

## PRESCRIZIONI DI FORMA E CONTRATTI DI INVESTIMENTO\*

SOMMARIO: 1. Il caso - 2. Considerazioni preliminari: concetto di forma e sue declinazioni - 3. L'art. 23 t.u.f. e i contrastanti orientamenti della giurisprudenza - 4. Rilievi critici: perplessità su una possibile deroga all'art. 2702 c.c. e ruolo dell'informazione - 5. Conclusioni

### 1. Il caso

*I clienti di una banca agivano in giudizio chiedendo che venisse pronunciata la nullità di due operazioni di investimento (si trattava, in entrambi i casi, dell'acquisto di obbligazioni argentine), in ragione del fatto che il «contratto-quadro» concluso con la banca, «a monte» delle suddette operazioni (e anche di altre, di cui però non era stata chiesta la caducazione) doveva considerarsi nullo in quanto privo della forma scritta richiesta dall'art. 23 t.u.f., atteso che non risultava sottoscritto dall'intermediario finanziario, così come emergeva dal documento contrattuale depositato in giudizio che recava la sola sottoscrizione dei clienti.*

L'introduzione della forma scritta nei contratti dell'intermediazione finanziaria è stata oggetto di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale. La disposizione *ex* art. 23 t.u.f. (d.lgs. n.58/98) sancisce che i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori devono essere redatti per iscritto con consegna di un esemplare al cliente; l'inosservanza dell'onere formale dà luogo alla nullità del contratto quadro che, come precisa il comma 3 della norma, può essere fatta valere solo dal cliente<sup>1</sup>.

Il dubbio ermeneutico che necessitava di essere risolto, sollevato dalla I sezione civile della Cassazione e rimesso alle Sezioni Unite con ordinanza interlocutoria<sup>2</sup>, è se a norma dell'art. 23 t.u.f. affinché possa dirsi integrato il requisito della forma scritta ivi previsto, sia necessaria *ad substantiam*, accanto a quella dell'investitore, anche la sottoscrizione del contratto da parte dell'intermediario che presta il servizio di investimento<sup>3</sup>.

L'importanza della questione è stata determinata da una preponderante prassi del settore bancario, secondo la quale, al fine di rispettare i requisiti della forma e della consegna dell'esemplare al cliente, il contratto quadro viene redatto in un doppio originale, uno dei quali, normalmente sottoscritto da un rappresentante dell'intermediario, destinato ad essere consegnato al cliente, e l'altro, sottoscritto dal solo cliente, destinato ad essere trattenuto dall'intermediario. Cioché, allo scambio documentale segue la disponibilità, in capo a ciascuna parte, dell'originale

---

\* La relazione riproduce, in parte, il saggio R. ASTORINO «Formalismo di “funzione” e contratti di investimento: considerazioni a margine dei recenti arresti giurisprudenziali», pubblicato in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, Esi, 2019, p. 9 e ss.

<sup>1</sup>Nel testo il riferimento è alla norma *ratione temporis* vigente. Il testo attuale, in seguito alla modifica da ultimo apportata dal d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129 (entrato in vigore il 3 gennaio 2018), al comma 1, recita così: «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. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo». Il comma 3 è rimasto invariato.

<sup>2</sup>Cass. civ. sez. I ordinanza del 27 aprile 2017, n. 10447 in *Contratti*, 2017, 4, p. 393.

<sup>3</sup>Come ha cura di evidenziare l'ordinanza summenzionata, il medesimo dubbio interpretativo è sorto anche in relazione all'art. 117 t.u.b. (d.lgs. n. 385/93) che disciplina la forma nei contratti bancari.

sottoscritto dall'altra. Negli atti processuali, a ben vedere, in non pochi casi sottoposti all'attenzione della giurisprudenza, del contratto sottoscritto dalla banca non vi è traccia, o perché il cliente non lo conserva o perché non lo produce in giudizio, sicché l'unico documento presente finisce per essere quello recante la sola sottoscrizione del cliente. Considerata la persistente diffusione di questa prassi, la questione della validità del contratto sottoscritto dal solo cliente è divenuta una questione di massima di particolare importanza tale da sollecitare, ai sensi dell'art. 374, comma 3, c.p.c., l'intervento delle Sezioni Unite.

Lungi dal poter essere derubricata ad una mera questione di prassi bancaria che attendeva risoluzione, le Sezioni Unite sono state investite del compito di indagare in ordine all'effettivo ruolo da attribuirsi alla forma *ad substantiam* nella legislazione settoriale. Più precisamente, come è dato evincere dai passaggi fondamentali dell'ordinanza rimettente, i supremi giudicanti hanno dovuto chiarire se il formalismo rigidamente di «*struttura*», proprio della contrattazione *inter pares*, possa, in quella asimmetrica (qual è quella relativa all'intermediazione finanziaria), lasciare il campo al formalismo di «*funzione*», sulla premessa che in questo caso la forma richiesta avrebbe sempre finalità di protezione.

