

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- Sulla nuova responsabilità medica
- Ancora su SSUU e clausole *claims made*
- Scambio di dati personali
- Successione nei rapporti digitali
- *Software* di non largo consumo e principio di esaurimento
- Obbligazione e contratti
 - Criptomonete e *blockchain*
 - Contratto, detipizzazione e delegificazione
 - Pratiche commerciali scorrette e trasporto di persone
 - Contratti monofirma in ambito bancario e finanziario
- Impresa e società
 - Società semplice di godimento
 - Put* a prezzo preconcordato e diritto di *exit*

 edicolaprofessionale.com/CI

Il contratto asimmetrico bancario e di investimento *monofirma*: la forma informativa e il problema della sottoscrizione unilaterale alla luce della lettura funzionale delle Sezioni Unite della Cassazione

SOMMARIO: 1. La forma informativa nei contratti asimmetrici in generale. – 2. La forma dei contratti asimmetrici bancari e dei contratti di investimento nel TUB e nel TUF. – 3. La forma informativa nei contratti di investimento, e bancari, alla luce del principio di diritto elaborato dalla Corte di Cassazione Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898 e 23 gennaio 2018, n. 1653. – 4. Contratti asimmetrici monofirma e sottoscrizione unilaterale del contraente debole: ammissibilità e limiti all'utilizzo di criteri di imputazione alternativi alla sottoscrizione. – 5. La predisposizione unilaterale individuale del contratto bancario e finanziario quale criterio di imputazione alternativo rispetto alla sottoscrizione. – 6. Riflessioni conclusive.

1. – Si è recentemente sviluppata ampia discussione sull'evoluzione del paradigma contrattuale classico a nuovi paradigmi contrattuali ⁽¹⁾, anche sulla scorta della progressiva emersione nella normativa privatistica comunitaria, declinati in termini di primo, secondo e terzo contratto ⁽²⁾: il

⁽¹⁾ ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 639 ss.; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di Di Marzio, Milano, 2004, p. 435 ss.; *cui adde* da ultimo ALPA, *Le stagioni del contratto*, Bologna, 2012; *I contratti del consumatore*, a cura di Alpa, Milano, 2014; e BRECCIA, *Tempi e luoghi del diritto dei contratti*, in *Contratti*, 2018, p. 5 ss.

⁽²⁾ MINERVINI, *Il "terzo contratto"*, in *I Contratti*, 2009, p. 493 ss. segnala, con perplessità, l'ulteriore categoria del *quarto contratto* – il contratto tra consumatori, C2C – evocando in proposito l'ossessione per il numero ordinale; *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008; ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, p. 19 ss.; *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano, 2007; *Il diritto europeo dei contratti di impresa. Autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, a cura di Sirena, Milano, 2006; *Concorrenza e mercato, Le tutele civili delle imprese e dei consumatori*, a cura di Vettori, Padova, 2005. Infine, NAVARRETTA, *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, *cit.*, evoca esplicitamente il *quarto contratto* con riferimento a un «contratto asimmetrico al di fuori degli squilibri di rilevanza macroeconomica». Senza omettere i contratti della PA: verso il quinto contratto?

contratto di diritto comune, il contratto con i consumatori e il contratto diseguale tra imprese.

Emersione di nuovi paradigmi contrattuali congiunta a una parallela evoluzione formale: dalla forma tradizionale di matrice codicistica alle forme di nuovo conio introdotte dalla più recente normativa post-codicistica settoriale, in particolare la forma scritta *ad informationem*, meglio nota come *forma informativa* ⁽³⁾.

Come è stato correttamente osservato ⁽⁴⁾ è, tuttavia, forse più appropriato discutere di contratto “senza numeri e aggettivi” – ossia di contratto *tout court* – evitando, così, di cedere alla pericolosa tentazione di fuga dalla centralità del sistema delineato dal Codice Civile e frammentare il discorso giuridico in molteplici microsystemi impermeabili l'uno all'altro.

Quanto sopra al fine, condivisibile, di mitigare il rischio di consegnare il ragionamento giuridico, in materia contrattuale, a riflessioni frammentarie, prive di sistematicità oltre che disallineate rispetto all'irrinunciabile tutela dei valori fondamentali dell'ordinamento giuridico, non priva di riflessi significativi in tale specifico contesto.

In questa prospettiva, a prudente avviso dello scrivente, discutere separatamente di contratti con i consumatori e di contratti diseguali tra imprese può, quindi, essere fuorviante se non si consideri tale analisi in un

⁽³⁾ Sul dibattuto tema della *forma informativa*, tra lettura tradizionale, lettura strutturale e moderna lettura funzionale, sia consentito rinviare alla recente monografia dello scrivente: TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Milano, 2018, *passim*. In generale sul controverso tema dell'analisi funzionale e assiologica della forma contrattuale si vedano: P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*; *contra* in senso favorevole alla lettura strutturale IRTI, *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, p. 20, secondo il quale «la norma sulla forma è unica ed esclusiva: quella, che, descrivendo il modello di fattispecie forte, aggiunge il requisito della forma, “quando risulta che è prescritto dalla legge sotto pena di nullità” (art. 1325, n. 4, c.c.). La norma, descrittiva del modello di fattispecie debole, non è una norma sulla forma: ed, infatti, elenca accordo, causa ed oggetto. Non si danno, dunque, due norme sulla forma – l'una regolare, l'altra eccezionale -; ma una sola norma, la quale, in sé considerata, non è né regolare né eccezionale. Mancando il termine di raffronto, la norma non può assumere alcuna qualifica di relazione: non si paragona ad altre, e così rimane una tra le norme dell'ordinamento». Sulla costituzionalizzazione del diritto civile oltre a P. PERLINGIERI, *op. cit.* si veda anche LIPARI, *Una chiave di lettura*, in *La funzione sociale nel diritto privato*, a cura di Macario e Milletti, Roma, 2017, p. 19 ss.

⁽⁴⁾ VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole*, in *questa rivista*, 2012, 1191 ss. e P. PERLINGIERI, *La contrattazione tra imprese*, *Riv. Dir. Imprese*, 2006, p. 323 ss.

quadro più ampio, tendenzialmente unitario, almeno in forza di alcuni significativi tratti essenziali comuni ⁽⁵⁾.

Si tratta, quindi, di registrare la recente emersione della nuova categoria del *contratto asimmetrico* ⁽⁶⁾, che pur, si ribadisce, nel rispetto delle ineliminabili peculiarità dei singoli paradigmi contrattuali settoriali, presenta, tuttavia, rilevanti elementi comuni.

Il contratto asimmetrico – ossia il contratto tra soggetti diseguali per potere informativo, economico, negoziale e impositivo che si sublima nell'esercizio del potere di predisposizione contrattuale unilaterale da parte del contraente forte – costituisce un nuovo paradigma contrattuale ampio che segnala il superamento dell'ormai classica contrapposizione tra contratti con i consumatori e contratti diseguali tra imprenditori.

Il contratto asimmetrico definito come contratto tra soggetti negoziali a poteri diseguali non riguarda solo il consumatore, il risparmiatore, l'investitore – il cliente in genere – ma anche la piccola impresa, e in senso ancora più esteso il contraente esposto all'abuso di potere economico della controparte forte, professionisti e lavoratori autonomi inclusi ⁽⁷⁾.

Unitamente a tale nuova categoria contrattuale pare doversi registrare la correlata emersione della forma scritta *ad informationem*, *forma informativa protettiva* ⁽⁸⁾ e di riequilibrio dell'asimmetria informati-

⁽⁵⁾ Si veda in tal senso anche CALVO, *I contratti del consumatore*, Padova, 2005, in particolare p.132 ss.

⁽⁶⁾ Sul punto ALPA, *Le stagioni del contratto*, cit., p. 143 rileva che: «Ormai non si può più pretendere di ricondurre tutto a sistema, anche se non è necessario abbandonarsi a tentazioni nichilistiche. I codici di un tempo hanno vissuto in gloria, oggi si propone una nuova codificazione concepita come un nuovo modo di aggregare regole di autonomia privata. (...) La tripartizione classificatoria di contratti tra contraenti formalmente eguali, contratti tra imprese e contratti con i consumatori si arricchisce di una nuova categoria, il contratto asimmetrico, in cui l'asimmetria (informativa, di potere negoziale, di potere impositivo) non riguarda solo il consumatore ma anche la piccola impresa, e più in generale la parte esposta all'abuso di potere economico della controparte»; cui adde ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 769 ss.; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Il diritto europeo dei contratti tra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano, 2007, p. 355 ss.; ROPPO, *Il contratto del duemila*, 2^a ed., Torino, 2005.

⁽⁷⁾ Sulla ricostruzione della categoria del contratto asimmetrico si veda *amplius* TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., p. 70 ss. Paradigmatico anche il contratto asimmetrico tra contraenti forti (banche, assicurazioni, grandi imprese e PA) e professionisti; sul punto si rinvia sempre a TOSI, *ibidem*, p. 64 ss.

⁽⁸⁾ MOSCARINI, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato e interessi pubblici*, I, Milano, 2001, p. 353 pare aver per primo aver fatto riferimento espresso alla nuova figura della forma di protezione *tertium genus* rispetto alla forma *ad*

va⁽⁹⁾: nuova declinazione funzionale, del classico principio di forma scritta strutturale, *ad substantiam*, strettamente correlata al fenomeno del contratto asimmetrico in cui non si discute più, e per settori impermeabili l'uno all'altro, esclusivamente di consumatore, investitore, risparmiatore, assicurato, impresa dipendente, ma più in generale di *cliente* o ancora più precisamente di contraente debole *tout court* ⁽¹⁰⁾.

La tradizione giuridica classica vede, da sempre, nella forma scritta, a partire dal contratto individuale e simmetrico, innanzitutto, ma anche nel contratto asimmetrico – individuale o *a fortiori* di massa – acquisizione dottrinale recente, uno strumento di garanzia e di promozione del consenso ⁽¹¹⁾.

L'art. 1341 c.c. costituisce la fattispecie più evidente – dell'uso strumentale della forma – nella normativa *tradizionale* del Codice Civile, ancora prima delle riforme settoriali post-codicistiche di derivazione comunitaria.

Fra le varie funzioni che possono attribuirsi alla forma negoziale – forma quale modalità di esteriorizzazione della volontà, forma per la prova dell'atto, forma quale requisito di opponibilità di un atto *erga omnes*, forma pubblicità nelle Società – emerge quella nuova e peculiare della *forma informativa* ⁽¹²⁾ nella misura in cui le nuove prescrizioni formali attribuiscono alla forma la funzione di veicolo informativo elettivo a protezione del contraente debole da cristallizzarsi necessariamente in contratto per iscritto e non limitandosi a prevedere un mero obbligo di consegna di un documento relativo a un contratto a forma libera.

Si parla in proposito anche di *forma-contenuto* in quanto la forma consente di cristallizzare il contenuto previsto dalla legge consentendo

substantiam e alla forma *ad probationem*; cui adde RICCI, *Scritture private e firme elettroniche*, Milano, 2003, p. 51 ss. e di ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 368-372.

⁽⁹⁾ Si veda sul punto DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 10, che ravvisa nella carenza di un'adeguata informazione la fonte dello svantaggio contrattuale del contraente debole. Sottolinea che la carenza di equilibrio informativo si riverbera anche sul corretto e trasparente funzionamento dei mercati: PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo*, Napoli, 2008, p. 251.

⁽¹⁰⁾ ROPPO, *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 19 ss.

⁽¹¹⁾ NUZZO, *Predisposizione di clausole e procedimento di formazione del contratto*, in *Studi in onore di F. Santoro Passarelli*, Napoli, III, 1982, p. 562.

⁽¹²⁾ Espressione di De NOVA, *Tipico e atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Diritto dei Trasporti*, 1995, p. 720.

un agevole controllo di conformità e riducendo al minimo i vizi della volontà.

La prescrizione di determinate informazioni che devono essere fornite con il testo del contratto determina quale immediata conseguenza che il contratto deve necessariamente avere *quel* contenuto minimo costituito dall'insieme degli elementi oggetto delle prescrizioni informative.

Sulla base della rilevanza che il legislatore attribuisce all'informazione e alla forma muta il ruolo stesso dello strumento contrattuale che diviene strumento informativo per la determinazione e regolamentazione del rapporto contrattuale asimmetrico, di massa o individuale ⁽¹³⁾.

Funzionale alla garanzia delle informazioni *ex lege* diviene, sempre più spesso nella legislazione di settore, proprio il vincolo della *forma informativa: forma scritta, contenuto informativo minimo, conformità al modello legale, completezza testuale e trasparenza*, sono i tratti distintivi che concorrono a delineare la nuova categoria formale sintomatica dell'evoluzione del contratto quale strumento informativo elettivo ⁽¹⁴⁾.

Questo ritorno al formalismo negoziale potrebbe sembrare una contraddizione in termini del sistema moderno dei contratti, invero, informato da un principio di superamento delle forme, viste come inutile appesantimento del traffico economico.

Il *neoformalismo* – diversamente declinato tra gli opposti estremi del formalismo della *forma modulo*, che non richiede sottoscrizione, e la nuova speciale *forma informativa* – segna un nuovo ritorno alla forma negoziale con funzione peculiare protettiva di classi di soggetti giuridici ritenuti deboli dall'ordinamento. Nella normativa settoriale sono statuiti eterogenei precetti *informativi-formal-procedimentali*: Codice del Consumo, Codice del Turismo, TUB e TUF ne costituiscono significativi esempi.

