

**LA “FORMA INFORMATIVA” ED “IL POTERE
DELL’IMPRESA DI COMANDARE IL MERCATO”: A
MARGINE DI CASS., ORD., 27 APRILE 2017 N. 10447
SUL C.D. CONTRATTO MONOFIRMA**

di GIOACCHINO LA ROCCA

SOMMARIO: 1. L’ordinanza n. 10447/17 in sintesi – 2. “Dinamismo nella conclusione dei contratti”, prestazione dei servizi di investimento e “ponderazione” – 3. Forma scritta del contratto di intermediazione mobiliare ed ordinamento comunitario – 4. Forma ad substantiam e “forma informativa” – 5. La forma ad substantiam ... - 6. ... e la sottoscrizione – 7. I §§ 126 e 126b, BGB – 8. Due precisazioni e qualche conclusione. Il problema della compliance negli intermediari finanziari.

1. – L’ordinanza n. 10447/17 in sintesi.

Il problema del c.d. “contratto monofirma”, vale a dire del contratto di credito o del contratto di intermediazione mobiliare sottoscritto solo dal cliente interseca questioni gravi e delicate. Prova ne è il ragionamento condotto da Cass. n. 10447 del 2017, il quale prende le mosse da esigenze sostanziali individuate nel “dinamismo nella conclusione dei contratti” nel mercato finanziario e dei capitali in genere (§ 9, ordinanza), per concludere che la sottoscrizione del rappresentante della banca sarebbe irrilevante per “perseguire i fini sottesi [all’art. 23 TUF]”, ravvisati dall’ordinanza “nell’interesse del cliente alla conoscenza ed alla trasparenza”, che sarebbe soddisfatto dalla categoria della c.d. “forma informativa”, alla quale sarebbe ascrivibile il contratto previsto dall’art. 23 TUF.

Collegate a questo ragionamento sono due ulteriori osservazioni proposte dall'ordinanza di rimessione. La prima è che l'ordinamento europeo non riterrebbe rilevante una forma scritta per i contratti bancari e finanziari. La seconda, strettamente connessa con la precedente, riguarda taluni recenti interventi legislativi, i quali offrirebbero “indicazioni ... nel senso di una riduzione del peso assegnato al formalismo negoziale” (fine § 8, ordinanza).

Si conferma, dunque, il rilievo formulato fin dall'inizio di questa nota: si tratta di questioni gravi e delicate sulle quali le Sezioni Unite sono chiamate a prendere posizioni.

2. – “Dinamismo nella conclusione dei contratti”, prestazione dei servizi di investimento e “ponderazione”.

I “lamenti” - avrebbe detto CHIOVENDA ⁽¹⁾ - relativi al conflitto tra formalismo ed “esigenze del commercio”, sono assai risalenti e periodicamente riproposti. Ad esempio al conflitto tra esigenze del commercio e formalismo è dedicato il volumetto dedicato nel 1874 da Filippo SERAFINI alle nullità degli atti per vizi di forma, che ripercorre una contesa in materia di beni immobili assai somigliante a quella oggi all'esame delle Sezioni Unite ⁽²⁾.

Tuttavia, la criticità esibita da questo accenno della Cassazione alle esigenze di “dinamismo nella conclusione dei contratti”, che sarebbero mortificate dalla sottoscrizione dell'intermediario, non è costituita dal fatto che è un tema “vecchio”, quanto piuttosto dal fatto che è un'esigenza che assolutamente non sussiste nei rapporti tra “investitori al dettaglio” ed intermediari finanziari.

Per essere più chiari, nei mercati finanziari un'esigenza di “dinamismo nella conclusione dei contratti” sicuramente si pone nella «negoziatura algoritmica ad alta frequenza», che ha luogo

¹ *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, I, 353 ss.

² *Sulle nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge*, Roma, 1874, spec. 36. La contesa accennata nel testo è ripercorsa da SINISCALCHI, *Solemnitas e probationes all'alba della prima codificazione italiana*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, I, 377 ss.

quando «un sistema di negoziazione analizza dati o segnali del mercato a velocità elevata per poi inviare o aggiornare un gran numero di ordini entro un tempo brevissimo in risposta all'analisi». Un contesto di questo tipo può ritenersi dominato da una tensione verso la compressione dei costi transattivi connessi alla forma scritta che l'ordinanza correttamente percepisce come non conciliabile con il “*dinamismo nella conclusione dei contratti*”. Qui però siamo fuori dal tema sottoposto all'esame delle Sezioni Unite: siamo fuori dalla conclusione del contratto di intermediazione mobiliare, dal momento che la «negoziazione algoritmica ad alta frequenza ... è generalmente utilizzata dagli operatori che impegnano capitale proprio per la negoziazione e, anziché essere una strategia in sé, consiste piuttosto nell'uso di tecnologie sofisticate per attuare strategie di negoziazione più tradizionali, come le attività di supporto agli scambi (market making) o l'arbitraggio» (considerando n. 61, dir. 2014/65/UE, c.d. Mifid 2).

Dunque, la «negoziazione algoritmica ad alta frequenza» è funzionale agli interessi dell'impresa di investimento che infatti vi impegna “capitale proprio” (v. considerando cit.). Questa connessione tra “*dinamismo nella conclusione dei contratti*” e interesse dell'impresa non è una circostanza casuale: storicamente il “*dinamismo nella conclusione dei contratti*” risponde all'esigenza delle imprese di concludere velocemente un gran numero di contratti a basso costo di negoziazione (e quindi con ridottissimi adempimenti formali) per preservare gli equilibri finanziari e gestionali dell'impresa produttrice ⁽³⁾.