## 2. Considerazioni preliminari: concetto di forma e sue declinazioni

Nella sua accezione più lata, il termine forma indica la modalità attraverso la quale la volontà si estrinseca e coincide con il dato esteriore che manifesta l'intenzione del singolo<sup>4</sup>. Essa è il mezzo con cui il contenuto di un atto giuridico è immesso nella vita della intersoggettività giuridica, senza la quale la volontà resterebbe un mero fenomeno psichico e non si tradurrebbe in atto<sup>5</sup>. Il concetto di forma così foggiato dalla dottrina conduce, pertanto, alla conclusione che di atti non formali non è dato discorrere<sup>6</sup>, posto che nessun atto giuridico potrebbe mai sussistere senza una forma di contegno.

Nel linguaggio legislativo, la forma prescritta dall'art. 1325 n. 4 c.c., sotto pena di nullità, non è da intendersi nel significato più dilatato di forma *supra* menzionato, assurgendo essa in questo caso a requisito ed elemento del contratto. Nell'intenzione codicistica, il formalismo negoziale si atteggia a necessità non di una forma, ma di una certa forma. Secondo la consolidata dottrina sul tema, le previsioni legali di forma *ad substantiam* costituirebbero una deroga penetrante non solo al principio di libertà delle forme, che ha dominato con consensi pressoché unanimi il panorama giuridico italiano<sup>7</sup>, ma anche alla stessa autonomia privata, di cui quel principio è estrinsecazione, essendo inibita alle parti la possibilità di dare all'atto di autonomia esecuzione, conferma o accettazione. Il sistema dovrebbe essere inteso come veramente eccezionale, «*cosicché non dovrebbe indulgersi alla tendenza di estenderlo al di là dei casi effettivamente disciplinati*». Conseguentemente,

---

<sup>4</sup> Per l'idea che la forma corrisponda alla manifestazione di volontà si v., tra gli altri, G. OSTI, *La forma (negli atti)*, in *Diz. prat. dir. priv.* III, 1, Milano, 1923, p. 200 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1974, p. 135, il quale intende la *forma* come veicolo della volontà negoziale: «la forma [...] portando nel mondo esteriore la volontà del soggetto, la perfeziona, rendendola idonea a produrre gli effetti che si propone, ad assumere rilevanza giuridica», e «come tale, non può mancare in nessun negozio».

<sup>5</sup> Così E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di Vassalli, Torino, 1960, p. 125.

<sup>6</sup> F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, p. 175: «atti non formali, nel senso che non ne sia affatto regolata la forma, non esistono; esistono però degli atti, la cui forma è libera dal lato dell'azione».

<sup>7</sup> Affermano l'esistenza del principio di libertà della forma, fra tanti, M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 988 ss.; F. MESSINEO, *Contratto (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 1961, p. 839 ss.; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1956, p.439 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, 1969, Napoli, p. 242.

precluso sarà anche il ricorso all'interpretazione estensiva, in quanto essa costituisce un «*comodo scudo per eludere il divieto dell'art. 14 disp. prel.*»<sup>8</sup>.

Il formalismo è ben presto divenuto il terreno di raffronto tra metodi di analisi giuridica. Al metodo teleologico o finalistico<sup>9</sup> che stima la forma come mezzo per raggiungere uno scopo, studi di dottrina hanno contrapposto il metodo strutturale<sup>10</sup> il quale, di converso, non investe l'interprete del compito di procedere ad una verifica di congruenza tra fatto ed effetto, essendo l'omessa prescrizione formale causa impediante alla fattispecie di compiersi e di valere come negozio<sup>11</sup>. Secondo tale dottrina, la prescrizione di forma è da intendersi non già come eccezione al principio di libertà così tanto idolatrato, ma come elemento di una fattispecie negoziale astratta «forte» delineata nell'art. 1325 c.c., diversa dalla fattispecie «debole» che si combinerebbe di soli tre elementi architettonici (accordo, causa e oggetto). Per ciò che concerne la forma, la norma è unica ed esclusiva ed è quella che descrive il modello di fattispecie forte. Non vi sono dunque due norme sulla forma, l'una (quella che delinea la fattispecie debole) statuente una libertà di forma, cui si contrappone eccezionalmente la fattispecie forte. La norma che descrive la fattispecie debole non è una norma sulla libertà di forma, ma pura assenza di una norma sulla forma (*tabula absentiae*). Mancando il termine di raffronto, non si può costruire alcuna relazione in termini di regola-eccezione. Pertanto, la norma sulle forme legali di cui all'art. 1325 n. 4 c.c., stante l'assenza di un principio di libertà delle forme, non può essere qualificata né regolare né eccezionale, rimanendo, per tale dottrina, una tra le norme dell'ordinamento.