La forma presenta anche altri aspetti vantaggiosi dal punto di vista giuridico favorendo la certezza nei rapporti contrattuali, assicurando il rispetto di *standard* minimi di diligenza da parte del soggetto “forte” e agevolando, ove prevista, l'attività di vigilanza nello specifico settore negoziale (Banca d'Italia e Consob, innanzitutto, nei rispettivi settori bancario e finanziario).

⁽¹³⁾ GUERINONI, *I contratti del consumatore. Principi e regole*, Torino, 2011, p. 292 ss.

⁽¹⁴⁾ DE NOVA, *Vantaggi e limiti della formalizzazione degli accordi negoziali*, in Aa.Vv., *I contratti di viaggio e Turismo*, Milano, 1995, p. 2 ss., vantaggi che vengono individuati dall'autore principalmente nella chiarezza e nella migliore operatività dei rapporti e nella protezione del consenso.

La rinascita di un nuovo formalismo si abbina, infine, di regola, ad una marcata tipizzazione dei modelli contrattuali resa evidente da una dettagliata disciplina del contenuto negoziale: il precetto di forma prescrive gli elementi dell'accordo che devono essere cristallizzati nella forma contenuta e tale vincolo formale è, inoltre, strettamente correlato alla completezza testuale del contenuto minimo in ragione della conformazione al modello legale e al conseguente divieto di rinvio a fonti di integrazione del contratto extratestuali ⁽¹⁵⁾.

Così pure tale sequenza procedimentale peculiare del neoformalismo della contrattazione asimmetrica è dato riscontrarsi, nella sua espressione più evidente ed intensa del fenomeno, nei contatti bancari e di investimento oggetto del presente studio: anche qui l'informazione contrattuale deve essere incorporata in un documento contrattuale scritto e prima ancora le informazioni essenziali portate a conoscenza dei potenziali clienti attraverso la pubblicazione di fogli informativi disciplinati dalla normativa e dalla regolamentazione di trasparenza dell'autorità di vigilanza competente (Banca d'Italia e Consob).

2. – La disciplina dei contratti bancari e dei contratti di investimento, pur essendo le rispettive normative autonome tra loro, trova un punto di significativo contatto normativo in punto di *forma informativa*. Tema che può ben, quindi, fondatamente essere studiato in prospettiva unitaria essendo comuni le considerazioni che formuleremo in merito.

Nell'ordinamento italiano, come noto, la forma dei contratti bancari e dei contratti d'investimento è disciplinata in parte da norme di legge in parte a livello regolamentare ⁽¹⁶⁾.

Per quanto riguarda i contratti bancari disciplinati dal TUB (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 e successive modificazioni) la forma scritta è prevista dall'art. 117 TUB ⁽¹⁷⁾ che statuisce al comma 1 quanto segue: «I

⁽¹⁵⁾ DE NOVA, *Informazione e contratto: il regolamento contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p.710 ss.

⁽¹⁶⁾ MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato e diretto da Schlesinger, Milano, 2012.

⁽¹⁷⁾ L'art. 117 TUB prevede inoltre che: «4. I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. 5. (abrogato) 6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonchè quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati. 7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e

contratti sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti». Al comma 3 precisa che: «Nel caso di inosservanza della forma prescritta il contratto è nullo».

Analoga disposizione per quanto riguarda i contratti di investimento disciplinati dal TUF (d.lgs. 24 febbraio 98, n.58 e successive modificazioni) è contenuta nell'art. 23 TUF ⁽¹⁸⁾ comma 1 che statuisce la forma scritta a pena di nullità – unitamente a obbligo di consegna di esemplare al cliente – per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, per i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della dir. 2014/65/UE ⁽¹⁹⁾.

Nullità che può essere fatta valere solo dal cliente (art. 23 TUF comma 3) ⁽²⁰⁾.

Si è rilevato in dottrina che gli effetti degli atti di volontà dell'investitore, nel caso specifico dei contratti bancari e finanziari, vengono contestati – nonostante l'art. 1428 c.c. in materia di annullamento del contratto per errore essenziale e riconoscibile – negandone la validità non solo nel

quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; *b*) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto».

⁽¹⁸⁾ L'art. 23 TUF prevede inoltre che: «4. Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento, al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario. 5. Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera *a*), non si applica l'articolo 1933 del codice civile. 6. Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta».

⁽¹⁹⁾ Il comma 2 prevede, inoltre, la nullità di ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto. Nullità che può essere fatta valere solo dal cliente (art. 23 TUF comma 3).

⁽²⁰⁾ L'art. 37, comma 1, *Regolamento intermediari* stabilisce che «Gli intermediari forniscono i propri servizi di investimento, compresa la consulenza in materia di investimenti che preveda lo svolgimento di una *valutazione periodica dell'adeguatezza* degli strumenti finanziari o dei servizi raccomandati, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente».

caso di violazione di norme primarie di legge ma anche di previsioni regolamentari ⁽²¹⁾.

I rilievi di nullità ⁽²²⁾ riguardano prevalentemente:

- carenze dell'accordo quadro, in particolare mancanza sottoscrizione della banca o dell'intermediario;
- inadempimento di obblighi informativi posti a carico della banca o dell'intermediario rispettivamente dal TUB e dal TUF e normativa regolamentare attuativa.

Con particolare riferimento alla violazione degli obblighi informativi nei contratti di intermediazione finanziaria ⁽²³⁾:

- mancata consegna documento informativo generale dei rischi delle operazioni finanziarie in generale;
- mancata consegna documentazione informativa inerente l'operazione specifica dell'investimento con valutazione di adeguatezza in relazione all'investitore;
- conflitto di interessi dell'intermediario in quanto appartenente allo stesso gruppo del collocatore degli strumenti finanziari o di soggetti esposti al rischio di credito verso l'emittente.

La *forma informativa*, come si è già avuto modo di rilevare, si ritiene doversi qualificare quale strumento elettivo di conformazione contrattuale: non solo forma protettiva del contraente debole ma forma incidente sulla condotta informativa della parte forte, nuova forma idonea a rendere *trasparente* la condotta di quest'ultima nel mercato di riferimento con funzione di vigilanza e prevenzione delle condotte informative eterodosse.

Anche nel caso dei contatti bancari e finanziari – similmente a quanto rilevato in relazione ai contratti asimmetrici in generale – l'informazione contrattuale deve essere incorporata in un documento contrattuale scritto rilevante sotto il profilo della validità – la *forma informativa* – e prima ancora le informazioni essenziali destinate ai potenziali clienti ai sensi dell'art. 116 TUB devono essere resi note al pubblico (tassi di interesse,

⁽²¹⁾ Così GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *questa rivista*, 2016, p. 1463 ss. e ID., *Dalla nullità relativa alla forma dimidiata*, in *Nuova giur. civ.*, 2016, p. 1220 ss.; *cui adde* RIZZINI BISINELLI, *Violazione di norme regolamentari e nullità asimmetrica*, in *Società*, 2006, p. 203 ss.

⁽²²⁾ Sulla possibilità di classificare le figure della nullità a seconda che consegua a carenze strutturali oppure a un negativo giudizio di valore dell'atto, riassuntivamente v. G. PERLINGIERI, *Negozio illecito e negozio illegale. Una incerta distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, p. 5 ss.

⁽²³⁾ ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 349 ss.

prezzi, spese e ogni altra condizione relativa alle operazioni offerte) in ciascun locale della banca aperto alla clientela mediante affissione di *fogli informativi* analitici ⁽²⁴⁾.

Tale pubblicità informativa – pur non rilevando quale offerta al pubblico ex art. 1336 c.c. – non è priva di effetti giuridici sul contratto che verrà perfezionato con il cliente in quanto tale contratto potrà discostarsi dai parametri ivi comunicati, in ossequio al principio di trasparenza, solo *in melius* (art. 117, commi 4, 5 e 7 TUB).

Di tal guisa che i predetti *fogli informativi* non solo svolgono il ruolo di *pubblicità informativa* idonea a rappresentare al pubblico contenuti e modalità essenziali dei servizi e delle operazioni offerte dalla Banca, ma, per tal via, assurgono al ruolo, ancora più importante, di fonte integrativa del contratto *inter partes* ove lacunoso nei punti da questi rappresentati pubblicamente.

Analogamente anche nei contratti di investimento l'informazione precontrattuale permea l'accordo cristallizzandosi in esso grazie alla *forma informativa*: il contenuto del prospetto informativo di cui all'art. 94 TUF si riflette necessariamente sul contenuto informativo conformato del modello legale ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Art. 116 TUB: «Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi». E ancora all'art. 116 TUB comma 1 *bis*: «Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti gli indicatori che assicurano la trasparenza informativa alla clientela, quali l'indicatore sintetico di costo e il profilo dell'utente, anche attraverso gli sportelli automatici e gli strumenti di accesso tramite internet ai servizi bancari».

⁽²⁵⁾ Il citato art. 94 TUF statuisce, fra l'altro, quanto segue: «1. Coloro che intendono effettuare un'offerta al pubblico pubblicano preventivamente un prospetto. A tal fine, per le offerte aventi ad oggetto strumenti finanziari comunitari nelle quali l'Italia è Stato membro d'origine e per le offerte aventi ad oggetto prodotti finanziari diversi dagli strumenti finanziari comunitari, ne danno preventiva comunicazione alla Consob allegando il prospetto destinato alla pubblicazione. Il prospetto non può essere pubblicato finché non è approvato dalla Consob. Nel caso di offerta al pubblico di quote o azioni di Oicr chiusi per le quali l'Italia è lo Stato membro d'origine, il prospetto è pubblicato quando si è conclusa la procedura prevista dall'articolo 43 o dall'articolo 44 e dalle relative disposizioni di attuazione 2. Il prospetto contiene, in una forma facilmente analizzabile e comprensibile, tutte le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dell'emittente e dei prodotti finanziari offerti, sono necessarie affinché gli investitori possano pervenire ad un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale e finanziaria, sui risultati economici e sulle prospettive dell'emittente e degli eventuali garanti, nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti. Il prospetto contiene altresì una nota di sintesi la quale, concisamente e con linguaggio non

Inoltre, il prospetto informativo non solo si riflette sul contratto di investimento ma ne costituisce elemento rilevante sul piano della validità del contratto stesso – *sub species* della nullità relativa – come previsto dall'art. 100 *bis*, comma 3 del TUF ⁽²⁶⁾.

Emerge chiaramente il paradigma dell'informazione cristallizzata nel documento contrattuale rilevante sotto il profilo della validità – *rectius, forma informativa* – quale prescrizione di *forma – contenuto informativo minimo – completo – trasparente* che segna, come vedremo, il dissolvimento delle regole di condotta in regole di validità.

Superamento della tradizionale distinzione tra regole di condotta e regole di validità ⁽²⁷⁾, particolarmente rilevante relativamente alla disciplina dei contratti di investimento – in relazione al contraente non *qualificato* – in cui la *forma informativa* non solo rappresenta il contenuto informativo completo del contratto conformato al modello legale, di per sé non più sufficiente ad assicurare la validità del contratto, ma si aggrava ulteriormente assorbendo gli obblighi informativi del professionista atti ad assicurare un contenuto informativo *adeguato* relativamente al profilo di rischio dell'investitore nel caso di servizi di consulenza in materia di investimenti o dalla gestione di portafogli (art. 40-41 *Regolamento intermediari*) o *appropriato* nel caso di servizi diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli (art. 38-42 *Regolamento intermediari*).

tecnico, fornisce le informazioni chiave nella lingua in cui il prospetto è stato in origine redatto. Il formato e il contenuto della nota di sintesi forniscono, unitamente al prospetto, informazioni adeguate circa le caratteristiche fondamentali dei prodotti finanziari che aiutino gli investitori al momento di valutare se investire in tali prodotti. 3. Il prospetto per l'offerta di strumenti finanziari comunitari è redatto in conformità agli schemi previsti dai regolamenti comunitari che disciplinano la materia. (*omissis*) 7. Qualunque fatto nuovo significativo, errore materiale o imprecisione relativi alle informazioni contenute nel prospetto che sia atto ad influire sulla valutazione dei prodotti finanziari e che sopravvenga o sia rilevato tra il momento in cui è approvato il prospetto e quello in cui è definitivamente chiusa l'offerta al pubblico deve essere menzionato in un supplemento del prospetto».

⁽²⁶⁾ «Nell'ipotesi di cui al comma 2, qualora non sia stato pubblicato un prospetto, l'acquirente, che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, può far valere la nullità del contratto e i soggetti abilitati presso i quali è avvenuta la rivendita dei prodotti finanziari rispondono del danno arrecato. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 191 e quanto stabilito dagli articoli 2412, secondo comma, 2483, secondo comma, e 2526, quarto comma, del Codice civile» (art. 100 *bis*, comma 3, TUF).

⁽²⁷⁾ G. PERLINGIERI *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013.

3. – Come noto con le recenti sentenze a Sezioni Unite del 16 gennaio 2018, n. 898 (Pres. Rodorf – Est. Di virgilio) e del 23 gennaio 2018, n. 1653 (Pres. Rodorf – Est. Di Virgilio) la Corte di Cassazione è intervenuta sul tema controverso della *forma informativa* nei contratti di investimento statuendo il seguente innovativo principio di diritto⁽²⁸⁾: «Il requisito della forma scritta del contratto-quadro relativo ai servizi di investimento, disposto dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23, 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 alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

Con riferimento al predetto innovativo principio si sono formati contrapposti orientamenti dottrinali che, in estrema sintesi, possono essere articolati come segue⁽²⁹⁾.

