

LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

a cura di

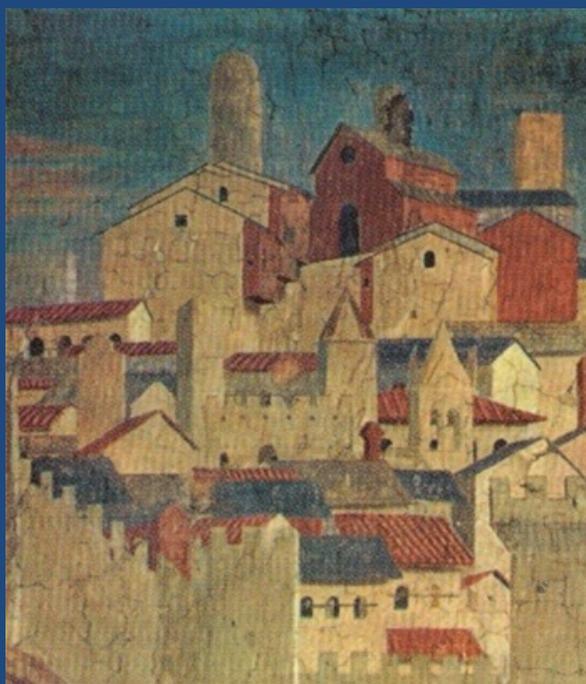
GIOVANNI PASSAGNOLI

FABIO ADDIS

GIUSEPPINA CAPALDO

ANTONIO RIZZI

SALVATORE ORLANDO



ESTRATTO PER L'AUTORE

www.personaemercato.it

ISBN 979-12-210-1540-9

Publicato a Firenze nel settembre 2022 da Giovanni Passagnoli, Fabio Addis, Giuseppina Capaldo, Antonio Rizzi e Salvatore Orlando

Comitato editoriale: Francesco Fantechi, Daniele Imbruglia, Mario Mauro, Edoardo Messineo, Federico Pistelli, Tommaso Polvani, Martina Rodovero.

© Author(s)

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

INDICE

<i>Presentazione</i>	p. IX
1. ADDIS F., <i>Autotutela contrattuale</i>	p. 3
2. ALESSI R., <i>Il controllo di vessatorietà come banco di prova del rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia</i>	p. 49
3. ANGELONE M., <i>Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi</i>	p. 91
4. ASTONE M., <i>Right to be forgotten online e il discutibile ruolo dei gestori dei motori di ricerca</i>	p. 119
5. AZZARRI F., <i>I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico</i>	p. 133
6. BARBA A., <i>Capacità del consumatore e regolazione conflittuale del mercato</i>	p. 179
7. BARBA V., <i>Divieto di patti successori e contratto post mortem</i>	p. 219
8. BARENGHI A., <i>Precisazioni sull'attribuzione di opere d'arte</i>	p. 269
9. BARGELLI E., <i>Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza</i> ..	p. 287
10. BATTELLI E., <i>Il contratto di "pacchetto turistico" nei rapporti tra codice civile, codice del turismo e codice del consumo</i>	p. 313
11. BERTELLI F., <i>I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza</i>	p. 349
12. BILOTTI E., <i>Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della cd. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata</i>	p. 391
13. BONILINI G., <i>Prelazione, e «alienazione» di un diritto</i>	p. 449
14. BUCELLI A., <i>L'«algebra del diritto» (appunti per una ricerca)</i>	p. 461
15. BUSNELLI F.D., <i>Immagini vecchie e nuove nella tutela della salute del minore</i> ...	p. 495

16. CAMARDI C., <i>Mancata cooperazione all'adempimento e risoluzione del contratto</i>	p. 521
17. CAPALDO G., <i>Dalla governance degli enti privati alla regolazione del mercato unico sostenibile</i>	p. 551
18. CARAPEZZA FIGLIA G., <i>Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali</i>	p. 589
19. CARLEO R., <i>Responsabilità sanitaria e onere della prova: il ruolo della cartella clinica elettronica</i>	p. 611
20. CATERINI E., <i>Uso esclusivo, tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale</i>	p. 631
21. CAVALLARO M., <i>Tutela dei risparmiatori e salvaguardia dell'interesse pubblico nella vicenda dei buoni postali trentennali</i>	p. 655
22. CENINI M., <i>Pandemia, sopravvenienze e globalizzazione</i>	p. 677
23. CIOFFI C.B.N., <i>La trasparenza della causa dei contratti derivati</i>	p. 695
24. CIPRIANI N., <i>Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto</i>	p. 741
25. CORDIANO A., <i>Cessazione, riduzione e aumento della prestazione alimentare tra funzioni solidaristiche e istanze di autoresponsabilità</i>	p. 767
26. CREA C., <i>Argomento morale, pluralismo 'culturale' e semantica dei marchi</i>	p. 803
27. D'AMICO G., <i>L'insostituibile leggerezza della fattispecie</i>	p. 837
28. DELFINI F., <i>Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto</i>	p. 865
29. DEPLANO S., <i>Dignità della persona e stati intersessuali</i>	p. 895
30. DI NELLA, <i>Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti</i>	p. 933
31. DI ROSA G., <i>La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem</i>	p. 995
32. EMILIOZZI E.A., <i>Le firme elettroniche</i>	p. 1029
33. FACCIOLI M., <i>La natura della responsabilità del medico dipendente nel dialogo fra legge, dottrina e giurisprudenza</i>	p. 1043
34. FARINA V., <i>Problemi vecchi e nuovi in tema di data certa e fallimento</i>	p. 1059
35. FEMIA P., <i>Opposizione ermeneutica ed effettività</i>	p. 1107

36. FICI A., <i>I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato</i>	p. 1151
37. FOGLIA M., <i>Divagazioni sul diritto alla felicità (fra legge e giudice)</i>	p. 1185
38. FOLLIERI L., <i>Disposizione di un bene del fondo patrimoniale: appunti sul rapporto fra principio consensualistico e trascrizione</i>	p. 1203
39. FRANZONI M., <i>Il contratto d’accertamento: un paradosso</i>	p. 1235
40. FREZZA G., <i>Usucapione decennale e i rapporti fra trascrizione e buona fede</i>	p. 1259
41. GABRIELLI E., <i>Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell’operazione economica</i>	p. 1279
42. GALLARATI A., <i>Il «contratto» figurato ex articolo 23 tuf</i>	p. 1313
43. GALLO P., <i>Le restituzioni contrattuali tra retroattività ed irretroattività</i>	p. 1353
44. GAMBINO F., <i>Il problema della «certezza» nell’impiego della buona fede contrattuale</i>	p. 1395
45. GARACI I., <i>Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell’ambiente digitale</i>	p. 1405
46. GENOVESE A., <i>La clausola di recesso</i>	p. 1439
47. GIANNINI M., <i>Prodotti di finanza sociale ed effettività delle tutele</i>	p. 1465
48. GORASSINI A., <i>Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?</i>	p. 1495
49. GORGONI A., <i>Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita</i>	p. 1505
50. GRANELLI C., <i>Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della direttiva 2019/2161/UE</i>	p. 1569
51. GRISI G., <i>La quarantena dei contratti di durata</i>	p. 1593
52. GRONDONA M., <i>L’ermeneutica giuridica fra politica e diritto, ovvero: alla ricerca dell’ordine (premesse per una discussione)</i>	p. 1633
53. GROSSI P., <i>La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi</i>	p. 1665
54. IAMICELI P., <i>Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo</i>	p. 1687

55. IMBRENDA M., *Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche*p. 1753
56. IMBRUGLIA D., *Restituzioni ed effettività della tutela*p. 1783
57. LANDINI S., *Risarcimento mediante rendita. La funzione previdenziale della responsabilità civile* p. 1803
58. LASSO A., *Riflessioni su autonomia privata e persona umana*p. 1815
59. LECCESE E., *L'ambiente: dal codice ambientale alla costituzione, un percorso al contrario? (riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della costituzione)*p. 1843
60. LENZI R., *L'affidamento fiduciario tra tipo e categoria*p. 1891
61. LISELLA G., *Circonvenzione d'incapace: annullamento del testamento e inimpugnabilità post mortem del matrimonio? analisi di una significativa vicenda giudiziaria* p. 1921
62. LOBUONO M., *Garanzie fideiussorie dell'appaltatore e raggruppamenti di imprese*p. 1935
63. LONGOBUCCO F., *Interpretazione filoconcorrenziale ed efficienza regolativa degli istituti civilistici*p. 1967
64. LUCCHINI GUASTALLA E., *Emergenza Covid-19 e diritto privato: quali rimedi?..*p. 1985
65. LUCIFERO N., *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nel contesto normativo riformato dal d. Lgs. 198/2021*p. 2005
66. MACARIO F., *Rinegoziazione del contratto e obbligo di rinegoziare: dai problemi dell'emergenza covid-19 alla 'modernizzazione' del diritto contrattuale ...*p. 2037
67. MAUGERI M., *Il contratto con il consumatore nell'UE fra ordoliberalismo e altri neoliberalismi* p. 2071
68. MAURO M., *La vendita online di prodotti alimentari: procedimento di conclusione del contratto e rimedi*p. 2093
69. MAZZAMUTO S., *Una lunga storia: i progetti di codificazione europea sul contratto*p. 2143
70. MELI M., *Persona, mercato e cambiamenti climatici*p. 2191
71. MESSINEO E., *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediabile*p. 2221

72. MESSINETTI R., <i>Salute, cura, libertà. Attualità della costituzione in tempo di pandemia</i>	p. 2261
73. MEZZANOTTE F., <i>Effettività delle tutele e funzioni della responsabilità civile (dalla prospettiva del 'danno antitrust')</i>	p. 2305
74. MICKLITZ H.W., <i>Diritto regolamentare e privato europeo – tra eleganza neo-classica e pasticche postmoderno</i>	p. 2347
75. MINERVINI E., <i>La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova</i>	p. 2385
76. MONTECCHIARI T., <i>Diritti della persona e responsabilità civile nell'era digitale</i>	p. 2415
77. MONTINARO R., <i>Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law</i>	p. 2443
78. MORACE PINELLI A., <i>È tempo di abrogare la separazione giudiziale</i>	p. 2495
79. MOSCATI E., <i>Rent to buy: un nuovo contratto tipico. luci e ombre della legislazione novellistica</i>	p. 2523
80. NAPPI F., <i>Enti no profit e regole di mercato: il progetto di un caso "in uso accademico"</i>	p. 2573
81. NERVI A., <i>Dalla disciplina delle emissioni inquinanti al ruolo del diritto privato nella tutela ambientale. appunti per una ricerca</i>	p. 2583
82. NICOLUSSI A., <i>Autonomia delle parti e degiurisdizionalizzazione in separazione e divorzio</i>	p. 2605
83. NIVARRA L., <i>Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale</i>	p. 2729
84. NONNE L., <i>"Le parole tra noi leggere": la topica dei rimedi e il problema della forma nel pactum fiduciae immobiliare</i>	p. 2757
85. ONORATO M., <i>Accordi a sfavore di terzo?</i>	p. 2795
86. ORLANDI M., <i>Silentium legis</i>	p. 2823
87. ORLANDO S., <i>Le figure sintomatiche nel diritto privato</i>	p. 2857
88. PAGLIANTINI S., <i>In memoriam del consumatore medio</i>	p. 2879
89. PALADINI M., <i>I contratti infettati dal Covid: ruolo e implicazioni della "buona fede"</i>	p. 2909

90. PARENTE F., <i>Ricerca scientifica, sperimentazione e brevetto biotecnologico: le ragioni di una tutela</i>	p. 2935
91. PASQUINO T., <i>I ritardi nei pagamenti della Pubblica Amministrazione al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea</i>	p. 2965
92. PASSAGNOLI G., <i>Liberalità indirette e patto di famiglia</i>	p. 3001
93. PATTI F.P., <i>Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione nel contesto europeo</i>	p. 3015
94. PATTI S., <i>Note in tema di presunzioni semplici</i>	p. 3041
95. PENNASILICO M., <i>Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza</i>	p. 3075
96. PERLINGIERI G., <i>Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo</i>	p. 3125
97. PESCATORE V., <i>Diritto all'identità personale e divieto dei 'trattamenti di conversione'</i>	p. 3187
98. PILIA C., <i>La responsabilità sociale nella crisi pandemica Covid-19</i>	p. 3221
99. PIRAINO F., <i>Garanzia per i vizi nella vendita e tempo: il nodo della durata e della prescrizione</i>	p. 3291
100. PIRILLI D., <i>Tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti: l'esempio di alcune clausole del contratto di assicurazione</i>	p. 3369
101. PISTELLI F., <i>Il controllo del rischio finanziario nel contratto</i>	p. 3389
102. PLAIA A., <i>Per una responsabilità medica "razionalmente credibile"</i>	p. 3419
103. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., <i>Il danno "da reato". Verso una nuova sistematica del danno risarcibile</i>	p. 3435
104. PROTO PISANI A., <i>Brevi note sull'art. 844 cc. e sul rilievo dei valori nell'interpretazione della legge</i>	p. 3475
105. PROTO M., <i>Garanzia per vizi della cosa venduta: onere probatorio e diritto a un rimedio effettivo</i>	p. 3485
106. PUTORTI V., <i>Patrimonio digitale e successione mortis causa</i>	p. 3507
107. RENDA A., <i>Il donation-based crowdfunding</i>	p. 3543
108. RENDE F., <i>Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale</i>	p. 3599