Alla concezione strutturalistica così propugnata è stato contestato che sarebbe riduttivo limitare la questione della forma al profilo della completezza della fattispecie, e ciò per due ordini di ragioni: non sempre la mancanza di forma dà luogo ad una manchevolezza strutturale dell'atto; la conseguenza del suo difettare non sempre si traduce in nullità. Ed invero, ben oltre la dicotomia forma *ad substantiam* e forma *ad probationem*, molteplici sono le funzioni che la forma vincolata può essere chiamata ad assolvere, assolutamente estranee ad un problema di completezza strutturale del negozio<sup>12</sup>. Cosicché, nel novero delle forme vincolate, «*l'essenza della forma cosiddetta ad substantiam risiede nell'inserzione della prescrizione di forma nel sistema eccezionale della nullità*»<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 1004.

<sup>9</sup> Sulla teoria della forma quale mezzo per raggiungere uno scopo, essenza della metodologia teleologica o finalistica, si v., per i contributi più risalenti, R. BONFANTE, *Lezioni di storia del diritto romano*, Roma, 1918; G. OSTI, *op. cit.*, p. 208., M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 988 ss.

<sup>10</sup> N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997; ID, *Del falso principio di libertà delle forme. Strutture forti e strutture deboli*, in *La forma degli atti nel diritto privato in Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 449 ss.; ID, *Idola libertatis*, Milano, 1985.

<sup>11</sup> N. IRTI, *Del falso principio di libertà delle forme*, cit., p. 457. L'opinione che muoveva da una concezione rigorosamente strutturale delle prescrizioni di forma, alla prospettiva funzionale replicava che essa troverebbe giustificazione solo nel contesto del sistema processuale civile ove, a norma dell'art. 156, comma 3, c.p.c., la realizzazione della finalità cui l'atto è diretto assurge a criterio validante del medesimo allorquando sia sfornito della forma prescritta. Nel diritto sostanziale, invece, tale dottrina precisava che l'indagine sul fine per il quale la forma è richiesta è preclusa.

<sup>12</sup> M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 990-993 e 997-998. Si v. anche G.B. FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 324 il quale afferma che «se è vero che la forma cd. *ad substantiam* (di cui al n.4 dell'art. 1325) è una forma necessaria e, dunque, vincolata, non è vero il contrario. Infatti non tutte le forme vincolate o necessarie... pongono un problema di nullità del concreto negozio da cui siano mancati e quindi l'applicazione della sanzione ipotizzata dal n. 4 dell'art. 1325 cod. civ.».

<sup>13</sup> M. GIORGIANNI, *op. cit.*, p. 996. L'inserimento della forma nel sistema della nullità del negozio eleva la stessa, in virtù del combinato disposto degli artt. 1325 n.4 e 1418 comma 2 c.c., a requisito della fattispecie, assegnandole il legislatore la rigorosa funzione di condizionarne la rilevanza giuridica.

Studi ulteriori condotti sulla forma del negozio, dimostrarono la forte presa di coscienza della dottrina<sup>14</sup> in merito al riconoscimento della natura polifunzionale delle prescrizioni formali. L'interprete che svolge un'indagine in tal senso è chiamato ad intercettare il «*ruolo che nella fattispecie negoziale, per cui la forma vincolata è richiesta, la forma stessa è chiamata a svolgere*»<sup>15</sup>.

In questa prospettiva, nella teorica generale della forma, merita di essere segnalato il contributo scientifico<sup>16</sup> di chi, agganciando l'indagine sulle forme legali all'individuazione della «*ragion sufficiente*»<sup>17</sup> delle relative prescrizioni, conclude che la natura regolare o eccezionale della singola norma sulla forma degli atti, nonché il suo carattere derogabile o inderogabile, non potrebbe essere definita in astratto e in via generale, non essendo quella qualificazione un *prins* indefettibile. Essa, piuttosto, deve risultare da un procedimento interpretativo che tenga conto dell'interesse e del valore tutelati dalla disposizione normativa, della *ratio* che esprime, del valore che per l'ordinamento rappresenta<sup>18</sup>.

