

Capitolo V

Osservazioni conclusive

V.1 Le motivazioni ed il ragionamento giuridico alla base della sentenza delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione n. 898 del 16/01/2018..... pag.170

V.2 Ricadute pratiche della pronuncia della Suprema Corte e commenti dottrinali al riguardo.....pag.175

BIBLIOGRAFIA E RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE.....pag.185

INTRODUZIONE

La materia oggetto del presente lavoro è quella connessa al dibattito dottrinario e giurisprudenziale che è sfociato nella sentenza della Suprema Corte Sezioni Unite Civili n. 898 del 16 gennaio 2018 e nella pressoché analoga pronuncia, emessa soltanto pochi giorni dopo la prima, numero 1653 del 23 gennaio.

Con tali pronunce è stata affrontata e risolta, quantomeno nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, la questione concernente le conseguenze connesse alla validità del contratto quadro di intermediazione finanziaria nel caso in cui manchi la prova della sottoscrizione dello stesso da parte dell'intermediario.

Si può già anticipare la soluzione data dalla Suprema Corte con la prima delle citate sentenze, ovvero che il contratto è da ritenersi valido anche nel caso in cui sia stato sottoscritto unicamente dal cliente e non anche dal funzionario di banca, così come si evince dalla massima: *“Il requisito della forma scritta del contratto – quadro relativo ai servizi d’investimento, disposto dall’articolo 23 del D.lgs. 24/02/1998 n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, in cui vengono fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell’impresa e del cliente”*¹.

La materia è stata oggetto di un acceso contrasto giurisprudenziale, sia di legittimità che di merito, tanto che si è reso necessario l’intervento delle SS.UU., che si sono pronunciate su detta tematica *“di massima importanza (ex art. 374 co 2 c.p.c.)”*², al fine di assicurare l’uniforme interpretazione della legge.

I termini della questione possono essere riassunti come di seguito.

L’ambito dei contratti bancari è regolato, in via generale, dal decreto legislativo numero 58 del 24 febbraio 1998, convenzionalmente denominato *Testo Unico Finanza*. Lo stesso prescrive all’articolo 23, a pena di nullità, la forma scritta e la consegna di una copia al cliente dei contratti relativi ai servizi d’investimento.

Tuttavia, detta norma non specifica ulteriormente i requisiti della forma scritta, in particolare non precisa se sia necessario il requisito della presenza della doppia sottoscrizione su ognuna delle copie del contratto.

Tale disciplina normativa, con riferimento alla questione della validità del contratto bancario sottoscritto unicamente dal cliente, ha generato molteplici dubbi interpretativi sia in seno alla dottrina che alla giurisprudenza.

La tematica in oggetto, quindi, risulta essere di estremo interesse.

Invero, i contratti d'investimento bancari rappresentano nella prassi una delle tipologie di accordo maggiormente utilizzata nelle dinamiche contrattuali tra banche e clienti.

Dal punto di vista strettamente processuale, peraltro, secondo parte della dottrina, l'inosservanza di disposizioni imperative e la presunta nullità del contratto relativo ai servizi d'investimento per mancanza della firma del funzionario di banca costituiscono uno dei principali motivi di contenzioso tra investitori ed intermediari finanziari.³

Per di più, volendo ampliare il discorso al di là del mero dato normativo, l'argomento oggetto della presente tesi di laurea ci consente di riflettere su come l'applicazione del diritto debba essere inscindibilmente connessa alle evoluzioni dell'economia e della società

Invero, le evoluzioni sociali comportano la nascita di nuove situazioni che necessitano una tutela normativa e, oltre a ciò, anche l'interpretazione delle norme giuridiche esistenti deve essere effettuata in relazione alla funzione che risulta essere maggiormente appropriata al momento storico contingente.

Scopo precipuo di questo lavoro sarà, quindi, quello di effettuare un'analisi accurata e quanto più possibile esaustiva della disciplina normativa dei contratti bancari monofirma, nonché della loro evoluzione nel corso del tempo.

In particolare, verranno esaminate la forma prescritta per tale tipo di contratti e le cause di nullità e di annullabilità degli stessi, così come sancite all'interno dei testi legislativi di riferimento.

Inoltre, proporrà una disamina, quanto più ampia possibile, delle motivazioni che hanno portato l'autorità giurisdizionale a decretare in alcuni casi la loro validità ed in altri la loro nullità.

In tal modo, si darà conto dei contrasti che hanno portato alla recente pronuncia della Suprema Corte della quale verranno esaminate le motivazioni e l'iter argomentativo.