(28) Come noto la *Corte di Cassazione, I sezione Civile* – con successive ordinanze n. 10447 del 27 aprile 2017 e n. 12390 del 17 maggio 2017 – ha rimesso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle sez. un. la *questione di massima di particolare importanza* ex art. 374 c.p.c., comma 2 – e non per dirimere un contrasto tra le sezioni semplici o all'interno della stessa sezione – in ordine al seguente profilo giuridico: se il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, accanto a quella dell'investitore, anche la sottoscrizione *ad substantiam* dell'intermediario. All'esito della rimessione alle SS. UU. da parte del Primo Presidente della Suprema Corte – sono state pubblicate le sentenze della Corte di Cassazione sez. un. 18 gennaio 2018, n. 898 (Pres. Rodorf – Est. Di Virgilio) e 23 gennaio 2018, n. 1653 (Pres. Rodorf – Est. De Virgilio) che hanno affermato – accogliendo la moderna lettura funzionale della forma, prospettiva metodologica particolarmente indicata nel contesto asimmetrico della normativa settoriale post-codicistica – la peculiare natura protettiva della forma scritta informativa, non sovrapponibile a quella strutturale tradizionale del diritto comune, con conseguente ammissibilità dei *contratti asimmetrici di investimento monofirma*.

(29) I primi studi pubblicati – in relazione all'ordinanza Cass. 27 aprile 2017, n. 10447 e a commento delle sentenze della Cass., sez. un., 858/2018 e 1653/2018 – si esprimono per lo più in senso critico (si rinvia, sul punto, alla nt. 31) in ordine alla lettura funzionale ed assiologica della forma informativa dei contratti di investimento e bancari operata dalla Cassazione nell'arresto che qui si analizza, teorizzando, con diversità di argomentazioni, che, semplificando, possono essere sintetizzate nel richiamo alla centralità della *forma scritta tradizionale* anche nel contesto bancario e finanziario, in assenza di espressa deroga *per tabulas*: conseguentemente si respinge fermamente la teorica del *contratto asimmetrico monofirma* in quanto si ritiene che la forma, anche quella dei contratti in parola, non possa che essere quella *ad substantiam* del Codice Civile delineata dal combinato disposto degli artt. 1325, n. 4 e 2702 Codice Civile. Si ritiene, invero, tale approccio – non incline a valorizzare adeguatamente la specificità segnalata proprio dalla sanzione della *nullità relativa protettiva*, prevista dal TUF e dal TUB in luogo della *nullità assoluta*, in caso di violazione del precetto formale – eccessivamente formalistico: la sanzione della nullità relativa parrebbe, infatti, costituire significativo indizio a favore della specialità del regime formale applicabile in luogo di quello comune *tout court*.

Da un lato, studi critici, con varietà di argomentazioni riconducibili a una comune lettura strutturale ⁽³⁰⁾, verso il riconoscimento della peculiare nuova *forma informativa* e con conseguente rigetto dello scioglimento della forma scritta dal requisito della sottoscrizione bilaterale anche in relazione al contratto predisposto ⁽³¹⁾.

Dall'altro studi favorevoli alla moderna lettura funzionale e assiologica, flessibile e non dogmatica ⁽³²⁾ della *forma informativa protettiva* che ammette la sottoscrizione unilaterale da parte del solo contraente debole con conseguente ammissibilità del contratto predisposto *monofirma* ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Sulla tradizionale lettura strutturale della forma contrattuale, ascrivibile al magistero irtiano, si veda per tutti: IRTI, *Idola libertatis, Tre esercizi sul formalismo*, Milano, 1985, *passim*.

⁽³¹⁾ Si vedano in senso critico rispetto alla lettura funzionale ed assiologica della forma informativa operata dalla Cassazione sez. un. e alla conseguente ammissibilità di contratto scritto ex art. 117 TUB predisposto dalla Banca ma sottoscritto solo dal cliente (c.d. *contratto monofirma*) ex multis: AMAGLIANI, *Della forma del contratto quadro di investimento e di alcune opinabili e controverse conseguenze in tema di forme e nullità*, *Nuova giur. civ.*, 2017, p. 1363 ss.; ID., *Nota breve a margine di Sezioni Unite 16 gennaio 2018, n. 898*, in *Contratti*, 2018, 149 ss.; D'AMICO, *La "forma" del contratto-quadro ex art. 23 TUF non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contr.*, 2018, p. 138 ss.; 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*, in *Contratti*, 2017, p. 393 ss.; LA ROCCA, *Sottoscrizione e "forma informativa" nei contratti del mercato finanziario*, in *Riv. dir. banc.*, 2017, 6; ID., *Interessi contrapposti e "conseguenze opportunistiche" nella sentenza delle sezioni unite sulla sottoscrizione del contratto*, in *Foro it.*, 2018, p. 1289 ss.; ID., *Il problema della forma contrattuale*, *Torino*, 2017, p. 112 ss.; ID., *Il problema della forma contrattuale e la sua poliedricità*, in *questa rivista*, 2018, p. 217 ss.; 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. 686.; ID., *Forma o modalità di un'informazione materializzata? Le SS.UU., ed un'interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 TUF*, in *Contratti*, 2018, p. 142 ss.; TUCCI, *Una pura formalità. Dalla struttura alla funzione del neo-formalismo contrattuale*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, II, p. 543 ss.; GIROLAMI *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, 2017, p. 554 ss.; DI MAJO *Contratto di investimento mobiliare: il balletto delle forme*, in *Giur. it.*, 2018, p. 569 ss.

⁽³²⁾ Sulla moderna lettura funzionale e assiologica della forma contrattuale, ascrivibile al magistero perlingieriano, si veda per tutti: P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, *passim*.

⁽³³⁾ Si esprimono, invece, favorevolmente – in linea con quanto ritenuto dallo scrivente e argomentato nel presente studio – alla lettura funzionale protettiva della forma: (a) anteriormente all'ordinanza di rimessione Cass. 27 aprile 2017, n. 10447 e alle sentenze della Cass., sez. un., 858/2018 e 1653/2018 – respingendo interpretazioni dogmatiche e cristallizzate in favore di soluzioni interpretative moderne, più flessibili e adeguate alle esigenze del complesso sistema ordinamentale italo-comunitario: P. PERLINGIERI, *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale e autonomia*, in *Id.*, *Il diritto dei contratti tra persona e mercato*, cit., p. 92 ss.; *amplius* ID., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 33 ss. Cui adde, BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, cit., p. 141; DE ROSA, *L'analisi funzionale della forma*, cit., p. 107 ss.; FAVALE, *Nullità*

Il ragionamento delle Sezioni Unite – che pare accogliere la lettura funzionale della forma contrattuale nel contesto del nuovo paradigma contrattuale asimmetrico emergente dalla normativa post-codicistica⁽³⁴⁾ – si fonda sull'analisi della *ratio* dell'art. 23 TUF che statuisce la redazione per iscritto del contratto di investimento e la consegna del documento contrattuale al cliente.

In particolare si ritiene opportuno citare il seguente significativo passaggio argomentativo formulato da Cass., sez. un., n. 898/2018 secondo cui «Il vincolo di forma imposto dal legislatore (tra l'altro composto, in quanto vi rientra, per specifico disposto normativa, anche la consegna del documento contrattuale), nell'ambito di quel che è stato definito come neoformalismo o formalismo negoziale, va inteso infatti secondo quella che è la funzione propria della norma e non automati-

del contratto per difetto di forma e buona fede, in *Rass. Dir. Civ.*, 2003, p. 561; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., p. 129; (b) successivamente all'ordinanza di rimessione e alle sentenze della Corte di Cassazione sez. un. citate: TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., *passim* e spec. p.131 ss.; MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo "informativo"*, in *Foro it.*, 2018, p. 1283 ss.; L. COLOMBO, *La forma dei contratti quadro di investimento: il responso delle Sezioni Unite*, in *Giur. It.*, 2018, p. 572 ss.; MEDICI, *Contratti di investimento monofirma: l'avallo delle sezioni unite*, in *Foro It.*, 2018, p. 937 ss. che esprime perplessità in ordine all'iter motivazionale ed in particolare ritiene che «in maniera più lineare e convincente il naturale epilogo avrebbe dovuto condurre all'affermazione del principio secondo il quale la firma dell'istituto di credito non è necessaria poiché la manifestazione di volontà dell'istituto di credito è già palesata con la redazione e consegna al cliente del contratto di servizio di investimento, senza che, in presenza dell'accettazione, dell'investitore, per il perfezionamento del contratto debba farsi riferimento alla conclusione per *facta concludentia*»; TICOZZI, *Il contratto monofirma: forma del contratto e nullità di protezione*, in *Giur. it.*, 2018, p. 579 ss. il quale tuttavia non si spinge sino al punto di ritenere sufficiente la sottoscrizione unilaterale – quella del solo cliente – ma esprime perplessità ritenendo preferibile optare, ferma restando la bontà della lettura funzionale della forma, per un inquadramento giuridico nel senso della mera «prova del raggiungimento dello scopo perseguito dalla forma. (...) la mancanza della firma della banca che dal profilo strutturale potrebbe essere una mancanza rilevante, dal profilo funzionale costituisce una carenza che non ha inciso in alcun modo sulla realizzazione dello scopo della regola, vale a dire assicurare la piena informazione della parte debole. (...) Di qui appunto la contrarietà a buona fede di un tale comportamento, buona fede che paralizza la possibilità di far valere in concreto l'eccezione di nullità per la mancanza della sottoscrizione della sola banca».

⁽³⁴⁾ Sull'analisi funzionale della forma contrattuale si vedano per tutti: P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., *passim*; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999, p. 243 ss.; LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 113 ss.; *contra* per una lettura strutturale IRTI, *Idola libertatis*, cit., p. 20 ss.; e da ultimo PAGLIANTINI, *La forma nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti: textform, forme di protezione e struttura del contratto*, in *I «principi» del diritto comunitario dei contratti*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, p. 108 ss.

camente richiamando la disciplina generale sulla nullità. Ora, a fronte della specificità della normativa che qui interessa, correlata alla ragione giustificatrice della stessa, è difficilmente sostenibile che la sottoscrizione da parte del delegato della banca, volta che risulti provato l'accordo (avuto riguardo alla sottoscrizione dell'investitore, e, da parte della banca, alla consegna del documento negoziale, alla raccolta della firma del cliente ed all'esecuzione del contratto) e che vi sia stata la consegna della scrittura all'investitore, necessari ai fini della validità del contratto-quadro»⁽³⁵⁾.

⁽³⁵⁾ E ancora rileva Cass., sez. un., 898/2018: «atteso che, come osservato da attenta dottrina, il requisito della forma *ex* art. 1325 c.c., n. 4, va inteso nella specie non in senso strutturale, ma funzionale, avuto riguardo alla finalità propria della normativa, ne consegue che il contratto-quadro deve essere redatto per iscritto, che per il suo perfezionamento deve essere sottoscritto dall'investitore, e che a questi deve essere consegnato un esemplare del contratto, potendo risultare il consenso della banca a mezzo dei comportamenti concludenti sopra esemplificativamente indicati. Si impone a questo punto un'ulteriore osservazione: tradizionalmente, alla sottoscrizione del contratto si attribuiscono due funzioni, l'una rilevante sul piano della formazione del consenso delle parti, l'altra su quello dell'attribuibilità della scrittura, e l'art. 2702 c.c., rende chiaro come la sottoscrizione, quale elemento strutturale dell'atto, valga ad attestare la manifestazione per iscritto della volontà della parte e la riferibilità del contenuto dell'atto a chi l'ha sottoscritto. 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 elemento costitutivo 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. Né l'interpretazione qui seguita incide sulla doverosa, specifica ponderazione con cui l'investitore sceglie di concludere il contratto-quadro né porta a concludere per un singolare contratto "a forma scritta obbligatoria per una sola delle parti e con effetti obbligatori solo per l'altra parte che nulla ha invece sottoscritto", scenario che non tiene conto della precipua ricostruzione imposta dalla normativa e che omette integralmente di considerare che la nullità può essere fatta valere solo dall'investitore. (*omissis*) L'interpretazione seguita è altresì in linea con le disposizioni dell'ordinamento Europeo, che nell'art. 19, par. 7 della direttiva 2004/39/CE del Parlamento e del Consiglio del 21 aprile 2004 (Mifid 1), recepita dal d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, così come nell'art. 25, par. 5 della direttiva 2014/65/UE (Mifid 2), a cui è stata data attuazione con il d.lgs. 3 agosto 2017, n. 129, al fine di perseguire gli obiettivi di trasparenza e di tutela degli investitori, punta l'accento sulla registrazione del o dei documenti concordati, in tal modo evidenziandosi la necessità che risulti la verificabilità di quanto concordato. Né la conclusione muterebbe a ritenere ancora in vigore l'art. 39 della direttiva 2006/73/CE del 10/8/2006, con il riferimento all'accordo di base "scritto, su carta o su altro supporto durevole, con il cliente, in cui vengano fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa e del cliente"».