### 3. L'art. 23 t.u.f. e i contrastanti orientamenti della giurisprudenza

Il primo orientamento, condiviso dalle più recenti decisioni della Corte e da numerosa giurisprudenza di merito, afferma il principio per il quale l'art. 23 t.u.f. imporrebbe una forma bilaterale *ad substantiam*, essendo la forma scritta, quando prescritta a pena di nullità, elemento di validità della fattispecie. La prescrizione di forma svolgerebbe così il ruolo di elemento costitutivo della figura negoziale; ciò implicherebbe che la formazione dell'accordo debba essere cristallizzata per iscritto, con l'apposizione della sottoscrizione di entrambe le parti del contratto, posto che solo così la fattispecie contrattuale si perfezionerebbe. In applicazione di detto principio conseguirebbe che: il contratto quadro recante la sola firma del cliente sarebbe nullo, per difetto di forma *ad substantiam*; la nullità del contratto quadro travolgerebbe i successivi ordini di acquisto, incidendo sulla validità dei medesimi, ed esclusa sarebbe la convalida del contratto nullo *ex art. 1423 c.c.* mediante la produzione in giudizio del contratto quadro da parte della banca non firmataria, stante l'operatività del meccanismo con effetti *ex nunc*, che non renderebbe dunque valide, retroattivamente, le singole operazioni di investimento.

Il secondo orientamento giurisprudenziale, supportato dalla giurisprudenza di merito e avvalorato dall'ordinanza di rimessione, vede gli interpreti di converso muovere dalla *ratio* della norma di cui all'art. 23 t.u.f., per concludere che, essendo ivi la forma scritta imposta a fini protettivi, la predetta finalità sarebbe pienamente soddisfatta dalla sottoscrizione del contratto da parte del solo cliente-investitore.

Tale approccio ermeneutico, difatti, fa leva sulla considerazione che la norma di rango primario sarebbe espressione, come si legge nell'ordinanza di rimessione, del neo-*formalismo negoziale*. Il trend

---

<sup>14</sup> Per la prospettiva funzionale della forma, oltre agli autori già citati, si v. anche R. NICOLÒ, *La relatio nei negozi formali*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 122; R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Comm. cod. civ.*, A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, p. 410; V. SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 425 ss.; G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 130 ss.

<sup>15</sup> G.B. FERRI, *op. cit.*, p. 323.

<sup>16</sup> P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.

<sup>17</sup> P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.* p. 43 s. L'A. rileva che ciascuna prescrizione legale di forma corrisponde a diverse esigenze e si fonda su giustificazioni diverse: sulla considerazione del soggetto, sulla funzione negoziale, sulla considerazione dell'oggetto, precisando altresì che «da forma può essere collegata ad uno o più di tali profili, cumulativamente o alternativamente secondo la *ratio* della norma».

<sup>18</sup> P. PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, p. 21 e 23.

trova origine nella legislazione comunitaria ove la previsione del requisito della forma sarebbe preordinata a colmare lo squilibrio informativo congenito nei contratti di nuova generazione<sup>19</sup>.

L'osservanza del *vestimentum* sarebbe così capace di assicurare la trasparenza contrattuale perché veicolerebbe all'investitore quelle informazioni necessarie che gli consentirebbero di acquisire maggiore consapevolezza e di compiere ponderate scelte di investimento. In questo contesto, la forma assolverebbe una funzione precipua: quella di protezione dello «*specifico interesse del contraente debole a comprendere ed essere puntualmente e compiutamente informato su tutti gli aspetti della vicenda contrattuale*»<sup>20</sup>. Essa assurgerebbe a forma «*ad informationem*».

La previsione di forma contenuta nell'art. 23 t.u.f., sarebbe, pertanto, pienamente soddisfatta dalla sottoscrizione del contratto da parte del solo cliente-investitore, per l'attuazione, in tal modo, della funzione informativa che essa sarebbe destinata ad assolvere. Cosicché, l'ulteriore formale sottoscrizione dell'intermediario non sarebbe più necessaria, potendo, la volontà di quest'ultimo, essere manifestata in ogni forma consentita dall'ordinamento (consegna del documento negoziale, raccolta della sottoscrizione del cliente, esecuzione del contratto costituirebbero, per questa giurisprudenza, comportamenti concludenti idonei a rivelare, anche in via presuntiva, l'esistenza dell'originario consenso da parte della banca).

Avallando le argomentazioni addotte dai giudicanti nell'ordinanza di rimessione, l'organo Supremo, nella sua massima composizione, con sentenza n. 898 del 16 gennaio 2018, risolve la questione affermando il seguente principio di diritto: «*Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dall'art. 23 del d.lgs. 24/2/1998, n. 58, è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere dalla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti*».