109. RICCI F., <i>Le nuove scritture nell'era del documento informatico</i>	p. 3639
110. RIZZI A., <i>L'autonomia privata nelle crisi di sistema</i>	p. 3677
111. RIZZO N., <i>Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione a una teoria</i>	p. 3729
112. ROBLES M., <i>Per una "grammatica" (negoziale) dei conflitti ambientali</i>	p. 3799
113. ROSSI CARLEO L., <i>La violazione del dovere di fedeltà fra «prisma della violazione del rapporto e dell'interesse lesa» e prisma della violazione dei diritti fondamentali</i>	p. 3839
114. ROSSI F., <i>Contratti del minore e responsabilità per i danni prodotti alla parte capace</i>	p. 3853
115. RUSSO T.V., <i>L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della 'manutenzione' dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica</i>	p. 3877
116. SALANITRO U., <i>A Strange Loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale</i>	p. 3909
117. SARDINI A., <i>Se conoscere le proprie origini non è (sempre) possibile</i>	p. 3927
118. SARTORIS C., <i>Antitrust e rimedi contrattuali effettivi. Il banco di prova delle fideiussioni omnibus</i>	p. 3955
119. SCAFFIDI D., <i>Profili critici del sindacato di liceità e meritevolezza del patto parasociale con opzione put a prezzo predeterminato</i>	p. 3987
120. SCAGLIONE F., <i>Interessi della persona e tutela del credito</i>	p. 4027
121. SCOGNAMIGLIO C., <i>Per una lettura in chiave funzionale del 'sistema' delle invalidità</i>	p. 4051
122. SCOTTI A., <i>La disciplina della cartolarizzazione dei crediti tra esigenze di tutela dei debitori ceduti ed esigenze di tutela degli investitori</i>	p. 4081
123. SINISCALCHI A.M., <i>La responsabilità medica tra novità legislative e recenti indirizzi giurisprudenziali</i>	p. 4105
124. SIRENA P.– BRIZZOLARI V., <i>Surrogazione reale a seguito dell'impossibilità sopravvenuta della restituzione dell'indebita</i>	p. 4151
125. SIRGIOVANNI B., <i>Revisione del contratto al tempo del Covid-19</i>	p. 4168
126. TAMPONI M., <i>L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale</i>	p. 4197

127. TESCARO M., <i>La responsabilità civile dell'hosting provider e il dialogo fra le Corti</i>	p. 4217
128. TROIANO O., <i>Rinnovamento giuridico e riforma dei codici civili</i>	p. 4231
129. UDA G.M., <i>La buona fede nell'esecuzione del contratto tra clausole e principi generali</i>	p. 4251
130. VALONGO A., <i>Nuovi diritti per i minori stranieri non accompagnati alla luce della legge 7 aprile 2017, n. 47</i>	p. 4301
131. VENOSTA F., <i>Divisione ereditaria e nullità "urbanistiche"</i>	p. 4337
132. VENTURELLI A., <i>Violazione del principio di buona fede e rimedi in un recente progetto di codificazione latinoamericana</i>	p. 4365
133. VENUTI M.C., <i>Solidarietà post-coniugale, assegno di divorzio e autonomia privata</i>	p. 4405
134. VERDICCHIO V., <i>La permuta internazionale e il diritto uniforme della vendita</i>	p. 4451
135. VILLANACCI G., <i>La variegata disciplina rimediale nel riequilibrio contrattuale.</i>	p. 4487
136. VIRGADAMO P., <i>Ripudio subito o divorzio ricercato? La sostanza dei concetti e le insidie dei preconcetti</i>	p. 4507
137. ZACCARIA A., <i>L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19</i>	p. 4529
138. ZACCHEO M., <i>Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi</i>	p. 4541
139. ZOPPINI A., <i>Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio</i>	p. 4569

ALBERTO GALLARATI
Professore associato di diritto privato
Università di Torino

IL “CONTRATTO” FIGURATO EX ARTICOLO 23 TUF

SOMMARIO: 1. La firma unica sui contratti (bancari e) finanziari – 2. La nuova regola operativa – 3. Il contesto della nuova regola operativa – 4. L’irrelevanza della forma ai fini della struttura. Il «contratto» di cui all’articolo 23 del T.U.F. è una *sineddoche*. – 5. L’irrelevanza della forma rispetto al consenso. – 6. L’efficienza della nuova regola operativa. – 7. Conclusioni

1. *La firma unica sui contratti (bancari e) finanziari.*

Il tema dell’unicità della firma su un documento contrattuale si inserisce in una serie di questioni che nell’ultimo decennio hanno interessato i rapporti conclusi tra l’intermediario finanziario – o la banca – e il cliente.

Difatti, il *corpus* di regole giurisprudenziali e dottrinali che si sono susseguite nel tempo per i contratti finanziari, fondate sull’articolo 23 del Testo Unico della Finanza, parrebbero applicabili anche ai contratti bancari, rispetto ai quali gli articoli 117 e 127 del Testo Unico Bancario prevedono un regime molto simile a quello dei primi.

In particolare, secondo l’articolo 23 del Testo Unico della Finanza i «contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono redatti per iscritto, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un esemplare è consegnato ai clienti». Resta salva la possibilità per la Consob, sentita la Banca d’Italia, di prevedere con regolamento che, «per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei con-

traenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia».

Similmente, l'articolo 117 del Testo Unico Bancario impone che i contratti siano redatti per iscritto e un esemplare sia consegnato al cliente.

In mancanza della forma richiesta il contratto è nullo.

Entrambe le nullità sono, come noto, nullità relative o di protezione¹, nel senso che soltanto una delle due parti del contratto, e segnatamente quella debole, cioè il cliente, può, per espressa previsione di legge, esperire il relativo rimedio.

Entrambe le nullità per mancanza di forma scritta sono volte ad assicurare che l'investitore professionale o la banca, da un lato, informino adeguatamente e su supporto scritto la propria controparte, al fine di livellare, per quanto possibile le asimmetrie informative che separano le parti nella relazione contrattuale.

Questo riequilibrio della differenza di informazioni è dunque l'interesse sotteso alle norme in questione², le quali si contrappongono ad un altro gruppo di regole, sempre riconducibili alle nullità di protezione e tese ad evitare che la parte debole del contratto sia pregiudicata dall'inclusione di clausole (frutto di contrattazione squilibrata ovvero di unilaterale predisposizione e) finalizzate ad introdurre, nella relazione contrattuale, una riallocazione diseguale di diritti ed obblighi³.

¹ È oramai significativa la letteratura giuridica che si è occupata del tema. Si vedano, tra i molti, POLIDORI, *Discipline della nullità ed interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Torino, 2008; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011; SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012; SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459; MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, *Rimedi*, a cura di A. Gentili, IV, Milano, 2006, p. 155; GENTILI, *La «nullità di protezione»*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 77; GORASSINI, *L'istituto codicistico della «nullità del contratto» e le variabili delle c.d. nullità speciali*, in *Obbl. contr.*, 2007, p. 199.

² Si veda POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 5.

³ Si pensi all'articolo 36 del codice del consumo e l'articolo 9 della (Legge 18 giugno 1998 n. 192) sul contratto di subfornitura.

In ragione della specifica finalità prevista dal Legislatore, l'articolo 23 del Testo Unico della Finanza ha indotto dottrina e giurisprudenza a discutere circa la sussistenza dei requisiti minimi in presenza dei quali si potesse ritenere integrato il requisito della forma scritta.

Più nel dettaglio, i citati formanti del nostro ordinamento si sono interrogati se la forma prescritta a pena di nullità relativa ai sensi dell'articolo 23 del suddetto Testo Unico possa ritenersi sussistere per effetto della sola sottoscrizione del cliente.

Sul punto, occorre prendere le mosse dalla arcinota prassi degli intermediari finanziari, i quali predispongono il contratto che detta le regole generali sulla cui base deve declinarsi la prestazione di servizi di investimento ed in forza del quale sono impartiti, dal cliente all'intermediario, i relativi ordini di acquisto di strumenti finanziari. Si tratta, dunque, di un accordo quadro, ben lontano da un mero adempimento precontrattuale⁴ e ricondotto dalla dottrina maggioritaria e poi dalla Cassazione al modello codicistico del mandato, che troverebbe attuazione nelle successive operazioni di esecuzione dei suddetti ordini, rispetto ai quali, tuttavia, la Suprema Corte non sottrae del tutto ed in maniera definitiva la natura negoziale, anzi⁵. Dello stesso avviso, peraltro, si registrano le posizioni di parte autorevole della dottrina⁶.

⁴ SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari: natura e forma*, in Alpa (a cura di), *I Contratti dei risparmiatori*, Milano, 2013, p. 172

⁵ Si vedano le Sezioni Unite della Cassazione, 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725 entrambi in www.ilcaso.it. In dottrina, per tutti, sulla natura di mandato si veda GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 889 e INZITARI e PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, in B. Inzitari (a cura di), *Il diritto degli affari*, Padova, 2008, p. 13. Si veda tuttavia quanto discusso in SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 170 e ss, nonché in MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni e poi continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p. 485.

⁶ GENTILI, *Disinformazione e validità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I Contr.*, 2008, p. 393; SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 170 e ss., nonché in MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretta da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni e poi continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p. 485.

Le singole operazioni di esecuzione, poi, come acutamente osservato, potrebbero anche essere *self-standing*, nella misura in cui rivestano tutti i requisiti di forma previsti dalla legge per il contratto di investimento⁷, con la conseguenza che in mancanza o in caso di nullità del primo gli ordini resterebbero comunque validamente impartiti⁸, fermo restando che essi possono atteggiarsi in qualsiasi forma, da veri e propri contratti a mere operazioni materiali, prive di alcuna natura negoziale⁹. Dunque, secondo questa impostazione, in assenza di contratto di quadro, occorrerà verificare di volta in volta la fattispecie, potendosi ben configurare una prestazione dell'intermediario destinata ad eseguirsi una tantum, con esecuzione contestuale¹⁰. Naturalmente, dovranno potersi rinvenire tutti i requisiti di forma e sostanza previsti per il contratto di investimento¹¹ e il dislivello di informazioni dovrà pertanto essere appianato.

Ondivaga si è dimostrata la giurisprudenza di merito, che registra due orientamenti opposti, a favore e contro la prospettata tesi. Da un primo punto di vista, si è osservato come, non essendovi contraria disposizione di legge, deve ritenersi che siano ammissibili, in assenza di contratto quadro, singoli mandati di negoziazione, purché siano stati conferiti per iscritto e l'intermediario abbia adempiuto ai propri doveri di trasparenza ed informazione del cliente¹². Al contrario, un diverso indirizzo predica la natura normativa del regolamento contrattuale, che rappresenterebbe l'unica fonte dei diritti e degli obblighi delle parti, nell'ottica di garantire

⁷ MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 486.

⁸ La medesima dottrina tuttavia osserva come questo tipo di situazione possa difficilmente verificarsi (MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 486, nota 83).

⁹ SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p.173

¹⁰ SEPE, *op. loc. ult. cit.*

¹¹ MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 486.

¹² Tribunale di Monza, 4 giugno 2008, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 21, con nota di TUCCI, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, p. 39. Si veda anche Tribunale Bari, 12 gennaio 2017, n.70, inedita.

una protezione al consumatore¹³ e, sulla base di tale assunto, ritiene imprescindibile la presenza del contratto quadro¹⁴.

Va quindi sin da ora precisato che la nullità relativa dell'articolo 23 del Testo Unico della Finanza non può che riferirsi, perlomeno nella maggior parte dei casi e, secondo l'impostazione che parrebbe maggioritaria, al contratto quadro. La validità dei singoli ordini in punto di forma è invece lasciata all'eventuale requisito convenzionale richiesto dal medesimo *master agreement*¹⁵ (che, secondo l'articolo 37, comma 2, lettera c) del Regolamento Intermediari (Regolamento Consob 20307 del 2018) di recente rinnovato, indica per l'appunto le «modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni»). Ad essi, pertanto, si applicherà il regime di cui all'articolo 1352 del codice civile, secondo il quale, ove le parti abbiano convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la conclusione di un contratto, si presume che questa sia voluta per la validità del medesimo.

Come notato, il declinarsi del rapporto in contratto quadro e ordini non risponde solamente ad una logica di tutela del contraente debole, ma «più in generale alla reiterabilità della prestazione e all'esigenza di tempestività della sua finalizzazione»¹⁶, che verrebbe pregiudicata dall'eventuale necessità di per ciascun atto esecutivo un contratto dettagliato che rechi tutte le informazioni riportate nel *master agreement*.

Tuttavia, in considerazione di quanto sopra osservato, non si può escludere, per quanto possa essere raro, che il rapporto tra investitore e intermediario non si declini in un significativo arco tempo e sia limitato ad un'operazione con esecuzione contestuale.

¹³ Tribunale di Forlì, 12 settembre 2008, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2009, p. 22, con nota di TUCCI, *Il problema della forma dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento*, cit., p. 39. Si veda anche Tribunale Modena, 18 gennaio 2018, n. 84, inedita.

¹⁴ È contrario SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 177.