Si statuisce, quindi, che la nullità per difetto di forma – al pari dell'omessa consegna del documento contrattuale – è soggetta a nullità relativa protettiva: si tratta, invero, di precetti posti direttamente nell'interesse del cliente – soggetti al principio di proporzionalità – allo scopo di soddisfare le esigenze informative dello stesso, quale parte debole del rapporto contrattuale asimmetrico e solo indirettamente anche a tutela della regolarità e la trasparenza del mercato del credito.

Dalla lettura funzionale della forma informativa di cui all'art. 23 TUF e del principio di proporzionalità espressamente richiamato dalla Corte di Cassazione nel *decisum* che qui si commenta, discende, quindi, che esclusivamente la mancata sottoscrizione del solo cliente – *contraente debole* – può porsi in contrasto con la *ratio* della normativa in parola, in quanto indice della mancata conoscenza delle condizioni contrattuali, soggetta a *nullità relativa protettiva* del contratto. Viceversa la mancata sottoscrizione dell'intermediario, che è il soggetto contro cui il cliente può eccepire la nullità relativa, non pare potersi considerare lesiva dell'interesse del contraente debole tutelato dall'art. 23 TUF.

Il principio di diritto elaborato dalla Suprema Corte e *supra* riportato per esteso, non menziona espressamente il caso analogo disciplinato dall'art. 117 TUB in materia di contratti bancari: tuttavia, proprio in ragione dell'*eadem ratio* protettiva del contraente debole nei contratti asimmetrici bancari e nei contratti asimmetrici di investimento di cui all'art. 23 TUF, si ritiene applicabile ad avviso di chi scrive, analoga *regula iuris*.

Le sentenze della Corte di Cassazione SS. UU. citate offrono, quindi, lo spunto per analizzare *ex funditus* il tema controverso della *forma informativa nel contratto asimmetrico* e il correlato problema del *contratto monofirma, bancario e di investimento*.

4. – Per quanto riguarda il profilo dell'imputabilità della dichiarazione scritta occorre formulare i seguenti rilievi.

L'atto negoziale che deve manifestarsi in una forma vincolata, dovendo necessariamente esserne rivestito, dev'esser pure nella prescritta forma imputabile a colui al quale l'atto sia riconducibile.

Nell'ipotesi di imposizione della forma scritta del contratto, non soltanto il contenuto minimo del regolamento contrattuale dovrà risultare dal testo, ma quest'ultimo dovrà nella medesima forma essere fatto proprio dai contraenti.

Da qui la necessità, in generale, della sottoscrizione quale tecnica di manifestazione in forma scritta della volontà del contratto e dei relativi effetti, quale criterio regolare di imputazione della paternità dello scritto

all'autore ⁽³⁶⁾: sottoscrizione che costituisce la concreta modalità con cui l'autore, in forma scritta, rende riconducibile l'atto a sé, facendolo proprio in uno con gli effetti di quello ⁽³⁷⁾.

Ove sia prevista la forma scritta del contratto, la sottoscrizione di tutti i contraenti è, in linea di principio, indispensabile, mentre non lo è la redazione del testo a cui può provvedere anche un terzo, fino al limite del biancosegno.

La firma autografa, elettronica o digitale attesta il consenso al regolamento contrattuale di colui che la appone, quale forma scritta di manifestazione della volontà dei relativi effetti e, dunque, tecnica e criterio di imputazione.

Tuttavia, nel caso in cui manchi sul documento contenente il regolamento contrattuale, la sottoscrizione ammette equipollenti ⁽³⁸⁾ oltre che criteri di imputazione alternativi: non si ritiene, infatti, che sottoscrizione sia parte integrante del regolamento contrattuale né occorra la contestualità delle firme dei contraenti ⁽³⁹⁾.

La sottoscrizione che costituisce manifestazione scritta della volontà dell'atto negoziale può in alternativa all'apposizione contestuale in calce al documento contrattuale essere:

⁽³⁶⁾ Si veda per tutti sul tema dell'imputazione del testo contrattuale all'autore: ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e firme equivalenti*, Milano, 1997.

⁽³⁷⁾ LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 58 e p. s.; e CARPINO, *Scrittura privata*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, p. 805 ss. Si è parlato in proposito di "crisi della sottoscrizione" alludendo all'individuazione di equipollenti (v. PAGLIANTINI, *Commento sub art. 1350 c.c.*, cit., p. 99 ss.) o alla crisi della sottoscrizione autografa essendo questa così come il documento cartaceo sostituita da un "apparato tecnico" nella funzione attributiva dello scritto a un soggetto (ID., *op. ult. cit.*, 102 ss.; e ID., *La forma nei Principi Acquis del diritto comunitario dei contratti*: Textform, forme di protezione e struttura del contratto, ne I «principi» del diritto comunitario dei contratti. *Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di De Cristofaro, Torino, 2009, 95 ss.).

⁽³⁸⁾ Cass., 11 maggio 1983, n. 3262, in *Giust. civ. Mass.*, 1983, e Cass., 13 luglio 1993, n. 7747, *ivi*, 1993, p. 1170. Sempre che non si accolga il restrittivo indirizzo che nega che la sottoscrizione del documento in cui si raccolga il regolamento contrattuale abbia equipollenti: sul già accennato contrasto di orientamenti che si registra in dottrina e in giurisprudenza CATALANO, *Contratti solenni, forma scritta ad substantiam in funzione protettiva ed equipollenti della sottoscrizione: note critiche*, note a App. Bologna, 14 maggio 2015, Trib. Napoli, 24 febbraio 2015, Trib. Catania, 27 gennaio 2015, Trib. Napoli, 22 gennaio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, p. 21 ss. e, *ivi*, p. 22 ss.

⁽³⁹⁾ RAVAZZONI, *La formazione del contratto*, I, *Le fasi del procedimento*, Milano, 1966, passim; SACCO, *La forma*, in *Il contratto*, a cura di Sacco e De Nova, *Tratt. dir. Privato*, diretto da Rescigno, 10, II, Torino, 2002, p. 291 ss. e, *ivi*, p. 301. Sulla necessità delle sottoscrizioni di tutti i contraenti si veda Barbero, *Sulla produzione in giudizio della scrittura privata non sottoscritta*, in *Foro pad.*, 1951, p. 1251 ss. e, *ivi*, p. 1253 s.

(i) apposta a un diverso documento ⁽⁴⁰⁾ contenente dichiarazioni del contraente che, espressamente o implicitamente possano ritenersi espressione della volontà di fare proprio il separato regolamento contrattuale ⁽⁴¹⁾;

(ii) sostituita dalla produzione in giudizio ⁽⁴²⁾ del documento il regolamento contrattuale non sottoscritto, a cui la parte interessata provveda per avvalersi dell'atto e sanare con effetti *ex nunc* il rapporto: equipollenza controversa ammessa da parte della giurisprudenza anche con riguardo ai contratti da farsi in forma scritta a pena di nullità ⁽⁴³⁾.

In materia di contratti aventi ad oggetto servizi bancari e finanziari ⁽⁴⁴⁾, come pure servizi di investimento o accessori ⁽⁴⁵⁾, si sono recentemente affermati orientamenti più moderni in ordine alla forma rispetto alla tradizionale *lettura strutturale* – ancorata alla sottoscrizione bilaterale – aperti a una *lettura funzionale*, che ritengono che la prescrizione della forma scritta a pena di nullità del contratto sia rispettata anche quando questo sia redatto per iscritto e sia sottoscritto – anche soltanto – dal cliente essendo la previsione formale stabilita nell'interesse esclusivo di

⁽⁴¹⁾ Cass., 10 maggio 1996, n. 4400, in *Riv. notar.*, 1996, p. 1497 ss., e Trib. Imperia, 13 marzo 2006, n. 26, in *Il merito*, 2006, f. 11, p. 45: occorre, però, che il documento sia stato creato al fine specifico di manifestare per iscritto la volontà di contrarre (v., anche per ulteriori riferimenti, Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, in *Nuova giur. civ.*, 2016, I, p. 1168, ove si aggiunge che è richiesta l'estrinsecazione formale diretta della volontà contrattuale delle parti), di cui parrebbe priva per esempio l'attestazione di pagamento seppur sottoscritta da ambo le parti (v., Cass. 12 novembre 2013, n. 25424, in *Giust. civ. Mass.*, 2013).

⁽⁴²⁾ Cass., 11 marzo 2000, n. 2826, in *Contr.*, 2000, 1093 ss.

⁽⁴³⁾ Cass., 27 maggio 2003, n. 8423, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, e Cass., 11 marzo 2000, n. 2826, cit., 1093 ss.; da ultimo Cass. 24 marzo 2016, n. 5919, cit., che si segnala per aver evidenziato le caratteristiche che la documentazione deve avere affinché la produzione in giudizio possa ritenersi equipollente della sottoscrizione del contratto.

⁽⁴⁴⁾ Ritengono sufficiente la sottoscrizione del solo cliente nei contratti bancari: v. Trib. Messina, 8 maggio 2015, in *Redaz. Giuffré*, 2016; Trib. Reggio Emilia, 28 aprile 2015, ivi, 2015; Trib. Napoli, 24 febbraio 2015, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2016, II, 16; Trib. Mantova, 28 ottobre 2015, 2016, che ritiene addirittura l'onere formale sia soddisfatto dalla mera dichiarazione del cliente alla Banca di avere ricevuto copia del contratto; e Trib. Massa, 26 giugno 2013, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2014, II, p. 683, per cui un contratto bancario potrebbe essere validamente concluso anche per *facta concludentia*, purché accessorio rispetto ad altro. *Contra*, v. Tnb. Mantova 13 marzo 2006; Trib. Reggio Emilia, 25 agosto 2015; e Trib. Napoli, 22 gennaio 2015, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2016, II, p. 17.

⁽⁴⁵⁾ Ritengono sufficiente la sottoscrizione del solo cliente nei contratti di investimento: v. Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, cit.; App. Venezia, 28 luglio 2015, cit.; Trib. Milano 12 novembre 2013, cit.; Trib. Mantova, 16 febbraio 2016, cit.; Trib. Rimini, 3 marzo 2016, cit. *Contra*, *ex multis* v. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, cit.; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; App. Torino, 20 gennaio 2012; App. Bologna, 8 marzo 2012, cit.; App. Milano, 27 marzo 2013, cit.; App. Bologna 14 maggio 2015; Trib. Roma, 29 settembre 2014; Trib. Mantova, 16 febbraio 2016.

quest'ultimo e per tale ragione qualificabile in termini di forma di protezione stabilita in favore del cliente.

Gli artt. 117, commi 1 e 3, TUB e 23, comma 1, TUF – che disciplinano rispettivamente i contratti bancari e finanziari, con formule sovrapponibili che rendono ammissibile nel *contratto asimmetrico* la *sottoscrizione unilaterale del contraente debole* – statuiscono in consonanza tra loro i seguenti requisiti essenziali della *forma informativa*:

(i) redazione del contratto per iscritto da parte del predisponente-contraente forte;

(ii) consegna da parte del predisponente-contraente forte di un *esemplare* del contratto al contraente debole.

L'inosservanza del precetto di forma informativa predetto viene sanzionato, come noto, con la nullità relativa protettiva del contraente debole.

In senso critico all'orientamento liberale che ammette la validità del contratto formale predisposto con *sottoscrizione unilaterale del solo contraente debole* si è osservato quanto segue: «Tale indirizzo non è del tutto disinteressato, radicalmente noncurante dell'accennata incidenza della forma scritta e della sottoscrizione nel momento costitutivo, genetico del vincolo, ma è contrassegnato da una marcata eccentricità rispetto alla tradizione sotto un duplice profilo. Infatti, da un lato, svaluta la rilevanza strutturale dell'una e dell'altra, ponendola sul fondo, accreditando un'inconsueta prevalenza del connotato funzionale della previsione del requisito formale che trascura che neppure il rifiuto di una visione rigidamente normativa e strutturale conduce al primato di un approccio squisitamente funzionale. Dall'altro lato, opera una riduzione dell'articolazione (o complessità) delle funzioni della forma vincolata, risolvendola nell'esclusività del fine di protezione d'una delle parti del rapporto negoziale» (46).

Si è, inoltre, osservato criticamente, sia rispetto all'eccesso di funzionalizzazione della forma che giunge – nel polimorfismo caratterizzante il nuovo paradigma *postmoderno ed europeo* del diritto dei contratti – sino

(46) GAGGERO, *Neoformalismo negoziale di "protezione" e struttura della fattispecie contrattuale*, in *questa rivista*, 2016, p. 1486; *contra* Trib. Milano 12 novembre 2013, secondo cui trattandosi di forma protettiva del solo cliente, quella prevista dall'art. 23 TUF, se il contratto, completo nel suo contenuto cartaceo, sia unicamente privo della sottoscrizione da parte della banca «non potrebbe il cliente rinvenire in ciò alcuna lesione del proprio interesse sostanziale, atteso che, da un lato, è mancanza che non priva di contenuto il contratto e la conoscibilità per il cliente delle regole in esso scritte, e dall'altro la mera carenza formale di firma non potrebbe in ogni caso legittimare la Banca, né a impugnare il contratto quadro dalla stessa predisposto, sottraendosi – per tale ragione – alle regole in esso sancite (il che è vietato dall'art. 23 comma 3 TUF), né a impugnare la singola operazione negoziale già posta in essere in adempimento di detto mandato».

alle conseguenze estreme dell'elisione del rilievo strutturale che in relazione all'opinabile «iato tra forme ad evidenza strutturale (rilevanti in termini di nullità testuale, assoluta e definitiva) e forme ad evidenza informativa (serventi una nullità virtuale, relativa e di *pleno iure*)» (47).