Senonché, una tale ansia per contrattazioni rapide e seriali è assolutamente estranea all'attività di intermediazione mobiliare ora in discorso. Quest'ultima non consiste nel piazzare un qualsiasi bene di consumo, che, avendo di regola un prezzo relativamente basso, di per se disincentiva dall'utilizzare particolari oneri formali che ne incrementerebbero i costi di negoziazione. Al contrario, l'attività di intermediazione mobiliare consiste

³ Il tema è stato da me approfondito nel secondo capitolo de *Il problema della forma contrattuale*, di imminente uscita per i tipi di Giappichelli. Per un primo riscontro bibliografico v. POLANYI, *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, (*The Great Transformation*, New York, 1944), trad. it. di R. Vigevani, con introd. di A. Salsano, Torino, 1974, 54 s.; GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, 10; REALMONTE, *Condizioni generali di contratto e norme bancarie uniformi*, in Portale (cur.), *Le operazioni bancarie*, I, Milano, 1978, 89 ss.; MORELLO, *Condizioni generali di contratto*, in *Digesto IV*, sez. civ., III, Torino, 1988, 334 ss., § 2, in fondo.

nell'assistere il singolo risparmiatore nei suoi investimenti e con ciò cooperare nell'indirizzare il risparmio verso gli investimenti produttivi.

Questa funzione essenziale – tanto per il singolo risparmiatore, quanto per il sistema economico nel suo complesso – svolta dall'attività di intermediazione mobiliare e dai servizi di investimento non è sfuggita alla Corte di cassazione: esiste ormai una copiosa giurisprudenza di legittimità in ordine alle modalità di esercizio dell'attività imprenditoriale *de qua*. L'intermediario – raccomanda la Cassazione – lungi dall'essere “dinamico” deve indagare con attenzione le caratteristiche dell'investitore e dell'investimento: egli infatti deve essere in grado di scrutinare e rappresentare con la necessaria analiticità l'eventuale inadeguatezza dell'investimento (cfr. Cass. 18 maggio 2017, n. 12544 in *Ced Cass.* Rv 644206), che dunque deve anch'esso essere ben conosciuto dall'intermediario che lo “vende” al cliente (Cass. 3 aprile 2017 n. 8619, *Ced Cass.* Rv. 643513). Si tratta di principi che da tempo la stessa Cassazione ha correttamente radicato sull'art. 21 TUF, il quale non fa che tradurre nell'ordinamento interno l'art. 19, par. 1, Mifid 1 (dir. 2004/39), e l'art. 24 par. 1, Mifid 2 (dir. 2014/65): infatti già Cass. 29 dicembre 2011, n. 29864 ⁽⁴⁾, stabilì che *in tutti i servizi di investimento* l'intermediario deve farsi carico, prima di eseguire l'ordine di negoziazione, di verificare il livello di consapevolezza del rischio del risparmiatore e l'adeguatezza dell'operazione rispetto alla sua situazione finanziaria, ai suoi obiettivi di investimento ed alla sua propensione al rischio (v. in particolare § 7 della motivazione) ⁽⁵⁾.

Nell'attività imprenditoriale in esame, dunque, non deve esservi “dinamismo”, ossia fretta, perché – letteralmente – sarebbe una cattiva consigliera.

Un'ulteriore conferma in tal senso proviene dalla recente normativa comunitaria dedicata ai PRIIPS, ossia ai prodotti di investimento e assicurativi preassemblati. In estrema sintesi con il reg. UE 1286/2014 il legislatore europeo ha dettato una disciplina di elevato spessore sistematico perché di fatto ha stabilito

⁴ *Foro it.*, 2012, I, 2120, con nota di SCODITTI.

⁵ Le implicazioni della sentenza sono state da me indagate in *L'obbligo di servire al meglio gli interessi dei clienti in cassazione (art. 21 TUF)*, in *Foro it.*, 2013, I, 321.

quali sono e come devono essere formulate le informazioni dovute dall'intermediario al risparmiatore affinché il cruciale precepto posto dall'art. 19, par. 3. Dir. 2004/39, e 24, par. 5, dir. 2014/65, possa dirsi rispettato (v. in particolare *considerando* n. 14 e 15 reg. 1286). Qui assume particolare rilievo il reg. UE 653/2017, che è un regolamento di attuazione del reg. UE 1286/2014. Esso stabilisce tra l'altro i criteri per determinare con quanto anticipo rispetto alla conclusione del contratto l'investitore deve ricevere le informazioni relative all'investimento. Ne segue che il legislatore comunitario postula che la "decisione di investimento" non sia presa rapidamente, ma previa adeguata ponderazione. In altri termini, la parola d'ordine di questo segmento del mercato finanziario non sembra essere "dinamismo", quanto piuttosto "pazienza" e "ponderazione": infatti, "pazienza" e "ponderazione" sono necessarie affinché gli investitori prendano quelle "decisioni in materia di investimenti con cognizione di causa" (v. ancora art. 19, par. 3, dir. 2004/39 UE, e 24, par. 5, dir. 2014/65 UE), che sembrano essere uno degli obiettivi di fondo di tutto l'imponente impianto legislativo comunitario.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di modalità di svolgimento dei servizi di investimento, di "adeguatezza" e di "informazioni" – di cui sopra si sono richiamati solo degli esempi – consente di prendere posizione a proposito di un aspetto sul quale l'ordinanza di rimessione non sembra pienamente soddisfacente laddove (§ 9) scrive che *"la predisposizione del modulo ad opera della banca potrebbe dirsi rendere non più necessaria ... l'ulteriore formale approvazione del predisponente: considerato che l'adeguata ponderazione e la rispondenza dell'accordo ai propri interessi è stata già valutata con la redazione del documento medesimi"* (6).