A questo fine, per poter trattare in maniera compiuta l'argomento, risulta, però, necessaria una ricognizione della disciplina generale del contratto, delineandone gli elementi essenziali e le cause di nullità ed invalidità. Successivamente, si passerà alla trattazione della qualificazione del contratto bancario monofirma, inquadrandolo nella più ampia categoria dei contratti bancari d'investimento e dei cosiddetti "contratti-quadro".

Infine, si darà conto degli opposti orientamenti e della decisione assunta con la citata sentenza delle SS.UU.

CAPITOLO I

IL CONTRATTO IN GENERALE ED I VIZI CONTRATTUALI

1. Definizione e disciplina generale – **2.** Elementi essenziali ed accidentali – **3.** La forma
– **4.** L'autonomia contrattuale ed i suoi limiti- **5** I vizi del contratto-**6** Le nullità virtuali

I.1 DEFINIZIONE E DISCIPLINA GENERALE

Il contratto viene definito dall'articolo 1321 c.c. come **“l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere fra loro un rapporto giuridico patrimoniale”**.

Esso è, per l'ordinamento italiano, il “modello – tipo” di negozio giuridico.

Difatti, il contratto è un negozio giuridico, al pari di altri tra loro eterogenei per struttura, oggetto e funzione⁴ (quali, a titolo esemplificativo, il matrimonio, il testamento, l'accettazione di eredità).

Tuttavia, a differenza di quanto avviene per il contratto il codice civile non detta norme specifiche relative al negozio giuridico.

Al contrario è dedicata un'ampia e dettagliata disciplina (artt. 1321 e ss.) ai “contratti in generale”, che funge, a ben vedere, da termine di riferimento generale per i negozi giuridici (salvo, ovviamente specifiche norme predisposte appositamente per singoli negozi).

Tale peculiarità è evincibile dal codice all'articolo 1324 c.c. che, testualmente, recita ***“Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale”***.

Dal punto di vista del rapporto sinallagmatico che si instaura tra le parti, il contratto è fonte di obbligazioni tra di esse, in quanto i contraenti devono rispettare i precetti che essi hanno volontariamente stabilito⁵.

Il codice civile ne disciplina, all'articolo 1325, gli elementi essenziali (o costitutivi), quelli accidentali ed infine le cause di nullità e di annullabilità.

I. 2 GLI ELEMENTI ESSENZIALI ED ACCIDENTALI

Gli elementi essenziali vengono definiti come gli elementi, in base alla correlazione ontologica che li lega al concetto di contratto, la cui mancanza determina la nullità del contratto, quali:

- **L'accordo:** L'incontro della volontà delle parti relativo alla stipula (o meno) del contratto (autonomia negoziale) e al contenuto dell'accordo (autonomia patrimoniale).
- **La causa:** tradizionalmente essa è stata concepita quale la funzione cui assolve il contratto sotto il profilo economico sociale⁶, cosiddetta "causa oggettiva," ossia l'astratta, e quindi tipica, ragione economico – giuridica del contratto. Più di recente, invece, la giurisprudenza maggioritaria parla di "funzione economico individuale" (la c.d. "causa soggettiva"), ossia essa viene attualmente intesa come

la giustificazione del movimento dei beni da un individuo all'altro, quale essa emerge dal concreto atteggiarsi degli interessi nel caso singolo.

- **L'oggetto:** il contenuto concreto dell'accordo il quale, ex art. 1346 c.c., deve essere possibile (deve riguardare un bene già esistente o che comunque potrà venire ad esistenza); lecito (non contrario a norme imperative, ordine pubblico e buon costume); determinato o determinabile (deve esserne specificata all'interno del contratto, soprattutto in riferimento a beni materiali, la quantità e la qualità o quantomeno i criteri tramite i quali poterle dedurre).
- **La forma:** la modalità con cui si manifesta la volontà delle parti. Nell'ordinamento giuridico italiano vige il principio di libertà della forma. Tuttavia, in taluni casi può essere richiesta una forma specifica affinché il contratto sia valido: la c.d. "forma *ad substantiam*" o come unico mezzo, insieme al giuramento, per provare l'avvenuta stipulazione del negozio "*forma ad probationem*".