Tuttavia, nonostante le perplessità *supra* evidenziate, di parte della dottrina, non si ritiene potersi negare la funzionalizzazione della nuova *forma informativa* che non si può, quindi, più tralazientemente e dogmaticamente ricondurre alla tradizionale disciplina della forma *ad substantiam* – né ridurre automaticamente a *forma modulo* che non richiede di essere sottoscritta – ma occorre rileggere con la giusta flessibilità richiesta dal nuovo ordinamento settoriale italo-comunitario e consentita dalla moderna lettura funzionale-assiologica.

D'altra parte numerosi sono gli indizi di tale diversità ontologica tra le due tipologie formali e pure non mancano indizi in ordine alla progressiva attribuzione di rilevanza giuridica anche al solo contratto redatto per iscritto e sottoscritto da una sola parte, tendenzialmente quella debole, oppure attribuendo rilievo all'inizio dell'esecuzione anche nel caso di contratto soggetto all'onere di forma scritta.

Depongono a favore della non esclusività della *sottoscrizione* quale criterio di imputazione della volontà (48), le seguenti discipline contrattuali: (i) contratto per condizioni generali *ex art.* 1341 Codice Civile; (ii) contratto telefonico *ex art.* 51.6 Codice del Consumo; (iii) contratto di subfornitura nella l. 192/1998.

5. – Pur tenendo presente le differenze esistenti tra credito bancario e servizi di intermediazione mobiliare, in particolare in relazione alla diversa posizione del cliente, che nell'intermediazione mobiliare agisce quale risparmiatore, dunque soggetto al rischio, che l'intermediario dovrebbe tutelare, mentre nelle operazioni creditizie è prenditore di fondi altrui, così costituendo il medesimo cliente un rischio per la banca – oltre che per il sistema bancario in ragione del *merito creditizio* del debitore (49) –

(47) PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 102.

(48) Sul tema dei referenti normativi che depongono a favore di un'apertura al fenomeno negoziale del contratto bancario e di investimento monofirma mi sia consentito rinviare *amplius* alla recente monografia dello scrivente: TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., p. 173 ss.

(49) «Questa diversa allocazione del rischio e dei ruoli si riflette sulla diversa formula dell'art. 21 lett. a) TUF rispetto all'art. 120 *septies*, lett. a), TUB: il primo impone all'inter-

non si possono, tuttavia, sottacere significativi punti di contatto sotto il profilo dell'*asimmetria contrattuale* e della *forma informativa*, che qui si indagano.

Si tratta, invero, di attività contrattuali caratterizzate in entrambe i casi:

- da un lato, dal principio di adeguatezza e coerenza;
- dall'altro, dalla necessaria istruttoria interna preliminare sottoposta alle regole di vigilanza di Banca d'Italia per l'attività bancaria e Consob per l'attività di intermediazione finanziaria.

Per quanto riguarda il primo profilo, l'informazione precontrattuale, la trasparenza e gli obblighi di appropriatezza del servizio fornito, bancario o finanziario, segnano come già osservato il passaggio dal contratto completo al *contratto adeguato*: tale profilo rileva sia nei contratti bancari – come segnalato dall'art. 124, comma 5, TUB – che a *fortiori* in relazione agli obblighi di adeguatezza e appropriatezza peculiari dei servizi di investimento in cui si registra la massima estensione del fenomeno (segnalati dall'art. 6.2 TUF e specialmente dagli art. 40 e 42 del *Regolamento Intermediari* attuativo del TUF rispettivamente disciplinanti i *principi di adeguatezza* nella prestazione dei servizi di consulenza in materia di investimenti o di gestione di portafogli e *appropriatezza* nella prestazione di servizi di investimento diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli) ⁽⁵⁰⁾.

Per quanto riguarda il secondo profilo, l'articolata istruttoria bancaria (art. 120 *novies* TUB) e finanziaria (art. 21 TUF, c.d. *know your customer rule*), che deve precedere la conclusione del contratto, parrebbe costituire un possibile criterio di imputazione della volontà della banca e dell'intermediario, alternativo a quello tradizionale della sottoscrizione, anche se in dottrina non sono mancati rilievi critici in merito a tale impostazione non ritenuta di per sé sufficiente ad ammettere la *sottoscrizione unilaterale* della parte debole ⁽⁵¹⁾.

mediario di svolgere (tutti) i servizi di investimento per - seguendo *al meglio* l'interesse del cliente anche a scapito del proprio; il secondo utilizza una formula diversa: esso prescrive che la banca, o l'intermediario del credito, tenga "*conto dei diritti e degli interessi*" del potenziale finanziato, ossia valuti la possibilità che quest'ultimo non acceda a rapporti creditizi che non sia in grado di restituire (profilo, che, a ben vedere, ha comunque riguardo all'interesse della banca)": così LA ROCCA, *op. cit.*, 32.

⁽⁵⁰⁾ Così DE POLI, *La contrattazione bancaria tra tutela della liquidità e obblighi di trasparenza*, Padova, 2012, p. 128 ss.

⁽⁵¹⁾ *Contra*, LA ROCCA, *op. cit.*, p. 34 secondo cui: "prima di istaurare il rapporto di intermediazione mobiliare il soggetto abilitato deve procedere – al pari di quanto accade prima della costituzione di un rapporto creditizio – ad una serie di verifiche preparatorie. La

Si è rilevato criticamente, avverso la ricostruzione unilaterale della forma informativa nel contratto asimmetrico bancario e finanziario oggetto della presente indagine, che la sottoscrizione del contratto ad opera del funzionario – della banca o dell’intermediario finanziario – legittimato a tal fine alla stregua dell’organizzazione e delle procedure interne, sarebbe unico segno ammesso ad esprimere inequivocamente il positivo perfezionamento delle procedure interne e la conseguente esternazione della “volontà” della banca o dell’intermediario finanziario in ordine alla natura, al costo e al rischio connessi al contratto: tale assunto non pare dirimente.

Non pare ostantiva a dare adeguato rilievo, come si vedrà *amplius infra*, al fenomeno dell’asimmetria della sottoscrizione, in linea con la forma protettiva *ex uno a latere*, la circostanza che l’istruttoria preliminare abbia prevalente rilievo interno – tracciato e documentato in base alle regole di vigilanza – e solo il documento contrattuale, predisposto dalla banca o dall’intermediario finanziario, rilievo esterno: tale processo complesso – interno ed esterno – trova, infatti, ad avviso di chi scrive, composizione proprio nel fenomeno della predisposizione contrattuale caratterizzante il contratto asimmetrico.

A tacere del fatto incontrovertibile che la Banca e l’intermediario finanziario possono perfezionare la concessione del credito o il contratto di servizi di investimento proprio in ragione e solamente al termine del preliminare procedimento istruttorio interno di valutazione del merito creditizio o del profilo di rischio dello specifico cliente, che mediante la *predisposizione unilaterale individuale* del contratto da parte del contraente forte, banca o intermediario finanziario che sia, trova la via per produrre anche effetti esterni.

Corre l’obbligo di rilevare, infatti, sin da ora, che, in tale specifico contesto negoziale, la predisposizione materiale e dichiarativa estrinsecantesi nel modulo contrattuale stampato su carta intestata della banca o dell’intermediario finanziario pare sufficiente a surrogare la sottoscrizione da parte del funzionario autorizzato, certamente non vietata ma nemmeno essenziale – con riferimento ai contratti asimmetrici bancari e finanziari – per le ragioni che esamineremo ulteriormente *infra*.

conclusione del contratto con il cliente può aver luogo solo se tali verifiche abbiano avuto esito positivo. La sottoscrizione del contratto da parte del rappresentante dell’intermediario segnala il positivo completamento delle procedure preliminari qui brevemente richiamate. Con quella sottoscrizione il rappresentante della banca attesta questo positivo completamento e se ne assume le conseguenti responsabilità verso la banca ed i terzi, ivi comprese le autorità di vigilanza. Per questi motivi – deve aggiungersi – la banca deve conservare una copia del contratto sottoscritto dal suo rappresentante”.

Con riferimento al documento contrattuale così predisposto, infatti, a parere di chi scrive, non pare potersi fondatamente escludere – se non in ossequio a un rigido formalismo non ancorato alla funzione protettiva in relazione alla quale tale onere formale è stato previsto dal legislatore come risulta chiaramente dall'applicazione della sanzione della nullità relativa e non assoluta – analogo affidamento in ordine all'imputabilità del documento contrattuale predisposto, al termine dell'istruttoria interna, ma non sottoscritto dal funzionario incaricato ad effetto esterno, funzionario che avrà, in ogni caso, sottoscritto partecipato *all'iter deliberativo* interno alla banca o all'intermediario finanziario).

Si ribadisce, quindi, che l'istruttoria interna – opportunamente documentata e tracciata anche in relazione all'*iter* deliberativo seguito e all'analisi di merito effettuata – avrà certamente evidenza interna ai sensi delle normativa di vigilanza della Banca d'Italia e della Consob ma produrrà, indirettamente, riflessi esterni attraverso la predisposizione unilaterale del contratto in termini conformi alla delibera di approvazione della richiesta del cliente, all'esito dei necessari e prodromici passaggi istruttori interni previsti dalla normativa di vigilanza applicabile.

Né pare dirimente il rilievo critico che contratti bancari e contratti del mercato finanziario non sono – o non dovrebbero essere – solo *forme modulo* che veicolano informazioni standardizzate, ma costituiscono *forme personalizzate* ed in quanto tali necessitano della sottoscrizione dell'intermediario bancario e finanziario ⁽⁵²⁾: il fenomeno della predisposizione, come si vedrà *infra*, non è, infatti, incompatibile con la personalizzazione richiesta dalla normativa di vigilanza che può ben realizzarsi attraverso la *predisposizione unilaterale individuale*.

Pare, per vero, preferibile la lettura interpretativa dominante in punto di *neoformalismo*, contrattuale che ritiene indebolita – con evidenti conseguenze anche sotto il profilo della non necessità della sottoscrizione dell'impresa – la funzione della forma quale *vestmentum* del consenso, in forza di una prevalente funzione protettiva di veicolo di informazioni connotato da oggettività ⁽⁵³⁾.

Si è già avuto modo di rilevare *supra* che l'imputazione del testo manifestato attraverso forma scritta può avvenire oltre che mediante l'ordinaria sottoscrizione del documento anche attraverso criteri di imputa-

⁽⁵²⁾ PAGLIANTINI, *Forme e formalismo*, cit., p. 67.

⁽⁵³⁾ MODICA, *op. ult. cit.*, p.199.

zione – alternativi – come ammesso anche dalla giurisprudenza di Cassazione ⁽⁵⁴⁾.

Ma vi un ulteriore criterio di imputazione alternativo, non sopravvenuto ma già in sede di formazione del contratto, poco indagato – quasi sottovalutato – da dottrina e giurisprudenza, che merita, invece, ulteriore approfondimento.

Il riferimento è al *contratto asimmetrico monofirma*, predisposto dal contraente forte e non sottoscritto da entrambi i contraenti: in buona sostanza si tratta di verificare se la predisposizione unilaterale – di massa o individuale – possa essere correttamente adottata quale criterio di imputazione della paternità – alternativo alla sottoscrizione – del documento predisposto unilateralmente per iscritto ma non sottoscritto anche dal predisponente bensì solo dall'aderente-contraente debole.

In altre parole si tratta di verificare se, nel contesto della contrattazione asimmetrica di cui il fenomeno della predisposizione unilaterale è parte integrante, sia dato ammettere l'osservanza del precetto di forma informativa mediante predisposizione e consegna di contratto scritto, sottoscritto dal solo cliente-aderente ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ È il caso della produzione giudiziale del contratto – con effetti *ex nunc*. Sulla formazione giudiziale dei contratti solenni si veda *amplius* ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e firme equivalenti*, Milano, 1997, p. 385. L'a. acutamente osserva (op. cit., p. 391) che: «Il giudice è chiamato ad interpretare il contenuto (cioè il significato) del verbale di cancelleria (ma potrebbe dirsi lo stesso per qualsiasi altra figura documentale, compresa tra gli atti pubblici o le scritture private) in sé perfettamente idoneo ad integrare una documentazione valida a prescindere dalla sottoscrizione della parte. Se elemento necessario e sufficiente della forma è che la volontà sia trasfusa in una idonea modalità documentativa, allora non sembrano esservi ostacoli alla rilevanza della manifestazione ancorché tacita o per fatto concludente, ricavabile dal documento. (...) Ne discendono questi corollari: a) che la produzione in giudizio della scrittura con una sola firma può suscitare la confessione della parte avversa e determinare così la prova della forma (con effetto *ex tunc* dal momento della conclusione del contratto); b) che ogni atto formale appare idoneo a manifestare la volontà di accettazione, anche in via tacita o concludente (qui l'effetto sarà *ex nunc* dal tempo della ricezione dell'atto da parte dell'altro contraente)». Cui *adde* in senso favorevole all'orientamento giurisprudenziale sulla sostituibilità della firma con la produzione del documento in giudizio C. M. BIANCA, *In tema di forma del negozio solenne*, cit., p. 482 ss.; e M. ANNUNZIATA, *La produzione in giudizio di scrittura firmata da una sola parte*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 91 ss.