In proposito è necessario rammentare che, in tema di servizi di investimento, il predisponente è tenuto a "ponderare" il singolo contratto concluso con il cliente, non già nel proprio interesse (come sembra ritenere l'ordinanza), ma anche e soprattutto nell'interesse del cliente. Ciò in esecuzione della

⁶ L'ordinanza prosegue con le seguenti parole: *"nonché la sua approvazione ad opera delle autorità indipendenti cui è demandata la vigilanza del settore"*: francamente non mi risulta che la Consob abbia il compito di approvare i contratti predisposti dagli intermediari. Se così fosse, ogni caso di nullità o irregolarità o insufficienza del contenuto del contratto sarebbe causa di responsabilità della Consob.

clausola generale che costituisce la chiave di volta delle modalità di svolgimento dei servizi di investimento e che è contenuta nell'art. 19 dir. 2004/39, nell'art. 25 dir. 2014/65 e nell'art. 21 TUF: “*le imprese di investimento, quando prestano servizi di investimento ... agiscono ... per servire al meglio gli interessi dei loro clienti*”. Mette conto aggiungere che – come già posto in luce dalle stesse Sezioni Unite con sentenza 3 giugno 2013 n. 13905 ⁽⁷⁾ – che la riprodotta clausola generale non fa che riproporre nel mercato finanziario il principio generale posto dall'art. 38 della Carte dei diritti fondamentali della UE, che impone all'Unione di garantire “un elevato livello di protezione dei consumatori”.

La “ponderazione” dell'intermediario, dunque, serve ed è anzi doverosa, ma non nell'interesse dell'intermediario medesimo, bensì nell'interesse del cliente che l'intermediario è espressamente obbligato, per disposizione comunitaria, a “*servire al meglio*”. Sotto tale profilo, dunque, l'ordinanza in discorso sembra di non agevole coordinamento sia con l'art. 21 TUF, sia con gli stessi precedenti della Corte di Cassazione che si sono sopra richiamati a titolo di esempio della costante giurisprudenza della Corte in materia.

3. – Forma scritta del contratto di intermediazione mobiliare ed ordinamento comunitario.

Non sembra aver riscontro l'affermazione secondo la quale “l'ordinamento europeo non mostra di ritenere rilevante la forma scritta per i contratti bancari e finanziari” (§ 8, ordinanza). Invero, l'art. 39, dir. 2006/73 – che allo stato è pienamente vigente perché non abrogato da alcuna disposizione successiva – impone un “accordo di base scritto, su carta o su altro supporto durevole” tra cliente e intermediario, in cui “vengano fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente”.

Il senso di quell’*“accordo di base scritto”* ivi stabilito è evidente e quindi non è necessario spendere parole in proposito.

⁷) In *Foro it.*, 2013, I, 3484, con mia nota di commento, *Il “collocamento” di prodotti finanziari tra Cassazione e “legislatore del fare”*.

Piuttosto mette conto rilevare che non può' dirsi riuscito il tentativo, condotto in letteratura ⁽⁸⁾, di sminuire la portata dell'art. 39 in base ad un asserito contrasto con la dir. 2004/39, art. 19, par. 7. Questa disposizione (al pari dell'art. 25, par. 5, dir. 2014/65) stabilisce che "le imprese di investimento predispongono una registrazione che comprende il documento o i documenti concordati tra l'impresa di investimento ed il cliente in cui sono precisati i diritti e gli obblighi delle parti nonché le altre condizioni alle quali l'impresa fornirà servizi al cliente. I diritti e gli obblighi delle parti del contratto possono essere integrati mediante un riferimento ad altri documenti o testi giuridici".

Contrariamente a quanto affermato da taluno, non si intravede alcun contrasto sostanziale tra le disposizioni comunitarie riportate.

Non è il caso di approfondire in questa sede la teorica del documento. Qui è sufficiente rammentare che il documento è *res signata* ⁽⁹⁾, ossia è una cosa (un "fatto rappresentativo") che contiene segni idonei a rappresentare altre "cose" giuridicamente rilevanti ("fatto rappresentato"). Quando – come accade nei "documenti" accennati nelle parti degli artt. 19, dir. 2004/39 e 25 dir. 2014/65 sopra riprodotte - le "cose" rappresentate sono i diritti e gli obblighi che determinati soggetti si sono reciprocamente assunti, ossia quando il fatto giuridico rappresentato dal documento è un contratto (sul punto non possono esservi dubbi: entrambe le disposizioni comunitarie fanno riferimento ad un "contratto" dal quale derivano "diritti ed obblighi delle parti"), tra i segni, che il documento deve contenere, vi è anche quello idoneo a ricondurre quei diritti e quegli obblighi ai soggetti che ne divengono titolari: quest'ultimo "segno" è rappresentato dalle tracce grafiche che costituiscono la sottoscrizione delle parti ⁽¹⁰⁾.

La sequenza è chiara: le direttive Mifid 1 e Mifid 2 fanno riferimento ad un documento che rappresenta un contratto; l'art. 2702 c.c. detta la regola generale che in questi casi deve avere la

⁸ PONTIROLI, DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MIFID*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 151 ss.

⁹ IRTI, *Sul concetto giuridico di documento*, ora in *Studi sul formalismo giuridico*, Padova, 1997, 159 ss.

