

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2017

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

Sottoscrizione e “forma informativa” nei contratti del mercato finanziario

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza in tema di contratti del mercato finanziario privi della sottoscrizione dell'intermediario - 2. Considerazioni introduttive sull'orientamento di parte della giurisprudenza di merito - 3. Sottoscrizione e documento - 4. “Forma informativa” vs. sottoscrizione del contratto scritto?: le fattispecie diverse dall'art. 23 TUF - 5. La forma informativa nel contratto di intermediazione mobiliare: dubbi - 6. Importanza e limiti degli obblighi di informazione 7. - Il significato della sottoscrizione nel documento contrattuale 8. – Prime conclusioni: il senso della sottoscrizione dell'intermediario nei contratti finanziari; 9. – Forma del contratto e attività bancaria e finanziaria. Conclusioni.

1. La giurisprudenza in tema di contratti del mercato finanziario privi della sottoscrizione dell'intermediario

La *querelle* sulla necessità o meno della sottoscrizione dell'intermediario finanziario nei contratti dal medesimo conclusi con la clientela, ha il merito, tra l'altro, di aver contribuito a tener vivo l'interesse sul tema della forma contrattuale, sul quale tanto si è spesa la recente dottrina⁽¹⁾. In attesa della risposta delle Sezioni Unite, cui la questione è stata rinviata da Cass., ord., 26 aprile 2017, n. 10447, in www.ilcaso.it, può non essere inutile soffermarsi su alcuni spunti offerti da alcune sentenze di merito, che hanno aderito alla tesi della non necessità della sottoscrizione dell'intermediario. Come si vedrà, tali spunti sono di uno spessore assai diverso dall'argomento – fatto pro-

¹) V. per un primo giro d'orizzonte dei contributi più recenti e per riferimenti ulteriori VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; M. MESSINA, «*Libertà di forma*» e nuove forme negoziali, Torino, 2004; MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008; PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; ID., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 770 ss.; FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011; FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 582 ss.; BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013.

prio da Cass. 14 agosto 2016, n. 17290, in www.expartecreditoris.it, nonché da Trib. Alessandria, 27 febbraio 2017, in www.ilcaso.it – secondo il quale, di fatto, il requisito della sottoscrizione potrebbe essere superato dalla frase «*prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi*», o altre analoghe, apposte nel modulo sottoscritto dal cliente ⁽²⁾.

Ad esempio, Trib. Milano 16 novembre 2011, in www.ilcaso.it, premesso che la forma scritta *ad substantiam* prevista dall'art. 23 TUF, persegue “*finalità di responsabilizzazione del consenso e protezione del cliente*”, ha ritenuto che tali finalità siano “*pienamente realizzate quando l'investitore ha sottoscritto copia del contratto quadro e ha dichiarato di aver ricevuto copia dello stesso*”. Il Tribunale ha aggiunto che “*in questo contesto l'apposizione del tratto autografo da parte del delegato dell'intermediario costituirebbe un formalismo vacuo ed inutile*”.

A conclusione sostanzialmente analoga è pervenuta App. Venezia 28 luglio 2015, in www.ilcaso.it, sul rilievo che “*la forma scritta risponde non solo a esigenze di ponderazione del rapporto, ma è soprattutto veicolo di informazioni*”. Su questa linea, più diffusamente, meritano di essere segnalate almeno altre due sentenze: Trib. Novara 2 novembre 2009, in *Giur. It.*, 2010, 606, si è soffermata sulla “*particolare funzione che la forma scritta assolve nel caso di specie, funzione che è quella di dare certezza nel preminente interesse del cliente, dell'autorizzazione data alla banca a svolgere un determinato servizio di investimento e, altresì, del tipo di servizio di investimento che la banca si impegna ad offrire e delle informazioni di base sul servizio e sui suoi costi*”, pervenendo così alla conclusione che in questi contratti “*la forma scritta si pone come veicolo certo di un flusso di informazioni dall'intermediaria al cliente e dal cliente all'intermediaria, del*

²) Sul tema rinvio a La Rocca, *Deficit cognitivi ed efficacia confessoria nelle condizioni generali di contratto*, in *Riv. Dir.banc.*, 2016/11. A proposito delle dichiarazioni inserite nelle condizioni generali contratto, o nelle premesse del modulo contrattuale predisposto dalla banca (la diversa collocazione, infatti, non muta la qualificazione), che prevedono l'ammissione del cliente di avere ricevuto informazioni “*adeguate*” circa l'inadeguatezza dell'operazione oggetto dell'ordine, è recentemente intervenuta Cass. 6 giugno 2016 n. 11578, che ha escluso la natura confessoria di tali dichiarazioni in quanto hanno ad oggetto un giudizio e non un fatto.

mandato del cliente alla banca di eseguire dietro suoi ordini investimenti in strumenti finanziari; si tratta, pertanto, di forma scritta a sanzione di nullità che, in parte, si discosta dalla tradizionale distinzione di forma scritta ad substantiam o ad probationem in quanto, pur essendo una forma per la validità del contratto, essa è di protezione per il cliente, al punto che essa può essere fatta valere solo da quest'ultimo”.

Deve poi aggiungersi Trib. Milano 12 novembre 2013, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2014, 814 ss.: secondo tale sentenza i requisiti di forma introdotti dalla recente legislazione del mercato finanziario di matrice europea sarebbe volta “*non più soltanto a responsabilizzare l'esplicitazione del consenso delle parti, ma ... a dare rilievo alla trascrizione delle regole contrattuali*” (nello stesso senso Trib. Alessandria, 27 febbraio 2017, in www.ilcaso.it). La conferma a livello testuale di queste affermazioni è rinvenuta dal Tribunale di Milano nell'art. 23 TUF, nella parte in cui prescrive che la nullità per assenza di forma scritta può essere fatta valere solo dal cliente, con la conclusione che la sola sottoscrizione di quest'ultimo sarebbe sufficiente in quanto egli sarebbe “*informato circa il contenuto e la portata dell'attività di intermediazione e negoziazione che domanda alla banca*”.

2. Considerazioni introduttive sull'orientamento di parte della giurisprudenza

Le decisioni rammentate nel precedente paragrafo meritano la massima attenzione. Esse infatti non si limitano a far proprio l'assunto comunemente svolto (anche se – come si dirà nei prossimi paragrafi – certamente non esaustivo) - secondo il quale in questi contratti le prescrizioni formali “*sono concepite in funzione dell'interesse di una delle parti*” ⁽³⁾. La loro carica – in qualche modo eversiva – è stata colta

³) ROPPO, *Il contratto*², Milano, 2011, 209. Per efficaci sintesi del dibattito che precedette e seguì l'introduzione della forma scritta nei contratti bancari e finanziari conclusi con la clientela ad opera, rispettivamente, dell'art. 3, l. 17 febbraio 1992, n. 154, e dell'art. 6, lett. c, l. 2 gennaio 1991, n. 1, v., tra molti, in particolare R. LERNER, *Forma contrattuale e tutela del contraente debole “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 91 ss.; A.M. CARRIERO, *Commento sub art. 117*, in CAPRIGLIONE (cur.), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 1994, 592 s.; e più recentemente PONTIROLI, DUVIA, *Il formali-*

da chi, apprezzandone l'approccio teleologico al problema della forma, ha sottolineato come esse rendano evidente "il tratto di discontinuità più evidente tra negozio solenne e formalismo di più recente conio", che viene individuato nel venir meno della necessità della sottoscrizione allorché il "contratto contenga e diffonda nel mercato una serie predeterminata di informazioni" (4).

Tali affermazioni si inseriscono in modo problematico all'interno del frastagliato panorama delle c.d. "forme di protezione". Queste ultime, articolate in un insieme assai differenziato di disposizioni, sono sostanzialmente volte ad abbattere, per quanto possibile, le asimmetrie informative che fisiologicamente e per più versi si determinano in ogni mercato tra gli operatori professionali e le loro controparti. In questa prospettiva la sottoscrizione del documento contenente le informazioni (c.d. *textform*) ad opera dell'operatore professionale assume ragionevolmente una ridotta rilevanza per il conseguimento di una congrua informazione, dovendosi distinguere tra la *ratio* della vicenda informativa ed il tema della imputabilità del documento (5). Sono peraltro evidenti i delicatissimi problemi che si allineano nei casi in cui il contratto è richiesto a forma scritta a pena di nullità: tra questi è certamente in primo piano il problema se il fine protettivo/informativo in ipotesi riconosciuto al contratto ne faccia venir meno la natura di scrittura privata e la necessità di ripercorrere il relativo schema. Questo problema sembra risolto dalla giurisprudenza di merito riferita nel primo paragrafo nel senso di privilegiare il momento dell'efficacia cognitiva dello scritto a scapito della completezza strutturale dello stesso. È significativo, in proposito, quanto si legge nella motivazione di Trib. Milano 16 novembre 2011, cit., secondo la quale, una volta che l'investitore abbia ricevuto e sottoscritto una copia del contratto-quadro, "l'apposizione del tratto autografo da parte del delegato dell'intermediario costituirebbe un formalismo vacuo ed inutile".

sino nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MIFID, in *Giur. Comm.*, 2008, I, 151 ss.

4) MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle corti di merito*, in *Contratto e impresa*, 2011, 16 ss., 30. V. altresì A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2010, 205 ss.

5) Cfr. MORELATO, *op. cit.*, 41; PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., 54; FAZIO, *op. cit.*, 103 e 105.

Le parole utilizzate dal Tribunale rendono evidente che la centralità assegnata al fine informativo è talmente pervasiva da far emergere una vera e propria insofferenza verso il momento formale. Questo è un dato meritevole di attenzione perché tale insofferenza non è nuova. Più precisamente, le parole usate dal Giudice di Milano a proposito della sottoscrizione dell'intermediario finanziario (“*un formalismo vacuo ed inutile*”) rievocano la percezione delle strutture formali sviluppatasi con il consolidarsi della Rivoluzione Industriale. Allora l'esigenza di assicurare un rapido sbocco all'*output* riveniente da una industrializzazione resa sempre più crescente e pervasiva dallo sviluppo tecnologico, determinò la necessità di organizzare mercati improntati ad un'efficienza che ne garantisse il costante sviluppo ⁽⁶⁾. Questa necessità determinò un complessivo ripensamento del contratto ⁽⁷⁾, all'interno del quale la forma contrattuale fu oggetto di un intenso processo di svalutazione. L'approccio verso di essa fu segnato per almeno due secoli dalla dottrina tedesca del XIX secolo: SAVIGNY li descrisse come peculiari di “*quei periodi della storia, nei quali la fantasia prepondera sulle altre forze dello spirito*”, e che pertanto sono destinati a perdere importanza “*a misura che la ragione riflessiva prende terreno*” ⁽⁸⁾. Tale impostazione fu sostanzialmente confermata dalla Pandettistica, che guardò alla “forma” come alla “*conformazione esteriore*”, alla “*parvenza esteriore*” della “*dichiarazione di volontà*”, nella quale propriamente consiste il negozio giuridico ⁽⁹⁾.

⁶) Cfr. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, (*The Great Transformation*, New York, 1944), trad. it. Di R. Vigevani, con introd. Di A. Salsano, Torino, 1974, 54 s.

⁷) Per un ampio riesame di questo processo v. P. BARCELONA (con la collaborazione di C. CAMARDI), *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, 430 ss. Una sintesi particolarmente attenta alla *common law* è offerta da KESSLER, *Contract as a principle of order*, ora in M. R. COHEN, F.S. COHEN, *Readings in Jurisprudence and Legal Philosophy*, I, Boston – Toronto, 1951, 140 ss.

⁸) SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione dall'originale tedesco di Vittorio SCIALOJA, Torino, 1891, III, 240.

⁹) WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, traduz. It. Di FADDA e BENZA, I, Torino, 1925, 214 ss.

Sono aspetti sui quali qui non è possibile soffermarsi ⁽¹⁰⁾. In questa sede mette conto sottolineare che essi non sono rimasti estranei al c.d. “neoformalismo”: fin dall’introduzione di una forma vincolata per il contratto del mercato finanziario, si sono manifestate preoccupazioni per le “*esigenze di celerità ed operatività dei traffici commerciali*”, che sarebbero “*imbrigliate*” dall’“*eccessivo rigore contrattuale*” ⁽¹¹⁾. Così, per sostenere la non necessità della sottoscrizione dell’intermediario nei contratti ex art. 23 TUF, si è tornati dopo due secoli a riecheggiare le parole di Savigny e Windscheid, scrivendo che “*la forma è il modo esteriore ... per esprimere la volontà; e la sottoscrizione è altro dalla volontà espressa, essendo invece lo strumento tecnico di imputazione di una volontà manifestata in una certa forma*”, con la conseguenza che, risolto in qualche modo il problema

¹⁰) Per approfondimenti rinvio agli studi di prossima pubblicazione *Il problema della forma e la sua poliedricità*, e *Requisiti di forma e costi transattivi nel contratto del secolo breve*.

¹¹) Cfr. RESCIGNO, “*Trasparenza bancaria*” e *diritto comune dei contratti*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1990, I, 297 ss., 305, sulla rinascita del formalismo nell’era dell’informatica; SCHLESINGER, *Problemi relativi alla c.d. “trasparenza bancaria”*, in *Corr. Giur.*, 1989, 229 ss.; ROVITO, PICARDI, *Commento sub art. 18*, in *L’eurosim. D. lgs. 23 luglio 1996 n. 415. Commentario* a cura di G.F. CAMPOBASSO, Milano, 1995, 133 ss., 134; CASORIA, *Affidamenti e sconfinamenti in conto corrente tra requisiti formali e vincoli di accessorietà*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2014, I, 686 ss., cui si riferisce il virgolettato nel testo: sono visioni datate del mercato e dei costi aziendali, ancorate ad una fase di sviluppo del mercato e degli affari che si presenta soprattutto in mercati ancora non maturi e, in quanto tali, ancora alla ricerca del massimo sviluppo ossia sono alla ricerca dell’efficienza del mercato. In uno stadio successivo invece si vogliono mercati “integri”, nei quali il rischio di distruggere il risparmio sia ridotto quanto più possibile e il risparmiatore meglio tutelato anche nel senso che le sue scelte di investimento e di consumo siano in linea con i suoi bisogni e le sue aspettative.

Sul superamento della concezione della forma accennata nel testo v. fin d’ora ad es. P. PERLINGIERI, *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale ed autonomia*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 569 ss., 571 ss.; IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, ora in *Studi sul formalismo*, cit., 23 s.; R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul neoformalismo negoziale)*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1990, I, 780; RUFINI, *Banche (Trasparenza delle condizioni contrattuali)*, in *Digesto comm.*, Agg., Torino, 2000, 93; BRECCIA, *La forma*, in ROPPO, *Trattato del contratto, I, Formazione*, a cura di GRANELLI, Milano, 2006, 465 ss., 500; BERTI DE MARINIS, *op. cit.*, 58 s.

dell'imputabilità, svaporerebbe la necessità della sottoscrizione ⁽¹²⁾, la quale – tornano in acconcio ancora una volta le parole del Tribunale di Milano – si confermerebbe per tale via “*formalismo vacuo ed inutile*”.

Inoltre, l'affievolita importanza per questa via assegnata alla sottoscrizione ha ulteriori ricadute sul piano sistematico, tanto in tema di modalità di conclusione del contratto ⁽¹³⁾, quanto sotto il profilo dell'inquadramento di quella particolare fattispecie di “forma di protezione”, che si viene così delineando a proposito dei contratti del mercato finanziario.

Con riguardo all'aspetto relativo alle modalità di conclusione del contratto, non può sfuggire una sorta di degradazione del documento sottoscritto dal risparmiatore, da proposta o accettazione ex art. 1326 c.c. di un contratto formale, ad una sorta di modulo d'ordine rilevante alla stregua dell'art. 1327 c.c., di cui è pacifica l'incompatibilità con i contratti formali (v. infatti § 4). In questa direzione sembra deporre l'affermazione secondo la quale la forma scritta dei contratti *de quibus* ed in particolare del contratto ex art. 23 TUF sarebbe in funzione della “*autorizzazione data alla banca a svolgere un determinato servizio di investimento e, altresì, del tipo di servizio di investimento che la banca si impegna ad offrire e delle informazioni di base sul servizio e sui suoi costi*” (Trib. Novara 2 novembre 2009, cit.): come si vede, in questa prospettiva il cliente, con la sottoscrizione del modulo contrattuale, sembra prendere atto delle modalità di espletamento dei servizi di investimento da parte dell'intermediario e consente, di conseguenza, a quest'ultimo di procedervi. Non è richiesta, al pari di quanto succede nella fattispecie ex art. 1327 c.c., l'accettazione e (quindi) la sottoscrizione del destinatario, che nell'ipotesi in esame è l'intermediario.