⁽⁵⁵⁾ Ritengono sufficiente la sottoscrizione del solo cliente v. Cass., 22 marzo 2012, n. 4564, cit.; App. Venezia, 28 luglio 2015, cit.; Trib. Milano 12 novembre 2013, cit.; Trib. Mantova, 16 febbraio 2016, cit.; Trib. Rimini, 3 marzo 2016, cit. *Contra, ex multis* v. Cass., 24 marzo 2016, n. 5919, cit.; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; App. Torino, 20 gennaio 2012; App. Bologna, 8 marzo 2012; App. Milano, 27 marzo 2013; App. Bologna 14 maggio 2015; Trib. Roma, 29 settembre 2014; Tnb. Mantova, 16 febbraio 2016.

Il fenomeno della predisposizione non è incompatibile, come rilevato da attenta dottrina ⁽⁵⁶⁾, né con l'imputazione alternativa alla sottoscrizione mediante consegna al cliente né con la personalizzazione del contratto bancario e finanziario: infatti la predisposizione può anche essere individuale e personalizzata come nel caso della valutazione di adeguatezza che la banca e l'intermediario predispongono individualmente per lo specifico cliente.

Né pare insuperabile il rilievo di impegnare la banca sotto il profilo formale: in quanto soggetti vigilati l'*iter* deliberativo – in relazione a banche e intermediari finanziari – è sempre documentato all'interno della banca e sono note le responsabilità assunte in ordine alla profilazione del cliente; così pure il potere di firma è attribuito nella delibera dei poteri normalmente al direttore di filiale per l'attività ordinaria e secondo regole analitiche precisate nei poteri di delibera in appositi regolamenti vincolanti interni alla banca deliberati dall'Amministratore Delegato, Direttore Generale a seconda delle deleghe e i poteri ripartiti in base alle regole di diritto societario e le delibere di CdA.

La risposta in ordine al quesito posto circa la compatibilità – con riferimento ai contratti asimmetrici – della predisposizione unilaterale congiunta alla *traditio* del contratto predisposto al cliente pare, quindi, doversi considerare in senso affermativo per le seguenti ragioni.

Innanzitutto, l'ambito di applicazione di tale criterio di imputazione alternativo è quello dei contratti asimmetrici ossia di contratti caratterizzati da uno squilibrio tra le parti che richiede protezione del soggetto svantaggiato. Tale protezione – di regola anche se non sempre – viene soddisfatta dall'utilizzo del precetto di forma informativa necessaria: forma funzionalmente asservita alla tutela appunto del soggetto più debole, svantaggiato rispetto al contraente forte, nel caso di specie Banca o intermediario finanziario.

In secondo luogo, il contratto asimmetrico è contratto predisposto unilateralmente, proprio in ragione dell'asimmetria fondante la categoria negoziale stessa, al contraente forte che impone condizioni generali e individuali al cliente. Condizioni generali e individuali di contratto predisposte unilateralmente dal contraente forte su moduli intestati al predisponente.

⁽⁵⁶⁾ MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, in *Trattato dir. civ. e comm.*, già diretto da Cicu, Messineo e Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2012, p. 466 ss.

In terzo luogo, al predisponente è fatto obbligo della consegna, *traditio*, del contratto scritto al cliente (art. 23, comma 1, TUF e artt. 37-38 Regolamento intermediari per i contratti finanziari e 117 TUB per i contratti bancari): la consegna del contratto è espressione della volontà del predisponente di fare proprio il contenuto negoziale anche in assenza della sottoscrizione del medesimo.

Infine, il *precetto di forma informativa* è compatibile con il *criterio di imputazione alternativo* alla sottoscrizione risultante dal combinato disposto di predisposizione individuale seguita da *traditio* del contratto predisposto: forma e imputazione del documento, ad un attento esame, non sono, infatti, concetti sovrapponibili sebbene possano apparire *prima facie* come tali.

Il contratto predisposto unilateralmente per iscritto è, quindi, imputabile al predisponente per il sol fatto di essere espresso su modulo contrattuale stampato - intestato alla banca o intermediario finanziario predisponente - ed emesso con la consegna al cliente da parte del funzionario abilitato ⁽⁵⁷⁾.

(57) Secondo Cass. 24 marzo 2016, n. 5919: «La stipulazione del contratto non può viceversa essere desunta, per via indiretta, in mancanza della scrittura, da una dichiarazione quale quella nella specie sottoscritta dalla M.: “Prendiamo atto che una copia del presente contratto ci viene rilasciata debitamente sottoscritta da soggetti abilitati a rappresentarvi”. La verifica del requisito della forma scritta *ad substantiam* si sposta qui sul piano della prova (è la stessa banca ricorrente, del resto, a riconoscerlo), ove trova applicazione la disposizione dettata dal codice civile che consente di supplire alla mancanza dell'atto scritto nel solo caso previsto dall'art. 2725 c.c., comma 2, che richiama l'art. 2724 c.c., n. 3: in base al combinato disposto di tali norme, la prova per testimoni di un contratto per la cui stipulazione è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, è dunque consentita solamente nell'ipotesi in cui il contraente abbia perso senza sua colpa il documento che gli forniva la prova del contratto. E la preclusione della prova per testimoni opera parimenti per la prova per presunzioni ai sensi dell'art. 2729 c.c., nonché per il giuramento ai sensi dell'art. 2739 c.c. Interdetta è altresì la confessione (Cass. 2 gennaio 1997, n. 2; Cass. 7 giugno 1985, n. 3435) quale, in definitiva, sarebbe la presa d'atto, da parte della M., della consegna dell'omologo documento sottoscritto dalla banca. D'altronde, la consolidata giurisprudenza di questa Corte esclude l'equiparazione alla “perdita”, di cui parla l'art. 2724 c.c., della consegna del documento alla controparte contrattuale. Nell'ipotesi prevista dalla norma, difatti, il contraente che è in possesso del documento ne rimane privo per cause a lui non imputabili: il che è il contrario di quanto avviene nel caso della volontaria consegna dell'atto, tanto più in una vicenda come quella in discorso, in cui non è agevole comprendere cosa abbia mai potuto impedire alla banca, che ha predisposto la modulistica impiegata per l'operazione, di redigere il “contratto quadro” in doppio originale sottoscritto da entrambi i contraenti. È stato al riguardo più volte ripetuto che, in tema di contratti per cui è prevista la forma scritta *ad substantiam*, nel caso in cui un contraente non sia in possesso del documento contrattuale per averlo consegnato all'altro contraente, il quale si rifiuti poi di restituirlo, il primo non può provare il contratto avvalendosi della prova testimoniale, poiché non si verte in un'ipotesi di perdita incolpevole del documento ai sensi dell'art. 2724 c.c., n. 3, bensì di

Ad effetto esterno il tema dei poteri del funzionario è irrilevante per l'affidamento che la consegna del contratto predisposto al cliente genera in quest'ultimo: il problema dei poteri è semmai un fatto interno nel caso di specie.

La giurisprudenza ricorre, infatti, senza esitazioni alla presunzione *tranchant* per cui l'imprenditore è da considerarsi responsabile per gli atti compiuti in suo nome da qualsiasi persona da lui incaricata, giungendo a ritenere applicabile l'art. 2208 c.c. anche ai c.d. *ausiliari atipici*, ossia, ai dipendenti che, in virtù della loro posizione, si trovano a concludere affari con terzi⁽⁵⁸⁾.

Il principio dell'apparenza del diritto non può tutelare l'affidamento del terzo contraente nel caso in cui la legge stabilisca speciali mezzi di pubblicità mediante i quali sia possibile controllare con l'ordinaria diligenza la titolarità e i limiti del potere altrui, come nel caso di società di capitali regolarmente costituite.

Tuttavia, nonostante l'enunciato principio, la giurisprudenza⁽⁵⁹⁾ pare incline a ricorrere, comunque, al principio di affidamento incolpevole del terzo sulla base del principio dell'apparenza del diritto, concedendo tutela al terzo in buona fede, nel caso in cui sia riscontrabile anche un compor-

impossibilità di procurarsi la prova del contratto ai sensi del precedente n. 2 di tale articolo (Cass. 26 marzo 1994, n. 2951; Cass. 19 aprile 1996, n. 3722; Cass. 23 dicembre 2011, n. 28639, la quale ha precisato che l'esclusione della prova testimoniale opera anche al limitato fine della preliminare dimostrazione dell'esistenza del documento, necessaria per ottenere un ordine di esibizione da parte del giudice ai sensi dell'art. 210 c.p.c.; per completezza occorre dire che c'è un precedente di segno diverso, Cass. 29 dicembre 1964, n. 2974, ma si tratta di un'affermazione assai remota, isolata e per di più concernente una fattispecie in parte diversa)».

⁽⁵⁸⁾ Cass. civ., 15 marzo 2006, n. 5671; Cass. civ. 18 ottobre 1991, n. 11039, in Mass. Giur. It., 1991. Interessante, sul punto, è poi la già citata Cass. civ., 19 febbraio 1993, n. 2020, in Foro It., 1994, I, c. 159, che così ha stabilito: «Il principio dell'apparenza del diritto e dell'affidamento esige che chi lo invoca fornisca la prova di aver confidato senza sua colpa in una situazione ragionevolmente attendibile, anche se non conforme alla realtà, senza che occorra la sussistenza dell'ulteriore elemento costituito dal comportamento colposo del soggetto nei cui confronti è invocata l'apparenza; pertanto è imputabile all'imprenditore preponente l'atto di transazione con cui l'ausiliario preposto all'ufficio vendite provveda a definire un'insorta contestazione sui vizi della cosa venduta».

⁽⁵⁹⁾ Si veda *ex multis* Cass., 13 agosto 2004, n. 15743, in Foro it., 2004, I, c. 3318, secondo cui: «Il principio dell'apparenza del diritto può essere invocato anche nel caso in cui il terzo, contrattando con una società di capitali, sia in grado di verificare, sulla base dei pubblici registri, l'esistenza dei poteri di rappresentanza del soggetto che agisce in nome e per conto della società» e «In tema di rappresentanza, il terzo contraente ha soltanto la facoltà, e non anche l'obbligo, di controllare, a mente dell'art. 1393 c.c., se colui che si qualifichi rappresentante sia in realtà tale, sicché non basta il semplice comportamento omisivo del terzo stesso per costituirlo in colpa nel caso di abuso della procura (o di mancanza della stessa), occorrendo, per converso, ai fini dell'affermazione che egli abbia agito senza la dovuta diligenza, il concorso di altri elementi».

tamento colposo del rappresentato tale da ingenerare nel terzo una ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato validamente conferito al rappresentante apparente ⁽⁶⁰⁾.

La tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi raggiunge poi la massima estensione proprio con riferimento al settore bancario in cui nessun dubbio, invece, sussiste in merito alla qualifica di institore del dirigente di banca preposto ad una filiale o succursale ⁽⁶¹⁾.

La forma, come noto, è il modo con cui viene estrinsecata la volontà negoziale, il modo esteriore per manifestare la volontà del dichiarante: la forma scritta del contratto richiede l'estrinsecazione mediante produzione di un documento scritto e l'ulteriore elemento dell'attribuzione di paternità, di regola, mediante sottoscrizione. Si ribadisce, tuttavia, che la sottoscrizione è altro rispetto alla manifestazione della volontà: è lo strumento tecnico di imputazione della volontà manifestata in una certa forma.

La sottoscrizione del predisponente non appartiene al procedimento di formazione se non è prevista dalla legge o voluta da una parte o dalle parti nell'esercizio dell'autonomia privata procedimentale: la sottoscrizione del soggetto abilitato predisponente può quindi mancare senza che l'assenza incida sul procedimento di conclusione del contratto ⁽⁶²⁾.

E ancora si è osservato che il "farsi per iscritto" dell'art. 1350 c.c. è, come osservato da attenta dottrina, un *tipo di simbolo* a prescindere dall'identità del dichiarante "quando dico forma scritta o forma orale non mi riferisco ad una *qualità del soggetto* ma dell'oggetto, cioè del simbolo" ⁽⁶³⁾: la sottoscrizione del contratto non riguarda la forma dello stesso, la sottoscrizione è altro dalla volontà espressa ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶⁰⁾ L'iscrizione nel registro delle imprese di eventuali limitazioni ai poteri dei suoi ausiliari per tutelarsi da eventuali pretese di terzi potrebbe, quindi, non rivelarsi sufficiente nel caso di comportamento colposo del rappresento: sul tema si veda, per tutti, GALGANO, *Sul principio generale dell'apparenza del diritto*, in *questa rivista*, 2009, p. 1137 ss.

⁽⁶¹⁾ Così giurisprudenza dominante: Cass., 19 aprile 2011, n. 8976; Cass., 25 luglio 2008, n. 2042; Cass., 22 febbraio 2002, n. 2573, in *Giur. it.*, 2002, c. 1648; Cass., 18 febbraio 2000, n. 1819, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 554.

⁽⁶²⁾ MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, cit., p. 471.

⁽⁶³⁾ ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e firme equivalenti*, Milano, 1997, p. 84 il quale osserva inoltre che quando si dice che mancando l'autografia della sottoscrizione manca la forma dell'atto si cade in un equivoco di fondo «l'autografia non è un qualifica intrinseca del simbolo (non si ricava dall'ispezione della traccia), poiché designa propriamente l'associazione tra segno e soggetto, cioè la *paternità materiale*: estranea ai requisiti materiali dello scrivere (dell'esprimersi per simboli), l'autografia indica un nesso *eziologico* tra scritto e scrivente, la riferibilità del tratto grafico ad un determinato soggetto».

⁽⁶⁴⁾ Così MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, cit., p. 472.