¹⁰ V., anche per riferimenti, LA ROCCA, *Sottoscrizione e forma informativa nei contratti del mercato finanziario*, in *dirittobancario.it*, *Riv. dir. bancario*, 6/2017, spec. § 3.

struttura del documento: le dichiarazioni in esso riportate devono essere sottoscritte dal soggetto sulla cui sfera giuridica esse sono volte a determinare effetti ⁽¹¹⁾. Quando il legislatore ha inteso derogare a questo collegamento tra documento contrattuale e sottoscrizione (ad es. con la disciplina della “firma digitale”, o con l’art. 2², l. 192/1998) ha preso espressa posizione. In mancanza di una speciale disposizione di legge, la regola per stabilire il criterio di collegamento tra un documento ed un soggetto non è rimessa alla disponibilità e alle convenienze della singola impresa o delle imprese di un certo settore, ma all’art. 2702 c.c.

4. – Forma *ad substantiam* e “forma informativa”.

Per chiarire il rapporto tra forma *ad substantiam* e forma informativa sono particolarmente utili gli artt. 19, par. 7, dir. 2004/39, e 25, par. 5, dir. 2014/65, sopra richiamati. Essi, dopo aver stabilito che il “contratto” deve contenere – come peraltro è normale per qualsiasi contratto – “i diritti e gli obblighi delle parti”, aggiungono che tali diritti e obblighi “possono essere integrati mediante un riferimento ad altri documenti o testi giuridici”. Le disposizioni citate, dunque, attestano che possono esservi più documenti: uno – prospettato come necessario - contenente il contratto; l’altro, invece, è una “integrazione” del primo ed è perciò eventuale, e riguarda “diritti ed obblighi delle parti”.

Questo spunto – probabilmente non adeguatamente valorizzato dalla dottrina - è estremamente utile per comprendere il rapporto tra contratto vero e proprio – e quindi “vestito” con la forma *ad substantiam* richiesta per tale contratto dall’art. 39 dir. 2006/73 e dall’art. 23 TUF – e la c.d. forma informativa. Lungi dal contrapporsi, come si è talora ritenuto, le due fattispecie possono confluire in un unico documento, che rappresenta il contratto: ciò si verifica quando il contenuto di quest’ultimo è tale da contenere tutte le informazioni “essenziali” (art. 39, dir. 2006/73) circa i diritti e gli obblighi delle parti.

Questa non la sola possibile modalità di coordinamento tra documento contrattuale e informazioni ritenute di particolare interesse dal legislatore. Oltre a questa modalità, infatti, il sistema

¹¹ Cfr. SCHLESINGER, *Dichiarazione (teoria generale)*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, 371 ss., 377.

normativo prevede una seconda possibile organizzazione dei documenti: come confermato dall'ultima parte degli artt. 19, dir. 2004/39 e 25 dir. 2014/65, lo "accordo di base scritto" (e dunque forma ad substantiam: v. art. 39, dir. 2006/73) e "forma informativa" possono articolarsi in due (o più) documenti diversi, che si rapportano tra loro nel senso che l'uno è integrato dall'altro (v. ancora letteralmente artt. 19 e 25 dir. Mifid 1 Mifid 2).

Esempi di questo tipo di integrazione non mancano: gli artt. 71 e 72 cod. consumo attestano *per tabulas* il diverso piano in cui si articolano contratto scritto a pena di nullità e "forma informativa". Ancor più pregnante è l'esempio offerto dalla già accennata disciplina comunitaria dei PRIIPS: si è già detto che il Regolamento n. 1684 prevede una "forma informativa" integrata da un "*documento a sé stante*", che è nettamente distinto – anche sul piano funzionale – dal "*documento contrattuale vincolante*" (v. testualmente art. 6, reg. UE 2014/1684).

Dalla normativa passata in rassegna, certamente confermata da quella qui non esaminata per ragioni di spazio, si evince chiaramente la nozione di "forma informativa": con tale espressione si designa il documento (il cui "elemento materiale" può essere costituito da carta o altro supporto duraturo) ⁽¹²⁾ contenente le informazioni relative ad un rapporto contrattuale che siano dovute in base a precise disposizioni di legge dalla parte più informata a favore di quella meno informata.

5. – La forma *ad substantiam* ...

Il dato evidenziato dalla normativa fin qui richiamata è che "contratto vincolante" – per il quale è richiesta la forma *ad substantiam* e che dunque è necessariamente raccolto in un documento ⁽¹³⁾ – e la forma informativa – vale a dire documento volto all'informazione del cliente – sono "cose" diverse tra loro. In altre parole forma *ad substantiam* (cui è connessa la sottoscrizione autografa delle parti) e forma informativa giacciono su

¹² Sugli elementi del documento v. CANDIAN Au., *Documento e documentazione (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 579 ss.

¹³ Sul rapporto tra forma scritta, documento, negozio e sottoscrizione sono fondamentali i rilievi di ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano. Parte generale*, I, Milano, 1952, 137 ss.

piani anche valoriali completamente diversi e non è possibile che la seconda costituisca una sorta di surrogato dell'altra, anche se è possibile che il contenuto del contratto vincolante contenga le informazioni ed i dati che la legge pretende siano evidenziati al cliente (¹⁴).

Il punto deve essere meglio chiarito: la forma *ad substantiam* non è richiesta per garantire l'informazione del cliente, ma sempre per marcare in modo significativo la conclusione di un contratto che intercetta interessi ritenuti dal legislatore storico di particolare rilevanza (¹⁵).

Anche sotto questo profilo l'ordinanza di rimessione non appare pienamente soddisfacente, dal momento che introduce una artificiosa distinzione tra forma *ad substantiam* per gli atti di disposizione di diritti relativi a beni immobili e contratti del mercato finanziario. Certamente, interessi rilevanti fino al punto di pretendere una particolare marcatura degli atti che li concernono, sono stati tradizionalmente individuati in quelli soddisfatti dai diritti sui beni immobili. Questa universale e tradizionale importanza assegnata ai diritti su beni immobili rinviene una facile spiegazione nel fatto che tali beni costituiscono una risorsa di evidente peso per la soddisfazione di bisogni primari, il cui controllo ha avuto e conserva tuttora note ricadute di carattere politico.

