

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

Equipollenti della sottoscrizione intermediaria e impegnatività del contratto del comparto finanziario

1.- Si discute, in questi ultimi tempi, dell'ipotesi di ammettere – a riguardo dei contratti relativi a operazioni del comparto finanziario e sulla base di una presente sottoscrizione del cliente – degli equipollenti sostitutivi della mancata sussistenza, in fattispecie, della sottoscrizione dell'intermediario. Il tema è stato toccato, tra gli altri interventi, anche dalla nota ordinanza di Cass. 27 aprile 2017, n. 10447, che – con specifico riferimento ai contratti relativi ai servizi di investimento - ha rimesso alle Sezioni Unite della Corte la questione dell'eventuale validità di quanto gli operatori usano indicare come «contratto monofirma» (la questione, per meglio dire, dei presupposti effettivamente necessari per la validità di simili fattispecie concrete). «Il consenso della banca, pur necessario trattandosi di un contratto, potrebbe» - così ha scritto l'ordinanza (p. 13) - «rivestire anche altre forme di manifestazione della volontà»¹.

Sinora, per la verità, la questione è stata affrontata con riferimento solo al caso di possibile replica dell'intermediario nei confronti del rilievo di nullità del contratto, che sia formulato dal cliente *ex art.* 117 TUB e/o 23 TUF in ragione appunto della mancata presenza sul testo contrattuale di una sottoscrizione dell'intermediario medesimo. Si tratta, tuttavia, di una prospettiva che si manifesta assai angusta, se confrontata rispetto alla dimensione potenzialmente riconoscibile al problema.

In effetti, la domanda (circa l'ipotetica rilevanza sostitutiva degli equipollenti) potrebbe essere replicata per una vasta serie di ipotesi. Così è, ad esempio, per il punto del rispetto dell'onere di consegna di un esemplare contrattuale, secondo le prescrizioni dell'art. 117 TUB e 23 TUF. E ugualmente ci si potrebbe interrogare se, in presenza di dati equipollenti, davvero soddisfi l'obbligo legale di comunicazione a richiesta della clientela, di cui all'art. 119 comma 4 TUB, la

¹ Nel contempo, l'ordinanza ha espressamente escluso la sufficienza – per una positiva valutazione di «equipollenza alla sottoscrizione» - del livello rappresentato dalla «produzione del documento non firmato in giudizio» ovvero pure dai «comportamenti concludenti posti in essere dalla banca e documentati per iscritto» (p. 7 s.).

trasmissione di una copia contrattuale priva della sottoscrizione intermediaria: che pure è ipotesi all'evidenza vicinissima - contigua dal punto di vista dell'operatività pratica – a quella della mancata chiusura formale del contratto. Ma ci si potrebbe persino chiedere, al limite, se l'eventuale sussistenza di equipollenti non possa in concreto supplire alla mancata sottoscrizione dell'intermediario sul contratto di fideiussione ai fini dell'ottenimento di un decreto ingiuntivo (essendo acquisito, ormai, che pure il negozio di assunzione dell'obbligo fideiussorio soggiace alla disciplina di trasparenza bancaria).

D'altro canto, posto che la funzione per cui vengono nella specie evocati gli equipollenti non è quella di esprimere una volontà attuale (di quel momento specifico, cioè), bensì di esprimere e documentare una volontà passata (: l'esserci stata una conclusione del contratto), pure è da rilevare che l'eventuale idoneità degli stessi non può non valere, se si utilizza un identico metro di giudizio, anche per le richieste che vengano formulate in giudizio dal cliente. Così, per avventura, ove questo intenda dimostrare che l'intermediario non ha rispettato – nei confronti di un determinato testo contrattuale, assunto appunto come quello «originario» (e non sottoscritto dal predisponente) - le condizioni stabilite dalla norma dell'art. 118 TUB. O intenda riscontrare la mancata presenza, per dire, di una condizione economica, pure pretesa nei fatti dall'intermediario; o la diversa misura della condizione economica richiesta rispetto a quella scritta nel testo mono firmato (artt. 117 TUB, 23 TUF, 37 Reg. interm. 2007). Come pure l'assenza, nel caso, di altre indicazioni tra quelle che l'appena citata norma dell'art. 37 viene a prescrivere.