Conseguentemente, nel caso in cui il contratto sia manifestato mediante predisposizione unilaterale individuale del contratto in forma scritta, pare assolto correttamente il precetto di forma informativa anche in assenza della sottoscrizione del predisponente purché si dia corso alla *consegna* al cliente del documento contrattuale stesso stampato su modulo intestato al predisponente così da consentirne l'inequivoca imputazione al medesimo ⁽⁶⁵⁾.

Il momento perfezionativo della dichiarazione si colloca, infatti, in una fase successiva alla semplice formulazione di un testo scritto (fase espressiva) che rimane modificabile sino a quando rimane nella sfera intangibile del titolare, ossia nel momento della definitiva sottrazione del testo scritto al proprio controllo (fase emissiva) che segna il passaggio da un progetto di dichiarazione a una dichiarazione negoziale in senso stretto ⁽⁶⁶⁾.

Nel caso di specie la declaratoria di nullità del contratto sottoscritto *ex uno a latere* da parte del cliente oppure, caso ancora più grave, ove la sottoscrizione non sia contestuale sullo stesso contratto predisposto, pare in entrambi i casi, non condivisibile e non richiesto dalla funzione protettiva della forma informativa – invero soddisfatta dalla *consegna*, da parte della banca o dell'intermediario finanziario, del contratto scritto – che deve appunto tutelare il soggetto svantaggiato e non divenire strumento di abuso di diritto da parte del contraente debole, in danno del predisponente ⁽⁶⁷⁾.

⁽⁶⁵⁾ Secondo 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)*, in *I contratti*, 2008, p. 80 ss. la nullità prevista dall'ultima parte dell'art. 23 TUF sarebbe riferibile all'intera prima parte, quindi, sia all'obbligo della redazione per iscritto del contratto che all'obbligo di consegna di copia del contratto scritto; *cui adde* INZITARI e PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008, p. 191 *Contra*, ALPA, *Commento all'art. 23*, in *Commentario al Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, I, Padova, 1989, p. 263 ss.; e DI SABATO, *Il documento contrattuale*, Milano, 1998, p. 93 ss.

⁽⁶⁶⁾ ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e firme equivalenti*, Milano, 1997, p. 33 ss.

⁽⁶⁷⁾ Si tenga, inoltre, presente che l'art. 19, par. 7, dir. 2004/39 (Mifid I) e l'art. 25, par. 5, dir. 2014/65 (Mifid II), stabiliscono quanto segue «le imprese di investimento predispongono una registrazione che comprende il documento o i documenti concordati tra l'impresa di investimento ed il cliente»: precetto che dovrebbero depotenziare, se osservati, almeno de futuro le divergenze interpretative in ordine al contratto asimmetrico bancario monofirma. Gli intermediari finanziari erano chiamati dalla Mifid I e sono chiamati dalla Mifid 2 a "registrare", ossia a conservare copia integrale dei contratti che concludono: copia del documento contrattuale, ossia del documento contenente l'intero contratto e non di copia della sola proposta o della sola accettazione. Solo così facendo è, infatti, consegnarne un esemplare al cliente al momento della conclusione del contratto o in un momento

Si è osservato che il nostro sistema positivo ammetterebbe tre casi in cui un documento scritto sia suscettibile di essere imputato a un soggetto ⁽⁶⁸⁾:

- il documento rappresenta il proprio autore attraverso un soggetto qualificato, il pubblico ufficiale rogante;
- il documento rappresenta il proprio autore attraverso la sottoscrizione del patronimico;
- il documento rappresenta il proprio autore attraverso l'indicazione del mittente ⁽⁶⁹⁾.

Per le suestiposte argomentazioni, il contratto asimmetrico – che è contratto predisposto unilateralmente basato su condizioni di contratto generali e clausole individuali – parrebbe segnare l'emersione di una quarta suggestiva e originale ipotesi di imputazione valevole per il solo predisponente:

il documento predisposto unilateralmente rappresenta il predisponente attraverso il modulo contrattuale stampato, intestato al predisponente, così da consentirne l'inequivoca imputazione al medesimo, congiuntamente alla *traditio* dello stesso al cliente.

successivo. Sul punto LA ROCCA, *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, in Il Caso.it, 2017*, p. 15 ss. rileva in proposito criticamente in ordine al contratto monofirma che: «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».

⁽⁶⁸⁾ ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e firme equivalenti*, Milano, 1997, p. 336. L'a. osserva, inoltre, che la forma *ad substantiam* non richiede sempre la sottoscrizione della parte, così da ammettersi anche un atto formale non sottoscritto e la sottoscrizione non deve essere sempre autografa a pena di nullità essendo ammessi anche criteri di imputazione alternativi. Inoltre l'a. (*op. cit.*, p. 389) pare propenso a non escludere né il contratto solenne *per facta concludentia* rappresentato da idoneo documento: forma necessaria non equivale a forma espressa. Si veda in tal senso anche IRTI, *Testo e contesto*, cit., p. 75; e C. M. BIANCA, *Il contratto*, p. 115 e 296 secondo cui anche le dichiarazioni tacite di volontà possono assolvere all'onere di forma scritta.

⁽⁶⁹⁾ Il «consegnare o far consegnare» dell'art. 2705 c.c.

Ipotesi interpretativa che nella formulazione estensiva, richiede certamente ulteriore riflessione prima di potersi considerare acquisita, ma che potrebbe rendere applicabile – fatti salvi i casi in cui la legge richieda espressamente la sottoscrizione delle parti – la fattispecie del *contratto monofirma* a tutti i contratti asimmetrici in genere per effetto dell'essenziale compresenza degli elementi della predisposizione unilaterale del contraente forte e *traditio* al contraente debole del documento contrattuale predisposto su modulo intestato al predisponente.

Nell'ipotesi interpretativa restrittiva – limitata ai contratti asimmetrici bancari e di investimento – l'applicazione dell'originale criterio di imputazione alternativo alla sottoscrizione, sempre relativamente al solo predisponente, potrà, con maggior sicurezza, essere utilmente adottata anche al fine di mitigare il controverso fenomeno dell'abuso di diritto da parte del contraente debole mediante esercizio di azione di nullità selettiva per difetto di sottoscrizione da parte del contraente forte ⁽⁷⁰⁾.

Si tratta, invero, di applicare tale criterio nell'ambito circoscritto costituito dai quei contratti asimmetrici bancari e di investimento che sono normativamente caratterizzati, con massima intensità, dal fenomeno predispositivo, in forza dei *principi di adeguatezza e coerenza contrattuale*, tipici solo di questi: potere predispositivo che così viene specificamente declinato e rafforzato, rispetto ai generici contratti asimmetrici, da generale a individuale, da solo controllato *ex post* dall'Autorità Giudiziaria a vigilato anche *ex ante* dalle Autorità di controllo competenti, da completo e giusto ad adeguato e coerente.

6. – L'indagine svolta nel corso del presente studio ⁽⁷¹⁾ si ritiene abbia fondatamente messo in luce il rilievo autonomo – avvalorato dall'analisi dell'eterogenea normativa settoriale post-codicistica – della peculiare *for-*

⁽⁷⁰⁾ Sul tema si vedano: SCALISI, *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, *passim*; ID., *Il diritto europeo dei rimedi invalidità e inefficacia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, p. 847 ss.; SEMEGHINI, *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010; GHIONNI CRIVELLI VISCONTI, *La nullità dei contratti bancari e dei servizi di investimento privi di sottoscrizione dell'intermediario*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, p. 165 ss.; MALVAGNA, *Nullità di protezione e "nullità selettive"*. A proposito dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 12390/2017, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2018, I, p. 828 ss. e TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., p. 219 ss.

⁽⁷¹⁾ Si rinvia per ulteriori approfondimenti allo studio monografico TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., *passim*.

ma *informativa* del contratto asimmetrico rispetto alla forma *ad substantiam* tradizionale del contratto simmetrico di diritto comune.

Tale disamina consente, a prudente avviso di chi scrive, di pervenire, oltre alle tradizionali elaborazioni in punto di forma *ad substantiam*, *ad probationem* e *ad regularitatem* alla seguente ulteriore e moderna distinzione, che pur sempre nel quadro di una ricostruzione tendenzialmente unitaria delle forme contrattuali tenga conto della specialità della *forma informativa*.

Alla tradizionale forma *ad substantiam* del contratto, *forma strutturale* soggetta alla sanzione invalidante della *nullità assoluta* del Codice Civile, si ritiene potersi, quindi, ragionevolmente aggiungere, all'esito di una lettura assiologica moderna, costituzionalmente orientata, non dogmatica, del nuovo diritto contrattuale, la nuova *forma informativa* del contratto *asimmetrico*, *forma funzionale* posta, innanzitutto, anche se non esclusivamente, a tutela del contraente debole e, per tale ragione, soggetta al rimedio protettivo della *nullità relativa* della normativa settoriale post-codicistica ⁽⁷²⁾.

Tale forma *informativa funzionale*, dai tratti speciali, pare doversi, si ribadisce, ritenere diversa ed autonoma rispetto alla forma tradizionale strutturale per la validità del contratto ⁽⁷³⁾.

I precetti di forma sono differenti e non sono sovrapponibili; conseguentemente delle due l'una: o si è in presenza di un contratto soggetto a precetto di forma strutturale, segnalato dalla sanzione della *nullità assoluta* di diritto comune; oppure si è in presenza di un contratto soggetto a precetto di forma *informativa*, segnalato dalla sanzione, speciale, della *nullità relativa* protettiva ⁽⁷⁴⁾.

⁽⁷²⁾ Riconoscono la specialità della *nullità relativa* – accanto a *nullità assoluta* e *annullabilità* – consacrando la norma paradigmatica dell'art. 36 del Codice del Consumo le note sentenze Cass., sez. un., 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243.

⁽⁷³⁾ Così in forza della condivisibile lettura assiologica P. PERLINGIERI, *Forma e formalismo degli interpreti*, cit., spec. p. 12 ss. e p. 59 ss.; P. PERLINGIERI, "Controllo" e "conformazione" degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. Dir. Civ.*, 2017, p. 204 ss.; MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in questa rivista, 2011, p. 30 ss.; e da ultimo BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, cit., 149 ss.; *contra*, per una lettura marcatamente strutturale conforme al magistero irtiano, 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 *Contratti*, 2017, p. 686.

⁽⁷⁴⁾ Si veda sul tema V. FRANCESCHELLI, *La nullità del contratto*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato da Schlesinger e diretto da Busnelli, Milano, 2015, *passim*; cui *adde* VENOSTA, *Nuovi profili della nullità*, in ID., *Tre studi sul contratto*, cit. p. 211 ss.; ADDIS, "Neoformalismo" e tutela dell'imprenditore debole, in *Obbl. Contratti*, 2012, p. 6 ss.; POLI-

Si è, inoltre, avuto modo di chiarire che nel Codice Civile le prescrizioni di contenuto sono residuali mentre nel nuovo diritto dei contratti costituiscono la regola: tali prescrizioni di contenuto filtrano dal *procedimento* nel contratto attraverso la *forma informativa*.

Sono evidenti – anzi si sublimano con massima intensità – i tratti caratterizzanti la nuova *forma informativa* anche nei contratti asimmetrici bancari e di investimento ⁽⁷⁵⁾: la funzione informativa e conformativa della forma contrattuale oltre alla natura asimmetrica ⁽⁷⁶⁾ essendo destinata a proteggere una parte soltanto, quella più debole e svantaggiata rispetto al soggetto forte predisponente il documento contrattuale.

La *forma informativa* non soddisfa esclusivamente la funzione di predeterminare inequivocamente i requisiti di forma-contenuto del contratto ma assicurando una compiuta conoscibilità dell'operazione economico-giuridica concorre anche, di riflesso, allo sviluppo di un mercato trasparente e concorrenziale ⁽⁷⁷⁾.

DORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Camerino-Napoli, 2001; GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa Dir. Privato*, 2011, p. 77 ss.; G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2011, p. 89, in merito all'autonomia della nullità relativa rispetto quella assoluta ritiene necessario "configurare una categoria unitaria di nullità (e di invalidità)". Il metodo appropriato per ordinare e ricondurre a unità uno scenario normativo eterogeneo viene individuato nella teorica del «giusto rimedio» elaborata da P. PERLINGIERI, *Il « giusto rimedio » nel processo civile*, in *Giusto Processo Civile*, Napoli, 2011, 1 ss.; cui adde ID., *Regole del mercato e tutela dell'investitore: riflessioni a margine della MIFID*, in *Corti pugliesi*, 2008, p. 473 ss.: il rimedio «è soltanto uno strumento, e non rappresenta un valore», di modo che «la scelta del rimedio utile deve essere parametrata in virtù delle peculiarità del caso concreto» onde «verificare quali interessi sono effettivamente coinvolti, bilanciarli nella logica del sistema e, in ultimo, individuare la misura più adeguata per la loro tutela».

⁽⁷⁵⁾ Sulla ricostruzione approfondita dei tratti distintivi della forma informativa nei contratti asimmetrici bancari e di investimento si veda *amplius* TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, Milano, 2018, *passim*, spec. p. 131 ss.