Agli elementi appena visti si aggiungono, poi, così come avviene per il negozio giuridico in generale, i cosiddetti elementi accidentali del contratto, ossia delle clausole che le parti sono libere di apporre al negozio stipulato al fine di specificarne l'efficacia nel tempo o il modo dell'adempimento, senza tuttavia condizionare, in loro mancanza la validità dell'accordo. Essi sono:

- **La condizione:** definita dall'articolo 1353 del codice civile come "evento futuro ed incerto dal cui verificarsi le parti fanno dipendere l'inizio o la cessazione degli effetti di un negozio giuridico". Per poter essere validamente apposta al contratto, la condizione deve essere lecita, ossia non contraria a norme imperative, all'ordine

pubblico ed al buon costume, e possibile, cioè deve essere concretamente realizzabile. Ai sensi dell'articolo 1419 del codice civile, la condizione illecita o impossibile si considera semplicemente come non apposta e non comporta la nullità del negozio giuridico, salvo che le parti non dichiarino che non sarebbero addivenute alla stipula del contratto senza quella specifica condizione. La fase di incertezza relativa all'avvenimento oggetto della condizione viene definita di "pendenza". Durante questo periodo, colui il quale risulterebbe avvantaggiato dall'avverarsi della condizione si trova in una situazione definita dall'ordinamento di "aspettativa al sorgere di un diritto" e, secondo quanto previsto dall'articolo 1356 del codice civile, può compiere atti conservativi sul bene oggetto del contratto. Inoltre, l'articolo 1359 c.c. prevede che qualora la condizione non si avveri a causa di un'azione imputabile a chi aveva un interesse contrario al suo avveramento, il diritto sul bene sorge ugualmente. Gli effetti della condizione retroagiscono sino al momento della stipula del contratto.

- **Il termine:** esso è un evento futuro e certo dal quale o fino al quale si producono gli effetti di un negozio giuridico. Tale elemento accidentale differisce dalla condizione per il suo carattere di certezza, per tale ragione esso non ha efficacia retroattiva. Caso particolare è, poi, quello del termine di scadenza, caso in cui non si questiona riguardo l'esistenza del diritto, che è certo sin dal momento del raggiungimento dell'accordo, ma si differisce nel tempo l'adempimento dell'obbligazione che sorge dal negozio posto in essere.

- **Il *modus***: esso viene definito dall'ordinamento come l'onere imposto dall'autore di un atto di liberalità sul beneficiario dell'atto stesso. Se l'onere è eccessivamente gravoso il beneficiario non è tenuto all'esecuzione dell'obbligo oltre il valore di ciò che ha ricevuto. Nel caso in cui il beneficiario non adempia al *modus*, chiunque può richiedere il suo adempimento ma non ne consegue la risoluzione del negozio, salvo che l'adempimento del *modus* non sia stato l'unico motivo per il quale è stato posto in essere il negozio giuridico.

I. 3 LA FORMA

Per forma, come già brevemente accennato in relazione agli elementi essenziali, si intende la modalità di manifestazione della volontà negoziale ². In generale, essa può essere espressa, ossia qualora consista in cenni o scritti che abbiano lo scopo diretto della dichiarazione, oppure tacita, quando i contraenti, attraverso fatti dimostrativi (c.d. *factia concludentia*) assumono un contegno che, secondo la comune valutazione, sarebbe incompatibile con una volontà diversa da quella che si deduce dai fatti stessi.

All'interno dell'ordinamento giuridico italiano, la regola è quella della libertà della forma (articolo 14 delle disposizioni preliminari al Codice Civile). Tuttavia, viene talora tassativamente imposto dalla legge l'utilizzo di una specifica forma di manifestazione della volontà ai fini della valida stipula di determinati contratti o per consentire la produzione di particolari effetti giuridici.