Anche il secondo aspetto prima indicato, vale a dire la costruzione di una forma *sui generis*, non è sfuggito alla giurisprudenza prima ri-

¹²) MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, Milano, 2012, 472.

¹³) Correttamente si osserva che, se l'assenza di sottoscrizione dell'intermediario non meritasse sanzione, si dovrebbe argomentare il definitivo superamento della necessità della sottoscrizione medesima e la nascita per via pretoria di un nuovo modo di conclusione dei contratti (v. CATALANO, *Contratti solenni, forma scritta ad substantiam in funzione protettiva ed equipollenti della sottoscrizione: note critiche*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2016, II, 21 ss.).

cordata: sempre Trib. Novara 2 novembre 2009, cit., non esita a riprendere suggestioni dottrinali che, con il supporto dell'esempio tedesco del § 126b, BGB, si sono intrattenute sul "terzo tipo" di forma. Quest'ultimo, tuttavia, a differenza del modello tedesco non sarebbe alternativo alla forma scritta e alla "forma elettronica", ma si contrapporrebbe alle tradizionali figure della forma *ad substantiam* e della forma *ad probationem* ⁽¹⁴⁾. Trib. Novara 2 novembre 2009, cit., infatti, sottolinea che il requisito formale richiesto dall'art. 23 TUF "*si discosta dalla tradizionale distinzione di forma scritta ad substantiam o ad probationem in quanto, pur essendo una forma per la validità del contratto, essa è di protezione per il cliente*" ⁽¹⁵⁾.

¹⁴) Sul tema e la sua complessità v., anche per riferimenti, PAGLIANTINI, *op. ult. Cit.*, 94 ss., il quale tra l'altro fa notare come la "forma informativa" o "forma di protezione" sia difficilmente riconducibile alla qualità di *vestmentum* del patto proprio della forma *ad substantiam*.

¹⁵) A proposito della prescrizione di forma contenuta nell'art. 23 TUF si è dubitato in dottrina che essa abbia un congruo radicamento nella disciplina apicale del mercato finanziario costituito dalla normativa europea. In particolare si è osservato che il par. 7 dell'art. 19, dir. 2004/39/CE – secondo il quale "*le imprese di investimento predispongono una registrazione che comprende il documento o i documenti concordati tra l'impresa di investimento ed il cliente in cui sono precisati i diritti e gli obblighi delle parti nonché le altre condizioni alle quali l'impresa fornirà servizi al Cliente*" - "*non richiede affatto che le parti debbano redigere per iscritto il contratto disciplinante la prestazione dei servizi dell'impresa di investimento nonché i diritti e gli obblighi rispettivi*": nella disposizione appena riprodotta il legislatore comunitario si preoccuperebbe "*solo della possibilità di documentare gli accordi tra l'impresa di investimento ed il cliente*" (PONTIROLI, DUVIA, *op. cit.*, 158). A parere di questi AA. questa conclusione non sarebbe smentita dall'art. 39, dir. 2006/73/CE, nella parte in cui prevede "*un accordo di base scritto, su carta o altro supporto durevole, con il cliente, in cui vengano fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente*". Ciò perché, secondo PONTIROLI, DUVIA, *op. cit.*, 166 s., l'art. 39, dir. 2006/73, introdurrebbe "*un aggravio non previsto dalla norma di primo livello, restringendone indebitamente la portata*". Da ciò conseguirebbe "*la necessità logica e pratica di interpretare il § 7 dell'art. 19, nel senso più liberale, come fonte di un obbligo di documentare nelle scritture dell'impresa il contenuto degli accordi con i clienti, escluso ogni requisito di forma contrattuale*".

Non può sfuggire che la dottrina ora esposta, volta sostanzialmente ad indebolire la legittimazione dell'art. 23 TUF ad esercitare un ruolo significativo nella disciplina della forma dei "contratti relativi ai servizi di investimento", si muove di fatto in coerenza con la giurisprudenza di merito esaminata nel § 1. Se, infatti, alla stregua della disciplina comunitaria di settore, l'art. 23 TUF è una sorta di "usurpatore",

Come si vede, gli argomenti posti sul tavolo dalla giurisprudenza di merito investono aspetti centrali del neoformalismo del mercato finanziario. Non a caso essi sono largamente ripresi dall'ordinanza della cassazione di rinvio alle Sezioni Unite. Più precisamente, i dubbi prendono le mosse dalla compatibilità della forma prevista dagli artt. 23 TUF e 117 TUB con la tradizionale configurazione della forma scritta fatta propria dal codice civile; si estendono all'inserimento della forma del contratto nel mercato finanziario tra le c.d. "forme di protezione", fino a planare sul ruolo e la compatibilità di questi oneri formali con le esigenze di tale mercato.

l'eventuale "strappo" da questo in ipotesi determinato rispetto alla forma solenne delineata dal codice civile sarebbe meno dirimpente.

A ben vedere, però, non sembra che da questa dottrina possa venire un gran soccorso alla giurisprudenza in esame. Invero, l'interpretazione dell'art. 19, § 7 (replacato nel § 5 dell'art. 25, dir. 2014/65) proposta da questi A. lascia perplessi sul piano del merito: l'art. 19 fa riferimento ad un "documento" relativo ad un "contratto" concluso tra le parti: alla stregua della disposizione non sembrano possibili dubbi sul fatto che tale documentazione del contratto vi debba essere e che possa essere o in forma cartacea, ovvero su "altro supporto durevole". Ne segue che non sussistono incompatibilità evidenti con lo "accordo di base scritto" richiesto dall'art. 39 cit. (v. infatti R. LENER, LUCANTONI, *Commento sub art. 23*, in *Il testo unico della finanza* a cura di M. Fratini, G. Gasparri, Assago, 2012, 400 ss., 404). Sempre sul piano del merito desta perplessità l'idea che gli "accordi con i clienti", ossia i contratti, debbano essere documentati nelle scritture dell'impresa, con conseguente ulteriore incremento del potere di quest'ultima e dell'asimmetria a danno della controparte. Sul piano del metodo, poi, sembra arduo argomentare una sorta di sovraordinazione della dir. 2004/39 rispetto alla dir. 2006/73, senza considerare, per di più, che il canone di interpretazione di base della disciplina del mercato finanziario è offerto dalle clausole generali della stabilità e della integrità del mercato e dal superiore livello di tutela da riconoscersi alle ragioni dell'investitore rispetto a quelle dell'emittente e dell'intermediario (v. ulteriori indicazioni in LA ROCCA, *L'art. 30 TUF innanzi alle Sezioni Unite*, in *Foro it.*, 2012, I, 3050; l'opzione interpretativa ivi sostenuta e qui ribadita ha trovato conferma presso le Sezioni Unite della Corte di cassazione: v. sent. 3 giugno 2013, n. 13905, in *Foro it.*, 2013, I, 3484, spec. § 6). Ne segue che, nel caso di dubbio, si deve preferire l'interpretazione meglio idonea a salvaguardare gli interessi appena indicati.

3. Sottoscrizione e documento

È utile prendere le mosse dalla prospettazione più rigorosa della prescrizione posta dall'art. 23 TUF⁽¹⁶⁾.

Il vincolo formale preteso da tale articolo può scomporsi secondo l'insegnamento tradizionale nel comando che "il fatto giuridicamente rilevante", ossia nella specie il contratto, sia prodotto mediante grafemi in un foglio di carta⁽¹⁷⁾. Tali grafemi, inoltre, devono essere espressi in un codice linguistico decifrabile e la loro interpretazione deve condurre alla conclusione che ivi è rappresentato un contratto ex artt. 23 TUF o 117 TUB⁽¹⁸⁾: si pone il problema della struttura che in questi casi il documento⁽¹⁹⁾ deve possedere.

Secondo quanto può argomentarsi dall'art. 1350 c.c., il documento nel quale deve inverarsi il contratto redatto per iscritto deve possedere

¹⁶) Mette conto rammentare che in letteratura si è ritenuto di poter argomentare dalla lettera dell'art. 23 TUF ("i contratti ... sono redatti per iscritto") un significato diverso da quello ricavabile dalle parole contenute nell'art. 1350 c.c. ("devono farsi per atto pubblico o per scrittura privata"), nel senso che nel primo caso sarebbe richiesto solo un onere di documentazione. Questa tesi pone ingiustificatamente in secondo piano il risalente insegnamento secondo il quale "lo scritto è il documento, mentre la forma scritta indica l'attività dello scrivere" (CARNELUTTI, *op. cit.*, 510, nt. 3; PATTI, *Documento*, in *Digesto civile*, Torino, 1991, VII, 6, del quale sono le parole tra virgolette; analogamente per ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997, 34, "il farsi per iscritto dell'art. 1350 c.c. è l'esprimersi mediante tracce grafiche"), di guisa che "forma scritta" e "redazione per iscritto" convergono sullo stesso significato di "attività dello scrivere".

¹⁷) E' il trinomio degli elementi costitutivi del documento quale "res signata": il supporto materiale, il "segno" in esso contenuto; la "realtà" esterna intravista attraverso il segno (v. CANDIAN, *Documento e documentazione (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 579 ss., § 3; recentemente, anche per riferimenti, v. M.T. LA TORRE, *Contributo alla teoria giuridica del documento*, Milano, 2004, 15 ss.).

¹⁸) Insistono sull'importanza dell'interpretazione dei segni presenti sul fatto rappresentativo, al fine di ricavare il fatto rappresentato ANDRIOLI, «Prova (dir. proc. civ.)», in *NN.D.*, XIV, Torino, 1967, 270; IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, ora in *Studi sul formalismo giuridico*, Padova, 1997, 159 ss.; ne ha convenuto recentemente anche il filosofo: v. FERRARIS, *Documentalità: ontologia del mondo sociale*, in *Etica & Politica*, 2007, 2, 240 ss., 289.

¹⁹) Per le diverse definizioni di documento delineate in dottrina v., anche per riferimenti, PATTI, *op. cit.*, 1 ss.; FAZIO, *op. cit.*, 25 ss.

le caratteristiche strutturali (quanto meno) della scrittura privata ⁽²⁰⁾, quali possono ricavarsi dagli artt. 2702 e 2708 c.c. In particolare, il primo di questi articoli postula che il documento contenga “dichiarazioni”, che nella specie devono consistere nel regolamento contrattuale, o quanto meno in una proposta e/o in un’accezione aventi ciascuna il contenuto richiesto dall’art. 1326 c.c. ⁽²¹⁾. Oltre a tale contenuto l’art. 2702 c.c., confermato dall’art. 2708 c.c. se letto *a contrario* ⁽²²⁾, richiede che vi sia la sottoscrizione, ossia la “*scrittura del proprio nome che una persona fa a piedi del documento*” ⁽²³⁾, o comunque “*l’apposizione autografa di segni grafici idonei ad individuare un soggetto*” ⁽²⁴⁾, ad opera del dichiarante onde determinare la “*piena*

²⁰) R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*², rist. 2008, 116 s.; GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, 1001 ss., spec. § 8; LISERRE, *op. cit.*, 3.

²¹) Cass. N. 5919/16 ribadisce, con riferimento ai contratti nei quali la forma scritta è richiesta a pena di nullità, 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*». V. in dottrina BIANCA, *Diritto civile, 3 Il contratto*², Milano, 2000, 281: “*il contenuto minimo dell’atto formale è dato dal contenuto minimo che è necessario e sufficiente per la validità del contratto*”.

²²) Dall’art. 2708 c.c. si ricava, infatti, *a contrario* che l’annotazione o la dichiarazione non sottoscritta hanno efficacia solo nei casi particolari descritti dalla legge.

²³) CARNELUTTI, *op. cit.*, 513.

²⁴) CARPINO, *Scrittura privata*, in *Enc. Dir.*, Milano, XLI, 1989, par. 7. In ordine al dibattuto tema della autografia della sottoscrizione – a fondamento della quale vi sarebbe anche un principio di necessaria personalità del segno (riferimenti in ORLANDI, *op. cit.*, 8) - l’A. rinvia agli artt. 602 c.c.; 8 l. camb.; 11 l. ass. banc.; 2354 comma 2 c.c.; sul punto v. BIANCA, *op. cit.*, 286 s.; ORLANDI, *op. cit.*, 71 ss., il quale evidenzia che l’autografia indica la riferibilità del tratto grafico ad un determinato soggetto e la distingue dalla chirografia, che esprime la manualità del tratto (pag. 84 s.); LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, 59 ss.

Non è inutile rammentare che l’art. I.- 1:107 del *Draft Common Frame of Reference*, premesso che “*il riferimento alla firma di una persona comprende la sua firma autografa, la firma elettronica e la firma elettronica avanzata*” stabilisce che “*per firma autografa si intende il nome o il segno che rappresenta una persona, scritto di pugno da parte di quest’ultima, a scopo di autenticazione*”.

prova della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta" (v. ancora art. 2702 c.c.)⁽²⁵⁾.

Mette conto immediatamente aggiungere che non è solo una questione di prova. Chi si fermasse alla superficie dell'art. 2702 c.c. ne resterebbe fuorviato. Infatti, la dottrina più autorevole ricorda che la sottoscrizione ha sostituito un'ulteriore dichiarazione posta pur sempre all'interno del documento, con la quale fin dai tempi più remoti l'autore faceva proprio il contenuto volitivo dell'atto⁽²⁶⁾: la sottoscrizione, dunque, "è un autonomo atto giuridico"⁽²⁷⁾. Essa soddisfa l'esigenza di ricondurre i segni grafici contenuti nella cosa costituita dal documento ai "pensieri" e al "volere" di una determinata persona. Tale esigenza ormai da molti secoli è comunemente soddisfatta dalla sottoscrizione autografa⁽²⁸⁾: "la sottoscrizione ... riannoda il prodotto [dell'atto del dichiarare] alla persona che lo ha compiuto e rende perciò quel prodotto capace di rappresentare l'atto medesimo" anche in un momento successivo alla dichiarazione⁽²⁹⁾.

Emerge, così, con maggiore chiarezza il ruolo della sottoscrizione, che non è funzionale (solo) alla "dichiarazione di volontà", ma anche alla documentazione di tale volontà, con la conseguenza che, quando è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, il consenso contrattuale non è giuridicamente apprezzabile se non è esternato per iscritto e raccolto in un documento sottoscritto⁽³⁰⁾, perché nei casi in discorso solo un documento sottoscritto è idoneo ex art. 2702 c.c. a conferire rilevanza giuridica alla "volontà negoziale". In altre parole, la sottoscrizione si

²⁵) Sulla sottoscrizione quale necessario corredo della scrittura privata v. LISERRE, *op. cit.*, 5, anche per riferimenti ulteriori.

²⁶) CARNELUTTI, *op. cit.*, 512 ss., il quale a pag. 519 rammenta che almeno fino al XVI secolo (Giason del Maino) il *subscribens* era vincolato al contenuto del documento solo in quanto effettivamente ne conoscesse il contenuto o si potesse presumere una tale conoscenza; PATTI, *op. cit.*, 3, 10.

²⁷) IRTI, *La rinascita del formalismo ed atti altri temi*, in *Studi sul formalismo*, cit., 60.

²⁸) SAVIGNY, *op. cit.*, 244.

²⁹) CARNELUTTI, *La prova civile. Parte generale. Il concetto giuridico della prova* (1915), Milano, rist. 1992, 138 ss., 150; IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, 24.

³⁰) Profilo dibattuto: v. CARNELUTTI, *op. ult. Cit.*, 150, nt. 212; IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, ora in *Studi sul formalismo giuridico*, Padova, 1997, 159 ss.; PATTI, *op. cit.*, § 8.

configura requisito essenziale di quel documento, il quale, quando è richiesta la forma scritta a pena di nullità, costituisce il solo elemento affinché si possa pronunciare il giudizio di esistenza del contratto. Ne segue che, anche chi conviene sul fatto che “*il ritmo sempre più intenso degli affari*” ha determinato la necessità di ricorrere a tecniche di espressione e di comunicazione scritte che prescindono dalla firma autografa, tuttavia avverte che le “*forme documentali non sottoscritte ... non soddisfano l’esigenza della forma scritta richiesta ad substantiam*” (31).

La conclusione è che – analogamente a quanto espressamente previsto dal § 126 BGB (32) - “*la scrittura soddisfa la forma vincolata solo se reca la sottoscrizione (firma) della parte*” (33).

Questi rilievi possono essere proposti in una visione sistematica di largo respiro: solo il documento sottoscritto da entrambe le parti (in modo non necessariamente contestuale) integra quel requisito formale che, come è fatto palese dall’art. 1325 c.c., nelle ipotesi in cui è richiesto a pena di nullità diviene elemento della fattispecie “contratto” (34) e assegna al documento il ruolo costitutivo di tale fattispecie, marcando, al tempo stesso, l’agire giuridicamente rilevante dei privati (35).