¹⁵ Si vedano sul punto, tra molte, Cass. civ., 9 agosto 2017, n. 19759 in *Giust. civ. mass.*, 2017; Cass. civ., 2 agosto 2017, n. 16053 in *Dir. e giust.*, 28 giugno 2017; e Cass. civ., 29 febbraio 2016, n. 3950, in *Giust. civ. mass.*, 2016.

¹⁶ SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, in *I contratti dei risparmiatori*, cit., p. 166.

A quel punto, assumendo che gli ordini possano avere natura contrattuale, occorrerà verificare se ciascuno di essi rivesta o meno le caratteristiche richieste dall'articolo 23 del Testo Unico della Finanza e dalle rilevanti norme del Regolamento Intermediari che dovrebbero essere ai medesimi applicati.

Sempre secondo la prassi in cui prende corpo il rapporto tra cliente e intermediario, quest'ultimo propone al primo la conclusione del contratto quadro sotto forma di scambio di corrispondenza commerciale, in modo tale che ciascuna delle parti del rapporto apponga la propria sottoscrizione in calce ad un originale (del contratto) e la consegni all'altra. Ne consegue che ciascuna parte avrà copia sottoscritta dall'altro contraente.

In accordo con l'articolo 1326 del codice civile, secondo cui il contratto è concluso quando il proponente è portato a conoscenza dell'accettazione dell'oblato, si è correttamente ritenuto che l'accordo quadro sia perfezionato anche laddove la sottoscrizione delle parti risulti da due distinti documenti il cui contenuto dovrà essere inscindibilmente collegato¹⁷. Sicché, in tal caso, non potrà essere fatta valere la nullità per mancanza di sottoscrizione¹⁸.

Il problema che tuttavia a questo punto si pone attiene alla prova.

Sul tema si rinvengono due diversi orientamenti giurisprudenziali, uno dei quali – il minoritario – è stato di recente rielaborato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Secondo il primo indirizzo¹⁹, la forma scritta *ad substantiam* richiederebbe la produzione in giudizio del contratto concluso, e,

¹⁷ Per tutte, in giurisprudenza, si veda Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919, reperibile in *www.giustiziacivile.com* 2016, 18 novembre. In dottrina si veda, per tutti, SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, Milanofiori Assago, 2016, p. 729 e 732.

¹⁸ SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., 180.

¹⁹ Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919, cit.. Si vedano anche i seguenti provvedimenti conformi, di legittimità e merito Cass. civ., 14. marzo 2017, n. 6559, in *www.societàpiù.it*, 11 aprile 2017; Cass. civ., 11 aprile 2016, n. 7068, in *Dir. & Giust.*, 2016; Cass. civ. 27 aprile 2016, n. 8395, in *Giust. civ. mass.*, 2016; Cass. civ., 27 aprile 2016, n. 8396, in *DeJure*; Cass. civ., 19 maggio 2016, n. 10331, in *Guida al dir.*, 2016; Cass. civ., 3 gennaio 2017, n. 36, in *Giust. civ. mass.*, 2017. Tra le corti di merito, si vedano, Corte d'Appello Bologna, 13 gen-

pertanto, ove sia prodotto un documento recante la sottoscrizione di soltanto una delle parti coinvolte, tale evidenza sarebbe mancante, non potendosi evincere la conclusione del contratto né da una prova testimoniale, né dalla clausola, sottoscritta dal cliente, con cui questo dichiara di aver ricevuto dall'intermediario copia firmata del documento. Né, infine, può ritenersi che la sottoscrizione possa esser sostituita dalla produzione in giudizio del contratto da parte di colui che non lo abbia firmato, giacché tale produzione farebbe spiegare gli effetti del contratto *ex nunc*, e quindi, a valere dal tempo in cui la produzione è occorsa.

Un opposto e più antico orientamento, rimasto tuttavia isolato, ha espresso principi del tutto contrastanti²⁰.

In particolare, la Corte di Cassazione ha ritenuto integrato il requisito della forma scritta in considerazione del deposito in giudizio, da parte della banca, di copia del contratto sottoscritto dal cliente e dell'allegazione, da parte della medesima banca, non soltanto della circostanza secondo cui il primo sarebbe in possesso del documento dalla stessa firmato – in conformità con la prassi sopra ricordata –, ma anche dell'avvenuta ed incontestata esecuzione del contratto, della quale è fornibile prova per mezzo di documenti scritti (ordini di investimento e comunicazione degli estratti conto). Più nel dettaglio, la Cassazione ha ritenuto, aderendo alla statuizione del Giudice di secondo grado, che «il contratto sarebbe stato firmato anche dalla banca perché, essendosi il negozio concluso per corrispondenza, la copia firmata dalla banca non poteva che essere in mani dei ricorrenti», anche alla luce della presenza della già citata clausola, secondo cui i clienti avevano riconosciuto e dato atto di aver ricevuto il documento contrattuale sottoscritto dalla controparte.

In ogni caso, atteso che «nei contratti per cui è richiesta la forma scritta "*ad substantiam*" non è necessaria la simultaneità delle sottoscrizioni dei contraenti», detto requisito avrebbe potuto ritenersi integrato tanto dal deposito in giudizio della copia firmata (da parte di chi non l'ha sottoscritta) quanto da una «qualsiasi ma-

naio 2017, n. 89, in *www.dirittobancario.it*; e Corte d'Appello di Milano 19 aprile 2017, n. 1680, anch'essa in *www.dirittobancario.it*.

²⁰ Cass. civ., 22 marzo 2012 n. 4564, in *Giust. civ. mass.*, 2012, 3, p. 380.

nifestazione di volontà del contraente che non abbia firmato, risultante da uno scritto diretto alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto», purché la parte «che ha sottoscritto non abbia in precedenza revocato il proprio consenso ovvero non sia deceduta»²¹.

Ne consegue che, grazie (non soltanto alla avvenuta produzione in giudizio del relativo documento ma anche) alle manifestazioni di volontà esternate dalla banca alla controparte «nel corso del rapporto di conto corrente da cui si evidenziava la volontà di avvalersi del contratto (bastano a tal fine le comunicazioni degli estratti conto) con conseguente perfezionamento dello stesso», l'intenzione della banca risulterebbe comunque per iscritto ed integrebbene così il requisito di forma, a prescindere dalla produzione di una copia firmata del contratto.

In altre parole, atti scritti successivi alla sottoscrizione del contratto effettuata da una delle parti e dai quali si evinca la volontà dell'altra di avvalersi del medesimo contratto, sarebbero in grado di soddisfare il requisito di legge della forma scritta a pena di nullità.

²¹ Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Giust. civ. mass.*, 2016. Si veda anche, tra i vari precedenti, Cass. civ., 17 ottobre 2006, n. 22223, in *Giust. civ. mass.*, 2006, p. 10, secondo la quale «con riferimento ai contratti per i quali è prevista la forma scritta *ad substantiam*, il contraente che non abbia sottoscritto l'atto può perfezionare il negozio con la produzione in giudizio del documento al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente sottoscrittore, o manifestando a questi con un proprio atto scritto la volontà di avvalersi del contratto. In tal caso, la domanda giudiziale o il successivo scritto assumono valore equipollente della firma mancante, sempreché, medio tempore, l'altra parte non abbia revocato il proprio assenso o non sia decaduta, con la conseguente impossibilità della formazione del consenso nella forma richiesta dalla legge nei confronti dei suoi eredi. Tale principio, peraltro, non opera se colui che aveva sottoscritto l'atto incompleto non sia più in vita al momento della produzione, perché la morte determina l'estinzione automatica della proposta (quando questa non è irrevocabile *ex art. 1329 c.c.*), rendendola non più impegnativa per gli eredi». cfr., tra le tante, Cass. 16 ottobre 1969 n. 3338; Cass. 22 maggio 1979 n. 2952; Cass. 18 gennaio 1983 n. 469; Cass. civ., 17 giugno 1994, n. 5868, in *Giust. civ. mass.*, 1995; Cass. civ., 11 marzo 2000, n. 2826, in *Giust. civ. mass.*, 2000; Cass. civ., 1 luglio 2002, n. 9543, in *Giust. civ. mass.*, 2002; Cass. civ., 17 ottobre 2006, n. 22223, in *Giust. civ. mass.*, 2006).

2. *La nuova regola operativa.*

In questo solco, si pone una recente sentenza delle Sezioni Unite²², la quale, tuttavia, in merito alla conclusione del rapporto, adotta un orientamento non del tutto collimante con quello appena riportato.

Infatti, la Corte prende le mosse dal particolare tipo di nullità in questione, finalizzata ad appianare le asimmetrie informative che separano il cliente dall'intermediario e, quindi, a far conoscere al primo le regole entro cui si svolgerà il rapporto con il secondo, in modo tale da garantire regolarità e trasparenza al mercato.

Alla luce di questo approccio funzionale, la Suprema Corte ha osservato come la sottoscrizione dell'intermediario sia irrilevante per la validità del contratto quadro, dovendosi invece ricercare – e provare –: (i) la sussistenza di un documento scritto; (ii) la sottoscrizione del cliente; e (iii) l'avvenuta consegna del medesimo da parte dell'intermediario. Il consenso di quest'ultimo, invece, è ricavabile, in assenza di sottoscrizione, dal comportamento concludente tenuto e consistente nella predisposizione del contratto quadro, nella consegna di un esemplare al cliente, nella raccolta della sua sottoscrizione e, ovviamente, nell'esecuzione della prestazione. In particolare, la consegna del documento scritto, una volta redatto dall'intermediario, costituendo un obbligo di legge previsto per questi tipi di rapporti, può ben assurgere ad indice dell'inequivocabile volontà da parte di chi ha predisposto la documentazione rilevante, di concludere il relativo contratto.

Sotto questa prospettiva, la particolare disciplina di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza ed il peculiare ruolo della nullità relativa consentono di dissociare le due funzioni generalmente riconosciute alla sottoscrizione, cioè la riconducibilità

²² Si tratta di Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Contr.*, 2018, 133 con nota di D'AMICO, *La "forma" del contratto quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, p. 138, nonché con note di PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, p. 143 e AMAGLIANI, *Nota a breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898*, p. 149. La sentenza è altresì pubblicata in www.dirittobancario.it e www.ilcaso.it.

della scrittura a chi ha per l'appunto firmato e la prestazione del consenso del medesimo attore rispetto al contenuto del documento²³. «Tale duplice funzione è nell'impianto codicistico raccordata alla normativa di cui agli artt. 1350 e 1418 c.c., che pone la forma scritta sul piano della struttura, quale elementi costitutivi del contratto, e non prettamente sul piano della funzione; la specificità della disciplina che qui interessa, intesa nel suo complesso e nella sua finalità, consente proprio di scindere i due profili, del documento, come formalizzazione e certezza della regola contrattuale, e dell'accordo, rimanendo assorbito l'elemento strutturale della sottoscrizione di quella parte, l'intermediario, che, reso certo il raggiungimento dello scopo normativo con la sottoscrizione del cliente sul modulo contrattuale, predisposto dall'intermediario e la consegna dell'esemplare della scrittura in oggetto, non verrebbe a svolgere alcuna specifica funzione»²⁴.

Ne risulta quindi che il compito attribuito dal Legislatore alla norma è assolto con la sola sottoscrizione del cliente, mentre quella dell'intermediario non ha alcun valore aggiunto²⁵.

Ai fini della valida conclusione del contratto, è dunque sufficiente, come suggerito nell'ordinanza di remissione n. 10447 del 27 aprile 2017²⁶, che il soggetto nei cui confronti la regola protettiva è posta abbia sottoscritto il documento, e quindi, ricevuto le informazioni obbligatorie per legge su un supporto durevole. Tant'è che, osserva il Collegio remittente, il Testo Unico della Fi-

²³ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁴ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁵ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁶ È pubblicata in *I contratti*, 2017, p. 393, con nota di MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*. L'ordinanza è altresì commentata, unitamente a Cass. civ., 24 marzo 2016, n. 5919 e Cass. civ., 14 marzo 2017, n. 6559 da PANZARINI, *Un'ordinanza passatista (sulla forma dei contratti del comparto finanziario)*, in *Riv. dir. banc., dirittobancario.it*, 5, 2017. Si vedano anche il commento di GIROLAMI, *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2017, p. 554; e PAGLIANTINI, *Usi (ed abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contr.*, 2017, p. 679.

nanza non si limita a prevedere la forma scritta ma impone la consegna di una copia del documento, per assicurarsi che le informazioni da trasmettere al cliente gli siano effettivamente comunicate tramite uno scritto.

Così concepita, la nullità di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza si attegna alla stregua di una sanzione, «ben armonizzandosi nello stesso contesto del D.Lgs. n. 58 del 1998, che è nel complesso inteso a dettare regole di comportamento per l'intermediario», e rispetta il principio di proporzionalità, della cui tenuta si potrebbe dubitare ove si accedesse alla diversa interpretazione»²⁷, la quale, oltre ad esser priva di fondamenti giuridici determinerebbe anche un risultato «manifestamente sproporzionato» rispetto alla funzione a cui la regola è deputata²⁸.

L'intermediario, infatti, pur avendo eseguito il contratto e per la sola mancanza della firma di un proprio rappresentante, potrebbe veder accertare la nullità del rapporto ed essere condannato alle conseguenti restituzioni delle somme investite, delle commissioni e se del caso anche degli interessi pattuiti per un tasso superiore a quello di legge.