Le Sezioni Unite consacrano così la validità del contratto-quadro sottoscritto dal solo investitore, poggiando la loro conclusione sul rilievo che il requisito della forma *ad substantiam* ex art. 1325 n. 4 c.c., avuto riguardo alla finalità protettiva propria della normativa settoriale, debba essere inteso, nella specie, «*non in senso strutturale, ma funzionale*».

#### 4. Rilievi critici: perplessità su una possibile deroga all'art. 2702 c.c. e ruolo dell'informazione.

Le motivazioni della pronuncia in commento, tuttavia, prestano il fianco a più di un rilievo critico.

La tesi, a ben vedere, non persuade appieno e la bontà del metodo funzionale, perlomeno nei risultati cui in questo caso perviene la giurisprudenza, vacilla, in quanto non può non porre il giurista di fronte ad un duplice interrogativo.

---

<sup>19</sup> Sul fenomeno del cd. neoformalismo e sulla funzione che la forma si vede assegnare dalla nuova legislazione, si v. i contributi offerti da S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir. - Annali*, Milano, 2011, IV, p. 772 ss.; ID., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; E. FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011; V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 415 ss.; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008; E. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente «non qualificato» nel mercato finanziario*, Milano, 1996; S. MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 44.

<sup>20</sup> Così Cass. civ. sez. I ordinanza del 27 aprile 2017, n. 10447, cit.

Bisogna infatti verificare, in primo luogo, se sia ammissibile una deroga alla disciplina codicistica *ex art. 2702 c.c.*, e dunque se il contratto quadro avente ad oggetto la prestazione dei servizi di investimento possa essere snaturato dal suo essere scrittura privata.

In secondo luogo, anche a voler convenire sulla sufficienza della sottoscrizione da parte del solo investitore, è necessario chiedersi se essa sia davvero sufficiente ad assolvere *in toto* la funzione informativa e di protezione del cliente.

La prima questione impone un'indagine sulla nozione di scrittura privata e sui principi operanti in merito all'*iter* di formazione dell'accordo contrattuale. La scrittura privata, di cui il legislatore all'*art. 2702 c.c.* si è limitato solo a stabilire l'efficacia probatoria, è stata definita da autorevole dottrina<sup>21</sup> come il documento sottoscritto da un privato, senza la partecipazione nell'esercizio delle sue funzioni di un pubblico ufficiale abilitato a dare pubblica fede agli atti e ai documenti. In breve, la scrittura privata altro non è che il documento, considerato dal punto di vista della sua struttura, con riguardo alla natura «privata» del suo autore.

Quando l'onere formale viene adempiuto con la scrittura privata, la sottoscrizione costituisce un requisito essenziale per la validità e l'efficacia del documento, fungendo da anello di congiunzione tra la materialità del documento ed il pensiero che l'ha creato, fra l'autore e la volontà manifestata. Un documento non sottoscritto non è ritenuto idoneo ad acquisire rilevanza giuridica, in quanto l'omessa sottoscrizione è da intendersi come rifiuto di assumere la paternità del documento medesimo e della dichiarazione in esso contenuta.

È opinione condivisa<sup>22</sup> poi che allorché la legge imponga la forma scritta *ad substantiam*, l'esigenza dell'elemento formale debba investire le dichiarazioni di volontà di entrambe le parti, le quali, per assumere rilevanza giuridica, devono essere espresse in forma scritta, senza la possibilità di equipollenti; giacché questi ultimi possono certo far ritenere che una volontà sia stata in effetti manifestata, ma non nella forma pretesa dalla legge<sup>23</sup>. Vi sarebbe, altrimenti, un'indebita sovrapposizione del profilo della volontà a quello della forma, finendo così per confondere la necessità logica dell'esprimersi con la necessità giuridica<sup>24</sup>.

Necessario il seguente rilievo. La lettura del dato normativo palesa indubbiamente una certa ritrosia del legislatore nel disciplinare il procedimento di formazione dei contratti dell'intermediazione finanziaria, posto che ci si limita a prescrivere la forma scritta per la loro conclusione e a sanzionare l'eventuale inosservanza con la nullità. Orbene, non prevedendo il precetto di cui all'*art. 23 t.u.f.* una deroga esplicita alla tecnica di conclusione del contratto *ex art. 1326 c.c.*, sembra più che ragionevole una necessaria integrazione dialettica della disposizione speciale con la disciplina codicistica. Ed invero, nonostante alcuni tentativi dottrinali volti a costruire un sistema tendenzialmente autosufficiente del diritto dei mercati finanziari e dei suoi contratti<sup>25</sup>, la normativa di settore non è certamente in grado di esaurire la disciplina dell'intermediazione finanziaria, e, per quanto possa essere sotto molti aspetti sovrabbondante,

---

<sup>21</sup> B. CARPINO, voce «*Scrittura privata*», in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 805.