Si delinea così il collegamento – non sempre colto nitidamente – tra l’art. 2702 c.c. e la libertà di perseguire interessi e fini non vietati dalla legge penale riconosciuta dagli artt. 1322 c.c., 2 e 18 Cost. ai privati sia individualmente, sia in gruppo.

31) BELLELLI, *La forma della quietanza*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, cit., 5 ss., 9; BIANCA, *op. cit.*, 287; SACCO, *op. cit.*, 728.

32) Secondo il § 126 BGB “*Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben, so muss die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden*”.

33) ROPPO, *Il contratto*, cit., 218; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in *I contratti in generale*, II, a cura di E. Gabrielli *Trattato dei contratti*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 1999, 770 ss.; BERTI DE MARINIS, *op. cit.*, 207 ss., ivi riferimenti ulteriori.

34) SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Padova, rist. 1977, 135; IRTI, *Strutture forti e strutture deboli (del falso principio di libertà delle forme)*, cit., 137 ss.

35) V. fin d’ora IRTI, *Idola libertatis*, cit., 34 ss.; RABAGLIETTI, *Forma e formalismo in un sistema normativo*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, cit. 581 ss., spec. 623 ss.; e v. anche GIORGIANNI, *op. cit.*, fine par. 2

4. “Forma informativa” vs. sottoscrizione del contratto scritto?: le fattispecie diverse dagli artt. 23 TUF e 117 TUB

È pacifico che nell’ordinamento italiano sussista una particolare articolazione di onere formale, sostanzialmente finalizzato a ridurre le asimmetrie informative tra le parti ⁽³⁶⁾: sono innumerevoli gli esempi di documenti scritti contenenti informazioni su un rapporto contrattuale che devono essere consegnati alle controparti meno informate prima della conclusione del contratto. Come pure si è accennato che la dottrina ha preso ampiamente atto dell’estrema varietà delle figure riconducibili a tale figura. Del vivace dibattito apertosi sulla c.d. “forma informativa” – in particolare sotto il profilo della possibilità che tale forma informativa costituisca effettivamente una terza categoria di onere formale contrapposto alla forma *ad substantiam* e alla forma *ad probationem* ⁽³⁷⁾ - qui interessano le sue implicazioni sul piano della disciplina. Precisamente, qui interessa stabilire se l’attribuzione della qualità di “forma informativa” al documento recante il contratto disciplinato dall’art. 23 TUF (ma analogo ragionamento può valere per i contratti di credito) determini il venire meno della necessità della sottoscrizione. Per i contratti del mercato finanziario generalmente si dice che la forma scritta è a protezione del cliente ⁽³⁸⁾, ma non si affronta in modo specifico il problema della loro sottoscrizione. Nelle pagine precedenti (v. ancora § 2) si è già ricordato che la dottrina ha escluso che nelle figure di *textform* si ponga un problema di imputabilità con le intuitive conseguenze in ordine alla non necessità della sottoscrizione. La tesi, però, è stata avanzata sul presupposto che il documento informativo non costituisca esso, in sé, il contratto, ma solo un testo idoneo al più ad integrare quest’ultimo e a scandirne il procedimento di formazione ⁽³⁹⁾.

Un primo passo dell’indagine può essere allora costituito dall’esame dei casi in cui una parte della dottrina ha escluso la necessità della sottoscrizione del “professionista” in documenti che hanno,

³⁶) Sulla compatibilità della *textform* con l’ordinamento italiano v. PAGLIANTINI, *op. ult. Cit.*, 65 ss.

³⁷) V. però le perplessità espresse da PAGLIANTINI, cit. in nota 19.

³⁸) V. per tutti MORELATO, *op. cit.*, 49 ss.

³⁹) A questo proposito v. in particolare PASA, *op. cit.*

o ai quali è stata attribuita, anche natura di contratto ⁽⁴⁰⁾. Di tali vicende andrà poi verificata la compatibilità con i contratti di cui agli artt. 23 TUF e 117 TUB.

In proposito, si è fatto riferimento innanzi tutto al contratto di vendita di pacchetti turistici disciplinato prima dall'art. 6, d. lgs. 17 marzo 1995, n. 111, successivamente trasfuso nell'art. 85 cod. consumo, e ora dall'art. 35 cod. turismo. Nel vigore delle disposizioni antecedenti l'art. 35 ult. Cit., si ipotizzò che il requisito di forma ivi stabilito non fosse né *ad substantiam*, né *ad probationem*, e fosse piuttosto finalizzato all'informazione del consumatore. Caposaldi di tale interpretazione furono il silenzio legislativo in ordine alle conseguenze del mancato rispetto dell'onere formale, e la circostanza che la legge conteneva la seguente formula: “*deve essere rilasciata una copia del contratto stipulato, sottoscritto o timbrato dall'organizzatore o venditore*”. In particolare, con riguardo a quest'ultima disposizione si osservò che essa sembrava autorizzare a ritenere non necessaria la sottoscrizione dell'imprenditore in quanto questa era prevista in alternativa al timbro. Questo dato, unito all'assenza – come detto – di una espressa sanzione per il mancato rispetto della forma scritta, indusse una parte della dottrina ad ipotizzare un *tertium genus* di forma che non necessiterebbe per l'appunto della sottoscrizione dell'imprenditore ⁽⁴¹⁾.

Senonché, questi spunti di diritto positivo sono venuti meno con l'art. 35 cod. turismo, il quale nella sua nuova formulazione, pur mantenendo il silenzio sull'eventuale mancato rispetto della forma scritta,

⁴⁰) V., anche per riferimenti, BERTI DE MARINIS, *op. cit.*, 90 ss.; MORELATO, *op. cit.*, 70 ss.

Di grande interesse è il problema relativo alla possibilità di argomentare una nullità ai sensi del primo comma dell'art. 1418 c.c. in ipotesi di mancato rispetto delle prescrizioni relative alla “forma informativa” (sul relativo dibattito v. anche per riferimenti PAGLIANTINI, *Commento sub art. 1350*, in *Commentario del codice civile*, diretto da E. Gabrielli, *Dei contratti in generale*, a cura di Navarretta, Orestano, Asago, 2011, 22 ss.). Una corretta impostazione del problema – cui non può ritenersi estranea la nota presa di posizione delle Sezioni unite con le sentenze nn. 26724 e 26725 del 19 dicembre 2007, in *Foro it.*, 2008, I, 784 - non può probabilmente prescindere dalla diversa ampiezza dei “paradigmi informativi” previsti di volta in volta dalla legge per ciascun tipo contrattuale (cfr. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo*, *passim*, ma spec. 36 e 144 ss.).

⁴¹) PIERALLINI, *I pacchetti turistici. Profili giuridici e contrattuali*, Milano, 1998, 25 ss.

non lascia dubbi in ordine alla necessità della sottoscrizione dell'organizzatore o del venditore.

La conclusione è netta: la disciplina dei contratti turistici non reca alcuna deroga all'art. 2702 c.c. e allo schema di scrittura privata ivi delineato. Infatti, l'art. 35 cod. turismo prevede espressamente la sottoscrizione (o la firma anche elettronica) dell'organizzatore o del venditore. Oltre a questa sottoscrizione deve essere presente quella del consumatore perché altrimenti il contratto non sarebbe a lui imputabile e dunque non sarebbe vincolante nei suoi confronti. Ne segue che il contratto in esame è assolutamente coerente con l'art. 2702 c.c.

Non diversamente accade nei contratti di multiproprietà: il documento informativo previsto dall'art. 71 e dall'all. II-bis cod. cons. non costituisce il contratto e non v'è in esso alcuna manifestazione di volontà negoziale: si tratta solo di un atto precontrattuale, avente un contenuto informativo, che può essere redatto "su carta o altro supporto durevole facilmente accessibile al consumatore" (art. 71 cod. consumo), e che non pregiudica la libertà delle parti di non concludere il contratto. Quel che preme sottolineare è che anche in questo caso non v'è alcuna deroga all'art. 2702 c.c. Per il contratto vero e proprio, infatti, l'art. 72 cod. consumo prescrive che sia redatto in forma scritta a pena di nullità, "su carta o su altro supporto durevole", ma non contiene alcun elemento che possa far dubitare della necessità della sottoscrizione di entrambe le parti⁽⁴²⁾.

Sono dunque evidenti le difficoltà di estendere al contratto di intermediazione mobiliare i rilievi svolti da parte della dottrina in ordine ad un *tertium genus* di forma del contratto, che, alternativo alle figure tradizionali, sarebbe caratterizzato dal venir meno della necessità della sottoscrizione.

Per quanto riguarda il contratto turistico, è agevole osservare che vi sono almeno due precisi riferimenti di diritto positivo che escludono la possibilità di estendere al contratto di intermediazione mobiliare i rilievi sistematici formulati a margine del primo contratto. Il primo è che, a differenza dell'art. 35 cod. turismo, nell'art. 23 TUF il legislatore si esprime senza esitazione in termini di forma *ad substantiam*. Il secondo dato ricavabile dal diritto positivo è che l'art. 35 cod. turismo

⁴²) V. infatti ROSSI CARLEO, *Il contratto di multiproprietà nella prospettiva dell'atto notarile*, in *Notariato*, 2001, 626 ss.

ribadisce ormai con chiarezza la necessità della sottoscrizione del professionista. La conclusione imposta dall'art. 35 cod. turismo è che, a tutto voler concedere, l'inserimento della forma prevista dall'art. 23 TUF nella c.d. forma informativa non autorizza per ciò solo ad omettere la sottoscrizione dell'operatore professionale: il contratto turistico non offre alcun supporto in tal senso.

I risultati non mutano con riguardo all'altra fattispecie di "forma informativa" addotta quale esempio di forma diversa dalle consuete figure della forma *ad substantiam* e della forma *ad probationem*. Si tratta, come si è visto, di casi in cui la legge pretende che una serie di informazioni siano date al cliente per iscritto mediante "documenti" o "opuscoli", i quali, peraltro, sono contraddistinti dal fatto di non costituire essi il contratto, la dichiarazione negoziale, quanto piuttosto un elemento che precede e integra il contratto vero e proprio. Per l'appunto questa caratteristica ed il particolare contenuto di tali documenti giustificano la conclusione che in questi casi non è richiesta la sottoscrizione, la quale tuttavia rimane ferma per il contratto vero e proprio⁽⁴³⁾.

Ne segue che le fattispecie di "forma informativa" fin qui esaminate non sembrano utili al fine di sostenere in qualche modo la non necessità della sottoscrizione nell'ipotesi dell'art. 23 TUF.

Una deroga al modello delineato nell'art. 2702 c.c. sembra, di contro, ravvisabile nei comma 1 e 2 dell'art. 2, l. 18 giugno 1998, n. 192, laddove, dopo aver stabilito che il "*rapporto di subfornitura si instaura con il contratto, che deve essere stipulato in forma scritta a pena di nullità*", precisa che "*costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuati per telefax o altra via telematica*" e poi aggiunge "*nel caso di proposta inviata dal committente secondo le modalità indicate nel comma 1, non seguita da accettazione scritta del subfornitore che tuttavia inizia le lavorazioni o le forniture, senza che abbia richiesto la modificazione di alcuno dei suoi elementi, il contratto si considera concluso per iscritto agli effetti della presente legge ...*".

⁴³) MORELATO, *op. cit.*, 38 ss.: l'A. richiama l'art. 71 cod. consumo a proposito delle informazioni precontrattuali, che devono essere fornite prima della conclusione di un contratto di multiproprietà, ovvero la disciplina ora contenuta nell'art. 38 cod. turismo a proposito dell'opuscolo informativo da consegnare al turista nei contratti turistici.

Nella subfornitura la forma scritta è finalizzata, al pari di quanto si ritiene comunemente per i contratti del mercato finanziario (ma su questi v. le precisazioni *infra* in §), di affiliazione commerciale e dei consumatori (nei casi in cui è richiesta), ad esigenze di certezza e di riequilibrio della posizione delle parti. In tale contratto assume un ruolo peculiare il flusso informativo: esso non è volto solo a porre la parte meno informata nella condizione di poter apprezzare la convenienza dell'affare, come accade nelle tipologie contrattuali precedentemente menzionate. Nella subfornitura le informazioni assumono rilevanza al fine di consentire al subfornitore di adempiere esattamente alle prestazioni a lui richieste. Le informazioni riguardano, infatti, le caratteristiche costruttive e funzionali dell'*opus* oggetto del contratto del quale costituiscono il contenuto necessario.

Quest'ultimo sembra essere il profilo decisivo: il legislatore pretende che aspetti delicati e potenzialmente incerti e controversi siano specificati "*in modo chiaro e preciso*" in contratto, il quale, proprio al fine di "fermare" tali aspetti, deve essere scritto a pena di nullità.

Questa esigenza di certezza e chiarezza – se si vuole: di trasparenza – dei rapporti tra quanti operano in questa particolare modalità organizzativa dell'attività imprenditoriale è stata coniugata dalla legge con le prassi preesistenti sul mercato: l'equiparazione alla forma scritta delle "*comunicazioni degli atti di consenso*" contrattuale effettuate "*per telefax o altra via telematica*" tiene conto che "*nei sistemi di lean production le imprese contrattualmente integrate comunicano tra di loro non soltanto con comuni reti aperte, ma anche con collegamenti intranet e software dedicato per l'implementazione delle fasi del processo produttivo*". Come pure, nella pratica consolidatasi nel periodo antecedente all'emanazione della legge era contemplato un largo ricorso allo schema di conclusione del contratto ex art. 1327 c.c. (⁴⁴).

Questo secondo profilo è di particolare interesse. Come si ricorderà, nel § 2 si è intravista una qualche affinità tra tale modalità di conclusione del contratto e la configurazione che la giurisprudenza di merito esaminata nel primo paragrafo sembra assegnare al contratto di intermediazione mobiliare. Tutto ciò potrebbe avvalorare l'idea che

⁴⁴) MUSSO, *La subfornitura*, Bologna-Roma, 2003, 98 e 104: è di questo A. il virgolettato nel testo.

l'art. 2 della legge sulla subfornitura possa offrire un qualche spunto a supporto di quella giurisprudenza.

In senso contrario, tuttavia, militano le specificità che rendono arduo estendere il modello offerto dalla legge sulla subfornitura a casi non espressamente previsti. Invero, lo schema dell'art. 1327 c.c. ruota intorno alla condotta materiale dell'oblato, il quale, dando esecuzione alla prestazione, esprime la sua accettazione della proposta pervenutagli⁴⁵). Senonché, una tale rilevanza del comportamento dell'oblato non può essere ammessa nei contratti scritti a pena di nullità⁴⁶), nei quali – come si è detto – l'accettazione deve essere necessariamente formata e documentata per iscritto.

Sul piano sostanziale, inoltre, occorre prendere atto che tra il modello di conclusione del contratto delineato dall'art. 1327 c.c. (nel quale pacificamente rientra la fattispecie menzionata in tema di subfornitura), e il contratto di intermediazione mobiliare vi sono incompatibilità funzionali di dimensioni talmente vaste da rendere quasi superfluo soffermarvisi.

Qui è sufficiente ricordare che nelle vicende rientranti nell'applicazione dell'art. 1327 c.c. il proponente attende l'immediata esecuzione di una prestazione da parte dell'oblato, della cui accettazione espressa, e quindi della cui sottoscrizione si fa a meno: quando l'oblato procede senza indugio all'esecuzione della prestazione indicata nella proposta soddisfa immediatamente l'interesse dedotto in contratto dal proponente. Non è chi non veda che questo fondamentale nucleo sostanziale non si riscontra nei contratti ex artt. 23 TUF e 117 TUB: successivamente alla sottoscrizione di tali contratti il risparmiatore non si aspetta – e non ha diritto – ad alcuna specifica prestazione da parte dell'intermediario. Solo in un secondo tempo, quando una delle due parti prenda l'iniziativa di proporre o richiedere un particolare investimento, solo allora il risparmiatore potrà esigere il diritto di essere assistito e “protetto” nelle forme di legge (cfr. in proposito

⁴⁵) Anche chi esprime moderate riserve sul punto (ROPPO, *op.ult. cit.*, 116), conviene sul fatto che “*l'oblato manifesta con chiarezza [il suo accordo] eseguendo la prestazione contemplata nella proposta*”.

⁴⁶) V. infatti GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹¹, Napoli, 2004, 834; ROPPO, *op. ult. cit.*, 118. Per il dibattito sul tema v. LOMBARDI, *Forma legale e tecniche formative del contratto. La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Napoli, 2005, 161 ss.