Difatti, la legge, segnatamente nel caso dei cosiddetti *negozi solenni*, può richiedere una specifica forma come elemento costitutivo del negozio (forma *ad substantiam*), con la finalità sia di predisporre una documentazione che consenta di avere la certezza dell'esatto contenuto delle dichiarazioni negoziali sia di richiamare l'attenzione degli stipulanti sull'importanza dell'atto da loro posto in essere. Essa rappresenta il massimo grado di requisito formale richiesto per i negozi giuridici. Infatti, nell'ambito dei contratti, la forma scritta *ad substantiam* è richiesta, ai sensi dell'articolo 1350 del codice civile, per il contratto di compravendita di beni immobili e per quelli che costituiscono o modificano taluni diritti reali sugli stessi, ossia quelli che, in via generale, incidono in maniera estremamente rilevante sugli interessi patrimoniali dei privati. In altri casi, sempre indicati dalla legge, la forma scritta viene richiesta non come elemento costitutivo dell'atto ma come mezzo di prova riguardo lo stesso e la sua avvenuta stipulazione (cosiddetta forma *ad probationem*), come nel caso dell'assicurazione (art. 1888 del Codice Civile) o della transazione (art. 2725 del Codice Civile). In questi casi, quindi, l'esistenza del contratto non potrà essere provata tramite presunzione e/o testimonianza. Tuttavia, qualora sia richiesta solamente la forma *ad probationem*, il contratto, anche nei casi di difformità dallo schema legislativo di riferimento, rimane valido ed efficace. Da ciò, ne consegue che comunque la forma scritta come mezzo di prova può risultare anche da una dichiarazione scritta collegata al contratto che, invece, è stato concluso oralmente (es. una quietanza scritta menzionante il contratto concluso). Inoltre, essendo il contratto valido e produttivo di effetti giuridici, la parte interessata e legittimata a farlo valere può deferire all'altra il giuramento al fine di provarne l'effettiva esistenza. ⁸ Risulta necessario specificare, in quanto argomento inscindibilmente connesso all'oggetto della presente trattazione, che in

caso di contratto redatto in forma scritta, assume carattere essenziale la sottoscrizione ad opera dei contraenti ⁹ (articolo 2702 del codice civile), che svolge la duplice funzione di individuare con certezza le parti contrattuali e di attestare con certezza l'assunzione degli impegni contenuti nel testo scritto da parte dei contraenti. In termini assolutamente generali, la sottoscrizione non è ritenuta parte del contenuto contrattuale¹⁰, ma un elemento a sé stante di carattere documentale, di guisa è discusso in dottrina se essa debba obbligatoriamente osservare le forme prescritte dalla legge per gli atti strettamente formali. In particolare, si dibatte sulla circostanza se alla mancata sottoscrizione o alla sottoscrizione apocrifa di una scrittura privata possa sopperirsi mediante la produzione in giudizio della scrittura stessa ad opera della parte che non l'ha sottoscritta, la quale dimostra, in tal modo, di volersene avvalere. Questa eventualità, ed è proprio una delle questioni connesse al presente elaborato, può verificarsi poiché normalmente la scrittura privata viene redatta in tante copie quante sono le parti contrattuali, sottoscrivendo poi ciascun contraente quelle che restano in possesso degli altri. Di conseguenza, è possibile che la parte che intenda avvalersi della scrittura in via giudiziale esibisca la copia del contratto in proprio possesso, priva della propria sottoscrizione, non apposta per dimenticanza¹¹ o per prassi commerciale (come avviene, appunto nel caso dei contratti di intermediazione finanziaria), di guisa il soggetto che esibisce in giudizio una copia del contratto non sottoscritta da tutte le parti, sostanzialmente sta esibendo una proposta contrattuale (non ancora accettata). Ciò che è necessario capire è se dalla produzione in giudizio del documento può discendere l'accettazione. Per ciò che riguarda i contratti che richiedono la forma scritta *ad substantiam*, viene generalmente ritenuto che l'esibizione in giudizio collegata alla domanda di esecuzione potrà avere al massimo valore

confessorio con riferimento all'esistenza e al contenuto del contratto, ma non potrà dar vita ad un titolo suscettibile di esecuzione. Parte della giurisprudenza, ritiene invece (Cfr. *ex plurimis* Cass. 1730/83 Cass. 18005/04; Cass. 2020/99) che l'equipollenza possa essere ammessa in caso di forma *ad probationem* perché, in questo caso, non è necessario che le sottoscrizioni siano contestuali e perché equivarrebbero a sottoscrizione sia la procura rilasciata al difensore che la volontà di avvalersi del negozio manifestata nella scrittura incompleta. Tuttavia, affinché possa aversi equipollenza è necessario che l'esibizione deve avvenire nei confronti di chi ha sottoscritto e non di un terzo, e poi comunque l'esibizione non è valida quando la controparte abbia nel frattempo manifestato in modo inequivoco di non volersi avvalere del contratto. Inoltre, viene solitamente ammessa un'accettazione stragiudiziale ad opera della parte che non ha sottoscritto il contratto, quante volte costei manifesti, anche in maniera implicita, il consenso in uno scritto indirizzato alla controparte, un esempio è quello di una lettera con cui si sollecitano gli adempimenti previsti nella scrittura¹² (Cfr. Cass. 9374/92; Cass. 2292/06; Cass. 4921/06).