2.- Non v'è dubbio che l'idea di superare il principio del sistema, che assume la forma *ad substantiam* dei negozi nei termini di un onere esclusivo², di per sé stessa possiede – sotto il profilo dommatico - una dimensione problematica assai impegnativa (per fare solo un esempio di ordine minimale, la legge è del tutto silente, qui, sull'eventualità di poter aprire a equipollenti, a differenza di quanto propone lo schema normativo dell'art. 2704 cod. civ.). A parte questo profilo - che

² E di andare assai oltre, in tal modo, al livello segnato dall'*exceptio doli generalis*, che per sua propria natura si propone come ipotesi particolare (in quanto propriamente non fisiologica).

sarebbe in ogni caso semplicistico qualificare come affatto pregiudiziale -, il problema è quello di individuare, per il caso occorrente, misura e livello di ciò che potrebbe essere definito come equipollente, come struttura alternativa adeguata al bisogno cioè.

Non meno del primo, pure questo problema - specie ove assunto con riferimento alla dimensione ampia che si è appena visto essere caratteristica del tema degli equipollenti della sottoscrizione intermediaia - si manifesta di notevole delicatezza e sottile. Nella prospettiva di uno sviluppo del dibattito al proposito, peraltro, può forse non essere inopportuno far qui cenno (seppur rapido) di due profili, che mi pare potrebbero anche essere ritenuti come quelli di base.

Sembra in radice da escludere – è bene dunque segnalare prima di tutto – l'eventualità di assumere, anche solo in via indiretta o di fatto, una prospettiva di trattamento più morbida per gli intermediari in punto di individuazione degli equipollenti. A vedere bene, anzi, l'opzione potrebbe essere orientata, casomai, nel senso dell'opposta direzione.

Sul piano materiale appare evidente, in effetti, la maggior disponibilità (la più agevole disponibilità, se si preferisce) della documentazione contrattuale da parte dell'intermediario, che del resto funge da predisponente seriale dei relativi testi. La stessa legge, d'altra parte, riconosce all'intermediario il ruolo (e il compito) non solo di «costruttore», ma anche di «custode» della documentazione contrattuale (cfr. se non altro, la norma dell'art. 119 TUB). Il sistema delineato dalla legge negli artt. 117 TUB e 23 TUF – va ancora notato – suppone la confezione di più «esemplari» contrattuali³, del tutto uguali e dunque anche completi nelle sottoscrizioni (secondo il principio, almeno): con l'intermediario che ne deve consegnare uno al cliente, per trattenere l'altro presso di sé⁴. Né può essere dubbio che la conservazione (attenta, gelosa) di questo «secondo» esemplare risponda – per l'intermediario che il contratto ha concluso e che va a

³ Il punto sembra essere sfuggito alla Consob. Senza ragione distanziandosi dal testo dell'art. 23, comma 1, TUF, infatti, l'art. 37, comma 1 in fine, Regolamento intermediari 2007 parla di consegna «di una copia»

⁴ Sul punto, per la dottrina, si veda in particolare M. GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, II, p. 554 ss.

eseguirlo – al vincolo della «sana e prudente gestione», al cui rispetto le relative imprese non possono in ogni caso sottrarsi.

L'altro rilievo, che più sopra si è annunciato, muove dalla constatazione che, per i contratti del comparto finanziario, l'onere della forma *ad substantiam* non risponde solo, - a ben vedere neppure tanto - a un'esigenza di informazione del cliente: questa, del resto, con riferimento specifico al tempo di conclusione del contratto, e in relazione alla dinamica pertinente la stessa, si trova assicurata da altre, diverse regole disciplinari (cfr., in particolare, le norme degli artt. 127 *bis*, 124, 126 *quater*, 116 TUB, 34 Reg. Consob). La funzione precipua dell'onere formale sembra piuttosto focalizzarsi nel dotare il cliente di un testo su cui poter poi confrontare la correttezza, o meno, del comportamento tenuto dell'intermediario nell'arco dell'intero rapporto contrattuale: e tanto all'interno di un più ampio riferimento funzionale, come in genere inteso a consentire al cliente di compulsare in modo continuo i diritti e i pesi consegnatigli dal contratto, come pure di identificare in termini precisi la puntuale conformazione dei doveri propri e altrui.

Se questo è vero, la condizione di base per l'eventuale identificazione di equipollenti della sottoscrizione intermediaria non può essere, a mio avviso, che quella concernente il segno sicuro dell'impegnatività del contratto per l'intermediario medesimo: senza arrestarsi, tuttavia, a un riscontro di impegnatività generica; ovvero all'impegnatività di un dato contratto in genere (che è poi cosa, a ben vedere, che nella sua vaghezza non significa davvero nulla). Dovrebbe occorrere, per contro, il riscontro dell'impegnatività intermediaria nei confronti di un testo contrattuale completo, come fermato rispetto al tempo in cui si assume che sia avvenuta la sua conclusione (e questo non solo, ovviamente, per il controllo dell'effettivo rispetto da parte dell'intermediario delle condizioni dalla legge fissate per un corretto esercizio del *ius variandi*).