Cass. 23 maggio 2017, n. 12937, in www.ilcaso.it). Discorso non dissimile vale per i contratti di credito: con l'eccezione forse nel caso del mutuo, la conclusione del contratto di per sé non impone alcuna specifica prestazione alla banca; sarà il cliente, in un secondo momento, a richiedere specifiche erogazioni, sì che si possa dar luogo alle concrete forme di fruizione del credito

A questo punto è possibile tracciare un breve bilancio. L'art 2 l. n. 192/1998 conferma la natura eminentemente formale del procedimento di formazione del contratto: da tempo la dottrina ha osservato che la conclusione del contratto è determinata non già dal naturalistico "incontro delle volontà", quanto piuttosto dal fatto che nel singolo caso concreto si siano perfezionati i fatti e gli atti di volta in volta previsti dalla legge sulla base di specifiche scelte di politica legislativa⁽⁴⁷⁾. Per quanto riguarda le modalità di perfezionamento dei contratti e degli atti in genere – ed in particolare di quelli a forma scritta *ad substantiam* - le scelte di politica legislativa sono fissate nelle più volte richiamate disposizioni del codice civile, le quali, tra altro, individuano nella sottoscrizione un elemento formale – dal valore anche simbolico, come si è detto – essenziale.

La legge sulla subfornitura obbedisce a criteri di politica legislativa parzialmente diversi perché tiene conto degli interessi e delle situazioni che sopra si è cercato di sintetizzare. Per tale via la legge sviluppa modalità di conclusione di un contratto formale, nelle quali la sottoscrizione dell'accettante (o – alla stregua dell'*incipit* del secondo comma - forse di entrambe le parti) può essere esclusa. Questa modalità di conclusione del contratto, in altre parole, riflette una specifica modalità di composizione degli interessi contrapposti di committente e subfornitore. La peculiarità di tali interessi e delle prassi di settore

⁴⁷) GORLA, *La "logica-illogica" del consensualismo o dell'incontro dei consensi e il suo tramonto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1966, I, 255 ss. Non sembra, dunque, possibile concludere nel senso della non necessità della sottoscrizione quando "il contratto contenga e diffonda nel mercato una serie predeterminata di informazioni" fondando in definitiva questa conclusione sulla "forza dei fatti", ossia sulla circostanza che asserite prassi di mercato suggerirebbero "l'inattualità della sottoscrizione" (MODICA, *op. ult. Cit.*, 191 ss.). i riscontri tratti dalla legislazione recente sono evidenti: tutt'al più può essere discussa la necessità dell'autografia della sottoscrizione del contratto, ma non la sua sottoscrizione.

esclude che le procedure dell'art. 2 possano essere estese a situazioni completamente diverse anche a prescindere dall'art. 14 disp. Prel c.c.

5. La forma informativa nel contratto di intermediazione mobiliare: dubbi

Il precedente paragrafo offre spunti non privi di interesse. Esso conferma che non è agevole individuare ipotesi nelle quali il fine di protezione abbia consentito di scardinare il tradizionale schema della scrittura privata con il suo necessario corredo della sottoscrizione.

Non può sfuggire, a questo punto, la singolare posizione che viene riservata al contratto di intermediazione mobiliare dalla giurisprudenza di merito qui esaminata: si postula, infatti, che l'art. 2702 c.c. verrebbe corretto solo con riferimento ai contratti del mercato finanziario. E per di più ciò avverrebbe non in forza di una disposizione espressa, ma per effetto del solo elemento sostanziale costituito dalla "protezione del cliente", che sarebbe conseguita grazie alla consegna al cliente del documento contenente il c.d. "contratto quadro".

In altre parole, la giurisprudenza di merito in esame, ma anche l'ordinanza di rinvio alle Sezioni Unite, sembrano dare per scontato che "*l'elevato livello di tutela*" preteso dalle direttive comunitarie per l'investitore – o comunque la "protezione del cliente" – si consegue già con la consegna del documento e ciò sarebbe sufficiente a trasformare la sottoscrizione della banca in un insignificante orpello, in un "*formalismo vacuo ed inutile*".

Ancora una volta, dunque, affiora il conflitto tra funzione protettiva/informativa della forma e imputabilità del documento, cui ripetutamente si è fatto riferimento in queste pagine. La giurisprudenza di merito sopra indicata – è ora possibile aggiungere – assegna una particolare curvatura a questo conflitto nei contratti del mercato finanziario: solo in questi contratti, infatti, la componente informativa escluderebbe la necessità della sottoscrizione. Il § 4 ha mostrato che questa conclusione rappresenterebbe una singolarità di tale tipologia di contratti, in quanto nei contratti di consumo la forma informativa non esclude la sottoscrizione del documento nei casi in cui è richiesta la forma scritta (v. ancora § 4).

La singolarità della situazione così costruita per i contratti finanziari è destinata ad aumentare quando si tenga conto di un ulteriore aspet-

to: invero – a voler seguire la giurisprudenza di merito in esame - nel caso dei contratti del mercato finanziario il conflitto si porrebbe non solo e non tanto tra “forma informativa” e imputabilità del documento, quanto piuttosto tra “forma informativa” e “forma *ad substantiam*” e si risolverebbe, secondo tale giurisprudenza, con il dar luogo ad una fattispecie assai peculiare, vale a dire ad una forma *ad substantiam* non bisognevole della sottoscrizione di una delle parti in virtù della sua componente informativa. Si darebbe così luogo ad una fattispecie di forma non dissimile da una delle possibili forme del contratto di subfornitura, senza che di quest’ultimo, tuttavia, sussistano analoghi presupposti sostanziali e di diritto positivo (§ 4).

Non può, dunque, sfuggire il peso assegnato per tale via all’elemento della “protezione del cliente”: nella prospettiva della giurisprudenza di merito in analisi, infatti, la protezione del cliente acquista una rilevanza tale da superare il dato di diritto positivo costituito dall’art. 2702 c.c., il quale – si è già rilevato – non subisce alcuna deroga espressa ad opera degli artt. 23 TUF e 117 TUB.

Ne segue che, per poter assegnare alla finalità protettiva, una tale – certamente estravagante - efficacia modificativa di disposizioni di legge, occorre almeno verificare che la consegna del documento che riproduce il c.d. “contratto quadro” sia effettivamente idonea a conseguire lo scopo della “protezione del cliente”. Ad imporre una verifica di questo tipo non v’è solo il rilievo, neppure tanto di contorno, secondo il quale sarebbe assai curioso pretendere di introdurre una deroga così importante alle modalità di manifestazione dell’autonomia privata con la semplice consegna al cliente di una qualsiasi *carthula* contenente generiche informazioni sui rischi finanziari e sui servizi di investimento. È evidente quale sarebbe la conseguenza di questa opzione: si trasformerebbe una tale anodina consegna in un valido succedaneo ad una forma scritta richiesta a pena di nullità, così giustificando la conclusione – comprensibilmente definita “stravagante” in dottrina⁽⁴⁸⁾ – che le prescrizioni di forma relative a questo tipo di contratti siano poste a presidio della posizione della banca, quasi una sorta di adempimento burocratico da soddisfare in qualsiasi modo, a prescindere da un effettivo conseguimento dei fini protettivi connessi alla

⁴⁸⁾ DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, 97, nt. 38.

forma scritta, i quali sono stati individuati dalla stessa giurisprudenza di merito indicata in apertura nell’inserimento nel documento consegnato al cliente delle “*regole contrattuali*” (ad es. Trib. Milano 12 novembre 2013 cit.), onde rendere l’investitore edotto dei suoi diritti.

Come si vede la giurisprudenza sembra far proprio un approccio sostanzialistico che deve essere verificato attentamente malgrado la dubbia fruibilità di tale prospettiva teleologica – propria del processo civile: v. art. 156 c.p.c. – nel diritto sostanziale ⁽⁴⁹⁾. In ogni caso, a tutto voler concedere, alla stregua dell’art. 156 c.p.c., si può non pronunciare la nullità, nei casi in cui è prevista dalla legge, soltanto quando “*l’atto ha raggiunto lo scopo cui è destinato*”. Come si vede, solo l’accertato raggiungimento dello scopo assegnato dalla legge all’atto consentirebbe di disapplicare la disposizione che impone la nullità dell’atto stesso in difetto delle forme previste dalla legge.

L’accoglimento di tale approccio sostanzialistico – privo, come si ripete, di base testuale – implica il superamento dei dubbi – rinnovati nel corso degli anni ⁽⁵⁰⁾ – circa l’idoneità del contratto scritto ad esercitare di per sé un’efficace protezione a favore del cliente.

Con tale approccio sostanzialistico sembra maggiormente coerente la prospettazione secondo la quale la forma dei contratti conclusi nel mercato finanziario sarebbe funzionale alla “*formazione della volontà contrattuale*”, in quanto “*ogni obbligo di informazione, ogni standard di diligenza professionale nell’attività contrattuale è necessariamente soddisfatto dal rispetto della forma*”, con il risultato che “*la formalizzazione dei rapporti tra impresa e cliente ... ha certamente l’effetto di*

⁴⁹) Vale a dire anche a non voler tener conto dell’obiezione secondo la quale l’art. 156 c.p.c. si applica agli atti processuali e non ai contratti per i quali l’art. 1325 n. 4 c.c. non sembra consentire vie di fuga in ipotesi di difetto della forma richiesta a pena di nullità (v. IRTI, *La rinascita del formalismo*, cit., 86 ss.). D’altra parte, anche chi indaga il regime della forma degli atti in una prospettiva teleologica conviene sul fatto che, se “*la forma è predeterminata ... viene meno il principio della ... variabilità [della forma in rapporto agli effetti del negozio]*” (PERLINGIERI, *op. ult. Cit.*, 49). Sul necessario bilanciamento dell’approccio normativo/strutturale con l’attenzione allo scopo della norma sulla forma v. MODICA, *Vincoli di forma*, cit., 25 s.

⁵⁰) RESCIGNO, “*Trasparenza bancaria*” e diritto comune dei contratti, cit., 306; ALPA, *Commento sub art. 23*, in ALPA, CAPRIGLIONE (cur.), *Commentario al testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, Padova, 1998, I, 257; FAZIO, *op. cit.*, 104; SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, 28, ivi riferimenti.

rendere più agevole la prova della diligenza professionale dell'impresa" purché nel documento contrattuale sia riportato *"tutto ciò che legge e disposizioni di vigilanza ritengono necessario e sufficiente per la comprensione del servizio"* (51).

Sotto tale profilo assume valore pervasivo l'art. 39 dir. 2006/73/CE, laddove prevede che impresa di investimento e cliente devono *"concludere un accordo di base scritto, su carta o altro supporto durevole, con il cliente, in cui vengano fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente"*.

L'importanza della disposizione ora riprodotta – che, non è inutile ricordarlo, non è destinata a venir meno con l'abrogazione della dir. 2004/39/UE - è evidente: essa fissa il contenuto dell'"*accordo di base scritto*" tra cliente ed intermediario nei *"diritti e ... obblighi essenziali"* dei contraenti. In particolare qui interessa il connotato di *"essenzialità"* assegnato al contenuto dell'accordo prefigurato dalla norma comunitaria. Tale carattere deve essere ragionevolmente declinato in almeno due direzioni: in primo luogo, nell'accordo di base tra impresa di investimento e risparmiatore devono essere precisati le situazioni giuridiche, i diritti delle parti caratterizzanti l'accordo medesimo; in secondo luogo, e a rafforzare quanto appena detto, tale precisazione deve essere coincisa. Si tratta evidentemente di profili collegati tra lo-

⁵¹) R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente debole*, cit., 16 e 169; M. CIAN, *L'informazione nella prestazione dei servizi di investimento: gli obblighi degli intermediari*, in E. GABRIELLI, R. LENER. (cur.), *I contratti del mercato finanziario*², Torino, I, 2011, 213 ss.; BERTOLINI, *Risparmio tradito: una riflessione tra teoria generale del contratto e disciplina dei mercati*, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2010, 337 ss., 345.

La fiducia nella normativa regolamentare non è stata da tutti condivisa. Si è infatti dubitato dell'idoneità del formale rispetto dell'art. 37, reg. Consob, n. 16190/2007, ad esonerare l'intermediario dalla sanzione della nullità del contratto: più precisamente si è osservato che l'art. 23 TUF si limita a richiedere genericamente la redazione per iscritto del contratto: esso non indica direttamente la necessità che il contratto abbia un dato contenuto, né, a differenza dell'art. 117, comma 8, TUB, assegna uno specifico potere all'autorità di vigilanza di intervenire sul contenuto del contratto (Cfr. R. LENER, LUCANTONI, *op. cit.*, 407; TUCCI, *Il problema della forma nei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, in *Riv. Dir. Pubbl. dell'economia*, 2009, II, 39 ss., spec. 49 ss.); i dubbi sui poteri della Consob in materia sono comunque risalenti: cfr. ALPA, *Una nozione pericolosa: il c.d. contratto di investimento*, ora in *I valori mobiliari*, a cura di G. ALPA, Padova, 1991, 393 ss., 395).

ro, i quali esprimono un tratto comune della legislazione comunitaria. Quest'ultima avverte nettamente che contratti complessi e voluminosi risultano di faticosa lettura per l'operatore non professionale e così di fatto ne frustrano esigenze ed aspettative di tutela ⁽⁵²⁾: il Regolamento UE n. 1286/2014 si preoccupa di concentrare - «al massimo in tre facciate di formato A 4 quando stampate» (art. 6, par. 4, Reg. cit.) - le informazioni offerte a proposito di prodotti di investimento e assicurativi preassemblati su punti chiave specifici.

Qui sarebbe un fuor d'opera dilungarsi in modo analitico sulla problematica compatibilità dell'art. 37, reg. Consob n. 16190, con l'art. 39 dir. 2006/73/CE. In proposito, può essere sufficiente limitarsi a confrontare la lett. a) dell'art. 37 cit. ⁽⁵³⁾ – il cui contenuto è certamente fondamentale ai fini di una “forma informativa” – con i comma 5 e ss. dell'art. 1 TUF. Diviene così agevole aver consapevolezza della complessità che avrebbe una clausola contrattuale diretta a spiegare ad un “cliente al dettaglio” le caratteristiche di tutti i servizi di investimento in ipotesi forniti in assoluto dall'impresa. Ne segue una prima constatazione: “forma informativa” ed effettiva tutela del risparmiatore possono essere in concreto conseguite a condizione che in contratto siano indicati e descritti solo i servizi concordati con ciascun cliente sulla base delle sue esigenze e delle sue caratteristiche specifiche.

Particolare attenzione, poi, merita la parte della lett. a) dell'art. 37 cit. dove si fa riferimento al “*contenuto delle prestazioni dovute*” dall'intermediario. Qui emerge una seconda constatazione: affinché il contratto tra cliente ed intermediario possa realizzare la “forma informativa” in aderenza con il disposto dell'art. 39, dir. 2006/73, dovrebbe far menzione almeno dell'obbligo posto a carico degli intermediari dalle norme apicali di settore – vale a dire gli artt. 19, dir. 2004/39/CE (cui succederà l'art. 24, dir. 2014/65/UE) e 21, lett. a, TUF – di “*servire al meglio gli interessi dei clienti*”. In particolare, il contratto dovrebbe almeno specificare che tale obbligo «*implica che l'intermediario ... [deve] farsi carico, prima di eseguire gli ordini di*

⁵²) Cfr. PASA, *op. cit.*, 258 anche per le necessarie indicazioni della legislazione comunitaria. Sull'eccesso di informazione come ipotesi di difetto di informazione v. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. Dir.priv.*,

⁵³) Nella quale si prescrive che “*il contratto ... a) specifica i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate*”

negoziazione, d'informare [il cliente] e di verificare il livello di consapevolezza del rischio da parte di quest'ultimo e l'adeguatezza dell'operazione rispetto alla sua situazione finanziaria, ai suoi obiettivi di investimento ed alla sua propensione al rischio» ⁽⁵⁴⁾.

Sempre nell'ambito della ricognizione dei diritti essenziali del cliente, il contratto dovrebbe specificare che, al fine di consentire al cliente una decisione di investimento “con cognizione di causa” (v. ancora artt. Citt. in Mifid I e Mifid II), l'intermediario deve rappresentare in modo puntuale e compiuto le caratteristiche dell'operazione con peculiare riguardo ai rischi che la stessa propone ⁽⁵⁵⁾.