Tuttavia, gli interessi relativi alla proprietà fondiaria non esauriscono il novero degli interessi ritenuti meritevoli di marcatura con la forma solenne né sul piano storico, né con riferimento al tempo presente. Invero, sul piano storico sono sempre stati ritenuti meritevoli di particolare marcatura sociale gli interessi relativi allo status della persona: la *manumissio* romana ed il matrimonio in ogni epoca sono esempi di atti formali di questo tipo.

Senonché, la tradizionale rilevanza dei diritti su beni immobili non impedisce che di tempo in tempo il legislatore storico possa intravedere in altri interessi, intercettati da atti diversi da quelli elencati nell'art. 1350 c.c., momenti di particolare rilievo economico-politico e di conseguenza possa regolare i contratti che li riguardano, marcandoli in modo solenne e disciplinando così sia

¹⁴ Cfr. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017, 241.

¹⁵ *Amplius* LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale*, di prossima pubblicazione per i tipi di Giappichelli.

l'attività di impresa, sia il relativo mercato. È per l'appunto il caso oggi dei contratti connessi al risparmio e al suo investimento, che hanno ricadute non solo sulla persona del risparmiatore, ma anche sul sistema economico nel suo complesso e dunque sull'ordine pubblico economico; essi, inoltre, non sono estranei al disegno costituzionale in quanto connessi alla persona, al suo ristoro, gli interessi sottesi a contratti con i quali si cedono al consumatore beni e servizi di qualche rilevanza: i "pacchetti vacanza" e la multiproprietà confermano questi lievi.

In questa prospettiva si deve prendere atto che il "*trascorrere da un'economia rurale alle dinamiche del mercato finanziario*" – per riprendere le suggestive parole dell'ordinanza in commento (§ 7 dell'ordinanza) – non ha fatto venir meno la nozione di "forma del contratto" come modalità espressiva del contratto stesso, o – se si preferisce – come procedimento per l'emissione del "consenso" (art. 1325 n. 1 c.c.). La forma scritta richiesta per i contratti del mercato finanziario non ha una ispirazione diversa da quella sottesa ai contratti aventi ad oggetto beni immobili: in entrambi i casi – come pure negli altri in cui è richiesta la forma scritta *ad substantiam* – si tratta di contratti che regolano interessi cui il legislatore annette di tempo in tempo particolare rilevanza, secondo quanto, d'altra parte rilevato dalle Sezioni Unite con sentenza n. 26242 del 2014 ⁽¹⁶⁾, rispetto quale l'ordinanza in commento sembra essere di non facile coordinamento sotto tale profilo.

Occorre, peraltro, richiamare il senso concreto della previsione di una forma scritta a pena di nullità, cui si è alluso di sfuggita nelle righe precedenti: è un aspetto sul quale l'ordinanza della Cassazione citata in apertura non sembra essersi soffermata. La previsione di una forma scritta a pena di nullità incide sul procedimento nel quale propriamente consiste l'esercizio della libertà contrattuale e dell'autonomia privata: precisamente, prescrivere la forma scritta a pena di nullità equivale a prescrivere che la manifestazione del consenso contrattuale sia giuridicamente rilevante solo se e quando abbia luogo per il tramite della "attività dello scrivere" ⁽¹⁷⁾. Orbene, la "attività dello scrivere", a sua volta, non può che risultare da un documento, che

¹⁶ In *Foro it.*, 2015, I, 862.

¹⁷ Cfr. CARNELUTTI, *Studi sulla sottoscrizione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1929, I, 509 ss., 510, nt. 3; ID., *Documento (teoria moderna)*, in *Noviss. Dig.*, VI, Torino,

rappresenta e proietta nel futuro sia l'attività stessa, sia il suo contenuto.

6. - ... E la sottoscrizione.

Una volta riportata l'attenzione sul documento, è possibile mettere meglio a fuoco il ruolo della sottoscrizione: essa costituisce un momento di grande rilievo di quel particolare procedimento nel quale, si è detto, consiste l'esercizio dell'autonomia privata. La sua peculiare importanza consiste non solo nel fatto che riporta un oggetto, il documento, ad un soggetto, il suo autore, ma anche e soprattutto nel fatto che costituisce l'unico momento in cui la persona "segna" un procedimento che, funzionalmente volto a manifestare la "volontà", è in realtà scandito dalla legge in termini e fasi assolutamente oggettive, nelle quali ad esempio non rileva l'effettiva conoscenza e consapevolezza che le parti abbiano del contenuto degli atti (artt. 1334 e 1335 c.c.), e che dunque solo in senso assai traslato e metaforico può riportarsi alla "volontà" delle parti (¹⁸). La sottoscrizione del contratto concluso per iscritto per l'appunto costituisce essenziale momento di raccordo tra persona e contratto.

In proposito deve essere attentamente sottolineato che la partecipazione della persona fisica al contratto non è priva di significato nei contratti di impresa in genere e tanto meno nei contratti di intermediazione mobiliare e di credito. Invero, in tali contratti il rappresentante dell'impresa (¹⁹) ha l'obbligo e la responsabilità di verificare che il contratto, i servizi di investimento pattuiti siano adeguati al cliente e al suo profilo di rischio (v. fine § 2).