I.4 L'AUTONOMIA CONTRATTUALE ED I SUOI LIMITI

Uno dei principi maggiormente rilevanti all'interno della disciplina legislativa dei contratti è quello dell'*autonomia contrattuale*. Con tale espressione si intende il fatto che l'ordinamento giuridico italiano, definendo il contratto sostanzialmente come un mezzo attraverso il quale i privati possono costituire, modificare o estinguere i propri rapporti giuridici patrimoniali, lascia all'autonomia delle parti la regolazione di tali interessi. In altre parole, lo Stato, in ossequio ai principi di democrazia e libertà sanciti nella Carta Costituzionale, non interferisce nella scelta delle soluzioni e delle finalità da perseguire

nella cura dei propri interessi patrimoniali. Difatti, l'ordinamento semplicemente, nell'ambito del codice civile, emana le norme relative ai contratti, alle obbligazioni, alla proprietà ecc., lasciando ai privati la scelta degli obiettivi da raggiungere e del rapporto giuridico da loro ritenuto maggiormente idoneo ai propri scopi. Oltre a ciò, un altro aspetto fondamentale dell'autonomia contrattuale è costituito dalla libertà di concludere o meno un contratto, cosiddetta "*autonomia negoziale*". Invero, tranne in determinati casi indicati tassativamente dalla legge, come le aziende che esercitano la loro attività in regime di monopolio o coloro che si sono obbligati a contrattare mediante un precedente contratto, nessuno può essere obbligato a contrattare con un altro soggetto. L'articolo 1322 del codice civile stabilisce, poi, che i privati possono "*determinare liberamente il contenuto*" del contratto, nei limiti imposti dalla legge, e riconosce agli stessi la libertà di stipulare "*contratti che non appartengono ai tipi previsti dalla legge purché diretti a realizzare un interesse meritevole di tutela*". Infatti, il nostro sistema, come tutti quelli moderni, non limita l'autonomia dei privati in una serie rigida di schemi predisposti, cioè di tipi contrattuali. Difatti, pur esistendo una serie di schemi di contratto già predisposti ad opera della legge (tutti quelli contenuti all'interno del III titolo del IV libro del codice civile ed i contratti di lavoro, di società e di associazione), si lascia ai privati la possibilità di predisporre contratti diversi e nuovi che meglio si adattino alle loro esigenze. Ciò avviene poiché l'origine di molti dei contratti oggi adottati da privati ed imprese è dovuta alla prassi commerciale. Invero, con la globalizzazione e l'aumento delle tipologie di scambi commerciali intraprendibili, gli interessi da regolare nascono dall'evolversi delle attività economiche ed, in gran parte, non sono prevedibili astrattamente dal legislatore. Da tali esigenze di regolazione di interesse, poi, traggono origine nuovi tipi contrattuali che nel

tempo si consolidano ed entrano a far parte della prassi commerciale. Alcuni dei contratti oramai tipizzati nel nostro ordinamento o, comunque, aventi ampia diffusione, difatti, sono nati dall'esperienza di affari in altri paesi ¹³ (es. il *project financing* la cui storia ha inizio in Gran Bretagna e negli Stati Uniti d'America con la realizzazione di interventi nel settore energetico ed, in particolare, nella costruzione di impianti di estrazione petrolifera) e poi sono stati "importati" poiché si era consolidata anche nell'economia nostrana l'esigenza di regolazione di interessi che quegli schemi contrattuali soddisfacevano. Solo in determinati ambiti, l'ordinamento giuridico non riconosce la libertà ai privati di creare nuovi tipi di convenzioni contrattuali e delinea, di guisa, un sistema caratterizzato da una tipicità degli schemi contrattuali consentiti.

Nell'ambito dei contratti tipici l'autonomia delle parti, sancita dall'articolo 1322 c.c., si estrinseca nella libera determinazione del contenuto del negozio. Cioè, gli stipulanti possono precisare a loro piacimento tutti gli elementi lasciati alla libera determinazione delle parti (il prezzo, le modalità di pagamento, il tempo ed il luogo della consegna) ma anche modificare lo schema base predisposto dalla legge, qualora le norme che lo regolino siano meramente dispositive (es. ai sensi dell'articolo 1490 del codice civile le parti possono escludere la garanzia per difetti della cosa venduta).

Per quanto concerne i contratti atipici, invece, l'articolo 1322 ritiene che essi debbano essere funzionali alla realizzazione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico. Parte maggioritaria della dottrina¹⁴ ritiene che ciò significhi semplicemente che la causa del contratto debba essere lecita. Ovviamente, anche i contratti non tipizzati sono sottoposti alle norme generali dei contratti, sancite nel titolo II del libro