Infine, secondo le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, va disconosciuta quell'ulteriore funzione, sostenuta da autorevole dottrina, che il documento scritto *ex* articolo 23 del Testo Unico della Finanza avrebbe rispetto all'organizzazione dell'impresa finanziaria e bancaria.

In particolare, alle nullità relative previste dai testi unici per i contratti (bancari e) finanziari sarebbe sotteso un «ordine pubblico di direzione, [...], alla luce della superiore esigenza di garantire la fiducia ed integrità dei mercati, ciò che solo mediatamente, e non sempre, conduce, con riguardo all'applicazione di questa o quella specifica regola a proteggere gli investitori»²⁹.

²⁷ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁸ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

²⁹ MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393 e ss; MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 63 ss.; nonché MAFFEIS, *Diritto e prassi del mercato finanziario*, Torino, 2016, p. 107.

In tal senso, il vincolo di forma sarebbe (tra l'altro) teso a garantire professionalità³⁰ e «buona organizzazione interna della banca»³¹.

3. *Il contesto della nuova regola operativa.*

Come sopra accennato, la nuova regola operativa è stata forgiata in virtù di un approccio strettamente funzionale alla nullità di protezione prevista per i contratti finanziari.

Tale nullità è volta a salvaguardare il rispetto della forma scritta e s'inserisce nella crescente tendenza di sottrarre alle parti l'autonomia delle forme, in ragione della protezione di una di esse ed in netta rottura con il generale summenzionato principio³².

Questo, peraltro, secondo alcuni, è stato ricavato dal silenzio del codice civile e la sua effettiva operatività dovrebbe essere alquanto ridimensionata³³.

In simile prospettiva, l'articolo 1325 c.c. non affermerebbe alcuna libertà di scelta del *vestmentum* del contratto, ma riorganizzerebbe le fattispecie contrattuali tra negozi formali e negozi informali, senza potersi ravvisare un rapporto di eccezione a regola³⁴. Alcuni contratti avrebbero una «struttura debole» ed altri una struttura rinforzata dalla forma, che si pone accanto ad oggetto, causa ed accordo quale elemento ulteriore³⁵, evitando così sovrapposizioni con il consenso delle parti.

³⁰ MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393 ss.

³¹ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.

³² Sul principio di libertà delle forme si veda GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 989. In materia di contratti finanziari analizza il tema il recente lavoro di TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, Milano, 2018, p. 45.

³³ IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985. Per una critica funzionale al principio di libertà della forma si veda P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

³⁴ IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo*, cit., p. 81.

³⁵ IRTI, *op. ult. cit.*, p. 83.

Le critiche non sono mancate, e, in estrema sintesi³⁶, hanno posto l'attenzione non soltanto sulla dicotomia appena rappresentata (che parrebbe non considerare alcuna forma se non quella scritta³⁷), ma anche sull'esistenza del principio contestato³⁸ (il quale troverebbe conferma nell'articolo 1350, n. 13, c.c.³⁹), sull'interpretazione estremamente lasca dell'articolo 2721, comma 2, c.c.⁴⁰ (che ha svuotato il significato della limitazione di cui al primo comma dell'articolo 2729 c.c.⁴¹), sulle compilazioni d'armonizzazione del diritto europeo dei contratti (ove si asserisce la libertà delle forme⁴² come nei Principi UNIDROIT⁴³), nonché sulla considerazione secondo cui alla forma non consegue sempre e solo una questione di completezza della fattispecie – vi sono più forme accanto a questa⁴⁴ – e la sua mancanza non si riduce sempre all'invalidità dell'atto⁴⁵.

Da questa prospettiva, allora, si è osservato come la limitazione della libertà di veste attribuibile al rapporto⁴⁶ garantisca tutela

³⁶ Per una rassegna degli argomenti si veda PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, in Navarretta e Orestano (a cura di), *Dei contratti in generale – Artt. 1350-1386*, in *Commentario del codice civile*, diretto da Gabrielli, Milanofiori Assago, 2016, p. 8-15.

³⁷ GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Napoli, 2009, p. 820.

³⁸ VITUCCI, *Applicazione e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di M. Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 809.

³⁹ Tale regola prevede che debbano farsi per atto pubblico o scrittura privata «gli atti specialmente indicati dalla legge».

⁴⁰ Parrebbe far proprio questo argomento PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 10.

⁴¹ L'osservazione è di SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 704, i quali però non ritengono sufficiente la medesima per affermare un «principio generale di libertà delle forme richieste ad probationem».

⁴² VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009.

⁴³ GALLO, *Trattato del contratto*, Milanofiori Assago, 2010, II, p. 1951.

⁴⁴ PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 13-14.

⁴⁵ DI GIOVANNI, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, II, 2006, p. 895, il quale nota come vi possano essere più sanzioni, a seconda della regola che si considera, per violazione di un precetto di forma.

⁴⁶ BRECCIA, *La forma*, cit., p. 536; MESSINA, *“Libertà di forma” e nuove forme negoziali*, Torino, 2004, p. 112.

alla parte più debole e disinformata⁴⁷, livellando le relative asimmetrie e consenta così di coniugare il principio costituzionale di libera iniziativa economica privata (di cui all'articolo 41 della Costituzione) con quello della centralità della persona (espresso dagli articoli 2 e 3, comma 2) e quello della solidarietà (anch'esso contemplato dal medesimo articolo 2 della Costituzione)⁴⁸.

La forma «informativa» è strettamente correlata con il contenuto del documento, anch'esso disposto dal Legislatore a fini protettivi ed informativi del contraente debole. Nel caso dei contratti finanziari, il riferimento corre al Regolamento Intermediari, il quale, richiamato dal Testo Unico della Finanza, contempla per l'appunto una serie di indicazioni che questi tipi di rapporti debbono perlomeno presentare, limitando, innanzitutto, la sua applicabilità ai «clienti al dettaglio» e, quindi, ai consumatori⁴⁹.

⁴⁷ Si vedano per tutti MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 43; LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 13; nonché BRECCIA, *La forma*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, *Formazione*, a cura C. Granelli, I, Milano, 2006, p. 474.

⁴⁸ Si veda sul punto PERLINGIERI, *Riflessioni sul diritto contrattuale europeo tra fonti e tecniche legislative*, in *Il diritto dei contratti fra persona e mercato*, Napoli, 2003, p. 485 ID., *Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto dalla Comunità Economica Europea all'Unione Europea*, in P. Perlingieri e Caterini (a cura di), *Il diritto dei consumi*, IV, Napoli, 2009, p. 7.

⁴⁹ In particolare, secondo l'articolo 37 del menzionato regolamento, i contratti di investimento devono: a) specificare i servizi forniti e le loro caratteristiche, indicando il contenuto delle prestazioni dovute e delle tipologie di strumenti finanziari e di operazioni interessate; b) stabilire il periodo di efficacia e le modalità di rinnovo del contratto, nonché le modalità da adottare per le modificazioni del contratto stesso; c) indicare le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni; d) prevedere la frequenza, il tipo e i contenuti della documentazione che l'intermediario deve fornire al cliente nell'adempimento dell'obbligo di rendicontazione dell'attività svolta; e) indicare i corrispettivi che spettano all'intermediario o i criteri oggettivi per la loro determinazione, specificando le relative modalità di percezione e, ove non diversamente comunicati, gli incentivi ricevuti (ai sensi delle disposizioni previste dal Titolo V della Parte II del Regolamento); f) indicare se e con quali modalità e contenuti in connessione con il servizio di investimento può essere prestata la consulenza in materia di investimenti; g) indicare le altre condizioni contrattuali convenute con l'investitore per la prestazione del servizio; h) indicare le procedure di risoluzione stragiudiziale di controversie, definite ai sensi dell'articolo 32 *ter* del Testo Unico della Finan-

Si tratta, in generale, di indicazioni che attengono situazioni in cui l'azione sleale o negligente dell'*agent*, cioè, secondo la letteratura gius-economica, di chi agisce nell'interesse altrui ed è separato, dalla propria controparte – il *principal* – da significative asimmetrie informative, può arrecare allo stesso *principal* una perdita secca⁵⁰ ed alla quale questi può porre rimedio facendo valere le re-

za. Inoltre, qualora il contratto abbia ad oggetto la gestione di portafogli, questo deve contemplare, ai sensi dell'articolo 38 del Regolamento Intermediari: a) i tipi di strumenti finanziari che possono essere inclusi nel portafoglio del cliente e i tipi di operazioni che possono essere realizzate su tali strumenti, inclusi eventuali limiti e specificando la possibilità per l'intermediario di investire in strumenti finanziari non ammessi alla negoziazione in un mercato regolamentato, in derivati o in strumenti illiquidi o altamente volatili o di procedere a vendite allo scoperto, acquisti tramite somme di denaro prese a prestito, operazioni di finanziamento tramite titoli o qualsiasi operazione che implichi pagamenti di margini, deposito di garanzie o rischio di cambio; b) gli obiettivi di gestione, il livello del rischio entro il quale il gestore può esercitare la sua discrezionalità ed eventuali specifiche restrizioni a tale discrezionalità; c) l'eventualità che il portafoglio del cliente possa essere caratterizzato da effetto leva; d) la descrizione del parametro di riferimento, ove significativo, al quale verrà raffrontato il rendimento del portafoglio del cliente; e) l'eventualità che l'intermediario deleghi a terzi l'esecuzione dell'incarico ricevuto, specificando i dettagli della delega; f) il metodo e la frequenza di valutazione degli strumenti finanziari contenuti nel portafoglio del cliente.

⁵⁰ Il modello economico di *principal and agent* descrive quella relazione sociale sussistente tra due soggetti e caratterizzata dal fatto che l'azione leale e diligente dell'uno (*agent*) influisce sulla funzione di utilità dell'altro (*principal*), derivando dall'attività del primo benefici o danni in capo al secondo. Il problema degli incentivi sorge ogniqualvolta un *principal* voglia delegare ad un *agent* una attività, in quanto privo del tempo e della capacità di intraprenderla ovvero in quanto ritenga di poter ottenere dei benefici maggiori dalla specializzazione del (lavoro del) secondo. Quest'ultimo, per il mero fatto di essere stato delegato, avrà accesso ad informazioni che il *principal* non conosce (c.d. *hidden information* o *adverse selection*) e, per contro, al *principal* risulterà impossibile, non possedendo le conoscenze necessarie, monitorare e valutare la condotta dell'*agent* (c.d. *hidden action* o *moral hazard*). Sicché, onde evitare che il *delegato*, sfruttando il bagaglio conoscitivo di cui è munito, pregiudichi l'interesse del suo *delegante*, gli dovrà essere predisposto un sistema di incentivi idoneo in termini di compensazione premiale. In ultima analisi, pertanto, il modello di *principal & agent* si fa carico di costruire l'«*optimal contract*», cioè quell'accordo che preveda un compenso strutturato in modo tale da incentivare l'*agent* ad agire nell'esclusivo interesse del *principal*.

gole di condotta. In queste situazioni, è chiaro che il compito del Legislatore è quello di sopperire al citato fallimento del mercato, con obblighi di *disclosure*, in modo tale da prevenire l'allocazione delle perdite in capo ai clienti ed i conflitti davanti alle corti, che, com'è ovvio, generano costi non soltanto per gli attori coinvolti, bensì per l'intero sistema.

Al fine di render più incisivi questi obblighi, si è poi loro associato un ulteriore dovere, che attiene alla consegna materiale del supporto fisico grazie al quale le informazioni circolano, cioè il documento che rappresenta il contratto concluso tra il cliente e l'intermediario. La regola vale tanto per i contratti di investimento quanto per quelli bancari⁵¹ e parrebbe consentire al contraente disinformato, in caso di sua violazione, di reagire attivando la nullità protettiva⁵², col conseguente rimedio restitutorio che a questa fa

Per un approccio estremamente chiaro ai problemi di *agency costs* nella società e nel diritto cfr. POSNER, *Agency Models in Law and Economics*, in *John M. Olin Program in Law and Economics Working*, Paper n. 92, 2000, p. 12. È in ogni caso molto vasta la letteratura economica e di analisi economica del diritto, che si è occupata di *agency costs*, tra molti, a titolo meramente esemplificativo, cfr. EASTERBROOK-FISCHEL, *Close Corporation and Agency Costs*, in 38 *Stan. Law Rev.*, 1986, p. 371; SHAVELL, *Risk Sharing and Incentives in the principal-Agent Relationship*, in 93 *Bell Jour. of Economics*, 1979, p. 541; BAMBERG-SPREMANN et al., *Agency Theory, Information and Incentives*, Berlin, 1987; S.A. ROSS, *The Economic Theory of Agency, The principal's Problem*, in 63 *Economic American Rev.*, 1973, p. 134; PRATT-ZECHKAUSER (ed.), *Principal and Agent, The structure of Business*, Boston, 1985; JENSEN-MECKLING, *Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure*, in 3 *Jour. of Financial Economics*, 1976, p. 305; GROSSMANN-HART, *An Analysis of principal and Agent Problem*, in 51 *Econometrica*, 1983, p. 7; SCOTT, *Agency Costs and Corporate Governance* (voce), in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, London-New York, 1998, p. 26; GJESDAL, *Information and Incentives: The Agency Information Problem*, in 49 *Rev. of Economics Studies*, 1982, p. 373; LAFFONT-MARTIMOR, *The Theory of Incentives. The principal-agent Model*, Princeton, 2002; nella letteratura giuridica italiana, cfr. SARTORI, *La teoria economica dell'agency e il diritto: prime riflessioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 607.

