

n. 8/2016

Milano, maggio 2016

NULLITÀ DEL CONTRATTO NORMATIVO PRIVO DELLA SOTTOSCRIZIONE DELLA BANCA.

Commento critico alla sentenza n. 5919 della Corte di Cassazione depositata il 24 marzo 2016.

1. Il thema decidendum.

Con la sentenza n. 5919 del 24 marzo 2016, la Corte di Cassazione ha dichiarato la nullità del contratto normativo, nella specie per l'esecuzione di ordini di investimento, concluso tramite scambio di proposta ed accettazione, in assenza della produzione in giudizio della copia contenente la sottoscrizione della banca consegnata al cliente, così dichiarando la conseguente nullità dei relativi ordini di esecuzione.

*

2. La motivazione della sentenza.

Chiamata a giudicare su casi analoghi, la giurisprudenza ha spesso ritenuto che la prova della valida conclusione del contratto potesse essere ricondotta alla dichiarazione del cliente di aver ricevuto una copia firma del contratto, oppure, quantomeno, ha ritenuto che il contratto si fosse perfezionato con la produzione in giudizio del documento da parte della banca o con gli atti di esecuzione dello stesso.

La sentenza in commento ha però giudicato diversamente.

Da un lato, la Corte ha ritenuto che la dichiarazione del cliente di aver ricevuto

una copia del contratto sottoscritta dalla Banca non fosse idonea a provare il perfezionamento del contratto in forma scritta – *id est* la manifestazione di volontà negoziale – in quanto “*La verifica del requisito della forma scritta ad substantiam si sposta ... sul piano della prova ove trova applicazione la disposizione dettata dal codice civile che consente di supplire alla mancanza dell'atto scritto nel solo caso previsto dall'art. 2725 c.c., comma 2, che richiama l'art. 2724 c.c., n. 3: in base al combinato disposto di tali norme, la prova per testimoni di un contratto per la cui stipulazione è richiesta la forma scritta ad substantiam è dunque consentita solamente nell'ipotesi in cui il contraente abbia perso senza sua colpa il documento che gli forniva la prova del contratto*”.

Al di fuori di tale caso, per la prova del contratto non solo sarebbe preclusa la prova testimoniale, essendo altresì “*interdetta ... la confessione (Cass. 2 gennaio 1997, n. 2; Cass. 7 giugno 1985, n. 3435) quale, in definitiva, sarebbe la presa d'atto, da parte [del cliente n.d.r.] della consegna dell'omologo documento sottoscritto dalla banca*”.

Dall'altro lato, la validità del contratto non sarebbe neppure ricollegabile, come da

consolidato orientamento di Cassazione¹, alla produzione in giudizio del contratto da parte del soggetto che non l'ha sottoscritto, o dalle manifestazioni di volontà del contraente di volersi avvalere del contratto, poiché il "perfezionamento ... non può verificarsi se non ex nunc, e non ex tunc (ed infatti il contratto formale intanto si perfeziona ed acquista giuridica esistenza, in quanto le dichiarazioni di volontà che lo creano siano state per l'appunto formalizzate)"², ma il perfezionamento ex nunc non sarebbe

¹ Non solo la sentenza n. 4564 del 2012, ma anche, tutte citate dalla sentenza in commento: "Cass. 5 giugno 2014, n. 12711 ove si precisa che, per il perfezionamento dell'accordo è necessario non solo che la produzione in giudizio del contratto avvenga su iniziativa del contraente che non l'ha sottoscritto, ma anche che l'atto sia prodotto per invocare l'adempimento delle obbligazioni da esso scaturenti; Cass. 17 ottobre 2006, n. 22223; Cass. 5 giugno 2003, n. 8983; Cass. 1 luglio 2002, n. 9543; Cass. 11 marzo 2000, n. 2826; Cass. 19 febbraio 1999, n. 1414; Cass. 15 maggio 1998, n. 4905; Cass. 7 maggio 1997, n. 3970; Cass. 23 gennaio 1995, n. 738; Cass. 24 aprile 1994, n. 5868, ove si precisa che il principio non trova applicazione allorché il giudizio sia instaurato non nei confronti del sottoscrittore, bensì dei suoi eredi; Cass. 28 novembre 1992, n. 12781; Cass. 7 agosto 1992, n. 9374; Cass. 24 aprile 1990, n. 3440; Cass. 7 luglio 1988, n. 4471; Cass. 11 settembre 1986, n. 5552)".

