dei propri diritti ed obblighi nell'ambito del rapporto negoziale ⁽⁸⁸⁾. Il fatto che quella in esame sia una «forma informativa» ⁽⁸⁹⁾ sembra confermato anche dal fatto che l'art. 117 t.u.b. (così come l'art. 23 t.u.f.) non richiede solamente la redazione per iscritto, ma anche la consegna di un esemplare al cliente ⁽⁹⁰⁾: elemento che manifesta come la preoccupazione del legislatore non sia tanto di imporre una consacrazione formale dell'impegno contrattuale, ma piuttosto di fare acquistare alla disponibilità materiale del cliente un testo negoziale per la sua lettura (e auspicabilmente la sua comprensione) ⁽⁹¹⁾.

⁽⁸⁸⁾ Dolmetta (nt. 11), 97; Mirone, Sub art. 117, in Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, a cura di Costa, II. Artt. 70-162, Torino, 2013, 1309.

Contestano la tesi per cui l'unico scopo dell'imposizione della forma scritta ai contratti bancari e finanziari sarebbe l'adeguata informazione del cliente: Maffeis (nt. 1), 401, il quale ritiene che la sottoscrizione dell'intermediario sia necessaria anche e soprattutto al fine di garantire la fiducia e l'integrità dei mercati, che risulterebbe pregiudicata se non fosse chiaro chi ha prestato il consenso per la banca; Catalano, Contratti solenni, forma scritta ad substantiam in funzione protettiva ed equipollenti della sottoscrizione: note critiche, in Banca, borsa, tit. cred., 2016, II, 21, la quale ritiene che, pur essendo prevista a tutela del contraente debole, la forma in questione «conserva la sua natura di requisito strutturale dell'atto», e che la sua ratio non è solo «colmare il gap informativo che lo penalizza, ma anche garantire la certezza e la ponderazione del testo contrattuale»; e G. Romano, La nullità del contratto quadro d'investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario tra *vestmentum negotii*, “forma informativa” e uso selettivo del rimedio di protezione. Aspettando le Sezioni Unite, in Dir. della banca e del mercato finanziario, 2017, 592, per il quale nelle ipotesi di “forma protettiva” il fine informativo si somma al rilievo strutturale della forma scritta ad substantiam, ma non lo sostituisce, «secondo un meccanismo che procede semmai per addizione, giammai per sottrazione» (corsivi nell'originale).

⁽⁸⁹⁾ Pasa, La forma informativa nel diritto contrattuale europeo: verso una nozione procedurale di contratto, Napoli, 2008; Ead., Forma informativa, in D. disc. priv. sez. civ., Agg. V, Torino, 2010, 651 ss.

⁽⁹⁰⁾ Si noti che la Circolare n. 229 del 21 aprile 1999 – 9° Aggiornamento del 25 luglio 2003 della Banca d'Italia, adottata in ossequio alla Delibera CICR n. 286 del 4 marzo 2003, nel ribadire che i contratti sono redatti per iscritto e una copia è consegnata al cliente aggiunge che «La consegna è attestata mediante apposita sottoscrizione del cliente sull'esemplare del contratto conservato dalla banca», con ciò confermando ulteriormente che l'interesse del legislatore è assicurare che sia il cliente ad aver preso visione del testo contrattuale.

⁽⁹¹⁾ È discusso in dottrina se la mancata consegna del contratto al cliente incida sulla validità del negozio. L'opinione prevalente è che l'obbligo di consegna costituisca già obbligazione contrattuale che presume la corretta formazione