Come pure, al fine di poter affermare che nel documento contrattuale in concreto sottoscritto dal cliente sono veicolati i suoi “*diritti essenziali*”, di guisa che sarebbe conseguito il fine protettivo della forma scritta, tale documento dovrebbe contenere l'avvertenza che “*nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento i soggetti abilitati devono «acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati» (1° comma, lett. b)*”, con la precisazione che tale obbligo di informazione consiste in “*concrete avvertenze e specifiche indicazioni sul tipo di rischio sotteso all'operazione*” in concreto proposta all'investitore, avuto riguardo alle “*esigenze del singolo rapporto, in relazione alle caratteristiche personali e alla situazione finanziaria dei clienti*”. Inoltre, si dovrebbe rendere edotto il cliente che “*a fronte di un'operazione ritenuta dalla stessa banca non adeguata, questa [vi potrà dar] corso soltanto a seguito di un ordine impartito per iscritto in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute*” ⁽⁵⁶⁾.

⁵⁴) Così Cass. 29 dicembre 2011, n. 29864, in *Foro it.*, 2012, I, 2120, cui adde recentemente Cass. 3 giugno 2016, n. 11466, in www.ilcaso.it. Sembra sottovalutare la portata della parte finale dell'art. 21 lett. a) TUF MAGGIOLÒ, *op. cit.*, 355 e 557 (ivi riferimenti ulteriori). V. in senso opposto MAFFEIS, *Forme informative, cura dell'interesse del cliente ed organizzazione dell'attività nella prestazione dei servizi di investimento* (2005); ID., *La natura e la struttura dei contratti di investimento* (2009), entrambi ora in *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, Torino, 2011, 3 ss.; LA ROCCA, «*L'obbligo di servire al meglio gli interessi dei clienti*» in *Cassazione*, in *Foro it.*, 2013, I, 321; ID., *La tutela dell'impresa*, cit., 198 ss.

⁵⁵) Cfr. Cass. 18 maggio 2017, n. 12544, in www.ilcaso.it.

⁵⁶) Cass. 25 giugno 2008, n. 17340, in *Foro it.*, 2009, I, 189, con mia nota dal titolo *Sezione prima vs. Sezioni Unite: differenti visioni del diritto dei contratti del mercato finanziario in Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, I, 1851; sulla stessa linea v.

Questi rilevi rendono palese un'ulteriore criticità della lett. a dell'art. 37 cit. Essa insiste su quella parte della disposizione in cui si richiede che il contratto descriva “*il contenuto ... delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate*”. Questa previsione può avere un senso solo se il contratto contenga le “tipologie di strumenti finanziari” su cui verteranno i servizi di investimento svolti per il singolo risparmiatore. Senonché, è estremamente problematico conciliare un'indicazione di questo tipo sia con la tutela pretesa da un'efficace “forma informativa”, sia con la più volte richiamata sollecitudine dell'art. 39 dir. 2006/73 verso “*i diritti e gli obblighi essenziali*” delle parti. Invero, costituisce un dato ormai acquisito la circostanza che la tutela effettiva del cliente, ossia la natura e la portata degli obblighi di informazione, i profili di adeguatezza e di appropriatezza del singolo investimento non possono essere tarati una volta per tutte su generiche ed incontrollate “*tipologie di strumenti finanziari*”, dal momento che la forte propensione all'innovazione tipica del mercato finanziario, l'intrinseca atipicità degli strumenti finanziari (v. ad es. art. 2346⁶ c.c.), la concreta possibilità che uno stesso strumento finanziario, pur nell'identità dell'emittente, esibisca caratteri peculiari di rischio e di rendimento rende addirittura decettivo e fuorviante, ai fini della concreta tutela del cliente, l'eventuale perimetro di strumenti finanziari e di possibili forme di investimento concordato tra le parti al momento della conclusione del c.d. contratto quadro (⁵⁷), che può essere anche di gran lunga precedente quello dell'effettiva negoziazione.

Come si vede, l'efficacia informativa del c.d. contratto quadro è oggettivamente subordinata ad un attento esame del concreto contenuto del contratto stesso da condursi caso per caso. Un dato, peraltro, sembra emergere con sicurezza: affinché il contratto in discorso possa effettivamente contenere, non già – come spesso accade – generiche affabulazioni, ma “*i diritti e gli obblighi essenziali*” delle parti come preteso dall'ordinamento comunitario, è necessario che esso fissi in

Cass. 29 ottobre 2010, n. 22147, in *Foro it.*, Rep. 2010, *Intermediazione e consulenza finanziaria*, n. 141.

⁵⁷) Sembra, dunque, doversi rimeditare il collegamento tra enunciazione nel contratto quadro degli strumenti finanziari che potranno essere oggetto di futuri servizi di investimento e concreto contenuto degli obblighi di informazione (v. invece tra molti SCODITTI, *Intermediazione finanziaria e formalismo protettivo*, in *Foro it.*, 2009, I, 190).

primo luogo il profilo di rischio del cliente (⁵⁸), individuandolo alla stregua delle soggettive caratteristiche ed aspirazioni di questo. Tale profilo, infatti, condiziona in modo pervasivo la concreta situazione giuridica delle parti, di guisa che esso non può essere stabilito – come invece accade nella realtà – di fatto in modo del tutto astratto ed unilaterale mediante un algoritmo correlato alla giustapposizione di “crochette” in un questionario, con il risultato che al cliente laureato in filologia romana è assegnato lo stesso grado di conoscenza del mercato finanziario attribuito al laureato in economia finanziaria, sul presupposto che entrambi sono laureati.

Di contro, il profilo di rischio dovrebbe essere frutto di una attenta analisi delle concrete caratteristiche e propensioni del singolo cliente al dettaglio. Inoltre, in quanto momento essenziale del rapporto, la valutazione del cliente in cui in definitiva consiste il profilo di rischio, dovrebbe essere corredata da una motivazione in grado di dar ragionevolmente conto del procedimento logico sfociato in detta valutazione. Sempre sul presupposto della centralità del profilo di rischio del cliente all'interno del contratto e del rapporto esso dovrebbe essere condiviso con e dal cliente, che dovrebbe specificamente sottoscriverlo.

Non è inutile sottolineare che le indicazioni appena fornite a proposito del profilo di rischio non possono essere ritenute scelte di opportunità imprenditoriale rimesse a ciascun intermediario, ma diretta ed immediata applicazione delle clausole generali che caratterizzano il rapporto in esame (artt. 1175, 1375 c.c.; 21 lett. a TUF).

7. Importanza e limiti degli obblighi di informazione

La cautela nei confronti dell'efficacia “informativa” del c.d. contratto quadro, così come strutturato dall'art. 37 reg. Consob n. 16190, non è giustificata solo dalla sua non evidente focalizzazione sui “*diritti e gli obblighi essenziali*” delle parti. V'è infatti un problema forse più grave, che investe la congruenza, rispetto alla tutela dell'investitore, della stessa “forma informativa” e più in generale degli obblighi di informazione, di cui la prima è la più importante espressione.

⁵⁸) R. LENER, LUCANTONI, *op. cit.*, 403.

Questi ultimi, come pure, ovviamente, la “forma informativa”, sono figli della grande stagione della c.d. “economia dell’informazione” - nelle parole di Joseph STIGLIZ: “*the most important break with the past*”⁽⁵⁹⁾ - ossia della lunga fase di studi, costellata di “premi Nobel per l’economia”, nei quali, a partire da quelli di Herbert SIMON⁽⁶⁰⁾ - e prima ancora di Frank KNIGHT⁽⁶¹⁾ - ci si è resi conto del difficile e costoso accesso alle informazioni necessarie per le decisioni (non necessariamente solo economiche), della loro differente distribuzione nel mercato e della conseguente inefficienza recata al funzionamento del mercato stesso⁽⁶²⁾. Si è in particolare posto in discussione il postulato secondo il quale il mercato genera le informazioni sui beni e sui prezzi necessarie per contrattare e si è, anzi, dimostrato che l’assenza di informazioni, i dubbi sulle qualità dei beni e delle controparti, il conseguente timore di “condotte opportunistiche” spegne il mercato⁽⁶³⁾. Se ne è tratta la convinzione che, se si fossero imposti obblighi di informazione a carico della parte maggiormente informata (in forza della sua qualità di emittente o di operatore professionale del mercato in cui ha luogo la contrattazione), si sarebbero potuti correggere i fallimenti informativi del mercato: di qui la crescente attenzione del legislatore comunitario alle informazioni fornite a consumatori e risparmiatori, alla loro inclusione nel contenuto dei contratti, all’agevole accesso della parte meno informata alle informazioni medesime e al contratto, alla qualità delle clausole contrattuali, anche in termini di comprensibilità e adeguata formulazione linguistica⁽⁶⁴⁾. Il quadro complessivo che ne risulta, è stato convenientemente descritto come caratterizzato

⁵⁹) V. *The Contribution of Economics of Information to twentieth century economics*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 115, 4 (2000, nov.), 1441 ss.

⁶⁰) V. ad es. *A behavioural model of rational choice* (1955); *The theories of bounded rationality* (1972), entrambi in SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985.

⁶¹) *Risk, uncertainty and profit* (1921), Courier Corporation, 2012 (rist.).

⁶²) Per un primo panorama della vastissima letteratura v. SALTARI (cur.), *Informazione e teoria economica*, Bologna, 1990.

⁶³) Il riferimento è soprattutto ad AKERLOF, *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 84, 3 (1970), 488 ss.: la più importante conferma empirica della teoria si è registrata con la crisi del 2008, quando i dubbi sulla tenuta finanziaria delle banche ha paralizzato un mercato teoricamente perfetto come quello interbancario dei capitali.

⁶⁴) V. la diffusa rassegna condotta da PASA, *op. cit.*, 259 ss.

dal “*ruolo eminente*” assegnato all’informazione dalla disciplina europea del contratto, che l’ha elevata a “*fondamento dello stesso regolare e valido venire ad esistenza dell’operazione contrattuale*” (65).

In questo contesto culturale, prima ancora che giuridico, è stato inevitabile che vi fosse una rinnovata attenzione sulla forma e sulla nullità del contratto. A proposito della prima, che ora in particolare interessa, si è sintetizzato il suo ruolo affermando che “*la forma favorisce la conoscibilità dei contenuti del contratto ... l’intellegibilità dei contenuti è data dalla qualità dell’informazione, oltre che dal suo contenuto e dalla sua forma, che insieme costituiscono ... la forma informativa*” (66).

In coerenza con il trinomio che ne deriva (“forma-obblighi di informazione-conoscibilità e intellegibilità dei contenuti” contrattuali), per quanto riguarda il mercato finanziario si è sostenuto che “trasparenza” e obblighi di informazione sarebbero sufficienti per restituire senz’altro al risparmiatore “*piena autonomia e libertà contrattuale*” (67). Più precisamente, il nesso funzionale intravisto tra obblighi di informazione e contratto quadro – percepito come “*strumento di perequazione informativa*” - è ben riassunto nelle parole secondo le quali “*le conoscenze incomplete ed insufficienti dell’investitore vengono completate attraverso la necessaria sottoscrizione di un contratto quadro d’investimento per il quale è specificato un contenuto minimo di particolare dettaglio*” dalla disciplina regolamentare emanata dalla Consob (68).

L’importanza e la delicatezza di queste conclusioni trascende le loro ricadute sulla regolazione del mercato e dei singoli rapporti. Si impone, innanzi tutto, l’esigenza di riflettere sull’economia dell’informazione: quel che ne ha radicato i postulati e gli esiti nelle scelte regolatorie, nelle elaborazioni dottrinali e nel periodare delle decisioni delle Corti – e al tempo stesso ne rende sofferto il supera-

⁶⁵) SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità ed inefficacia nella transazione al diritto europeo*, Milano, 176.

⁶⁶) V. ancora PASA, *op. cit.*, 312.

⁶⁷) V. ad es. tra molti CAPRIGLIONE, *Intermediari finanziari, investitori, mercati. Il recepimento della Mifid. Profili sistematici*, Padova, 2008, 1-60; GRECO, *Informazione precontrattuale e rimedi nella disciplina dell’intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, 33 ss.; CIAN, *op. cit.*, 225.

⁶⁸) BERTOLINI, *op. ult. Cit.*, 344.

mento almeno parziale – è la circostanza che l'economia dell'informazione ha restituito nuovo vigore all'assai risalente e ricorrente visione antropologica dell'essere umano quale decisore razionale. Sono almeno 2300 anni che l'uomo concepisce se stesso come «*colui che delibera cerca e calcola*» (*Etica Nicomachea*, VI, 9, 1142 b, 5), ossia compie delle “scelte”, dove per “scelta” si intende il “*principio dell'azione. E principi dell'azione sono il desiderio ed il calcolo dei mezzi per raggiungere il fine*» (*Etica Nicomachea*, VI, 2, 1139 A, 30 – 35). In altre parole, da migliaia di anni l'uomo descrive se stesso come l'unico essere vivente in grado di orientare la sua condotta in modo razionale onde conseguire i suoi fini: «*l'uomo che sa deliberare bene ... è quello che seguendo il ragionamento sa indirizzare l'azione verso quello dei beni realizzabili con l'azione che è migliore per l'uomo*». (*Etica Nicomachea*, VI, 7, 1141 b, 10 – 15). E l'economia dell'informazione sembra assolutamente consonante con il modello antropologico, dal momento che entrambi sembrano muovere dalla stessa premessa di fondo: “*causa dell'involontarietà [dell'azione, della scelta] è l'ignoranza delle circostanze particolari nelle quali ed in relazione alle quali si compie l'azione*” e “*l'ignoranza nella scelta*” determina la sua “*perversità*” (*Etica Nicomachea*, III, 1, 30 – 1111 b). Dunque, l'informazione sulle “*circostanze particolari*” è la necessaria premessa per una “*azione*” non “*perversa*”; non è “*perversa*” la “*scelta volontaria*” – ossia la scelta compiuta conoscendo le “*circostanze particolari*” “ (v. ancora *Etica Nicomachea*, III, 2, 5 – 10) – la quale pertanto, tra “*il bene ed il male*”, si orienta verso il bene (*Etica Nicomachea*, III, 2, 1112 a), con l'avvertenza che non esiste un concetto di “bene” valevole in assoluto, ma oggetto della scelta è ciò che a ciascuno appare come il bene una volta presa coscienza delle “*circostanze particolari*” “ (*Etica Nicomachea*, III, 4, 25).

Orbene, la ricerca più recente sembra aver posto in discussione proprio il richiamato postulato antropologico. Il paradigma del decisore razionale è stato descritto più come modello ideale che quale oggettiva rappresentazione delle condotte umane ⁽⁶⁹⁾. E ciò è tanto più vero in contesti decisionali particolarmente complessi. Con riferimento a quanto qui interessa, ossia la decisione di investimento, in altra sede si

⁶⁹) V. ad es. anche per riferimenti CARUSO, *Homo oeconomicus. Paradigma, critiche, revisioni*, Firenze, 2012.

sono evidenziate le perplessità della dottrina più recente sull'efficacia delle informazioni soprattutto nei casi in cui le stesse riflettono la complessità dei "beni" oggetto del contratto che l'investitore intende concludere: in questi casi il legislatore prende atto che è irrealistico attendersi dal "cliente al dettaglio" le elevate competenze tecniche necessarie per comprendere ed elaborare le informazioni in ipotesi ricevute. In questi casi il legislatore, in vista di una tutela effettiva, impone – secondo il modello dell'*agency* ⁽⁷⁰⁾ – all'intermediario di tutelare egli stesso l'interesse del cliente anche a scapito del proprio calcolo economico ⁽⁷¹⁾. Non solo: nella stessa sede si sono altresì richiamate le recenti ricerche in tema di psicologia cognitiva ed economia comportamentale, le quali hanno evidenziato come – malgrado le informazioni ricevute o possedute - le decisioni possono essere assunte in modo di fatto assolutamente non razionale per effetto di distorsioni cognitive, le quali per di più presentano l'insidia di essere manipolabili dall'esterno ⁽⁷²⁾.

La gravità di questi aspetti, che riducono la presunta "*piena autonomia e libertà contrattuale*" del risparmiatore ad un mero *flatus vocis*, è tale da imporre un ripensamento sia dell'effettivo ruolo da riservarsi ad una componente delicata ed essenziale della disciplina del mercato, quale è l'informazione ⁽⁷³⁾, sia dell'intervento delle autorità preposte ad ogni livello alla regolazione del mercato ⁽⁷⁴⁾. Di qui – ancora una volta – la necessità di spostare il *focus* della protezione del cliente dall'informazione (e dunque da una pretesa "forma informati-

⁷⁰) Su cui v. ampiamente Sartori, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari: disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004.