⁵¹ Si veda l'articolo 23 del TUF e l'articolo 117 del TUB.

⁵² DOLMETTA, *Strutture rimediale per la violazione di obblighi di fattispecie da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, in *Contr.*, 2008, p. 80; TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 96.

seguito secondo le regole generali. Il vincolo di forma è dunque «composito in quanto vi rientra, per specifico disposto normativo, anche la consegna»⁵³. Lo stesso principio, peraltro, parrebbe potersi applicare anche ai contratti bancari⁵⁴.

Quindi, la prescrizione della forma scritta, le norme sul contenuto del contratto e l'obbligo di consegna del medesimo contribuiscono a formare la minima garanzia assumibile dal Legislatore per assicurarsi che l'*agent* livelli (o effettui perlomeno uno sforzo per appianare) la differenza di informazioni. Già, perché, come noto, non sempre tali accorgimenti sono sufficienti, nel senso che non sempre la sottoscrizione di un documento scritto a contenuto vincolato è in grado di rendere effettivamente edotto il cliente della disciplina adottata nel suo rapporto con l'intermediario. Ma questo è un altro discorso, di cui la dottrina del nostro ordinamento ha piena consapevolezza⁵⁵.

Sì è detto – e lo osservano anche le Sezioni Unite – che questo tipo di nullità si collochi in quella tendenza del Legislatore, italiano ed europeo, definita come neoformalismo negoziale⁵⁶, di prevedere vincoli di forma in un crescente numero di fattispecie contrattuali a cui tale vincolo era precedentemente estraneo ed in ragione di una specifica funzione, di volta in volta affidatagli e finalizzata a tutelare una delle due parti del contratto, che è ritenuta, *ex-ante*,

⁵³ Cass. civ., 16 gennaio 2018, n. 898, cit.. Era già della stessa opinione DOLMETTA, *Strutture rimediali per la violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, cit., p. 80.

⁵⁴ Si veda DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 104.

⁵⁵ Si veda sul punto SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 182.

⁵⁶ È antesignano rispetto alla funzione della forma quale garanzia della parte più debole P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Camerino-Napoli, 1987, p. 67 ss. Sul neoformalismo, in generale, si vedano LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, cit., *passim*; AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione dei contratti*, Napoli, 1999; MESSINA, *Libertà di forma e nuove forme negoziali*, cit., *passim*; MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; BRECCIA, *La forma*, cit., p. 465;

più debole rispetto all'altra⁵⁷, in quanto meno informata. Tant'è che, in dottrina si è anche parlato di neoformalismo «informativo»⁵⁸, laddove lo «scritto contrattuale non è un obiettivo finale, bensì un semplice passaggio intermedio»⁵⁹.

In questo scenario va collocata la regola operativa adottata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che poggia sulla considerazione secondo cui la nullità prevista per difetto del *vestimentum* (e consegna del documento) dei contratti (bancari e) finanziari va per l'appunto intesa in ragione della funzione attribuita dal Legislatore e non nella cornice dell'ordinario statuto della nullità previsto dal codice civile.

Questo approccio strettamente funzionale allontana ulteriormente la nullità di protezione di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza (e, dunque, vista l'assoluta analogia di struttura, quella di cui agli articoli 117 e, perlomeno in parte⁶⁰, 127 del Testo Unico Bancario) dallo statuto della nullità contemplato dal codice civile, agli articoli 1325 (n.1 e n. 4) e 1350 e seguenti.

Qui la duplice funzione di riconduzione del documento a colui che lo ha sottoscritto e di prestazione del consenso è imprescindibile.

Si ritiene infatti che, quando la forma scritta è richiesta ai fini della produzione degli effetti del contratto, non sia ammesso far emergere altrove il consenso delle parti⁶¹. In altre parole, l'accordo

⁵⁷ Per una classificazione si veda POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, Napoli, 2016, p. 5.

⁵⁸ Si veda ad esempio TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 77.

⁵⁹ Le parole, riferite ai contratti bancari, sono di DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., p. 97.

⁶⁰ Si veda SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 179-180, circa la particolare nullità dell'articolo 27 del Testo Unico Bancario.

⁶¹ In generale si veda Cass. civ., 7 giugno 2011 n. 12297, in *Giust. civ. mass.*, 2011, secondo cui, per l'appunto, «nei contratti soggetti alla forma scritta *ad substantiam*, il criterio ermeneutico della valutazione del comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla stipulazione del contratto stesso, non può evidenziare una formazione del consenso al di fuori dello scritto medesimo». È conforme Cass. civ., 21 giugno 1999, n. 6214, in *Foro padano*, 2000, I, p. 357, ove si osserva come «nei contratti per i quali è prescritta la forma scritta "ad

deve evincersi dalle sottoscrizioni di un documento scritto, a nulla rilevando l'eventuale comportamento concludente di uno o entrambi i contraenti e l'esecuzione delle prestazioni concordate, grazie ai quali potrebbero recuperarsi gli effetti del contratto.

È tuttavia rilevante, fungendo da equivalente della sottoscrizione, oltre alla produzione in giudizio del contratto da parte del contraente che non ha firmato (con effetti *ex nunc*), qualsiasi dichiarazione scritta, «diretta alla controparte e dalla quale emerga l'intento di avvalersi del contratto»⁶².

Dunque, pur non essendosi nettamente affermata «la sufficienza del consenso comunque manifestato, attorno ad un testo scritto»⁶³, «si è semmai valorizzato il riferimento a quest'ultimo, fatto attraverso dichiarazioni pur sempre formali e recettizie, reputate idonee – in forza di tali caratteri – a surrogare la sottoscrizione mancante»⁶⁴.

substantiam" la volontà comune delle parti deve rivestire tale forma per tutti gli elementi essenziali e pertanto l'oggetto di esso deve essere almeno determinabile in base ad elementi risultanti dall'atto stesso e non "aliunde", non potendo a tal fine applicarsi il capoverso dell'art. 1362 c.c., a norma del quale l'intenzione dei contraenti può esser desumibile anche dal loro comportamento complessivo, posteriore alla conclusione del contratto, né l'art. 1371 c.c., norma di chiusura rispetto alla predetta». Sull'articolo 23 del Testo Unico della Finanza, si veda Cass. civ., 27 aprile 2016, n. 8395 (secondo la quale «è di tutta evidenza che documentazione quale quella in questo caso depositata dalla banca, indipendentemente dalla verifica dello specifico contenuto e della sottoscrizione di dette scritture, non possiede i caratteri della "estrinsecazione diretta della volontà contrattuale", tale da comportare il perfezionamento del contratto, trattandosi piuttosto di documentazione predisposta e consegnata in esecuzione degli obblighi derivanti dal contratto il cui perfezionamento si intende dimostrare e, cioè, da comportamenti attuativi di esso e, in definitiva, di comportamenti concludenti che, per definizione, non possono validamente dar luogo alla stipulazione di un contratto formale») in *Contr.*, 2016, p. 1098, con nota di GIULIANI, *Nullità del contratto quadro di investimento per difetto di sottoscrizione dell'intermediario e abuso del diritto*; e in *Corr. giur.*, 2016, p. 1110, con nota di TUCCI, *Conclusioni del contratto e formalismo di protezione nei servizi di investimento*. In dottrina, per tutti, si veda GALLO, *Il contratto*, Torino, 2017, p. 920.

⁶² Cass. civ., 18 gennaio 1983, n. 469, in *Giust. civ. mass.*, 1982, fasc. 1.

⁶³ DI GIOVANNI, *La forma*, cit., p. 889.

⁶⁴ DI GIOVANNI, *op. loc. ult. cit.*

Del resto, se così non fosse, la preoccupazione del Legislatore circa la necessità che sia adottata la forma scritta verrebbe riposta nel nulla: in assenza di un documento firmato dai contraenti ed in presenza di un contratto eseguito, in tutto o in parte, gli effetti del medesimo verrebbero comunque a prodursi.

Per i contratti bancari e finanziari, invece, la questione è diversa.

Se la forma è infatti funzionale alla sola riconduzione della scrittura a colui il quale l'ha sottoscritta e richiede necessità di attribuzione al cliente, nell'ottica di appianare il dislivello informativo, si possono trarre almeno due conclusioni.

La prima è che, secondo la nuova regola operativa, la veste richiesta dall'articolo 23 del Testo Unico della Finanza, non rileva ai fini della struttura.

La seconda, che consegue alla precedente, attiene all'irrilevanza della forma rispetto al consenso delle parti e, dunque, all'accordo.

4. *L'irrilevanza della forma ai fini della struttura. Il «contratto» di cui all'articolo 23 del T.U.F. è una sineddoche.*

Quanto al binomio forma-struttura, si è osservato come le Sezioni Unite abbiano interpretato l'articolo 23 del Testo Unico della Finanza alla stregua di una regola che non richiede forma scritta *ad substantiam*, e che, pertanto, non verrebbe violata dall'assenza della sottoscrizione del cliente⁶⁵. In particolare, la forma non sarebbe elemento essenziale del contratto, come prevista dall'articolo 1325 n. 4 del codice civile, non potendosi infatti sempre ritenere che ogniqualvolta sia prevista la nullità per la violazione di una regola che imponga la formazione di un documento, questa sia stata pensata ai fini della struttura del rapporto⁶⁶. Il Legislatore, infatti, potrebbe sempre comminare tale sanzione a prescindere dalla sostanza e identificare il requisito di forma in una serie di «operazioni diverse da quelle che contraddistinguono il perfezionamento del

⁶⁵ D'AMICO, *La "forma" del contratto quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contr.*, 2018, p. 141.

⁶⁶ D'AMICO, *op. loc. ult. cit.*

contratto in forma scritta»⁶⁷. A questo punto, probabilmente «potrebbe dubitarsi che ci si trovi di fronte al fenomeno vero e proprio della “forma del contratto”, in quanto la prescrizione formale sembra attenere (e probabilmente atterra) più al documento che all’atto»⁶⁸.

Questa impostazione, secondo la medesima dottrina, sarebbe supportata da un dato letterale e dall’ulteriore obbligo di consegna del documento. Sotto il primo profilo, il tenore della norma, secondo cui i contratti finanziari devono essere “redatti” per iscritto e non “conclusi” o “perfezionati”, lascerebbe intendere che il Legislatore abbia voluto riferirsi, più che alla forma – intesa in senso civilistico tradizionale –, alla documentazione del contratto. Nello stesso senso, deporrebbe l’obbligo di consegnare il contratto al cliente, che – può aggiungersi – quando la forma è prevista ai fini della struttura, pare, naturalmente, ridondante e di chiara natura comportamentale.

Pertanto, il vincolo di *vestmentum* ai sensi dell’articolo 23 del Testo Unico della Finanza si tradurrebbe in una regola di condotta dell’intermediario, tesa ad imporre a quest’ultimo la trasmissione di alcune informazioni e sarebbe rispettata con la sola consegna del testo che le incorpora, la cui sottoscrizione apposta dal cliente – quasi “per ricevuta” – ha una prevalente funzione di provare la consegna del contratto a cui si affianca l’ordinario ruolo riconosciuto alla firma nel nostro ordinamento, attinente al consenso ed al contenuto dell’atto⁶⁹.

È critico rispetto a questa impostazione chi ha osservato come la nuova norma potrebbe essere interpretata da almeno tre diverse prospettive (segnatamente, in un’ottica di forma informativa, abuso del diritto e proporzionalità dei rimedi)⁷⁰ senza che le conclusioni varino e, attribuendole la natura di regola di condotta, due ulteriori temi acquisirebbero rilievo.

⁶⁷ D’AMICO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁸ D’AMICO, *op. loc. ult. cit.*

⁶⁹ D’AMICO, *op. ult. cit.*, p. 142.

⁷⁰ PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell’art. 23 T.U.F.*, cit., p. 146.

Innanzitutto, essa avrebbe un ambito di applicazione ristretto alla sola ipotesi di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza, senza essere pertanto utilizzabile nell'alveo dei contratti bancari, ex articolo 117 del Testo Unico Bancario, in considerazione della «profonda differenza sul piano funzionale»⁷¹ delle due nullità. Sicché, considerando come la maggior parte delle sentenze sui contratti monofirma attiene proprio a tale tipo di rapporti, non parrebbe potersi concludere nel senso di ritenere che la Cassazione abbia nei fatti riqualificato, una volta per tutte, la forma protettiva *ad substantiam*.

In secondo luogo, prosegue questa critica, la forma di protezione nei contratti finanziari, «appiattita sul garantire un'ideale informazione, a monte e a valle dell'operazione»⁷², verrebbe collocata al di fuori dell'operatività degli articoli 1325 e 1418, secondo comma, del codice civile per essere degradata, da obbligo di conclusione, ad obbligo di consegna. Non si tratterebbe quindi di forma *ad validitatem* bensì di forma-modulo⁷³, la quale, tuttavia, mal si concilia con un contesto normativo ove ai due legislatori concorrenti, Europeo ed Italiano, risultano compiti diversi, in ragion dei quali il primo introduce la forma a scopo d'informazione ed il secondo ne definisce la sostanzialità o meno⁷⁴.