Se questa è la ratio della norma, allora, un'interpretazione teleologica mediante dissociazione della fattispecie "contratto sottoscritto dal cliente ma non dalla banca" dalle disposizioni degli art. 117 t.u.b. e 23 t.u.f. – sotto le quali sarebbe, per interpretazione letterale, astrattamente sussumibile – appare giustificata. In questo tipo di casi, il cliente ha ricevuto il contratto, ha avuto modo di esaminarlo e di valutarne le condizioni e lo ha sottoscritto. Lo scopo perseguito dalla norma è stato raggiunto, perché nulla aggiungerebbe all'informazione del cliente la sottoscrizione della banca ⁽⁹²⁾. Sembra

dell'accordo, per cui la sua violazione potrebbe dare luogo solamente a domande di adempimento o, eventualmente, di risarcimento (a condizione che siano soddisfatti i relativi oneri probatori). In questo senso, Dolmetta, Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154 del 1992, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1992, I, 393; Brescia Morra – Morera, L'impresa bancaria: l'organizzazione e il contratto, in *Tratt. di dir. civ. del Consiglio Nazionale del Notariato*, diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2006, 340; Mirone (nt. 88), 1310; De Angelis, Sub art. 117, in *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, diretto da Capriglione, III. Artt. 98-1263, Padova, 2012, 1689. Per la tesi per cui la mancata consegna comporterebbe la nullità del contratto, v. Majello, Sub art. 117, in *Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Commento al d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385*, a cura di Belli, Contento, Patroni Griffi, Porzio, Santoro, II, Bologna, 2003, 1395.

⁽⁹²⁾ Si precisa che non si vuole intendere che la consegna di un documento contrattuale sia sufficiente, di per sé, a raggiungere l'obiettivo normativo della piena informazione del cliente, ma piuttosto che la firma del cliente su quel documento rappresenti il massimo risultato sul piano informativo che possa essere raggiunto attraverso l'obbligo di forma di cui all'art. 117 t.u.b. In questo senso, è stato correttamente sottolineato (La Rocca, *Sottoscrizione e forma informativa nei contratti del mercato finanziario*, in questa Rivista, 2017, 22 s.) che, a fronte della complessità del mercato finanziario e della scarsa intelligibilità dei moduli contrattuali degli intermediari per l'investitore retail medio, non appare credibile sostenere che la c.d. forma informativa costituisca «una panacea per tutte le asimmetrie informative». L'inidoneità del mezzo scelto dal legislatore al raggiungimento del fine desiderato non sembra tuttavia essere un argomento sufficiente a mettere in dubbio che l'informazione fosse effettivamente lo scopo perseguito con l'introduzione di tale regola; piuttosto, può e probabilmente deve stimolare riflessioni de jure condendo in merito ai correttivi da apportare al sistema di regolamentazione del mercato mobiliare e dell'attività bancaria perché esso possa meglio garantire la effettiva informazione dei clienti. Sull'inadeguatezza della mera consegna di documentazione precontrattuale ad informare i clienti nel settore del credito al consumo, v. Thaler e Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008, 132 ss. e spec. p. 136: «it is hard to see the "truth" when it is buried in a mountain of fine print». Gli Autori, nell'ambito

ragionevolmente ipotizzabile che il legislatore, se avesse considerato questo caso, lo avrebbe distinto da quello di un contratto concluso, ad esempio, in forma integralmente orale.

Neppure si oppone a questa conclusione la citata giurisprudenza comunitaria in tema di massimo effetto utile per la parte protetta. Essa chiarisce quali siano gli effetti una volta che la nullità è stata accertata (e per questo un rimedio come l'*exceptio doli* deve dirsi precluso, in quanto esso limita in basi a considerazioni di buona fede gli effetti di una nullità in ipotesi verificatasi). Se si accoglie la tesi per cui la forma richiesta dagli artt. 117 t.u.b. e 23 t.u.f. non richieda la sottoscrizione della parte “forte” del rapporto, invece, la nullità non può essere dichiarata e non si può quindi ragionare su come massimizzarne gli effetti utili ⁽⁹³⁾.