⁷¹) V. anche per riferimenti, oltre ai lavori richiamati nelle note seguenti, LA ROCCA, *Lo strumento finanziario in Cassazione*, in *Foro it.*, 2012, I, 2430, spec. § 2; PERRONE, *Servizi di investimento e regole di comportamento: dalla trasparenza alla fiducia*, in ANNUNZIATA (cur.), *Il testo unico della finanza. Un bilancio dopo 15 anni*, Milano, 2015, 281 ss.

⁷²) Cfr. KANHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012. V. per più diffusi riferimenti GENTILI, *Il ruolo della razionalità cognitiva nelle invalidità negoziali*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, I, 1105 ss.; CATERINA (cur.), *I fondamenti cognitivi del diritto*, Milano, 2008.

⁷³) RORDORF, *Importanza e limiti dell'informazione nel mercato finanziario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, 773 ss.

⁷⁴) RANGONE, *Errori cognitivi e scelte di regolazione*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1/2012, 7 ss., ivi riferimenti ulteriori.

va”, che si è visto in concreto di difficile reperimento) all’azione diretta e preventiva dell’intermediario finanziario anche per quanto riguarda le modalità di offerta dei prodotti e della dazione delle informazioni.

8. *Il significato della sottoscrizione nel documento contrattuale*

Non è difficile delineare un bilancio dalle considerazioni condotte nei §§ 6 e 7: l’efficacia informativa del documento che riproduce il c.d. contratto quadro è assai controversa e, a tutto voler concedere, dovrebbe essere verificata in ciascun caso concreto. Anche se modellato sulla falsariga dell’art. 37, reg. Consob n. 16190/2007, quel documento non contiene – e, data la sua natura di contratto normativo, difficilmente può contenere, secondo l’auspicio di larga parte della giurisprudenza di merito e della dottrina - le reali “*regole contrattuali*” applicate al rapporto tra cliente e soggetto abilitato nello svolgimento dei servizi di investimento.

Non solo: in chiusura del precedente paragrafo si è preso atto che l’inidoneità del c.d. contratto quadro a realizzare una “protezione” del cliente di una qualche efficacia è ancor più radicale. Si è, infatti, osservato che obblighi di informazione e “forma informativa” non sono una panacea per tutte le asimmetrie informative: essi hanno un’efficacia inversamente proporzionale alla complessità dell’oggetto della transazione e del relativo mercato. Ne seguono giustificate perplessità a proposito del teorema da cui muove una parte della giurisprudenza e della dottrina, articolato sull’equiparazione tra consegna del documento contrattuale al cliente e conseguimento della protezione dello stesso cliente.

Di qui un’ulteriore conseguenza non priva di importanza ai presenti fini: l’estrema modestia della funzione protettiva riconducibile al documento che riproduce il c.d. contratto quadro non può costituire efficace premessa per svalutare il profilo strutturale del contratto medesimo svincolandolo dallo schema dell’art. 2702 c.c.

Ciò non significa che siano esauriti i problemi sollevati dalla questione oggi rimessa alle Sezioni Unite. Come si ricorderà, nel § 2 si è preso atto che i dubbi avanzati in ordine alla necessità della sottoscrizione dell’intermediario non traggono fondamento solo dall’efficacia protettiva assegnata al documento riproduttivo del c.d. contratto qua-

dro. Nelle pagine precedenti non si è mancato di aggiungere che in letteratura si esclude la necessità della sottoscrizione del c.d. “contratto quadro” anche sulla base della sua natura di contratto unilateralmente predisposto per condizioni generali (v. § 4 in apertura). Per certi versi non lontana da questa teorica è la tesi di chi, pur inserendo in linea di principio la “firma” tra gli elementi essenziali del documento, sottolinea l’esistenza di ipotesi in cui “la sottoscrizione non è necessaria”. Tra queste ipotesi qui interessano quelle nelle quali non sorgessero dubbi sull’imputazione, o quando quest’ultima non fosse contestata, nonché ipotesi nelle quali la sottoscrizione del documento non fosse richiesta dalla normativa europea ⁽⁷⁵⁾.

Per quanto riguarda la prima delle teorie ora richiamate, è necessario precisare che essa si fonda sull’assunto secondo il quale il contratto contenente condizioni generali non necessiterebbe della sottoscrizione del predisponente, dal momento che “*il testo non firmato, la dichiarazione non sottoscritta possono essere imputate anche in modi alternativi*” ⁽⁷⁶⁾.

Questa proposta non sembra resistere efficacemente ad una verifica.

In primo luogo, mette conto rammentare ancora una volta che l’art. 1341 c.c. ha – per quel che qui interessa – una duplice portata: esso per un verso esonera il predisponente delle condizioni generali di contratto dall’attività – costosa per più motivi – diretta a far pervenire all’indirizzo di ciascun suo cliente una proposta o una accettazione contenente le condizioni medesime: nella prospettiva dell’art. 1341 c.c. incombono sulla controparte del predisponente l’iniziativa ed i costi necessari per acquisire conoscenza delle condizioni generali. Il predisponente – ed è il secondo effetto dell’art. 1341 c.c. che qui viene in rilievo – può avvalersi di questa indubbia posizione di favore nella misura in cui le sue condizioni generali siano conoscibili o conosciute dall’altro contraente: solo se viene soddisfatto questo requisito esse sono efficaci nei confronti dell’aderente.

Orbene, non sembra possibile negare che il requisito di “conoscibilità” può essere ragionevolmente soddisfatto solo se le condizioni generali di contratto sono raccolte in un documento che ne consenta la

⁷⁵) PASA, *op. cit.*, 43 s.

⁷⁶) MAGGIOLLO, *op. cit.*, 471.

consultazione ai clienti ed ai futuri clienti del predisponente: non v'è alcun elemento dal quale sia possibile desumere che tale documento possa non essere sottoscritto dall'impresa predisponente prima di essere reso conoscibile. E ciò a prescindere dal fatto che le copie di tale documento diffuse sul mercato al fine di garantirne la conoscibilità siano sottoscritte o no: quel che conta è che l'iniziale documento "alfa" sia stato sottoscritto.

Ne segue che la conclusione del contratto unilateralmente predisposto con condizioni generali – se è concluso per iscritto – ha luogo mediante due documenti separati, ma entrambi sottoscritti: quello contenente le condizioni generali e quello contenente l'adesione del non predisponente.

L'art. 1342 c.c. offre un ulteriore argomento in questo senso. Esso, nel confermare che il contratto concluso per moduli e formulari è munito di "sottoscrizione", non contiene alcun indizio in grado di suffragare l'idea che il modulo debba essere sottoscritto solo dal cliente e non anche dal rappresentante dell'impresa. Ne segue che il complesso degli artt. 1341 e 1342 c.c. non evidenzia alcun elemento che deroghi all'art. 2702 c.c. per quanto riguarda la posizione dell'impresa che abbia deciso di utilizzare condizioni generali e moduli "*predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali*", tanto che in dottrina si è discusso se nei contratti di massa sia sempre necessaria la autografia della sottoscrizione, ovvero essa possa essere riprodotta meccanicamente, ma non sembra essersi dubitato della necessità di una sottoscrizione da parte dell'impresa predisponente ⁽⁷⁷⁾.

Il punto di caduta della costruzione qui accennata, come pure dell'altra ricordata in apertura di questo paragrafo, può probabilmente individuarsi nella circostanza che entrambe assegnano alla sottoscrizione un ruolo più limitato di quanto ad essa non possa e non debba essere riconosciuto. Esse guardano alla sottoscrizione esclusivamente quale strumento per risolvere il problema dell'imputabilità del contenuto del documento. Viene così ingiustificatamente relegato sullo sfondo l'ulteriore significato della sottoscrizione: tale significato deve individuarsi nel fatto che la sottoscrizione è elemento necessario af-

⁷⁷) Cfr. sul tema v. PAGLIANTINI, *op. ult. Cit.*, 119 ss., che condivisibilmente conclude nel senso che l'ammissibilità della sottoscrizione meccanica deve essere valutata in rapporto "*al tipo di situazione effettuale costituenda*". Sulla firma elettronica v. anche per riferimenti BERTI DE MARINIS, *op. cit.*, 238 ss.

finché colui che imputa a sé stesso il contenuto del documento, nel medesimo tempo si assuma i vincoli e le responsabilità connessi al contratto espresso nel documento stesso.

Conviene accostarsi al dato che qui interessa muovendo dalla nozione – tra le diverse possibili - del documento quale “*strumento che consenta la formulazione di un giudizio circa l'esistenza di un fatto, nonché la possibilità di sussumere il fatto sotto una fattispecie normativa*” (78). In particolare, mette conto prendere le mosse da quest'ultima, vale a dire la “*fattispecie normativa*”, nella quale, attraverso l'attività interpretativa, viene sussunto il fatto rappresentato nel documento. Tale “*fattispecie normativa*” può assumere contenuti concreti e qualificazioni assai diverse tra loro. Può, ad esempio, consistere in quelli che la dottrina ha chiamato “atti di comunicazione” o “partecipazioni”: può consistere, in altre parole, in un'opposizione, in un avviso, in un atto di interpello, in un'intimazione, in una costituzione in mora (79), in una di quelle “comunicazioni al pubblico” ex art. 114 TUF, oppure più semplicemente, e sempre continuando negli esempi, può consistere nella comunicazione effettuata alla clientela da una banca circa l'apertura o la chiusura di uno sportello, ovvero nella comunicazione effettuata dall'impresa preponente circa il venir meno del rapporto con un agente, o un promotore finanziario ecc. Ed ancora può consistere in uno di quei tanti “documenti informativi” previsti dalle leggi speciali, che possono integrare il contratto, ma non sono di per sé il contratto e sono sprovvisti di valore vincolante in ordine alla fornitura del bene o servizio.

In queste tipologie di atti la sottoscrizione del dichiarante non sembra assumere rilievo diverso da quello più volte accennato di criterio di imputazione del contenuto del documento. In molti casi – come ha ribadito la dottrina richiamata nelle pagine precedenti – si può addirittura fare a meno della sottoscrizione.

Di contro, la sottoscrizione sembra assumere un significato più complesso quando il fatto rappresentato è una dichiarazione che si potrebbe designare come “negoziale” in quanto volta ad assumere obbli-

⁷⁸) PATTI, *op. cit.*, § 2; IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, cit., 186.

⁷⁹) Cfr. ad es. SANTORO PASSARELLI, *op. cit.*, 109; SACCO (con la collaborazione di P. CISLIANO), *Il Fatto. L'Atto. Il Negozio*, Assago, 2005, 259. Sulla diversa rilevanza sostanziale assunta di volta in volta dal significato della dichiarazione v. FALZEA, *Manifestazione (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, XXV, 1975, § 16.

ghi in conformità degli interessi del dichiarante secondo il libero apprezzamento del medesimo: ad esempio un contratto, o una proposta o un'accettazione contrattuale. In questi casi la sottoscrizione vale certamente – come si è detto – quale strumento per stabilire a chi imputare il contenuto del documento; peraltro, la sottoscrizione vale, altresì, quale segnale di vincolatività per il *subscribens* di quello che una volta si sarebbe definito senza esitazione il contenuto volitivo del documento stesso.

La necessità di distinguere all'interno del documento tra la manifestazione della volontà e la certificazione della manifestazione stessa fu sottolineata fin dal 1915 dal CARNELUTTI. Egli stesso, tuttavia, pose in chiaro un punto di contatto tra i due profili appena indicati. Il comun denominatore di entrambi – osservò CARNELUTTI – consiste nella “scrittura”: essa adempie alla duplice funzione di manifestazione della volontà e di certificazione della manifestazione stessa: “*la scrittura non serve soltanto a formare il negozio, ma ancora a formare un oggetto dal quale si potrà in seguito dedurre l'esistenza del negozio*”⁽⁸⁰⁾.

Affinché la scrittura possa svolgere entrambe queste funzioni è necessario – come si è già accennato *supra* in § 3 - la sottoscrizione di ciascun dichiarante. Anche su questo punto la dottrina ha fatto chiarezza da tempo: “*la dichiarazione di volontà per iscritto dal medio evo in qua viene fatta mediante sottoscrizione autografa del proprio nome apposta ad uno scritto esarato dal sottoscrivente o da un altro, con che quegli dichiara essere suoi pensieri e suo volere il contenuto di quello scritto*”⁽⁸¹⁾. In particolare, delle parole di SAVIGNY, interessa

⁸⁰) CARNELUTTI, *La prova civile*, cit., 104. Mette conto sottolineare, per l'A., *op. ult. Cit.*, 145, la scrittura era, non già un “*mezzo documentale*” valevole sempre ed in assoluto, ma solo il “*mezzo documentale assorbente nelle condizioni tecniche odierne*”, ossia del 1915. Ne segue che Carnelutti non escludeva assolutamente che si potesse documentare un fatto attraverso un supporto diverso dalla carta. Sul punto, inoltre, non può non essere rammentata la chiara prospettiva delineata da CANDIAN, *op. cit.*, § 4: “*sulla descrizione della struttura del documento influisce con particolare intensità lo sviluppo della tecnica, ai giorni nostri sorprendente. La continuità e varietà delle scoperte, i cui risultati si susseguono con ritmo inarrestabile e si sovrappongono e soverchiano ed eliminano, abolendo oggi quello che sembrava ieri una conquista destinata a durare, moltiplicano così i corpi suscettibili di assicurare una impressione come i modi della impressione medesima*”.

⁸¹) SAVIGNY, *op. cit.*, 244.

ora valorizzare e sviluppare il profilo del “*volere*”: parafrasando l’inevitabile prospettiva volontaristica di Savigny, deve prendersi atto che il *subscribens* esprime e fa proprio il “*volere*” riportato nel documento e con ciò segnala alla controparte – secondo una condotta praticata “*dal Medio Evo in qua*” – che egli intende vincolarsi a quella volontà.

Con espressioni meno intrise di volontarismo sembra possibile affermare che la sottoscrizione segnala che il *subscribens* ha completato quello che, sempre nel 1915, Giovanni CARRARA chiamò il “*lavorio preparatorio*” che precede la conclusione di qualsiasi contratto sia pure con ampiezza ed importanza diverse a seconda della natura e del valore del contratto stesso ⁽⁸²⁾. Più precisamente, con l’espressione “*lavorio preparatorio*” si designò la fase nella quale ciascuna parte compara i propri interessi all’assetto divisato in contratto e ne apprezza la convenienza, o più semplicemente valuta l’idoneità del singolo bene o servizio a soddisfare il suoi bisogni ed aspettative, considera eventuali alternative, valuta le responsabilità che potrebbero derivarne, formula in altre parole un’analisi – più o meno complessa a seconda dei casi - costi/benefici connessi al contratto e, all’esito positivo di tali analisi e valutazioni, assume il relativo vincolo sottoscrivendo il contratto, o la proposta, o l’accettazione. Questa fase si conclude con la sottoscrizione del documento (e la sua spedizione). Come solitamente si dice, con la sottoscrizione le parti “chiudono” il contratto.

Questa ulteriore dimensione rituale della sottoscrizione, che marca l’assunzione del vincolo da parte del *subscribens*, affiora con chiarezza dall’esame della giurisprudenza formatasi in materia di minuta contrattuale: quei casi sorgono in presenza di un articolato contrattuale apparentemente completo, del quale una parte assume la definitività e dunque ne reclama l’esecuzione; l’altra parte, invece, sostiene che quel documento non rappresenta un contratto definitivamente concluso, ma una semplice minuta, dal momento che le parti non avrebbero inteso vincolarsi ad esso riservandosi ulteriori riflessioni. Momento dirimente di tali liti è proprio la sottoscrizione del contratto: infatti, è solo in presenza di un articolato contrattuale regolarmente sottoscritto, che la giurisprudenza presume la definitività del contratto, presunzio-

⁸²) *La formazione del contratto*, Milano, 1915, 1.

ne che può essere superata solo attraverso un apparato probatorio di segno contrario particolarmente preciso e stringente ⁽⁸³⁾.

Come si vede, quando il fatto rappresentato nel documento è una dichiarazione rilevante ai fini dell'art. 1326 c.c., la distinzione tra fatto rappresentato e fatto rappresentativo assume una curvatura particolare, in quanto i due fatti condividono l'elemento della sottoscrizione, che assume un duplice rilievo simbolico – e che non è sfuggito alla dottrina ⁽⁸⁴⁾ – quale segnale circa l'autore del documento e quale segnale che l'autore del documento ha inteso vincolarsi al contenuto dello stesso ai sensi dell'art. 1372 c.c. assumendo relativi obblighi e responsabilità.