Se però la forma-modulo assume che il documento in questione non abbia portata contrattuale, ma semmai si collochi nell'ambito del procedimento formativo⁷⁵, allora i conti potrebbero non tornare. È sufficiente prendere in mano uno dei documenti che circolano sul mercato per rendersi conto che esso contiene disposizioni di portata simile e che ben difficilmente può ad esempio esser posto sul medesimo piano dell'informativa, in materia di diritto di recesso, di cui all'articolo 52, I comma, del Codice del Consumo,

⁷¹ PAGLIANTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁷² PAGLIANTINI, *op. loc. ult. cit.*

⁷³ E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 90.

⁷⁴ PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, cit., p. 147.

⁷⁵ PAGLIANTINI, *Art. 1350 – Atti che devono farsi per iscritto*, cit., p. 66; E. TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 90; PASA, *Forma informativa nel diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2008, p. 251.

generalmente additata quale archetipo di forma modulo, distinta da quella del contratto ed incapace di condizionarla⁷⁶.

Quanto invece sembra voler affermare la Corte è una regola operativa qualificabile alla stregua di una regola di condotta che impone all'intermediario di predisporre una proposta scritta – a nome del cliente e contenente tutte le informazioni richieste dalla legge, oltre ai termini del contratto che intende concludere con la controparte – e far sottoscrivere al cliente il relativo documento.

Parrebbe quasi, sotto questa prospettiva, che la Cassazione abbia inteso il «contratto» di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza in senso figurato, come se il Legislatore avesse fatto uso di una sineddoche, esprimendo una «nozione con una parola che di per sé, denota un'altra nozione, e questa ha con la prima un rapporto quantitativo»⁷⁷. Dunque, la tecnica adottata dal redattore della norma sarebbe quella della sineddoche «generalizzante», con cui si nomina un concetto più ampio per far riferimento ad un concetto più ristretto, nel primo contenuto. In tal senso, il Testo Unico impiega «contratto» (“il tutto”) per indicare soltanto una parte di ciò a cui si riferisce⁷⁸, e, dunque, la «proposta», essendo sufficiente e necessario, in ragione del tipo di regola in questione, che soltanto la seconda rivesta la forma scritta e sia sottoscritta dal cliente.

Questa interpretazione sineddochica sembra la più lineare: si avrà una proposta di contratto, la quale, a questo punto, potrà essere oggetto di accettazione, da parte dell'intermediario, per iscritto, mediante apposita sottoscrizione, formando una scrittura privata ai sensi dell'articolo 2702 c.c., ovvero per comportamento concludente, ai sensi dell'articolo 1327 c.c.

Così interpretato, lo schema ricalca le alternative messe a disposizione dalla legge sulla subfornitura (Legge 18 giugno 1998 n. 192) agli attori del mercato, in ragione delle «caratteristiche» delle

⁷⁶ TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 90.

⁷⁷ Si veda MORTARA GARAVELLI, *Il parlar figurato: manualetto di figure retoriche*, Bari, 2010, p. 21.

⁷⁸ MORTARA GARAVELLI, *op. loc. ult. cit.*

«finalità proprie di un “formalismo di protezione”»⁷⁹, che, alla luce della recente interpretazione delle Sezioni Unite, parrebbe avere molti tratti in comune con i rapporti di cui all’articolo 23 del Testo Unico della Finanza. Basti qui ricordare come il secondo comma dell’articolo 3 della suddetta legge consideri concluso per iscritto quel contratto di subfornitura in cui il subfornitore non accetta la proposta del committente per iscritto ed inizia l’esecuzione della prestazione, in termini di inizio della lavorazione ovvero della fornitura per cui il contratto è concluso. Se ne deduce che, in questa situazione, prevedendo la descritta alternativa, è lo stesso Legislatore a porre sul medesimo piano forma e comportamento – di una delle parti – diretto alla conclusione del contratto, in considerazione di un’istanza protettiva del subfornitore, la cui posizione è evidentemente ritenuta tutelata a sufficienza per effetto della sola proposta formale del committente e delle informazioni da essa veicolate.

Se dunque l’intermediario sottoscrive l’offerta, nessuna questione potrà essere ovviamente sollevata.

Nell’opposta ipotesi, invece, va osservato come l’articolo 1327 c.c. preveda una fattispecie complessa, composta da: (i) una dichiarazione del preponente, volta alla conclusione del contratto, che include il regolamento a cui dovrà attenersi l’oblato, consentendo a quest’ultimo di ingerirsi nella sfera giuridica altrui, la quale, altrimenti, gli sarebbe preclusa; (ii) una richiesta del preponente in merito all’esecuzione immediata della prestazione ovvero, in alternativa, la necessità che in base alla natura dell’affare o agli usi, l’esecuzione preceda l’accettazione dell’oblato; e (iii) il comportamento dell’oblato, conforme alla proposta⁸⁰.

La richiesta può anche non essere esplicita, ma desumersi dal tenore letterale di alcune espressioni incluse nella proposta⁸¹, col

⁷⁹ Le parole sono di CONTE, *La formazione del contratto, artt. 1326-1330 e 1333-1335*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2018, p. 243 a cui si rinvia per una lucida analisi sul punto.

⁸⁰ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 303.

⁸¹ PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da Cicu e Messineo, continuato da Mengoni e poi continuato da Schlesinger, Milano, 2016, p. 356.

limite dalla buona fede, che impedisce al proponente di pretendere modifiche unilaterali della sfera giuridica altrui.

Se questi elementi mancano, occorre far riferimento alla natura dell'affare, che, secondo la migliore dottrina, va slegata dalle ragioni di urgenza⁸² e d'interesse del creditore, focalizzato più sul ricevere la prestazione che sull'accettazione della controparte e deve per contro essere letta alla luce di tre ipotetiche caratteristiche della fattispecie, individuabili nel contenuto positivo della prestazione, nell'ingerenza nella sfera giuridica del proponente e nell'esclusione dell'utilità di trattative⁸³ che, secondo la dottrina, può essere rinvenuta ove non vi siano discussioni sul prezzo della prestazione, poiché ad esempio di mercato o fissato da un terzo⁸⁴.

A ciò alcuni hanno sotteso la necessità che sussistano in ogni caso un interesse del proponente alla conclusione del contratto in tal modo⁸⁵ ed un concorrente interesse dell'oblato⁸⁶. In altre parole, mentre la richiesta (esplicita o desunta) di chi propone esclude l'indagine sulla natura dell'affare, l'applicazione di questo diverso criterio dovrebbe comunque presupporre un interesse – all'anticipo della prestazione – di entrambe le parti⁸⁷, con la precisazione, di alcuni, secondo cui quello dell'oblato non potrebbe collimare con e, pertanto, dovrebbe essere ulteriore rispetto al suo generale interesse alla conclusione del rapporto⁸⁸.

A questa tesi, però, si è più correttamente obiettato, sulla base della relazione ministeriale di accompagnamento al codice civile e

⁸² Quando questi sussistono, l'applicabilità dell'articolo 1327 pare scontata. Si veda Cass. civ., 12 novembre 2004, n. 21516.

⁸³ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p.305; PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., p. 358.

⁸⁴ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p.306.

⁸⁵ PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., p. 359.

⁸⁶ PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 360.

⁸⁷ VENOSTA, *Inizio dell'esecuzione e conclusione dei contratti formali: gli artt. 1327 c.c. e 2, comma 2°, della legge sulla subfornitura*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1165

⁸⁸ PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 360-361.

degli interessi in gioco, come le tre ipotesi previste dalla norma vadano lette in chiave alternativa tra loro⁸⁹.

Ne consegue che la presenza di uno dei tre requisiti, rende superflua l'insussistenza degli altri, purché, ovviamente, colui al quale sia riconducibile la proposta non abbia richiesto l'accettazione della controparte⁹⁰.

Ove poi dalla natura dell'affare non fosse possibile riscontrare esigenze di esecuzione priva dell'accettazione espressa, occorrerebbe far riferimento agli usi, i quali, secondo parte della letteratura giuridica, non si limitano agli usi normativi, ma comprendono anche le usanze negoziali radicate in particolari aree o mercati, e (addirittura) la prassi consolidata tra le parti nell'ambito dei progressi rapporti commerciali⁹¹.

Come noto, la legge ricollega alla descritta fattispecie di cui all'articolo 1327 c.c. la qualifica di contratto e la rende applicabile in qualsiasi transazione, che troverà una propria disciplina di *default* nel contratto tipico corrispondente⁹² o applicabile ai sensi dell'articolo 1322 c.c. e seguenti.

La regola, tuttavia, non opera senza frontiere.

Difatti, affinché l'articolo 1327 c.c. possa produrre effetti, l'offerta non deve contemplare prestazioni meramente negative, le quali sono state ritenute incompatibili con la struttura della norma⁹³ al pari di quelle prestazioni positive ma i cui effetti si determinino esclusivamente nella sfera giuridica dell'oblato⁹⁴. In particolare, con riferimento alle prime, sarebbe arduo attribuire ad un

⁸⁹ Si veda sul punto G. CONTE, *La formazione del contratto, artt. 1326-1330 e 1333-1335*, cit., p. 224 e p. 231.

⁹⁰ SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 304; G. CONTE, *op. ult. cit.*, p. 224.

⁹¹ CONTE, *La formazione del contratto, artt. 1326-1330 e 1333-1335*, cit., p. 231.

⁹² SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 303.

⁹³ SACCO e DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 304; G. CONTE, *La formazione del contratto, artt. 1326-1330 e 1333-1335*, cit., p. 225; ORESTANO, *Schemi alternativi. La conclusione del contratto per inizio dell'esecuzione*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, I, *La formazione*, a cura di Granelli, Milano 2006, p. 190.

⁹⁴ SACCO e DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 304; G. CONTE, *op. loc. ult. cit.*

mero comportamento omissivo la volontà di aderire alla altrui proposta o una libera scelta di colui al quale la proposta è destinata⁹⁵.

In secondo luogo, deve trattarsi di contratti «suscettibili di “esecuzione”»⁹⁶.

Infine, la regola non trova applicazione, secondo giurisprudenza e dottrina, ai contratti formali⁹⁷: non può infatti pretendersi di sostituire la forma scritta al comportamento di una delle parti coinvolte.

Occorre a questo punto verificare se lo schema previsto dalla norma in questione sia o meno applicabile nell'ambito dei contratti finanziari e possa pertanto rappresentare il fondamento normativo sulla base del quale ricostruire l'interpretazione sineddochica delle Sezioni Unite.

La questione parrebbe potersi risolvere in senso positivo.

A tal fine occorre prendere le mosse dalla natura del rapporto e distinguere presupposti di applicazione e limiti, potendo sin da ora anticipare che i primi paiono sussistere ed i secondi essere rispettati.

Quanto ai primi, se, come ribadito dalle Sezioni Unite, cliente e intermediario concludono un contratto quadro suscettibile di essere eseguito, sulla base dello schema del mandato, mediante gli ordini di borsa, è allora evidente come detto contratto assuma rilevanza, ancor prima economica che giuridica, nel momento in cui l'investitore fornisce al professionista la provvista per effettuare il primo acquisto di strumenti finanziari. In altre parole, fino a quel momento, il contratto quadro, ancorché concluso con tutte le for-

⁹⁵ PERFETTI, *Il contratto in generale – II, La conclusione del contratto*, cit., p. 357.

⁹⁶ SACCO e DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 304.

⁹⁷ Si veda sul punto Corte d'Appello di Palermo, 15 giugno 1957, in *Giust. civ. mass.*, 1957, p. 65; Cass. civ., 29 settembre 2000, n. 12942, in *Giust. civ. mass.*, 2000, p. 2027. In dottrina si veda ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2011, p. 118; LA ROCCA, *Sottoscrizione e “forma informativa” nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 6, p. 14; PERFETTI, *op. ult. cit.*, p. 364; ORESTANO, *Schemi alternativi. La conclusione del contratto per inizio dell'esecuzione*, cit., p. 196. Tuttavia, paiono dubitarne, invitando a distinguere a seconda della ragione ispiratrice della forma SACCO e DE NOVA, *op. ult. cit.*, p. 309.

malità del caso, non svolgerebbe alcuna funzione economica apprezzabile e tutte le regole di comportamento ivi contemplate, anche se efficaci, resterebbero, oltre che inapplicate, prive di significato alcuno. Per di più nessuna delle parti potrebbe pretendere alcunché dall'altra. Per chi ha in mente le categorie del trust, il meccanismo presto si spiega: all'atto programmatico, cioè l'atto istitutivo, segue l'atto dispositivo, cioè la dotazione patrimoniale, a cui è subordinata l'esigibilità delle obbligazioni dal primo previste. A ben vedere, dunque, parrebbe un caso di scuola quello del cliente che, recatosi dall'investitore professionale, dopo aver sottoscritto un contratto quadro, non doti la controparte delle risorse necessarie per gli investimenti da questo regolamentati e, pertanto, non lo metta in condizione di eseguire la propria prestazione.

Allora, in quest'ottica, la proposta è redatta dall'intermediario, sottoscritta dal cliente e diretta a concludere il contratto quadro, il cui momento conclusivo inizia coi comportamenti dell'investitore professionale, indicati dalle Sezioni Unite, e si perfeziona, ai sensi dell'articolo 1327 c.c., con l'esecuzione del primo ordine di borsa.