<sup>22</sup> B. CARPINO, *op. cit.*, p. 809 ss.; A. CANDIAN, voce «*Documentazione e Documento*» (*teoria generale*), in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 581; A. SCARDACCIONE, voce «*Scrittura privata*», in *Noviss. Dig. It.*, XVI, 1969, p. 812.

<sup>23</sup> Così V. TAMPANO, *La produzione in giudizio come equipollente della sottoscrizione*, in *Contratti*, 2000, 12, p. 1097.

<sup>24</sup> B. GRASSO, *La forma tra «regola» ed «eccezione» (a proposito di un libro recente)*, in *La forma degli atti nel diritto privato*, in *Studi in onore di Michele Giorgianni*, cit. p. 433.

<sup>25</sup> In tal senso si v. M. COSSU, *La "gestione di portafogli di investimento" tra diritto dei contratti e diritto dei mercati finanziari*, Milano, 2002, p. 226 ss.; ID, voce *Contratti di investimento*, in *Enc. giur.*, IX, Roma, 2001, p.8 ; R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, Torino 2008, p. 154.

essa resta del tutto permeabile a norme, istituti e principi del diritto comune<sup>26</sup>. Una soluzione coerente col sistema, avrebbe pertanto concluso che la sottoscrizione del contratto da parte del solo investitore integrerebbe una mera proposta contrattuale che, in assenza di accettazione scritta, non sarebbe idonea a perfezionare il contratto.

Inoltre, un'eventuale produzione in giudizio, da parte della banca, del contratto quadro da essa non sottoscritto, non sarebbe da considerarsi idonea equipollente della sua sottoscrizione<sup>27</sup>, perché comporterebbe ad ogni modo il perfezionamento *ex nunc* del contratto (dal momento della produzione in giudizio) e non già *ex tunc* e non varrebbe, pertanto, a rendere validi gli ordini di investimento precedentemente impartiti, stante altresì il principio dell'inammissibilità della convalida del contratto nullo *ex art. 1423 c.c.*

A ciò si aggiunga il rilievo che il principio dell'equipollenza della produzione in giudizio soggiace ad un limite. L'incontro delle volontà si determina infatti solo se la controparte processuale, firmataria al momento della produzione in giudizio, non abbia manifestato la propria volontà di revoca. Considerato che il contenzioso che ha generato il dubbio ermeneutico oggetto di quest'analisi muove proprio da una declaratoria di nullità formulata dagli attori-investitori, non può non vedersi in tale richiesta una revoca del loro consenso, manifestato a suo tempo con la sottoscrizione del contratto-quadro.

La seconda questione che la pronuncia a Sezioni unite solleva è se la sottoscrizione dell'investitore, unitamente alla consegna allo stesso di un esemplare del contratto, sia effettivamente sufficiente per superare l'asimmetria informativa, e dunque per raggiungere lo scopo di protezione, al quale la disposizione *ex art. 23 t.u.f.*, secondo i giudicanti, sarebbe preordinata. In sostanza, ci si chiede se il contratto quadro possa da solo fornire quell'effettivo grado di tutela necessaria all'investitore per poter operare con maggiore consapevolezza sul mercato.

L'informazione<sup>28</sup>, a ben vedere, innerva ogni fase del rapporto di investimento: quella che precede la stipulazione, la fase propriamente negoziale, nonché quella che attiene allo svolgimento del rapporto tra l'intermediario e l'investitore. Essa, pertanto, si colloca anche (e soprattutto) al di fuori del contratto quadro.

Il processo di revisione della Mifid, sfociato nella Direttiva 2014/65/UE (cd. Mifid II), testimonia poi come il rinnovato sistema di protezione offerto dal legislatore non ponga più l'accento sulla capacità dell'investitore di compiere una scelta di investimento che sia informata e

---

<sup>26</sup> Così M. MAGGIOLO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2012, p. 553.