² Continua la sentenza in commento: "tant'è che il congegno non opera se l'altra parte abbia medio tempore revocato la proposta, ovvero se colui che aveva sottoscritto l'atto incompleto non è più in vita nel momento della produzione, perché la morte determina di regola l'estinzione automatica della proposta (v. art. 1329 c.c.) rendendola non più impegnativa per gli eredi (in senso diverso sembra rinvenirsi soltanto Cass. 29 aprile 1982, n. 2707, secondo cui la produzione in giudizio del documento sottoscritto da una sola parte non determina la costituzione del rapporto ex nunc, ma supplisce alla mancanza di sottoscrizione con effetti retroagenti al momento della stipulazione)".

possibile, in quanto colliderebbe con "il principio dell'inammissibilità della convalida del contratto nullo ex art. 1423 c.c."

In altre parole, "la forma scritta, quando è richiesta ad substantiam, è ... elemento costitutivo del contratto, nel senso che il documento deve essere l'estrinsecazione formale e diretta della volontà delle parti di concludere un determinato contratto avente una data causa, un dato oggetto e determinate pattuizioni, sicché occorre che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà delle parti diretta alla conclusione del contratto".

*

3. Il contrasto continua.

Insomma, la prima Sezione della Corte di Cassazione vorrebbe, con un colpo di spugna, cancellare un consolidato orientamento ultradecennale.

Auspiciando un intervento pacificatore delle Sezioni Unite, non si può che indicare sommessamente una rilevante problematica sottesa alla soluzione adottata dalla Corte, che invece risultava coerentemente risolta dalla precedente giurisprudenza.

Ci si riferisce, in particolare, alla possibilità per il cliente di invocare in giudizio - a proprio piacimento - la nullità delle sole operazioni risultate negative, così di fatto ponendo in essere, con il proprio comportamento opportunistico, un vero e proprio abuso del diritto.

D'altronde, nel caso in commento la questione dell'abuso del diritto, pur presa in considerazione, non è stata giudicata dalla Corte unicamente in quanto tardiva,

ma la stessa sentenza ha dato atto che in dottrina è stato ritenuto *“che una simile eccezione costituirebbe il mascheramento di un recesso di pentimento contra legem. E, talora, anche la giurisprudenza di merito, ha ritenuto di cogliere una sproporzione tra il rimedio azionato (la nullità dell'intero «contratto quadro») e il risultato pratico avuto di mira (il recupero della somma investita in titoli tossici)”*. E infatti, in casi analoghi è stata dichiarata l'inammissibilità dell'azione di nullità proposta dal cliente poiché non risulta *“coerente con lo scopo perseguito dalla norma e viola i principi costituzionali di solidarietà e di giusto processo”* (così Trib. Torino, 07.03.2011, n. 1506, G.R. dott.ssa Zappasodi).

Ciò in quanto, in ambito bancario e finanziario, le norme che pongono l'obbligo di forma scritta per i contratti (art. 117 TUB e art. 23 TUF) sono state pacificamente inserite a scopo informativo, e così di tutela, del Cliente³.

Pertanto, se la forma scritta è prevista al solo scopo di garantire la piena conoscenza del cliente delle norme contrattuali, a quale scopo deve essere richiesta la sottoscrizione della banca, che quel contratto certamente conosceva e voleva?

*

4. Consigli applicativi.

Inutile evidenziare come la sentenza in oggetto, pur in opposizione ad un orientamento giurisprudenziale consolidato, non potrà che essere

³ *“Tale previsione [di forma scritta n.d.r.], dettata, secondo la prevalente opinione, a fini protettivi dell'investitore (Cass. 22 marzo 2013, n. 7283)”*.

utilizzata dai clienti per sostenere l'invalidità del contratto mediante la produzione in giudizio di una copia priva della sottoscrizione della banca.

Per puro tuziorismo, si consiglia quindi di prestare la massima cura nella **conservazione di entrambe le copie** - proposta ed accettazione - dei contratti normativi, in modo da poter provare in un eventuale futuro giudizio la manifestazione di volontà conforme di entrambi i contraenti.

Dott. Massimo A. Genevini
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Milano

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.