Possono forse residuare dubbi in merito alla prova del perfezionamento del contratto: il contratto firmato solo dal cliente, se anche venisse ritenuto sufficiente per l'integrazione del requisito di

della dottrina economica da loro definita «libertarian paternalism» (op. ult. cit., 5), per la quale l'ordinamento giuridico non dovrebbe vietare scelte non ottimali ai privati, ma piuttosto “spingerli gentilmente” (nudge) verso le decisioni più efficienti attraverso scelte normative che minimizzino l'impatto delle biases in cui incorre il consumatore medio, propongono in quest'ambito un approccio c.d. «RECAP», ossia «Record, Evaluate, and Compare Alternative Prices» (op. ult. cit., 93). Gli istituti di credito dovrebbero, in altre parole, fornire un documento riepilogativo, sintetico e di agevole lettura, in cui siano indicati con chiarezza i costi associati all'erogazione del credito, divisi nelle categorie di commissioni ed interessi, così che il cliente possa valutare la convenienza dell'operazione proposta, anche nel confronto con offerte comparabili.

È interessante notare che la normativa italiana appare almeno parzialmente allineata al modello auspicato da questi Autori: l'art. 124, comma 1°, t.u.b., applicabile ai contratti di credito ai consumatori, fa specifico riferimento all'obbligo di fornire «le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito presenti sul mercato». In concreto, le banche sono tenute a consegnare un foglio informativo e un documento di sintesi che riportino il TAEG per i mutui, le aperture di credito e gli altri finanziamenti, o l'ISC per le aperture in conto corrente.

⁽⁹³⁾ Cfr. Malvagna (nt. 64), nota 31, che mette in guardia contro l'impropria commistione tra la tesi per cui l'azione di nullità possa essere paralizzata dall'*exceptio doli* perché, pur essendo presenti i presupposti per dichiarare la nullità, il suo esercizio contravviene ai dettami della correttezza; e quella per cui, a motivo di una «riduzione teleologica» della norma da applicare, nella stessa circostanza i presupposti applicativi della nullità non possono essere considerati sussistenti.

forma della normativa bancaria e finanziaria, non dimostrerebbe l'avvenuta conclusione del negozio, perché non risulterebbe provato che la "proposta" del cliente sia stata accettata dalla banca. A ben vedere, tuttavia, in questo caso potrebbe soccorrere senza problemi ogni documento che provi l'esecuzione del rapporto (come ad esempio il periodico invio degli estratti conto): mentre essi sarebbero irrilevanti in caso di controversia su un contratto con obbligo di forma scritta ex art. 1350 c. c., nel caso di specie è già acquisito al giudizio il documento che rispetta integralmente – per le ragioni che si sono dette – i requisiti di forma e non vi sarebbero ostacoli a utilizzare altri documenti per accertare quando il rapporto sia effettivamente iniziato⁽⁹⁴⁾.

In conclusione, più della controversa teoria dell'abuso del diritto, la via dell'interpretazione funzionale appare la più adeguata per la corretta impostazione della questione in esame, il che sembra confermato dall'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁴⁾ Contra La Rocca (nt. 92), 26 ss., per il quale la sottoscrizione dell'intermediario è imprescindibile, non solo ai fini dell'imputazione della dichiarazione contrattuale, ma anche come «condotta rituale con la quale il subscribens segnala di ritenersi vincolato alle promesse, alle obbligazioni e all'assetto di interessi delineato nel documento» e come testimonianza dei lavori preparatori di "istruttoria di fido" o di "profilatura" richiesti rispettivamente all'istituto di credito e all'intermediario finanziario.

Cfr. Pagliantini (nt. 1), 692, il quale, pur rifiutando la tesi della interpretazione teleologica della forma, ritiene che in questo tipo di casi si dovrebbe permettere all'intermediario di provare per testimoni e presunzioni la consegna (e quindi l'esistenza) della copia recante la propria firma al cliente, che si rifiuta di produrla in giudizio, secondo un'interpretazione estensiva dell'eccezione prevista all'art. 2724, comma 1°, n. 3), c.c.

⁽⁹⁵⁾ Cass. 10447/2017 (nt. 1), § 9: «potrebbe reputarsi adempiere al requisito della forma scritta [...] 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».