1960, 85 ss.; PATTI, *Documento*, in *Digesto civile*, Torino, 1991, VII, 6; IRTI, *Il contratto tra faciendum e factum*, in *Studi sul formalismo*, cit., 102 ss., 121; ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997, 34

¹⁸ GORLA, *Il potere della volontà nella promessa come negozio giuridico*, ora anche in RODOTÀ (cur.), *Il diritto privato nella società moderna. Saggi*, Bologna, 1971, 261 ss.; ID., *La "logica illogica" del consensualismo, o dell'incontro dei consensi e del suo tramonto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1966, I, 255 ss.

¹⁹ Valuto alla stregua di un refuso l'affermazione che si legge nell'ordinanza in commento secondo il quale "il funzionario bancario che cura [la conclusione del contratto] non ha poteri di rappresentanza" (§ 9, pag. 12): qui la Cassazione pare confondere il funzionario di banca addetto alla conclusione dei contratti alla

Questi aspetti vengono qui richiamati perchè rendono palese il ruolo proprio della sottoscrizione. Essa non ha alcuna rilevanza nella vicenda informativa. Già sul piano del normale buon senso non si vede quale ragionevole effetto informativo possa avere di per sé l'apposizione della firma del cliente in un modulo. La sottoscrizione, piuttosto, ha riguardo al procedimento di formazione del consenso delle parti (art. 1325 n. 1 c.c.) e possiede una pari importanza tanto la sottoscrizione del contraente forte, quanto quella del debole. Più precisamente la sottoscrizione delle parti costituisce il requisito richiesto dall'art. 2702 c.c. affinché le dichiarazioni contenute nel documento che integra la forma scritta, sia completo nella sua struttura e possa così rendere la duplice attestazione che il consenso delle parti è stato manifestato per iscritto (art. 1325 nn. 1 e 4 c.c.) e che le dichiarazioni in cui esso si è concretizzato e contenute nel documento possono essere riferite ai sottoscrittori, che così sono impegnati al contratto ⁽²⁰⁾.

Affiorano con chiarezza a questo punto le questioni gravi e delicate cui si accennava in apertura. Le Sezioni Unite sono chiamate a stabilire se l'autonomia privata si esprime ancora attraverso un procedimento tipizzato dalla legge anche nella struttura degli atti con l'art. 2702 c.c. (e l'art. 2699 c.c.). Le Sezioni Unite sono chiamate a stabilire se effettivamente possa farsi a meno della norma espressa e per ciò solo assistita dal requisito indispensabile per rendere possibile la comunicazione giuridicamente rilevante all'interno di un gruppo, vale a dire la condivisione della norma stessa in quanto imposta dalla legge ⁽²¹⁾. Valgono in proposito le parole dedicate al “segno” attraverso il quale la “volontà” può essere conosciuta dagli altri, da SAVIGNY ⁽²²⁾: “tutto l'ordine giuridico si basa sulla certezza di quei segni,

clientela, che è un procuratore dell'impresa, dotato dei necessari poteri di rappresentanza (art. 2209 c.c.), con il “consulente finanziario abilitato all'offerta fuori sede” quando questi non sia dipendente della banca (art. 31 TUF): in questo caso, al pari di un procacciatore d'affari non dotato di poteri di rappresentanza, il consulente finanziario – che alla stregua dei parametri offerti dal codice civile è un agente - dovrà trasmettere il contratto al preponente che, una volta sottoscritto, lo ritrasmetterà al cliente.

²⁰ *Amplius* LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale*, di prossima pubblicazione per i tipi di Giappichelli, § 19.

²¹ *Amplius* LA ROCCA, *Il problema della forma contrattuale*, di prossima pubblicazione per i tipi di Giappichelli, §§ 13 ss.

²² *Sistema del diritto romano attuale*, traduzione dall'originale tedesco di Vittorio SCIALOJA, Torino, 1891, III, § 134, 258.

per i quali soltanto gli uomini possono entrare in commercio con gli altri uomini”: in queste parole affiora il tema della forma quale strumento di raccordo tra la persona e la comunità che costituirà oggetto delle riflessioni dei filosofi nel Novecento ⁽²³⁾. L’alternativa al procedimento disciplinato dalla legge che culmina con la sottoscrizione, è il rinvio alle caratteristiche del singolo caso concreto come di volta in volta apprezzate dal singolo decisore con evidente sgranatura della grammatica dei rapporti di diritto privato.

7. –I §§ 126 e 126b, BGB.

Si è sopra evidenziato il diverso peso da assegnarsi rispettivamente al documento contrattuale vincolante e al documento contenente informazioni (la “forma informativa”). Si è detto che nel primo caso v’è il contratto e la sottoscrizione del dichiarante assume un ruolo decisivo per la conclusione del contratto stesso. Nel secondo caso, invece, la sottoscrizione sta esclusivamente ad indicare che le informazioni contenute nel documento sono state predisposte da un determinato soggetto. In entrambi i casi vi è una comunicazione giuridicamente rilevante rappresentata in un documento. Solo nel primo caso però v’è esercizio vincolante dell’autonomia privata.

Si è già accennato al diverso piano valoriale sul quale si pongono i due documenti, o meglio i fatti da loro rappresentati, e il diverso significato assunto dalla sottoscrizione nei due documenti. Tutto ciò ha riscontro nel BGB, dove il §126 (“*se viene prescritta una forma scritta dalla legge il documento deve essere sottoscritto di proprio pugno da chi lo predispone con la firma o con una sigla munita di autenticazione notarile*”) ha riguardo alla sottoscrizione del contratto scritto a pena di nullità: la sottoscrizione in questo caso non può non esservi e non può non essere autografa.