<sup>27</sup> In giurisprudenza, sul principio secondo il quale alla mancata sottoscrizione di una scrittura privata supplisce la produzione in giudizio del documento stesso da parte del non firmatario che intende avvalersene, v. *ex multis* Cass. 5 giugno 2014, in 12711, in *Mass. Giust. civ.*, 2014; Cass., 17 ottobre 2006 n. 22223 in *Mass. Giur. it.*, 2006; Cass., 27 maggio 2003 n. 8423 in *Guida dir.*, 2003, 31, 50; Cass., 11 marzo 2000, n. 2826, in *Mass. Giur. it.*, 2000; Cass., 28 novembre 1992, n. 12781, in *Giur. it.*, 1995, 1, p. 184 ss.; Cass., 07 luglio 1988, n. 4471 in *Mass. Giur. it.*, 1988, con la quale i giudicanti pronunciandosi in merito ad una scrittura privata di vendita immobiliare sottoscritta da una parte soltanto, statuiscano che « la produzione in giudizio, ad opera dell'altra parte, può assumere valore equipollente della firma mancante, segnando il perfezionamento del contratto nella prescritta forma documentale, solo se effettuata nel giudizio instaurato nei confronti di detto sottoscrittore, non anche dei suoi eredi». La morte determina l'estinzione automatica della proposta, rendendola non più impegnativa per gli eredi.

<sup>28</sup> Sugli obblighi informativi e di condotta dell'intermediario v., *ex multis*, G. VETTORI, *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv.dir.priv.*, 2003, p. 241 ss.; M. CIAN, *Gli obblighi informativi degli intermediari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2009, 6, p. 1197; F. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari. Disciplina e forme di tutela*, Milano, 2004; A. PERRONE, *Informazione al mercato e tutela dell'investitore*, Milano, 2003.

razionale, quanto piuttosto sui doveri che l'intermediario ha verso il cliente, il quale, in forza del rapporto fiduciario che lo lega al primo, viene maggiormente «guidato» nella fase di allocazione del prodotto finanziario<sup>29</sup>.

Ne consegue, a rigor di logica, che la sottoscrizione del contratto da parte del cliente-investitore (nonché la consegna allo stesso di un esemplare) renderà certamente edotto il cliente in merito agli specifici servizi forniti, alla durata e alla modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, alle modalità proprie con cui si svolgeranno le singole operazioni, alla periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione; eppur tuttavia è ovvio che il raggiungimento dello scopo informativo-protettivo non possa passare esclusivamente attraverso il rispetto delle prescrizioni formali. Esso, infatti, non dovrebbe essere desunto dalla sottoscrizione del contratto da parte del cliente-investitore ma andrebbe, semmai, verificato in concreto, attraverso una valutazione globale ed *ex post* dell'operato dell'intermediario. Pertanto, argomentare che la forma scritta *ex art. 23 t.u.f.* sia stata imposta al solo scopo di raggiungere una perequazione informativa tra le parti contrattuali e che la sottoscrizione del risparmiatore sia indispensabile affinché lo stesso venga dotato di quella razionalità necessaria per operare consapevoli decisioni di investimento, significa attribuire al contratto quadro un compito che da solo non è mai stato in grado di assolvere.

## 5. Conclusioni

L'equivocità del periodare dei giudicanti sta probabilmente nell'aver messo sullo stesso piano valoriale la «forma dell'atto» e la «forma dell'informazione». La prima, come già evidenziato, è elemento architettonico del contratto, ed in questa accezione, ricorre peraltro frequentemente nella legislazione settoriale<sup>30</sup>. Nella sua seconda accezione, invece, la forma scritta è parte del *vestmentum* dell'informazione; è lo stampo o l'involucro nel quale si versano un insieme di obblighi informativi che il professionista è tenuto ad adempiere<sup>31</sup>. La consegna del documento contrattuale integra un obbligo di condotta che attiene al piano dei doveri informativi che l'intermediario è tenuto ad assolvere *ex art. 21 t.u.f.*; pertanto, argomentare ritenendo che sia sufficiente la consegna dell'esemplare al cliente quale comportamento concludente idoneo ad integrare la forma, significa abrogare il precetto *ex art. 23 t.u.f.* che impone la forma scritta *ad substantiam*, la quale presuppone necessariamente la sottoscrizione di entrambi i contraenti<sup>32</sup>.

Sembra poi ad ogni modo opportuna una maggiore riflessione sull'approccio funzionale al problema della forma. Le funzioni che la forma vincolata persegue, quando essa è richiesta *ex lege* a pena di nullità, sono molteplici, (chiarezza nei contenuti, ponderazione per l'impegno assunto, serietà dell'accordo) e non possono essere circoscritte esclusivamente ai soli atti di disposizione relativi ai beni immobili essendo certamente da considerarsi comuni al sistema dei mercati

---

<sup>29</sup> R. DI RAIMO, *La finanza derivata e lo spirito delle discipline recenti, dalla patologia dei rapporti alle frontiere del rischio sistemico accettabile*, in *Le negoziazioni del rischio finanziario: patologie dei rapporti e profili di sistema* a cura di A. GENTILI e R. DI RAIMO, Napoli, 2016, p. 347.