Chiaramente è la natura dell'affare la chiave per l'applicazione della suddetta norma, giacché in tal senso depone inequivocabilmente la prassi del mercato.

Ad essa, tuttavia, può anche essere aggiunta – ove lo si ritenesse necessario in coerenza con quella parte di dottrina sopra citata – la sussistenza di un interesse non soltanto del proponente ma anche dell'oblato.

Difatti, il primo, dopo esser stato portato a conoscenza delle regole d'ingaggio nell'instauranda relazione, non è interessato tanto a ricevere un'accettazione formale dell'altro, che dette regole ha predisposto e stampato su propria carta intesta, quanto, piuttosto, all'esecuzione tempestiva dell'ordine sulla base delle informazioni contenute nel documento appena sottoscritto. Anche l'intermediario, dal canto suo, avrà un interesse allineato con quello del cliente, che coinciderà con la necessità di dar corso alle istruzioni d'acquisto e vendita nel minor periodo di tempo possibile, per evitare che possano essergli contestati, in caso di oscillazioni del mercato, inadempimenti di sorta.

Passando poi ai limiti di applicazione della norma, di cui s'è fatto cenno in precedenza, si può osservare come i contratti di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza siano senz'altro «susceptibili di essere eseguiti» ed il vestimento richiesto per la loro validità non attenga alla loro conclusione bensì allo loro “redazione”⁹⁸.

L'esclusione dei contratti formali, dunque, dovrebbe poter operare nella misura in cui la forma investa la struttura e non, come nel caso dei contratti finanziari, sia richiesta ai soli fini dell'informazione che essa veicola.

Infine, l'eventuale presenza di obblighi di non fare, ove non previsti dalla legge o dal Regolamento Intermediari e quindi applicabili di per sé all'intermediario, non sarebbero comunque oggetto esclusivo della proposta come può essere un patto di non concorrenza o un obbligo di non edificare), giacché associati ad altre obbligazioni, ed avrebbero in ogni caso la funzione di delimitare l'area di ingerenza dell'intermediario nella sfera privata del cliente.

5. *L'irrilevanza della forma rispetto al consenso.*

La regola operativa sineddochica così descritta ed incorniciata nell'ambito della fattispecie prevista dall'articolo 1327 c.c. depotenzia una delle critiche più aspre che, ad oggi, sono state mosse alla pronuncia delle Sezioni Unite, in merito alla necessità di ricercare un «equipollente della sottoscrizione»⁹⁹ in forza di una «prospettazione palesemente contraddittoria. E ciò perché delle due l'una, o la sottoscrizione (del rappresentante) della banca è irrilevante e allora non ha alcun senso ricercarne equipollenti. Diversamente opinando è tutta la costruzione operata dalla sentenza in rassegna a dover essere rimeditata, come forse sarebbe opportuno fare»¹⁰⁰. Le medesime considerazioni, peraltro, varrebbero per quelle impostazioni tese a svilire la funzione della sottoscrizione

⁹⁸ D'AMICO, *La “forma” del contratto quadro ex art. 23 T.U.F. non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contr.*, 2018, p. 142.

⁹⁹ PAGLIANTINI, *Forma o modalità di una informazione materializzata? Le S.S.U.U. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 T.U.F.*, cit., p. 147.

¹⁰⁰ AMAGLIANI, *Nota a breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018*, n.898, cit., p. 152.

nell'ambito della forma e con riferimento al consenso, le quali hanno sostanzialmente svuotato di portata la firma dell'intermediario per riconoscere medesima valenza a quell'insieme di comportamenti, poi citati dalle Sezioni Unite, in virtù dei quali il contratto è predisposto, stampato e fatto sottoscrivere al cliente¹⁰¹.

Occorre allora riflettere, come sopra anticipato, in merito all'irrelevanza della forma di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza rispetto al consenso.

Se infatti la regola operativa è quella di cui s'è appena detto, che richiede la sola proposta scritta, è evidente come la sottoscrizione dell'intermediario non rivestendo alcuna funzione – né quella di attribuire la scrittura al suo autore, né quella di veicolare il consenso – non sia necessaria e, tantomeno, richiesta.

Quindi, non si tratta di andar alla ricerca di equipollenti della firma¹⁰² – né parrebbero farlo le Sezioni Unite –, ma, proprio in considerazione del fatto che questa è mancante e che quindi manca l'appropriazione del contenuto del contratto sul versante dell'intermediario, è ovviamente necessario rintracciare il consenso di quest'ultimo, secondo le regole generali contemplate dal codice civile. Va infatti da sé che, se il consenso manca, non può esservi accordo, né contratto.

Soltanto in questa prospettiva possono assumere rilevanza la condotta e le circostanze fattuali indicati dalla Suprema Corte.

Se così è, l'incontro della volontà delle parti potrà essere (rin)tracciato, nell'ambito della relazione, in base ai criteri che l'ordinamento mette a disposizione dell'interprete, tra cui, come noto, il comportamento dei soggetti coinvolti e la conseguente esecuzione del contratto.

In altre parole, non vi è un vizio genetico del rapporto ed attribuibile alla mancanza del consenso che sia sancito dalla forma

¹⁰¹ MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento*, cit., p. 471; TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici*, cit., p. 187.

¹⁰² Su questi temi è interessante il lavoro, con risvolti filosofici, di BERTOLINO, *documento in senso forte e documento in senso debole*, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, p. 845.

scritta a pena di nullità (relativa), in ragione della assenza – agli atti del processo – della sottoscrizione dell'intermediario.

Il contratto è valido ed il consenso della banca è desunto dal suo comportamento antecedente, contemporaneo e successivo alla sottoscrizione del documento eseguita dalla controparte.

Non potrebbe pertanto obiettarsi che la giurisprudenza abbia inteso introdurre surrettiziamente una convalida del contratto relativamente nullo ad opera della parte a cui tale facoltà non spetterebbe – giacché non protetta – nemmeno in accordo con quelle tesi che affermano possibilità di convalidare rapporti affetti da nullità relativa¹⁰³. La regola operativa enunciata, infatti, non ha nulla a che vedere con la convalida, giacché quest'ultima, come noto, presuppone un vizio di invalidità del contratto, non riscontrabile quando a firmare sia stato il solo cliente, per le ragioni appena enunciate.

6. *L'efficienza della nuova regola operativa*

Mentre da un punto di vista strettamente giuridico si potrebbe ravvisare qualche ombra sulla sineddochica interpretazione delle

¹⁰³ POLIDORI, *Nullità relativa e potere di convalida*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 941 e p. 946; D'AMICO, *Nullità virtuale-nullità di protezione, variazioni sulla nullità*, in *Contr.*, 2008, p. 732 e p. 738; ORESTANO, *Rilevabilità d'ufficio della vessatorietà delle clausole*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, p. 1183.; MONTICELLI, *L'indisponibilità dei diritti del consumatore nel Codice del consumo e la nullità dei patti*, in *Contr.*, 2007, p. 699; ID., *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Not.*, 2009, p. 175; GIROLAMI, *Le nullità dell'art. 127 T.U.B. (con l'obiter delle Sezioni Unite 2014)*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, II, Milano, 2015, p. 1589 e p. 1633-1635; PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Torino, 2007, p. 172; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010, p. 58.

Vi sono comunque opinioni contrarie alla convalidabilità del contratto relativamente nullo. Si vedano GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, p. 226; RUSSO, *Profili evolutivi della nullità contrattuale*, Napoli, 2008, p. 214; GENTILI, *Le invalidità*, in Gabrielli (a cura di), *I contratti in generale*, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno e Gabrielli, Torino, 2006, p. 1593, che sottolinea come, se si ammette la convalida, il condizionamento psicologico derivante dalla debolezza contrattuale potrebbe diventare fonte di pressioni della controparte.

Sezioni Unite, un ragionamento di analisi economica del diritto conduce a differenti conclusioni.

Sotto il primo profilo, infatti, si potrebbe ritenere che il nuovo indirizzo giurisprudenziale sia una forzatura interpretativa appositamente coniata per salvare gli effetti del contratto ed evitare distorsioni d'impiego del rimedio previsto in favore del cliente, giacché finisce per sdoganare quella «forma asimmetrica»¹⁰⁴, suggerita dall'asimmetria informativa che separa le parti e supportata dalla nullità relativa, la cui adozione ha suscitato critiche e perplessità in dottrina¹⁰⁵.

Quanto invece ai risvolti efficientistici, va osservato come la regola operativa così forgiata si ponga in linea con il principio di proporzionalità dei rimedi per la violazione delle regole di condotta e non, di cui si sia reso protagonista l'intermediario finanziario o la banca, giacché ricollega la possibilità di far valer il vizio forma esclusivamente quando quest'ultima non è in grado di assolvere alla propria funzione di veicolo di informazioni per il cliente.

In secondo luogo, si elimina in radice quel comportamento opportunistico di coloro i quali, pur essendo in possesso del documento debitamente sottoscritto dalla controparte, allegano in giudizio di non averlo mai ricevuto, in modo tale da ottenere una condanna dell'intermediario alla restituzione delle somme investite, sfuggendo all'applicazione delle regole di condotta. Ciò significa, quando la violazione di tali norme sussista, non essere costretti a sopportare l'onere probatorio richiesto per far valere l'azione infedele o poco diligente dell'intermediario, che abbia determinato una perdita secca al portafoglio del risparmiatore, e, quando la violazione di tali norme non sussista, ottenere, indebitamente ed in ogni caso, un rimedio che non verrebbe altrimenti concesso azionando l'apparato rimediale preposto alla salvaguardia di diligenza e lealtà dell'azione dell'investitore professionale. È qui dunque sin troppo evidente la scorrettezza dell'attore, il quale, facilitato dalla prassi bancaria e dalla norma sulla nullità, si inserisce tra le maglie del sistema per asserire l'inadempimento di una regola che è stata in

¹⁰⁴ SEPE, *Contratti quadro e ordini di esecuzione nei servizi finanziari*, cit., p. 178.

¹⁰⁵ SEPE, *op. loc. ult. cit.*

realtà rispettata ed ha svolto appieno la funzione riconosciuta dall'ordinamento.

Si tratta allora di evitare la riallocazione, sull'intermediario, di quei costi che dovrebbero restare in capo al cliente giacché derivanti da un'operazione poco fortunata, ma perfezionata nel rispetto delle norme comportamentali, e dunque, lecita.

Quindi, un ulteriore risvolto di efficienza può essere rinvenuto in quella diversa funzione, invocata da autorevole dottrina, che l'articolo 23 del Testo Unico della Finanza avrebbe rispetto all'organizzazione dell'impresa e che, contrariamente a quanto asserito dalla Cassazione, non perderebbe per effetto della nuova regola.

Come sopra accennato, secondo questa impostazione, alle nullità relative previste dai Testi Unici per i contratti (bancari e) finanziari sarebbe sotteso un ordine pubblico di direzione volto alla salvaguardia della fiducia e della integrità dei mercati¹⁰⁶. In tal senso, il vincolo di forma sarebbe teso a garantire professionalità¹⁰⁷ e «buona organizzazione interna della banca»¹⁰⁸. Tali funzioni non parrebbero affatto abbandonate se sol di considera l'obbligazione riconosciuta in capo all'intermediario di predisporre la proposta di contratto su cui poi il cliente dovrà apporvi la firma.

Infine, dovrebbero essere eliminati – perlomeno nel pensiero delle Sezioni Unite che hanno ritenuto il tema assorbito nella dichiarata validità dei contratti monofirma – se non, più probabilmente, ridursi, quei comportamenti opportunistici di coloro i quali intendano far uso selettivo della nullità relativa, selezionando ed impugnando alcune operazioni effettuate dall'investitore professionale, che non abbiano avuto l'esito sperato, per conservare invece gli acquisti di strumenti finanziari risultati, ex post, vantag-

¹⁰⁶ MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393; ID., *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 63; ID., *Diritto e prassi del mercato finanziario*, cit., p. 107.

¹⁰⁷ MAFFEIS, *La forma responsabile verso le Sezioni Unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca*, cit., p. 393 ss.

¹⁰⁸ Cass. civ., 16 gennaio 2018, cit.

giosi. A questo punto, una corte, investita della questione, non avrebbe a disposizione alcuno strumento, sottrattole dal carattere relativo della nullità, per estendere la propria pronuncia alle restanti transazioni. Né simil richiesta parrebbe proponibile dal convenuto¹⁰⁹.

Quindi, come acutamente notato, il risparmiatore, conscio di disporre di una strategia di exit priva di costi, potrebbe addirittura avere incentivi ad alzare il livello di rischio dei propri investimenti, riallocando poi, per intero, all'intermediario, le perdite che al primo potrebbero derivare dagli acquisti più rischiosi¹¹⁰. In questa prospettiva, la possibilità di selezione degli ordini nell'ambito della causa sulla nullità *ex* articolo 23 del Testo Unico della Finanza è come se garantisse a chi investe una sorta di assicurazione sulle transazioni sfortunate, azzerando così l'aleatorietà dei contratti di borsa.