Diverso il caso del documento informativo (la *textform*): “*se viene prescritta per legge una Text form, la dichiarazione deve essere affidata ad un documento o ad altro strumento idoneo alla riproduzione duratura attraverso segni grafici, la persona*

²³ V. anche per riferimenti AVITABILE (cur.), *Il diritto tra forma e formalismo*, Napoli, 2011 (in particolare le relazioni di Avitabile e Azzoni).

del dichiarante deve essere menzionata e la conclusione della dichiarazione deve essere resa riconoscibile con l'imitazione della sottoscrizione o in altro modo" (§ 126b). In questo secondo caso, il valore anche simbolico della forma scritta e del documento contrattuale non viene in questione. La sottoscrizione ha solo il ruolo di imputare le informazioni contenute nella *Textform* ad un determinato soggetto: è dunque sufficiente "*l'imitazione della sottoscrizione o ... altro modo*" idoneo a rendere riconoscibile la persona del dichiarante.

8. – Due precisazioni e qualche conclusione. Il problema della *compliance* negli intermediari finanziari.

Si sono prima ricordati l'art. 19, par. 7, dir. 2004/39, e art. 25, par. 5, dir. 2014/65, che stabiliscono che "*le imprese di investimento predispongono una registrazione che comprende il documento o i documenti concordati tra l'impresa di investimento ed il cliente*". Come ognuno vede, la lettura più piana di tali disposizioni è nel senso di imporre alle imprese di investimento di predisporre una "registrazione" del documento contrattuale. In altre parole, le imprese di investimento erano chiamate dalla Mifid 1 e sono chiamate dalla Mifid 2 a "registrare", ossia a conservare copia integrale dei contratti che concludono. È importante sottolineare che la normativa comunitaria pretende che le imprese di investimento conservino copia del "documento contrattuale", ossia del documento contenente *l'intero* "contratto" e non di copia della sola proposta o della sola accettazione. D'altra parte, solo a questa condizione possono consegnare un "esemplare" al cliente al momento della conclusione del contratto o in un momento successivo. È evidente che si tratta di una disposizione assolutamente coerente con la forma scritta a pena di nullità disposta dal legislatore interno italiano.

Quel che qui interessa evidenziare è il mancato adempimento di queste disposizioni da parte del sistema bancario, che in ossequio ad esse avrebbe dovuto modificare il procedimento interno di conclusione dei contratti: infatti, alla *fictio* del contratto concluso per corrispondenza tra persone lontane si sarebbe dovuto sostituire una diversa organizzazione della modulistica, che, oltre ad essere aderente a ciò che avviene in realtà, che vede la

compresenza fisica di cliente e funzionario di banca, avrebbe consentito alle banche di possedere la copia del contratto firmata da entrambe le parti. Al contrario, i sistemi di *compliance* non sono stati pronti a modificare in tal senso la modulistica che era tradizionalmente impostata sullo schema della conclusione del contratto per corrispondenza solo per motivi fiscali: l'art. 24 della Tariffa Allegato A – Parte II, D.P.R. n. 642/72, inserisce tra gli “atti e scritti soggetti all'imposta di bollo solo in caso d'uso”, “gli atti indicati nell'art. 2, se predisposti sotto forma di corrispondenza commerciale ... anche se contengono clausole di cui all'art. 1341 codice civile”. Dunque, con lo schema della “corrispondenza commerciale” – come si ripete: una vera e propria *fictio* – si pensò di “aggirare” imposta di bollo richiesta dall'art. 2 cit. e imposta di registro.

Quel che è più grave è che il legislatore, evidentemente consapevole delle implicazioni organizzative determinate dall'intervenuta forma solenne per i contratti bancari e finanziari, non ha mancato di agevolare il sistema bancario sotto tale profilo. Infatti, per quanto riguarda il registro, nel 1997 si modificò la nota aggiunta all'art 1 della Tariffa, parte seconda, annessa al D.P.R. n. 131 del 1986, nel senso che “i contratti relativi alle operazioni e ai servizi bancari e finanziari e al credito al consumo, per i quali il Titolo VI, del decreto legislativo 1 ° settembre 1993, 385, prescrive a pena di nullità la forma scritta, sono assoggettati a registrazione solo in caso d'uso”. Con l. 23 dicembre 1996, n. 662 il legislatore si è dedicato al bollo. Il risultato finale è che i “contratti, relativi alle operazioni e servizi bancari e finanziari e contratti di credito al consumo previsti dal Titolo VI del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 (Tub), e contratti relativi ai servizi di investimento posti in essere dalle società di intermediazione mobiliare (SIM), dalle società fiduciarie e dagli altri intermediari finanziari di cui al decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415”, sono soggetti, per ogni contratto, indipendentemente dal numero degli esemplari e copie, all'imposta di bollo, nella vigente misura di 14,62 euro (nota 2-bis all'art. 2, della Tariffa, parte prima, allegata al D.P.R. n. 642 del 1972). La tassazione è prevista a prescindere dalla forma in cui tali contratti risultano redatti.

Ciò malgrado gli schemi contrattuali sono rimasti gli stessi evidentemente ad esito di una scelta imprenditoriale assolutamente lecita, le conseguenze della quale però non possono condurre allo scardinamento del sistema giuridico.

L' "impugnazione" abusiva del cliente. Altro aspetto meritevole di precisazione è il preteso abuso commesso dal risparmiatore quando faccia valere il difetto di sottoscrizione dopo aver dato esecuzione al contratto per un periodo più o meno lungo (24). In primo luogo è ovvio che un'analisi sotto il profilo giuridico del contratto è compiuta dal risparmiatore, per mezzo di un consulente, solo se scontento dell'esecuzione del contratto, con la conseguenza che non ci si può stupire se l'assenza di sottoscrizione non è rilevata immediatamente. Non si possono accollare al risparmiatore quei costi transattivi (di consulenza legale al momento della conclusione del contratto), che gli intermediari hanno rifiutato di accollarsi quando non hanno adeguato gli schemi contrattuali all'intervenuto quadro normativo e si sono esposti al rischio di eccezioni di questo tipo: si tratterebbe di un tipico esempio di esternalità negative da ricondurre invece all'interno dell'impresa che le origina.