<sup>30</sup> Art. 3, comma 1, l. 6 maggio 2004, n. 129 (contratto di affiliazione commerciale); art. 2, comma 1, l. 18 giugno 1998, n. 192 (contratto di subfornitura nelle attività produttive) e nell'art. 72 c. cons. (contratto di multiproprietà); art. 117, comma 3, e 126-quinquies, comma 1, t.u.b. (rapporti bancari e contratto quadro relativo ai servizi di pagamento).

<sup>31</sup> Sul punto ampiamente S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo*, cit., p. 774 ss.

<sup>32</sup> D. 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 - il commento*, in *Contratti*, 4/2017, p. 404.

finanziari. Il legislatore comunitario, nell'integrare la Mifid II con Regolamento delegato (UE) della Commissione (Reg. 2017/56), ha del resto ribadito all'art. 58 la rilevanza dell'accordo di base «scritto», specificando, al considerando 90, che ciò è funzionale non solo ad una migliore comprensione da parte del cliente in merito alla natura dei servizi prestati, ma anche per offrire certezza giuridica al rapporto.

In secondo luogo, occorre rammentare che le Sezioni Unite della Cassazione<sup>33</sup>, nel pronunciarsi sulla *ratio* delle disposizioni che disciplinano la materia dell'intermediazione finanziaria, hanno evidenziato, echeggiando il dato normativo di cui all'art. 21 t.u.f., che tali norme sono funzionali non solo alla protezione dell'interesse del singolo contraente, ma anche all'interesse generale dell'integrità dei mercati. Né si può ritenere che osti alla individuazione degli interessi globalmente protetti la circostanza che la nullità *ex art. 23*, comma 3, t.u.f. operi solo a vantaggio del cliente. Com'è noto difatti, i giudici di legittimità con un recente arresto<sup>34</sup> e sulla scia di quanto pronunciato dalla Corte di giustizia nella sentenza Pannon<sup>35</sup>, hanno respinto la classificazione della nullità di protezione quale fattispecie settoriale a esclusivo presidio di interessi particolari, e ne hanno proposto una lettura in chiave sistematica cogliendo nella predetta categoria un equilibrio tra l'ordine pubblico di protezione e la tutela di interessi generali, tali da coincidere con valori di rilievo costituzionale, quali il corretto funzionamento del mercato, la tutela del risparmio, l'uguaglianza, quantomeno formale, tra contraenti in posizioni di diversa forza.

Pare dunque che l'interprete, nella pronuncia che si commenta, abbia operato sull'art. 23 t.u.f. un abuso dell'approccio investigativo *ad finem* che ha, paradossalmente, svuotato la portata precettiva della norma. Per quanto, infatti, la disposizione possa essere ancorata alle esigenze di protezione del contraente debole e il neo-*formalismo* negoziale atteggiarsi a fondamentale supporto dei doveri informativi, giammai questo dovrebbe essere in grado di incidere sul ruolo che assolve la forma classica del contratto quando essa è richiesta *ad substantiam*. Conclusivamente, non si condivide la destrutturazione del requisito tipico della forma scritta legittimato dall'organo nomofilattico e la contestuale nascita di un *tertium genus* di onere formale; si ritiene, piuttosto, che alla prescrizione di forma *ex art. 23* t.u.f. bisogna riconoscere una funzione ulteriore, quella informativa o di protezione, (peraltro non del tutto estranea alla logica codicistica<sup>36</sup>), la quale, lungi dal divenire surrogato della forma *ad substantiam actus*, si affianca alle funzioni che la forma già assolve quale sovrappiù assiologico.

---

<sup>33</sup> Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26725 in *www.ilcaso.it*.

<sup>34</sup> Cass. civ. Sez. Unite, 12 dicembre 2014, n. 26242 in *Giur. it.*, 2015, 1, p. 70.

<sup>35</sup> Corte giust., 4 giugno 2009, c. 243/08, Pannon GSM Zrt. c.E. S. Gy rfi

<sup>36</sup> G. D'AMICO, *Profili del nuovo diritto dei contratti*, Milano, 2014, p. 31 nota 69, il quale osserva che mentre nel codice civile le ipotesi in cui il formalismo è a tutela di uno dei contraenti sono costruite secondo la logica del soggetto astratto (si pensi alla donazione, ove la forma dell'atto pubblico tutela essenzialmente il donante, e alla circostanza che chiunque può assumere la veste di donante e invocare la tutela che discende dalla prescrizione del requisito di forma), nella materia consumeristica, invece, il formalismo di protezione tutela una categoria predeterminata di contraenti che si contrappone ad un'altra categoria, anch'essa previamente individuata o individuabile.