Sul punto si è recentemente pronunciata la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, concludendo sostanzialmente in senso favore-

¹⁰⁹ Lo conferma, se mai ve ne fosse stata necessità, Tribunale di Torino, 11 febbraio 2011, inedita su supporto cartaceo ma scaricabile in *DeJure*, secondo cui: «*A fronte della ben mirata richiesta di restituzione di indebitto, sta infatti un'assoluta mancanza di possibilità di reazione da parte della banca che, non avendo legittimazione a far valere tale nullità, ben può dubitarsi che possa allargare gli effetti dell'azione promossa dagli investitori anche ad operazioni rispetto alle quali questi (nonostante la dedotta nullità ad origine dell'intero rapporto) nulla richiedono: la domanda riconvenzionale dell'intermediario, infatti, in via potenziale potrebbe (a sua volta iniquamente) rovesciare effetti negativi non previsti e non voluti dall'investitore, unico soggetto legittimato a decidere se e quando far valere la nullità.*

Analoghe considerazioni portano poi a non ritenere configurabile in capo al giudice un potere di disporre dell'individuazione degli effetti restitutori in forza del rilievo di una exceptio doli rinvenibile nella scelta processuale effettuata dall'attore.

L'investitore, quindi, da parte originariamente debole del rapporto e per questo destinatario della tutela legale, diventa unico arbitro della sorte del rapporto intercorso magari per anni con l'intermediario, sia in ordine alla tempistica dell'azione che della scelta degli investimenti da porre nel nulla, potendo dirigere opportunisticamente e maliziosamente gli effetti della dedotta nullità».

¹¹⁰ Lo nota SEMENGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010, p. 26 ss.

vole, purché all'intermediario non sia riallocata un'esternalità negativa eccessiva ed autorizzata dalla norma.

Più nel dettaglio, è stata attribuita all'investitore la possibilità di scegliere gli ordini da impugnare, limitando la selezione attraverso l'applicazione di un criterio di buona fede, quasi matematico, volto ad evitare che la controparte sopporti un ingiustificato pregiudizio. Difatti, la Suprema Corte ha ritenuto che il cliente sia gravato da un obbligo di lealtà, in ragion del quale la nullità di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza «deve essere modulata e conformata dal principio di buona fede, secondo un parametro da assumersi in modo univoco e coerente»¹¹¹. Si tratta, come specificato nella medesima pronunzia, di un principio che non coincide né con l'*exceptio doli* né con l'abuso del diritto e si traduce in un esame degli investimenti complessivamente perfezionati. In ragione di tale esame, l'intermediario potrà eccepire la mancanza di buona fede laddove l'investitore travalichi il limite del pregiudizio dal medesimo subito, che dovrà essere accertato in giudizio per effetto di una comparazione tra gli investimenti nel complesso oggetto dell'azione e quelli esclusi e non potrà in ogni caso eccedere il *petitum* azionato¹¹².

¹¹¹ Si veda Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28314, in *dirittobancario.it*.

¹¹² DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 89; GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le «nullità selettive» nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *dirittobancario.it*, dicembre 2019; MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *dirittobancario.it.*, dicembre 2019; RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Quest. Giust.*, 7 gennaio 2020; DALMARTELLO, *La nullità di protezione ex art. 23 TUF tra uso selettivo e buona fede del cliente*, in *Nuova giur. comm.*, 2020, p. 26; MAGGIOLLO, *Exceptio doli e diritto bancario: a proposito di Coordinamento ABF n. 17814/2019 (e delle Sezioni Unite in materia di nullità selettiva)*, in *Riv. dir. banc.*, 2020, p. 39; IULIANI, *Nullità selettive – Le Sezioni Unite e la nullità selettiva: L'incontrollabile soggettivismo della decisione*, in *Giur. it.*, 2020, p. 273; PAGLIANTINI, *Nullità selettive – Una nullità di protezione ancora in cerca di autore?*, in *Giur. it.*, 2020, p. 273; PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*, in *Contr.*, 2020, p. 11; ID., *L'irripetibilità virtuale della nullità di protezione nella cornice di un'eccezione ex fide bona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 169; SCOGNAMIGLIO, *Le Se-*

Naturalmente, l'intermediario, quale contraente non protetto, non potrà agire in via principale o riconvenzionale né al fine di far dichiarare la sussistenza di altri ordini che dipendano dal medesimo contratto quadro, né per ottenere le restituzioni che conseguano alla dichiarazione di nullità del citato accordo e dei relativi ordini¹¹³.

La nullità di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza è così sostanzialmente incanalata nel solco tracciato dell'articolo 117 del Testo Unico Bancario, laddove la stessa è definitivamente interpretata alla stregua di nullità «a vantaggio» del cliente, anche sulla base di considerazioni di illegittimità costituzionale che potrebbero discendere da una diversa interpretazione¹¹⁴.

Questo particolare impiego del rimedio previsto dalla legge, tuttavia, diversamente da quanto la Cassazione sembra aver ritenuto, non pare definitivamente scongiurato dalla prospettata validità dei contratti monofirma.

Esso, infatti, potrebbe acquisire nuovamente rilievo, o, meglio, non perdere di importanza, perlomeno ogniqualvolta sia del tutto mancante l'offerta scritta.

Qui, però, si apre altra questione, che attiene alla struttura del rapporto tra l'investitore e la banca e di cui s'è già in parte fatto cenno in apertura di lavoro.

Difatti, in assenza di contratto quadro, il problema che dottrina e giurisprudenza hanno affrontato, pervenendo a soluzioni affatto univoche, attiene all'eventuale necessaria sussistenza o meno del

zioni Unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede, in *Corr. Giur.*, 2020, p. 5; ID., *Le Sezioni unite e le nullità selettive tra statuto normativo delle nullità di protezione ed eccezione di buona fede*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 176; GIROLAMI, *L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 154; MAFFEIS, *Le disavventure di un contraente tollerato: l'investitore e le restrizioni alla selezione degli investimenti che impugna*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 160; MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 163.

¹¹³ Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28314, cit.

¹¹⁴ Cass. civ., 4 novembre 2019, n. 28314, nonché RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Quest. Giust.*, cit.

medesimo, da cui discende la natura negoziale o meno dei singoli ordini di investimento.

Sul tema vanno richiamati i già citati orientamenti di dottrina e giurisprudenza, i quali hanno espresso posizioni discordanti.

Al proposito, mi par di poter ritenere che, quando il *master agreement* non sia stato sottoscritto nemmeno da una delle due parti, la sua necessaria sussistenza possa essere desunta soltanto laddove risulti che la prestazione dell'intermediario sia reiterata nel tempo in una logica di continuità del rapporto con l'investitore.

Per contro, ove questo richieda al primo di dar corso ad una o più operazioni sporadiche, *una tantum*, i cui perfezionamenti siano separati da significativi intervalli di tempo, ciascuna di tali operazioni dovrebbe essere ricostruita quale contratto a sé stante.

Di tal che, in questo secondo caso, non parrebbe nemmeno potersi parlare di uso selettivo della nullità, in considerazione del fatto che le parti, laddove avessero affrontato la questione del contratto scritto, non si sarebbero dirette verso un accordo quadro, ma avrebbero presumibilmente adottato singoli contratti di investimento (e, se del caso, di disinvestimento). Allora, l'impugnazione di un'operazione piuttosto che di un'altra non dovrebbe porre alcun problema di coinvolgimento nella causa di quelle che l'investitore ha ignorato¹¹⁵.

¹¹⁵ Si veda sul punto Cass. civ., 24 aprile 2018, n. 10116, secondo cui «*poiché nella specie è fatto incontrovertito che la lunga consuetudine intrattenuta [...] con la banca e sviluppatasi attraverso un elevato numero di operazioni di investimento e disinvestimento non tragga titolo da un pregresso accordo quadro debitamente stipulato tra le parti nella richiesta forma scritta, in quanto un contratto in tal senso non è mai venuto ad esistere tra loro, l'assunto che bisogna trarne ai nostri fini è che se un contratto manca, perché mai le parti hanno inteso dare al rapporto una veste formale stabile e definitiva, ci si trovi in presenza di un coacervo di singole operazioni, tante quante sono quelle poste in essere attraverso l'esecuzione degli ordini di negoziazione impartiti di volta in volta dall'investitore all'intermediario, ciascuna delle quali ubbidisce al proprio statuto giuridico e conserva perciò la propria individualità, di guisa che quando se ne faccia valere la nullità – a torto o a ragione che sia, questo qui non rileva – non vi è ragione di chiedersi se ciò integri "un uso selettivo della nullità" e cozzi perciò contro le regole della correttezza e della buona fede o sia fonte di un abuso del diritto, perché una siffatta evenienza – ma non diverso discorso si impone per i pretesi effetti concludenti, quanto alla rinuncia a valersi della nullità o alla*

Diverso potrebbe invece essere quando si possa ricondurre il rapporto ad un accordo quadro, i cui ordini di esecuzione siano intesi alla stregua di mere istruzioni materiali.

Qui, infatti, il tema della nullità selettiva continuerebbe a porsi.

7. Conclusioni.

In conclusione, la regola operativa elaborata dalla Suprema Corte pare aver natura di regola di condotta che obbliga l'intermediario a predisporre una proposta di contratto da far sottoscrivere al cliente al fine di informarlo in merito a tutti i termini e condizioni entro cui si svolge la relazione contrattuale. Ne consegue che la nullità per violazione della medesima non è posta ai fini della struttura dell'atto.

A tal fine, la Corte sembrerebbe intendere il termine «contratto» di cui all'articolo 23 del Testo Unico della Finanza in senso figurato.

Infatti, la Cassazione, ritenendo sufficiente e necessario, in ragione della funzione della norma, che soltanto la proposta del cliente rivesta la forma scritta e sia da questi firmata, ha interpretato la medesima come se questa, al termine «contratto», si esprima in senso figurato e contenga una sineddoche «generalizzante»¹¹⁶, tale per cui il Legislatore avrebbe nominato un concetto più ampio

convalida di essa di un comportamento protratto nel tempo – è prospettabile unicamente in presenza di un contratto quadro e non quando come qui esso totalmente manchi. Reputa perciò il collegio che, pur dovendo per questo rigettarsi il proposto ricorso incidentale, nondimeno si renda necessario affermare il seguente principio di diritto: "In materia di intermediazione finanziaria, allorchè le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza della stipulazione del contratto quadro, previsto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, all'investitore, che chiede che ne sia dichiarata la nullità solo di alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso, l'una e l'altra essendo prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente"»

¹¹⁶ Si veda MORTARA GARAVELLI, *Il parlar figurato: manualletto di figure retoriche*, cit., p. 22.

– contratto – per far riferimento ad uno più ristretto – proposta – nel primo contenuto.

Soltanto in questa prospettiva, la nuova regola operativa s'incassa a perfezione nel contesto giuridico di riferimento e, in particolare, con il ruolo attribuito dalla stessa Suprema Corte ai comportamenti (concludenti) dell'intermediario – che altrimenti non potrebbero aver rilevanza – e, quindi, con la conclusione del contratto ex articolo 1327 c.c., la cui applicazione, come abbiamo precedentemente esaminato, non parrebbe trovar ostacolo alcuno.

La regola così ricostruita presenta una serie di risvolti efficientistici, giacché rispetta il principio della proporzionalità dei rimedi, elimina in radice comportamenti opportunistici dei consumatori che pretendano di non aver mai ricevuto la copia del contratto sottoscritta dalla banca, contribuisce all'applicabilità dell'*exceptio do-li* nei confronti di coloro che, in assenza di un'offerta scritta, intendano selezionare gli effetti della nullità – anziché l'azione –, per far dichiarare nulle le sole operazioni di acquisto di strumenti finanziari che non abbiano avuto l'esito sperato, e, infine, assurge ad una funzione di garanzia della professionalità e della buona organizzazione interna della banca, nell'ottica di preservare la fiducia e l'integrità dei mercati.

Infine, l'applicazione della nuova norma dovrebbe avvenire anche in relazione ai contratti bancari, nel cui ambito l'articolo 117 del Testo Unico Bancario, impone un requisito di forma sostanzialmente collimante con quello dell'articolo 23 del Testo Unico della Finanza¹¹⁷, e, come questo, alquanto distante dalle solite ragioni su cui si fondano i precetti di forma¹¹⁸.

Anche perché, come acutamente notato, laddove dovesse trovare applicazione il principio che la Cassazione ha ribaltato – nullità per mancanza della sottoscrizione della banca o dell'intermediario, in presenza di quella del cliente – si finirebbe per sostenere che le disposizioni dei testi unici in materia bancaria

¹¹⁷ MIRONE, *Sub art. 117*, in C. Costa (a cura di), *Commento al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, II, Artt. 70-162, Torino, 2013, p. 1309. Si veda anche ROSSANO, *Il Disposto dell'art. 117 T.U.B. e gli obblighi di esecuzione del contratto di conto corrente*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2011, p. 145.

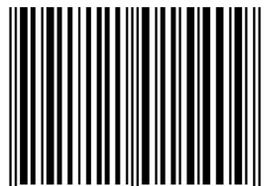
¹¹⁸ DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, cit., p. 97.

ALBERTO GALLARATI

e finanziaria siano poste a tutela non tanto del cliente, bensì dell'impresa¹¹⁹. Il che, com'è ovvio, significherebbe ribaltarne la *ratio* pensando, al contrario, di starne dando esecutività.

¹¹⁹ DOLMETTA, *op. ult. cit.*, p. 96, nota 37.

ISBN 979-12-210-1540-9



9 791221 015409