Osservazioni non dissimili valgono per la mancata produzione in giudizio da parte del cliente della copia del contratto (o meglio della proposta o accettazione del contratto) sottoscritta dalla banca. Che tale documento sia stato effettivamente consegnato e sottoscritto dalla banca è solo un'affermazione di quest'ultima corroborata al più da un'apposita scritta sulle condizioni generali di contratto (25). Al possesso della prova documentale del contratto, in realtà, la banca ha rinunciato liberamente in passato nel modo che si è detto, a seguito di una precisa analisi costi/benefici, il cui esito non sembra in linea con le disposizioni comunitarie che le imponevano di "predisporre una registrazione del documento": non può ora dolersi per non aver tenuto conto di tutte le possibili conseguenze e di tutti i possibili rischi connessi alla mancata esecuzione della disposizione comunitaria che imponeva di conservare la "registrazione" del contratto.

²⁴ V. ad es. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto di nullo*, Torino, 2007, 216.

²⁵ Ma v. in proposito LA ROCCA, *Deficit cognitivi ed efficacia confessionaria delle condizioni generali di contratto*, in .it, *Riv. dir. bancario*, 11/2026)

La conclusione che si trae da tutto ciò, è estremamente severa in ordine alla gravità della decisione demandata alle Sezioni Unite. Queste ultime sono chiamate a dare un segnale per la futura regolazione dei rapporti di mercato. La dottrina ha lucidamente evidenziato come con l'art. 1341 c.c. fosse sancito il "diritto dell'impresa di comandare il mercato": grazie all'art. 1341 c.c. l'impresa ha potuto imporre a consumatori ed utenti tutte quelle condizioni che distribuivano tra le parti i costi, i rischi e le opportunità connesse al contratto in modo assolutamente funzionale alle sue esigenze organizzative e gestionali ⁽²⁶⁾ Nel 2017 le Sezioni Unite sono chiamate a stabilire se tale diritto deve essere confermato fino al punto di riscrivere gli artt. 23 TUF e 117 TUB, nel senso che la prescrizione ivi contenuta di una forma scritta a pena di nullità deve essere letta come se quella nullità fosse un po' meno severa per l'impresa, così ribaltando a favore di quest'ultima il carattere di relatività della nullità che fu istituita al fine opposto, ossia pensando di costruire una posizione di favore per il cliente.

Ognuno vede quanto sarebbe difficilmente conciliabile una decisione di questo tipo con la disciplina comunitaria dell'ultimo quarto di secolo, che è andata oggettivamente in direzione opposta, ossia nel senso di un contenimento del potere dell'impresa a favore degli *stakeholders* dell'impresa stessa, secondo una politica del diritto volta per tale via a tutelare la concorrenza e la trasparenza del mercato nel bene ultimo delle persone fisiche che vi accedono nella qualità di consumatori ⁽²⁷⁾.

²⁶ La necessità di rivedere le modalità di conclusione del contratto in modo da abbattere i costi transattivi a carico delle imprese e così favorire l'industrializzazione del Paese fu lucidamente esposta da ASQUINI, *L'unità del diritto commerciale e i moderni orientamenti corporativi*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, II, Roma, 1931, IX, 521 ss. La portata dell'art. 1341 c.c. sotto tale profilo, quale realizzazione delle premesse gettate dieci anni prima, è lucidamente colta dalla Relazione al Re n. 412. Sulle implicazioni di carattere economico-politico delle condizioni generali di contratto, in Italia ammesse dall'art. 1341 c.c., v. KESSLER, *Contracts of adhesion. Some thoughts about freedom of contract*, 43 *Colum. L. Rev.*, 629 (1943), 631 ss., 640; ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, 132; BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, con la collaborazione di C. Camardi, Napoli, 1997, 404.

²⁷ Cfr. la sintesi di DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir.priv.*, 2001, 395 ss., spec. 427, che è condotta proprio nella prospettiva della forma contrattuale.

E non basta, perché una decisione che accogliesse gli spunti presenti nell'ordinanza di rimessione dovrebbe rivedere insegnamenti ricevuti in tema di forma del contratto e di struttura del documento, senza rinvenire – lo si è sopra dimostrato - alcun supporto oggettivo nella disciplina comunitaria ed anzi ignorando che quegli insegnamenti ricevuti sono di fatto confermati vuoi nel sistema normativo interno, che ha posto eccezioni all'art. 2702 c.c. solo con norme espresse (si pensi alla firma digitale e all'art. 2 della legge sulla subfornitura), vuoi nel BGB che ha espressamente disciplinato la materia nel senso che si è ricordato.

Ciò che è più grave è che una decisione di questo tipo, a questo punto non già “conservativa”, ma oggettivamente eversiva del quadro normativo vigente a livello di codice civile italiano, a livello di Costituzione italiana e a livello comunitario, sarebbe assunta per soccorrere le imprese di uno specifico settore che, benché dotate di uffici espressamente dedicati a monitorare la *compliance*, ossia la “conformità” di procedure e contratti alla legge, hanno mancato di adeguarsi ai mutamenti nel quadro normativo e nei principi di riferimento che si sono andati delineando a partire almeno dall'inizio degli anni novanta nel secolo scorso.