Sulla base di queste premesse può valutarsi meglio l'affermazione secondo la quale possono darsi documenti privi di sottoscrizione, i quali, ciò malgrado, conservano intatta la loro rilevanza giuridica quando possa risolversi altrimenti il problema della loro imputazione ⁽⁸⁵⁾. Questa affermazione e le altre analoghe diffuse in letteratura possono forse essere accolte in linea di principio, ma sono di dubbia operatività nei casi in cui il fatto rappresentato sia un contratto: in questo caso, infatti, la sottoscrizione non assume solo la funzione di criterio di imputazione del documento, ma vale anche come condotta rituale con la quale il *subscribens* segnala di ritenersi vincolato alle promesse ⁽⁸⁶⁾, alle obbligazioni e all'assetto di interessi delineato nel documento.

Il senso di segnale declamatorio della conclusione del contratto, che insieme all'altro di imputazione del documento deve essere riconosciuto alla sottoscrizione, è confermato a ben vedere dall'art. 1342 c.c. Le sue parole iniziali enfatizzano, infatti, il ruolo cerimoniale della sottoscrizione quale gesto che segna la conclusione del contratto tra presenti e che in ogni caso segnala la conclusione del processo di ap-

⁸³) Cfr. ad es. Cass. 16 luglio 2002, n. 10276, in *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Contratto in genere*, n. 310; Cass. 7 aprile 2004, n. 6871, in *Foro it.*, Rep. 2004, voce cit., n. 340, cui *adde* gli ulteriori esempi discussi da VITUCCI, *La formazione progressiva del contratto*, in ROPPO (cur.) *Trattato del contratto*, I, *Formazione* a cura di GRANELLI, Milano, 2006, 442 ss.

⁸⁴) Cfr. SACCO, *Il contratto*, cit., 714, 731 s.

⁸⁵) Così ad es. PASA, *op. cit.*, 44.

⁸⁶) Il profilo rituale della forma contrattuale e della sottoscrizione sono approfonditi nel mio studio di prossima pubblicazione *Il problema della forma contrattuale* cui ho già fatto riferimento.

prezzamento dei propri interessi da parte del *subscribens*. E tutto ciò vale per tutti i contratti, compresi – conferma l’art. 1342 c.c. - quelli il cui contenuto consista (in tutto o in parte) in condizioni generali riportate in moduli o formulari.

9. Prime conclusioni: il senso della sottoscrizione dell’intermediario nei contratti finanziari

Le considerazioni fin qui condotte offrono tasselli utili per comporre un mosaico complessivo coerente ed ordinato.

In primo luogo, la ridotta portata informativa del c.d. contratto quadro conferma oltre ogni dubbio le difficoltà irrisolte della giurisprudenza di merito. D’altra parte, non sembra aver riscontro nell’ordinamento una “forma informativa” che escluda dal documento contrattuale i tradizionali caratteri della scrittura privata: nell’unico caso in cui ciò accade la legge stabilisce strumenti anche articolati per assicurare la completezza del contenuto del contratto (v. artt. 2 e 3, l. n. 192/1998) e sancisce espressamente la possibilità di derogare all’art. 2702 c.c. Una situazione analoga non sussiste sotto alcun profilo per il c.d. contratto quadro, dove non v’è né informazione effettiva sui “diritti essenziali” del risparmiatore (e dunque non v’è una sua “protezione”, né una disposizione che ammetta il superamento dell’art. 2702 c.c.

In quest’ultima disposizione risalta la sottoscrizione. Nel precedente paragrafo ci si è soffermati sul rilievo particolare da essa assunto. “*Dal medio evo in qua*”, secondo SAVIGNY, la sottoscrizione costituisce momento di primaria importanza del formalismo attraverso il quale si esprime l’attività umana giuridicamente rilevante. La ritualità condivisa, che marca l’agire socialmente ⁽⁸⁷⁾ – e dunque giuridicamente ⁽⁸⁸⁾ - rilevante dei privati, investe anche la sottoscrizione: al pari di altri elementi formali essa contribuisce a dare certezza alle situazioni giuridiche, dal momento che avverte che la scelta del contraente è giuridicamente compiuta con i conseguenti profili di vincolatività e

⁸⁷) DOUGLAS, ISHERWOOD, *Il mondo delle cose. Oggetti, valore, consumo* (1979), Bologna, rist. 2013, 72 s.; SACCO, *op. ult. Cit.*, 705.

⁸⁸) FALZEA, *Manifestazione*, cit., § 13; ID., *Complessità giuridica*, cit., 209 ss.; BIANCA, *op. cit.*, 279.

di responsabilità (⁸⁹). In particolare nel precedente paragrafo ci si è soffermati sul fatto che la sottoscrizione non segnala solo che il *subscriber* è l'autore della dichiarazione riportata nel documento. Essa, infatti, ha la funzione di dividere la fase precontrattuale dalla conclusione del contratto; più precisamente, essa annuncia la fine del “*lavorio preparatorio*”, che – complesso o meno a seconda delle caratteristiche della concreta vicenda contrattuale – è posto in essere da ciascun contraente prima che si risolva a concludere qualsiasi contratto.

Tale “*lavorio preparatorio*” può assumere rilevanza particolare nell'ipotesi che il contratto sia concluso nell'esercizio di un'attività imprenditoriale. In particolare qui interessa il caso del contratto concluso dall'intermediario finanziario nell'esercizio dell'attività creditizia o nello svolgimento dei servizi di investimento. Normativa vigente, dottrina aziendalistica e prassi aziendali non mancano di offrire esempi del “*lavorio preparatorio*” che deve necessariamente essere condotto dagli intermediari finanziari prima della sottoscrizione del contratto con il cliente.

Per quanto riguarda i contratti di credito, costituisce espressione della “*sana e prudente gestione*” – vale a dire del requisito essenziale per lo svolgimento dell'attività bancaria (v. art. 14 TUB) - che la loro conclusione sia preceduta dalla c.d. “istruttoria di fido”. Con tale “istruttoria” la banca determina – anche attraverso il calcolo delle probabilità - la capacità del soggetto finanziato di restituire il finanziamento generando un reddito per la banca stessa. È inutile sottolineare che entrambi i profili sono essenziali per la sopravvivenza della banca: restituzione delle somme “mutuate” e adempimento delle condizioni economiche pattuite per la dazione di quelle somme debbono necessariamente sussistere per garantire le condizioni essenziali per l'equilibrio economico della banca (⁹⁰), per evitare che essa affondi sommersa di NPL.

Ne segue che la banca, prima di concludere il contratto di credito, deve accertare che i flussi di cassa prospettici attesi dal potenziale prenditore dei fondi grazie allo svolgimento della sua attività sul mercato in condizioni di concorrenza, sia tale da consentirgli il regolare

⁸⁹) SACCO, *op. ult. Cit.*, 712; RABAGLIETTI, *op. cit.*, 623 ss.

⁹⁰) MALINCONICO, *Il credit risk management del portafoglio prestiti. Da Basilea 1 a Basilea 3*, Milano, 2012, 86 e 136.

pagamento del debito verso la banca stessa ⁽⁹¹⁾. La c.d. “istruttoria di fido” si rivela così uno strumento di gestione della banca e della sua attività caratterizzante, dal momento che mira a porre la banca in grado di calcolare preventivamente l’incidenza dell’operazione creditizia sulla sua attività in termini di redditività e di rischiosità. Solo così la banca può fissare il tasso di interesse e le altre eventuali condizioni economiche del contratto.

Per poter valutare tutti questi aspetti la banca deve necessariamente prendere in considerazione la situazione economica complessiva del cliente. Sul punto è significativo l’art. 137 TUB che punisce il reato di “*mendacio bancario*”: la disposizione sanziona chi, nella fase antecedente la concessione del credito, ometta dati o notizie, o fornisca dati falsi in ordine alla “*situazione economica, patrimoniale o finanziaria delle aziende comunque interessate alla concessione del credito*”. Come si vede, l’art. 137 TUB traccia con grande chiarezza la platea delle informazioni che il potenziale finanziato deve dare alla banca.

Altro dato offerto dall’art. 137 TUB riguarda la fonte più importante a disposizione della banca per la determinazione del merito di credito: tale fonte è costituita proprio dal potenziale prenditore dei fondi (v. anche art. 124-bis TUB), che è il soggetto attivo del reato. Infatti, la norma sanziona “*chi, al fine di ottenere concessioni di credito per sé o per le aziende che amministra, ... fornisce dolosamente ad una banca notizie o dati falsi*”.

La banca, dunque, ha il diritto ed il dovere di ottenere dal potenziale cliente notizie e dati onde acquisire consapevolezza della “*situazione economica, patrimoniale o finanziaria delle aziende comunque interessate alla concessione del credito*”. Sulla base del patrimonio informativo così acquisito, si configura a carico della banca stessa un obbligo di cooperazione con il cliente nel senso che essa dovrebbe rappresentare al medesimo quali possono essere le forme creditizie

⁹¹) Il momento ispiratore è costituito dall’intuizione di MODIGLIANI, MILLER, *The Cost of Capital, Corporate Finance, and the Theory of Investment*, in «*American Economic Review*», 48 (1958), pp. 261-297, e dagli studi che si sono innestati su questo: v. anche per riferimenti FILOSA, MAROTTA, *Stabilità finanziaria e crisi*, Bologna, 2011, 179 ss.; MALINCONICO, *op. cit.*, 135. La definizione di “*valutazione del merito creditizio*”, contenuta nel n. 17 dell’art. 4 dir. 2014/17, ripercorre il concetto espresso nel testo: “*valutazione delle prospettive che le obbligazioni debitorie risultanti dal contratto di credito siano rispettate*”.

maggiormente adatte non solo “*all’azienda*” direttamente finanziata, ma anche alle “*aziende comunque interessate alla concessione del credito*”: questa locuzione sottolinea che il perimetro delle aziende *comunque* interessate al credito deve essere tracciato in rapporto al singolo caso concreto, potendosi peraltro presumere – ma si tratta di presunzione *juris tantum* – che in tale espressione sia compreso il gruppo della quale l’azienda finanziata fa parte (la presunzione in tal senso è giustificata dalla nozione di gruppo, quale modalità di esercizio dell’impresa attraverso una pluralità di organizzazioni societarie).

I rilievi appena esposti hanno ricevuto conferma sul piano normativo dalla direttiva 2014/17/UE (la c.d. “direttiva mutui”) ⁽⁹²⁾. Questa direttiva, che nell’applicazione italiana ai sensi dell’art. 120 *sexies* TUB si applica – salvo i casi eccezionali tassativamente indicati - “*ai contratti di credito comunque denominati*”, impone che “*prima della conclusione di un contratto di credito, il creditore svolga una valutazione approfondita del merito creditizio* [del prenditore dei fondi]. *Tale valutazione tiene adeguatamente conto dei fattori pertinenti ai fini della verifica delle prospettive di adempimento da parte del* [prenditore dei fondi] *degli obblighi stabiliti dal contratto di credito*” (art. 18). La direttiva raccomanda che la concessione del credito non sia determinata da aspettative sulla rivalutazione degli immobili dati in garanzia, né dalla previsione che il rischio di credito sia successivamente trasferito ad altri (v. *Considerando* n. 57). Come pure, la direttiva prescrive che, prima della conclusione del contratto di credito al potenziale prenditore dei fondi siano date informazioni idonee a far sì che questi assuma “*una decisione informata in merito alla conclusione di un contratto di credito*” (art. 14, dir. Cit.; art. 120 *novies* TUB).

Queste disposizioni, che per larghissima parte enunciano regole che hanno riscontro nella più risalente tradizione della gestione bancaria ⁽⁹³⁾, vengono qui richiamate per evidenziare il particolare contenuto

⁹²) Su questa direttiva v. SIRENA (cur.), *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo. Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, Milano, 2016.

⁹³) Cfr. ad es. D’ANGELO, MAZZANTINI, *Trattato di tecnica bancaria*¹¹, Milano, 1966; REVELL, *Saggi di microeconomia bancaria*, Bologna, 1993.

La circostanza che il legislatore europeo abbia avvertito la necessità di imporre per legge principi consolidati di tecnica bancaria, merita attenzione. La spiegazione di tale circostanza si rinviene nel *considerando* n. 3 della direttiva 2014/17, dove si

del “*lavorio preparatorio*” cui la banca è tenuta prima della concessione del credito: esso comprende la valutazione del merito di credito del potenziale prenditore dei fondi, le attività necessarie per acquisire conoscenza delle caratteristiche ed esigenze di quest’ultimo, la dazione al medesimo delle informazioni necessarie affinché egli possa “*prendere una decisione informata in ordine alla conclusione di un contratto di credito*” (art. 120-*novies*, comma 2, TUB) ⁽⁹⁴⁾. Orbene, la

legge che “*la crisi finanziaria ha dimostrato che un comportamento irresponsabile da parte degli operatori del mercato può mettere a rischio le basi del sistema finanziario, portando ad una mancanza di fiducia fra tutte le parti coinvolte ... e a conseguenze potenzialmente gravi sul piano socioeconomico*”. Queste parole - di grande interesse per più versi - in questa sede possono essere svolte sulle seguenti osservazioni: esse, insieme alle altre contenute nel *considerando* n. 4 (“*sono stati individuati diversi problemi nei mercati del credito ipotecario all’interno dell’Unione legati al comportamento irresponsabile nella concessione e accensione dei mutui e al potenziale margine per comportamenti irresponsabili da parte degli operatori del mercato*”), esse danno la misura di quanto poco negli ultimi anni gli intermediari finanziari abbiano tenuto conto del c.d. “rischio reputazionale”. L’esperienza ha così smentito uno degli architravi su cui facevano assegnamento i sostenitori della c.d. *soft regulation*: si sosteneva, infatti, che il rischio reputazionale, vale a dire il rischio della caduta della reputazione e della fiducia, che sarebbe conseguita a carico dell’operatore sorpreso a non rispettare le “regole del gioco”, sarebbe stato così penalizzante per l’intermediario interessato da dissuaderlo efficacemente da “*comportamenti irresponsabili*”. L’esperienza ha, invece, dimostrato - e continua a dimostrare - come tutto ciò sia un’illusione: molto spesso i partecipanti al mercato finanziario - e precisamente emittenti ed intermediari finanziari - inclinano verso condotte opportunistiche con conseguente sottovalutazione del “rischio reputazionale”. Di qui la necessità di una regolazione imposta per legge e con tecniche legislative sensibili alla rapida evoluzione del mercato (RORDORF, *Importanza e limiti dell’informazione nel mercato finanziario*, in *Giur. Comm.*, 2002, I, 773 ss.).

⁹⁴) La dottrina maggiormente sensibile ai profili dell’informazione precontrattuale raccomanda l’applicazione analogica dell’art. 124⁵ TUB (DE POLI, *La contrattazione bancaria tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Padova, 2012, 128 ss.), non mancando di suggerire un parallelo con gli obblighi di appropriatezza/adeguatezza propri dei servizi di investimento. In questa sede non è possibile cogliere la sollecitazione ad un’indagine che dovrebbe tener presente la diversa natura corrente tra il credito bancario e l’intermediazione mobiliare sotto una pluralità di profili, non ultimo dei quali è costituito dalla diversa posizione del cliente, che nell’intermediazione mobiliare agisce quale risparmiatore, dunque soggetto al rischio, dal quale l’intermediario dovrebbe salvaguardarlo, mentre nelle operazioni creditizie è prenditore di fondi altrui, e dunque rappresenta il rischio per la banca (e per il sistema). Questa diversa allocazione del rischio e dei ruoli si riflette sulla diversa formula dell’art. 21 lett. A) TUF rispetto all’art. 120 *septies*, lett. a, TUB: il

sottoscrizione ad opera della banca del contratto o dell'offerta vincolante di cui all'art. 120-*novies*, comma 3, TUB, segnala la conclusione della complessa attività preparatoria, qui accennata solo per grandi linee, e la decisione dell'intermediario di concedere il credito, nonché le condizioni alle quali concederlo. È significativo che sia il *considerando* n. 45, sia il *Considerando* n. 58 della direttiva usino il termine "firma" per designare tale decisione della banca.

Anche con riguardo al contratto di intermediazione mobiliare l'intermediario è tenuto a svolgere un'importante attività preparatoria. Nel § 6 si è rammentato che l'art. 37, dir. 2006/73, individua nei "diritti ed obblighi essenziali" delle parti il contenuto dell'"accordo di base scritto" che deve intercorrere tra intermediario e risparmiatore. Si è aggiunto che tra questi "diritti ed obblighi essenziali" ha larga parte la necessità che l'intermediario valuti l'adeguatezza di ciascun investimento rispetto alle caratteristiche del singolo cliente. L'intermediario può ragionevolmente adempiere a questo obbligo solo se ha preventivamente adempiuto alla c.d. *Know your customer rule*.

L'importanza pregiudiziale di questa regola è dovuta alla sua stretta inerenza alla ragion d'essere economica dell'attività di intermediazione mobiliare. Invero, il mercato finanziario può sopportare il costo transattivo rappresentato dall'intermediario solo se quest'ultimo indirizza effettivamente gli investimenti verso impieghi efficienti e coerenti con le aspirazioni, le aspettative del risparmiatore e i servizi di investimento di cui ha bisogno, e tutto ciò sempre nel rispetto del limite della "integrità del mercato", ossia della stabilità e non rischiosità dello stesso. Ne segue che l'intermediario, prima di impegnarsi alla fornitura di tali servizi deve compiere almeno due complesse procedure: deve, in primo, accertare il profilo di rischio del risparmiatore, dal momento che tale profilo di rischio costituirà il parametro sul quale l'intermediario dovrà misurare la propria attività di cura dell'interesse del cliente; in secondo luogo l'intermediario deve verificare che il

primo – come si è accennato nelle pagine precedenti - impone all'intermediario di svolgere (tutti) i servizi di investimento perseguendo *al meglio* l'interesse del cliente anche a scapito del proprio; il secondo utilizza una formula diversa: esso prescrive che la banca, o l'intermediario del credito, tenga "*conto dei diritti e degli interessi*" del potenziale finanziato, ossia valuti la possibilità che quest'ultimo non acceda a rapporti creditizi che non sia in grado di restituire (profilo, che, a ben vedere, ha comunque riguardo all'interesse della banca).

cliente, le sue particolari caratteristiche, la natura dell'instaurando rapporto non presentino aspetti tali da far dubitare che “*le risorse e procedure, anche di controllo interno*” non siano in grado di “*assicurare l'efficace svolgimento dei servizi e delle attività*” di investimento (art. 21 lett. d TUF). Deve, inoltre, essere accertato che il cliente, le sue esigenze, i servizi richiesti siano coerenti con gli assetti organizzativi dell'impresa di investimento ed il modello di business da essa adottato (v. *considerando* n. 54 e art. 16, dir. 2014/65).

Come si vede, prima di istaurare il rapporto di intermediazione mobiliare il soggetto abilitato deve procedere – al pari di quanto accade prima della costituzione di un rapporto creditizio – ad una serie di verifiche preparatorie. La conclusione del contratto con il cliente può aver luogo solo se tali verifiche abbiano avuto esito positivo. La sottoscrizione del contratto da parte del rappresentante dell'intermediario segnala il positivo completamento delle procedure preliminari qui brevemente richiamate. Con quella sottoscrizione il rappresentante della banca attesta questo positivo completamento e se ne assume le conseguenti responsabilità verso la banca ed i terzi, ivi comprese le autorità di vigilanza. Per questi motivi – deve aggiungersi – la banca deve conservare una copia del contratto sottoscritto dal suo rappresentante.

10. *Forma del contratto e attività bancaria e finanziaria. Conclusioni*

Le conclusioni così attinte sono foriere di considerazioni ulteriori. Esse investono una pluralità di aspetti diversi, ai quali qui sarà possibile solo accennare perché un loro approfondimento si scosterebbe eccessivamente dal tema di fondo di queste pagine.

Il primo di tali aspetti riguarda la questione che ha offerto lo spunto per queste considerazioni: la sottoscrizione della banca nei contratti conclusi con la clientela. Anche con riguardo a tale sottoscrizione si confermano la natura e la funzione tradizionali della sottoscrizione stessa. Anche in questo caso, infatti, può agevolmente intravedersi la funzione dichiarativa storicamente riconosciuta alla sottoscrizione del documento contrattuale⁽⁹⁵⁾: essa significa sia “assunzione della paternità del documento”, sia conferma, ad opera del *subscribens*, della

⁹⁵) V. ancora CARNELUTTI, *op. ult. cit.*, 514 s.

vincolatività e definitività delle dichiarazioni e delle valutazioni contrattuali contenute nel documento.

Nella tipologia di contratti qui considerati, peraltro, il senso della sottoscrizione dell'intermediario finanziario si arricchisce di profili ulteriori. Invero, nel precedente paragrafo è stato posto in luce che la banca, l'intermediario finanziario possono vincolarsi alla concessione del credito o allo svolgimento di determinati servizi di investimento a favore di un determinato cliente solo dopo che si è completato positivamente il procedimento di valutazione del merito di credito o del profilo di rischio dello specifico cliente. Orbene, nella sottoscrizione del contratto ad opera del funzionario legittimato a tal fine alla stregua dell'organizzazione e delle procedure interne della banca, vi è anche il segno che quelle procedure si sono concluse positivamente e quindi la banca è in grado di esternare la sua "volontà" in ordine alla natura, al costo e al rischio connessi al contratto.

Si ha così conferma di intuizioni recenti e meno recenti: risale ormai a oltre un ventennio l'osservazione secondo la quale nei contratti bancari la firma dell'impresa non è richiesta solo in vista della tradizionale esigenza di conoscibilità e certezza del contenuto del rapporto⁽⁹⁶⁾; questo rilievo è stato affinato di recente dalla dottrina che ha sottolineato che i contratti del mercato finanziario non sono – o non dovrebbero essere - solo "forme modulo" che veicolano informazioni standardizzate, ma costituiscono "forme personalizzate" ed in quanto tali necessitano della sottoscrizione dell'intermediario finanziario⁽⁹⁷⁾. Di contro, le considerazioni che precedono, non consentono di condividere la posizione di larga parte degli interventi sul "neoformalismo", secondo cui sarebbe affievolita (con quel che ne segue per quanto riguarda la sottoscrizione dell'impresa) la funzione della forma quale *vestmentum* del consenso, in forza di una spersonalizzazione determinata dalla funzione di veicolo di informazioni connotato da oggettività⁽⁹⁸⁾: si è visto come nel diritto vivente dei contratti qui in esame non sussista alcuna di tali condizioni.

⁹⁶) RESCIGNO, *op. cit.*, 303; DOLMETTA, *Per l'equilibrio e la trasparenza nelle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca, borsa tit. credito*, 1992, II, 374 ss., 385 s.

⁹⁷) V. PAGLIANTINI, *Forme e formalismo*, cit., 67.

⁹⁸) V. ad es. MODICA, *op. ult. Cit.*, 199.

Vi è, inoltre, un aspetto ulteriore, al quale qui può solo accennarsi perché investe una pluralità di problemi diversi.

Da tempo si è rilevato che attraverso il contratto e la sua disciplina il legislatore europeo controlla e disciplina le imprese nel rapporto di concorrenza tra loro e nell'offerta dei prodotti al fruitore finale, e così determina l'ordine giuridico del mercato⁽⁹⁹⁾. Questo rilievo assume una pregnanza particolare con riguardo alle banche e alle imprese di investimento, dal momento che il loro *output*, i prodotti collocati da tali imprese sul mercato non sono beni fisici, ma contratti, di guisa che – secondo quanto da tempo vi è consapevolezza in dottrina⁽¹⁰⁰⁾ – la disciplina di tali contratti da parte dei regolatori del mercato, ivi compresa la giurisprudenza⁽¹⁰¹⁾, al tempo stesso disciplina e conforma in

⁹⁹) Ad es. LIPARI, *Introduzione a diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato europeo*, Padova, 2003, I, 17; SARTORI, *Disciplina dell'impresa e statuto contrattuale: il criterio della "sana e prudente gestione"*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2017, I, 131 ss.; PAGLIANTINI, *op. ult. Cit.*, 17, il quale scrive che "la nota fisiognomica del neoformalismo pre e post contrattuale ... obbedisce all'esigenza di informare il consumatore e conformare l'agire negoziale del professionista": in proposito sembra possibile chiosare che non si vedono ragioni che impediscano di ricondurre una tale azione "conformatrice" a tutte le norme che disciplinano i contratti dei professionisti e non solo di quelle riguardanti il "neoformalismo". Ne segue che, in presenza di norme che esplicitamente pretendono condotte pre e postcontrattuali improntate a equità buona fede correttezza trasparenza ecc., sembrerebbe possibile concludere – e non mancano esempi in tal senso in dottrina – questa normativa tende a "giuridificare" precetti etici (per un cenno sul riflesso etico connesso al principio di buona fede v. recentemente Cass. S.U. 6 maggio 2016, n. 9140, § 7.1, in *www.ilcaso.it*), ossia in qualche modo a "moralizzare" il mercato (e v. infatti ad un dipresso CHINÈ, *op. cit.*, 798; PASA, *op. cit.*, 37 e 217). Formulo queste considerazioni perché ho l'impressione che attraverso esse si possa concludere che PAGLIANTINI sembra non andare in realtà lontano dall'opinione secondo la quale "l'obbiettivo principale della disciplina consumerista non risiede tanto nel rafforzare additivamente il diritto comune, ma nel moralizzare il mercato": tale opinione – che PAGLIANTINI afferma di ritenere in contrasto "evidentemente con la logica" – è attribuita da PAGLIANTINI a me (v. la voce cit. *Neoformalismo*, nota 96 e testo corrispondente; analoghi nota e testo si leggono per uno sfortunato effetto del "copia e incolla" anche in *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit.). Sennonché, io non ho mai formulato un'affermazione del genere (tanto meno nella brutale forma riferita da PAGLIANTINI), né nello scritto citato da PAGLIANTINI, né altrove.

¹⁰⁰) SALANITRO, *op. cit.*, 606 s.; LENER, *op. cit.*, 160. Ma v. già LIBONATI, *Contratto bancario e attività bancaria*, Milano, 1965.

¹⁰¹) Cfr. COFFEE JR., *Gatekeepers. The professions and corporate governance*, Oxford, 2006.

modo immediato e diretto l'attività di queste imprese. Il ché, in buona sostanza, equivale a dire che con la disciplina dei contratti finanziari si disciplinano le modalità con le quali il risparmio circola nel sistema economico affluendo dai soggetti in *surplus* finanziario (tipicamente i risparmiatori) verso i soggetti in *deficit* finanziario, ossia il sistema delle imprese ed il sistema pubblico.

Diviene così evidente che i contratti dell'intermediazione finanziaria, come pure i contratti di credito (i contratti di deposito probabilmente sono meno significativi in rapporto ai profili considerati in queste pagine), nel contenere la "dichiarazione di volontà" dell'intermediario, segnano il compimento di attività economiche cruciali per il sistema economico. Tali attività – la legislazione comunitaria, il TUB, il TUF, tutto l'apparato normativo di secondo livello sono lì a confermarlo - devono svolgersi nel rispetto di procedure che, lungi dall'essere fini a sé stesse, sono espressione di quella "*sana e prudente gestione*" configurata dall'ordinamento quale tratto distintivo di banche ed imprese di investimento in coerenza con la particolare delicatezza dell'attività svolta, cui non si è mancato di accennare più volte nelle pagine precedenti. In particolare, si è dimostrato che la forma contrattuale è parte di tali procedure. Questi rilievi, che si iscrivono nella tradizionale correlazione tra il significato socioeconomico dell'atto e la sua forma, investono – come è ovvio – anche la sottoscrizione del contratto concluso nel mercato finanziario con la pluralità dei suoi significati evidenziata nei §§ 8 e 9.

Ne segue che la sottoscrizione, la forma e gli altri requisiti previsti per questa tipologia di contratti assumono una rilevanza che trascende la dimensione della fattispecie per divenire anche requisiti dell'attività. In questa prospettiva deve essere riletto il senso delle nullità disseminate nella disciplina dei contratti in discorso. Al riguardo, sembra possibile affermare che, malgrado il diverso avviso talora manifestato dalla dottrina, queste nullità, che significativamente non sono più rilevabili solo dal cliente, non sembrano a presidio di interessi riferibili esclusivamente a quest'ultimo. Al contrario, esse sono espressione e, al tempo stesso, contribuiscono a conformare l'"ordine pubblico economico", vale a dire "*i principi che presiedono alla produ-*

zione e alla circolazione della ricchezza”⁽¹⁰²⁾. Al riguardo, si è già sottolineato che il mercato finanziario, quanti professionalmente vi operano in veste di emittenti o intermediari, i contratti che vi si concludono, non sono fini a sé stessi, ma tutti sono funzionali al finanziamento del sistema produttivo e del sistema pubblico. Ne consegue la delicata centralità dell’intermediazione finanziaria nel sistema economico. Episodi recenti e meno recenti hanno dato evidenza che il mancato rispetto delle clausole generali della “*sana e prudente gestione*” e della “*integrità dei mercati*” da parte degli intermediari finanziari determina crisi economico sociali di proporzioni anche drammatiche⁽¹⁰³⁾. Queste pagine hanno dimostrato lo stretto collegamento tra le predette clausole generali ed il procedimento di perfezionamento dei contratti dell’intermediazione finanziaria in cui quelle clausole sono destinate ad avverarsi.⁽¹⁰⁴⁾

Tutto ciò non è estraneo a prospettive sperimentate della civilistica ed in particolare alla tradizionale visione del formalismo come conformazione dell’agire giuridicamente rilevante dei privati in un delicato equilibrio tra esigenze dell’ordinamento giuridico e libertà del soggetto di porre in essere azioni lecite. È un profilo certamente non trascurato dalla dottrina: l’art. 2 c.c. (con l’ausilio dell’art. 3¹ Cost.) assegna a tutte le persone fisiche (e, a seguire, agli enti: v. art. 18 Cost.,

¹⁰²) ROPPO, *Il contratto*, cit., 385. Sulla nozione di ordine pubblico economico v. altresì anche per riferimenti DI MARZIO, *La nullità del contratto*², Padova, 2008, 367 ss.

¹⁰³) Proprio la drammaticità di tali crisi e la ricaduta dei relativi costi sui contribuenti deve indurre a respingere il facile alibi dell’ineluttabilità di scandali e disastri, dietro il quale tenta di rifugiarsi un orientamento culturale ben preciso (v. ad es. POWER, *The risk management of everything: rethinking the politics of uncertainty*, London, 2004). Quanto alla pretesa “ineluttabilità” delle crisi occorre riflettere sulle severe parole che si leggono nel *considerando* n. 3 e nel *considerando* n. 4 della direttiva 2014/17 che sono già stati riportati in nota 92

¹⁰⁴) Sulla dicotomia esibita dalla figura delle nullità in quanto incidente non solo sulla fattispecie, ma anche sulla disciplina degli effetti e dunque sul conflitto tra gli interessi contrapposti nel contratto o - con riferimento sulle c.d. nullità relative - in una tipologia di contratti v. TOMMASINI, *Nullità (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVIII, Milano, 1978, 575 ss.; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, spec. 17 ss. , dove tra l’altro si fa riferimento agli artt. 2, 3 e 41 Cost. quali disposizioni poste a presidio del libero e informato accesso al mercato da garantire con una disciplina differenziata tenuto conto della disparità di fatto presentate dai vari soggetti del mercato.

che consente ai “cittadini” di perseguire i loro fini sia in gruppo, sia singolarmente) la capacità di agire sulla realtà fisica onde perseguire “interessi meritevoli di tutela” attraverso “atti” a condizione che tali atti siano, non solo espressi attraverso un “contegno riconoscibile alla stregua dei criteri che nell’ambiente permettono di attribuire ad una condotta umana” un dato significato (¹⁰⁵), ma è altresì necessario che tale contegno socialmente apprezzabile esibisca i caratteri richiesti dalla legge. In altre parole, gli atti, i comportamenti umani, sono giuridicamente rilevanti a condizione che siano espressi nelle modalità e con i requisiti richiesti dall’ordinamento. Solo a queste condizioni l’autore dell’atto può relazionarsi in modo giuridicamente efficace e vincolante con il destinatario e con la comunità e può pretendere che quest’ultima, attraverso i suoi organi, tuteli l’atto e per esso l’autore medesimo e i suoi interessi sottesi all’atto.

Le ipotesi di nullità degli atti che scandiscono l’attività economica dei privati si inseriscono in questo contesto segnando gli interessi che il soggetto agente, ossia nella fattispecie l’impresa, deve necessariamente salvaguardare nello svolgimento della sua attività in una prospettiva evidentemente non lontana da quella delineata dal secondo comma dell’art. 41 Cost. Più precisamente, i requisiti dell’atto richiesti a pena di nullità soddisfano interessi e valori ritenuti dal legislatore di rilevanza tale per cui il loro mancato rispetto rende non meritevole di tutela l’atto viziato e l’attività che l’ha espresso. Questo vale anche per i requisiti di forma, ivi compresa la sottoscrizione dell’intermediario; di quest’ultima le pagine precedenti hanno evidenziato le molteplici implicazioni, le quali investono – ancora una volta – sia l’atto che l’attività dato l’indissolubile collegamento tra loro.

¹⁰⁵) RESCIGNO, *Manuale del diritto privato italiano*¹¹, seconda ristampa con appendice di aggiornamento, Napoli, 325.