⁽⁷⁶⁾ Osserva MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto, Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit., p. 215 che: "A confermare tale asimmetria, il primo comma dell'art. 127 TUB ammette la derogabilità delle disposizioni in materia di trasparenza «solo in senso più favorevole al cliente», così assumendo (anche) le regole di forma carattere inderogabile solo dal lato del contraente forte, mentre l'aderente potrà validamente opporre alla banca anche una pattuizione orale, ove questa risulti per lui favorevole, nonché pretendere che sia la banca, obbligata alla documentazione del rapporto, a fornire prova dell'inconsistenza della pretesa del cliente, in ipotesi difforme da quanto avrebbe dovuto essere consacrato nello scritto".

⁽⁷⁷⁾ GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 20 ss., ivi p. 31, cui adde ROS. ALESSI, *Luci e ombre del nascente diritto europeo dei contratti*, in *Diritto europeo e autonomia contrattuale*, Palermo, 1999, p. 7 ss., *ivi* p. 23 ss.

Nel quadro dell'evidente diversità delle regole inerenti i contratti bancari (TUB, da un lato) e contratti di investimento (TUF, dall'altro) è, tuttavia, dato registrare l'emersione, nella normativa settoriale post-codicistica, dei seguenti tratti comuni caratterizzanti la nuova *forma informativa* peculiare dei contratti asimmetrici *rectius* contratti predisposti unilateralmente dal contraente forte.

Innanzitutto, il ricorso alla scrittura del contratto con *funzione protettiva asimmetrica*, ossia a tutela del solo contraente debole, per contratti che, invece, il Codice Civile ammetterebbe anche orali: il farsi per iscritto mediante esercizio del potere di *predisposizione unilaterale*, del contratto redatto per scritto, da parte del contraente forte.

In secondo luogo, la predeterminazione normativa del contenuto informativo con funzione conformativa al modello contrattuale legale: il documento contrattuale, attraverso il ricorso allo strumento della forma informativa, cristallizza il *contenuto minimo* che il contratto deve inderogabilmente contenere ⁽⁷⁸⁾.

In terzo luogo, la funzione di trasparenza: intesa quale parte integrante del precetto di forma, comprensivo dei corollari di *chiarezza e leggibilità*, qualità essenziali documento contrattuale scritto.

In quarto luogo, la *funzione di completezza* del regolamento contrattuale con conseguente divieto di rinvio a fonti *extra* testuali: la completezza del documento contrattuale, comprensiva dei corollari di *omnicomprensività e autosufficienza*, costituisce fonte esclusiva del regolamento contrattuale.

In quinto luogo, la *funzione di conoscibilità effettiva* del regolamento contrattuale mediante *traditio* del documento contrattuale predisposto unilateralmente dal contraente forte: obbligo del predisponente, parte integrante della *forma informativa*, che assicura al contraente debole il *possesso* del contratto stesso.

Predisposizione unilaterale del documento contrattuale – redatto per iscritto – e *traditio* del documento stesso al contraente debole che, con-

⁽⁷⁸⁾ L'art. 37 del Regolamento *Intermediari Consob* n. 20307 del 15 febbraio 2018 stabilisce e cristallizza un *contenuto minimo* dei contratti di investimento: «1. Gli intermediari forniscono i propri servizi di investimento, compresa la consulenza in materia di investimenti che preveda lo svolgimento di una valutazione periodica dell'adeguatezza degli strumenti finanziari o dei servizi raccomandati, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente. 2. Gli intermediari di cui all'articolo 35, comma 1, lettera b), applicano l'articolo 58 del regolamento (UE) 2017/565. 3. (omissis) 4. Fermo restando quanto previsto ai sensi del TUB, le disposizioni di cui al presente articolo si applicano al servizio accessorio di concessione di finanziamenti agli investitori».

giuntamente tra loro, possono valere nel contratto asimmetrico, bancario e di investimento, quale *criterio di imputazione della dichiarazione alternativo* – non equipollente – alla sottoscrizione del predisponente.

D'altra parte art. 117 TUB e 23 TUF non richiedono espressamente l'utilizzo della *scrittura privata* delineata dall'art. 2702 c.c. – che per vero è norma sulla prova e non sulla forma ⁽⁷⁹⁾ – ma si riferiscono più semplicemente alla *redazione per iscritto* dei rispettivi contratti: non è, quindi, precluso *ex lege* il ricorso a criteri di imputazione del documento scritto alternativi alla sottoscrizione.

Inoltre, come è stato correttamente osservato da attenta dottrina, la sottoscrizione del predisponente non appartiene – di regola – al procedimento di formazione: emblematico il riferimento all'art. 1341, comma 2, c.c. che si limita a richiedere all'*aderente* – non anche al *predisponente* – la *specificata approvazione per iscritto* delle clausole vessatorie ⁽⁸⁰⁾. La sottoscrizione, invero, diviene essenziale solo se espressamente prevista dalla legge o voluta da una parte o dalle parti nell'esercizio dell'autonomia privata procedimentale, come nel caso in cui sia richiesta una specifica

⁽⁷⁹⁾ Come osserva anche MODICA, *Il volto crudele, ma autentico, del formalismo "informativo"*, cit., p. 1286 ss., «È del resto lo stesso Codice Civile – con norma che non può ritenersi eccezionale ed esprime semmai "lungimiranti anticipazioni di un futuro annunciato" – ad incrinare il dogma istituendo una significativa equivalenza tra sottoscrizione e consegna all'art. 2705 c.c. Alla facile obiezione che a venire in rilievo in questo caso è l'efficacia probatoria del telegramma, può altrettanto facilmente replicarsi che anche l'art. 2702 c.c. si occupa di efficacia probatoria della scrittura privata, di cui non fornisce una definizione. La regola per cui un documento è scrittura privata solo se sottoscritto non è espressa, ma si trae per inferenza dalle disposizioni dedicate alle prove documentali: il dato è di notevole rilievo perché consiglia di ragionare ogni volta in termini di "stretta coerenza con l'intero assetto di regolazione delle scritture"; inoltre "nel sistema del TUF la "nullità per difetto di forma è posta nell'interesse del cliente": lontano dunque dalla logica "fattispecie-effetti", ed inequivocabilmente volta ad illuminare caratteri e finalità delle nuove forme». Si veda, in tal senso, su quest'ultimo profilo SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi invalidità e inefficacia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, I, p. 847 ss.

⁽⁸⁰⁾ MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, cit., p. 471. *Contra*, 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 *Contratti*, 2017, p. 683; cui *adde* 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*, in *Contratti*, 2017, p. 399 che seppur incline, in line di principio, ad ammettere la non essenzialità della sottoscrizione del predisponente con riferimento alle condizioni generali di contratto *ex art.* 1341 c.c. – ritenendo tale regola inapplicabile ai contratti bancari e di investimento in ragione della *personalizzazione* degli stessi – ne respinge l'ammissibilità in relazione a tali contratti omettendo, per vero, di riconoscere il peculiare fenomeno della *predisposizione individuale*.

sottoscrizione per l'accettazione in conformità a quanto previsto dall'art. 1326 c.c.

Solo la *sottoscrizione unilaterale del contraente debole* è, dunque, necessaria e sufficiente alla formazione del *contratto asimmetrico monofirma* bancario e di investimento: la sottoscrizione del soggetto abilitato predisponente può, invece, mancare senza che l'assenza incida sul procedimento di conclusione del contratto ⁽⁸¹⁾. La *predisposizione unilaterale individuale* non si ritiene, infatti, incompatibile con la *personalizzazione* distintiva dei contratti bancari e di investimento.

La previsione di *nullità relativa* – e non assoluta – fornisce ulteriore sostegno alla tesi qui prospettata: la legittimazione unilaterale all'impugnativa sottende la funzione protettiva correlata all'unilateralità della sottoscrizione così come, specularmente *a contrariis*, la legittimazione bilaterale implica la bilateralità della sottoscrizione.

L'applicazione della *nullità protettiva asimmetrica*, quindi relativa e parziale, in caso di violazione del precetto di *forma informativa*: così come asimmetrica è la contrattazione e il contratto predisposto unilateralmente dal contraente forte così asimmetrica è la funzione protettiva della forma informativa, abbinata a nuove tecniche di integrazione e sostituzione *ex lege* con prevalente funzione rimediabile conservativa e non invalidante.

A tali tratti distintivi generali della *forma informativa* dei *contratti asimmetrici*, con riferimento specifico ai *contratti asimmetrici bancari e di investimento*, si deve aggiungere il rafforzamento operato dai *principi di adeguatezza e coerenza*: lo speciale dovere di consiglio in capo al soggetto professionale che integra e rafforza il generale dovere di informazione in modo tale che oltre ad informare il medesimo debba anche adeguatamente e coerentemente abbinare *profilo di rischio del cliente* – ed esigenze concrete di questo – con i *giusti* prodotti bancari e finanziari offerti.

Per effetto dei *principi di adeguatezza e coerenza contrattuale*, peculiari dei contratti asimmetrici bancari e di investimento, il potere di predisposizione unilaterale del regolamento contrattuale si declina in tale specifico contesto negoziale – diversamente dal contratto asimmetrico in generale dove tale potere predispositivo unilaterale si esprime, invece, in termini impersonali, di massa – in termini personalizzati, all'esito della profilazione del cliente richiesta dalla rispettiva normativa settoriale, bancaria e di

(81) MAGGIOLO, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*, cit., p. 471.

intermediazione finanziaria: si passa, quindi, dalla predisposizione di massa dei contratti asimmetrici in generale, alla *predisposizione individuale* tipica dei contratti asimmetrici bancari e di investimento.

Proprio nella *predisposizione contrattuale unilaterale e individuale scritta* – peculiare, come si è osservato, dei contratti bancari e di investimento, espressione dei *principi di adeguatezza e coerenza*, sempre congiunta alla *traditio* del documento contrattuale – è dato rinvenire il *singolare* criterio di imputazione del contratto scritto – alternativo alla sottoscrizione, in deroga all'art. 2702 c.c. – almeno *ex uno a latere*, ossia relativamente al soggetto predisponente-*contraente forte*.

Una forma inderogabile solo da una parte e una nullità azionabile solo da una parte non fanno altro che “correggere, con uno squilibrio, lo squilibrio proprio della contrattazione non negoziata caratteristica della dialettica banca-risparmiatore: l'asimmetria del rimedio è dunque funzionale a riequilibrare un rapporto che nasce sbilanciato ed insieme accompagnare una forma sempre più flessibile” (82).

In tale contesto asimmetrico e funzionale alla protezione del contraente debole vengono, quindi, travolte, come già osservato, le regole tradizionali della nullità assoluta e insanabile che diviene relativa e sanabile di fronte al superiore principio – vigente in tale specifico contesto del contratto asimmetrico – di conservazione del contratto oltre che del principio della permeabilità delle informazioni nella struttura contrattuale stessa, dovendosi considerare tendenzialmente superato, per le già esposte ragioni, il principio di separatezza tra regole di condotta e regole di validità.

Dal nuovo paradigma contrattuale – *asimmetrico* – oggetto della presente indagine discende l'ulteriore *asimmetria della forma informativa* – che non essendo, a parere di chi scrive, si ribadisce nuovamente, sovrapponibile alla tradizionale forma scritta *ad substantiam*, essendo diverse natura e funzioni come si è cercato di dimostrare, validamente può essere assolta non solo con la sottoscrizione bilaterale – contestuale sullo stesso documento contrattuale o non contestuale su separati documenti contrattuali, purché collegati tra loro sotto il profilo procedimentale – ma anche altrimenti, mediante ricorso a *criteri di imputazione alternativi* della volontà, meritevoli di accoglimento a tutela degli interessi concreti del contraen-

(82) Così MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto, Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, cit., p. 252, che richiama il pensiero di SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 503.

te debole, ovviamente, nei casi in cui la legge non disponga diversamente in modo espresso.

Si ritiene, in proposito, opportuno formulare ulteriori considerazioni conclusive in ordine al controverso tema del *contratto asimmetrico monofirma: contratto predisposto* soggetto a forma scritta *ad informationem*, ossia soggetto al precetto di *forma informativa*.

Pare doversi ammettere il *contratto asimmetrico monofirma* limitatamente ai *contratti bancari e di investimento*, anche in ragione delle stringenti regole procedurali e di vigilanza a cui sono sottoposti i predisponenti, rispettivamente, da parte di Banca d'Italia e Consob, l'utilizzo da parte, del solo contraente forte – predisponente, di strumenti di imputazione della volontà alternativi alla sottoscrizione: tale metodo alternativo è stato individuato, come si è *supra* osservato, proprio nella *predisposizione unilaterale individuale* congiunta alla necessaria *traditio* del documento contrattuale predisposto dal contraente forte alla parte debole (83).

I contratti predisposti bancari e di investimento *monofirma* sono, quindi, ammissibili e paiono potersi risolvere correttamente – *a pena di nullità relativa* in caso di violazione – nell'equazione negoziale seguente: *contratto asimmetrico monofirma = imputazione dichiarazione contraente forte mediante predisposizione unilaterale e individuale scritta + traditio al contraente debole del documento contrattuale su modulo intestato inequivocamente al contraente forte + raccolta firma contraente debole*.

Non osta, invero, a tale moderna ricostruzione di *forma informativa asimmetrica*, una definizione normativa *espressa* di forma scritta rigidamente e indissolubilmente correlata alla sottoscrizione.

L'utilizzo della *predisposizione unilaterale individuale scritta* del contraente forte del documento contrattuale congiuntamente alla *traditio* essenziale al contraente debole del documento contrattuale intestato inequivocamente al predisponente (84) – espressioni peculiari della contrat-

(83) Si veda in tal senso MAGGIOLÒ, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, Milano, 2012, p. 472, che ha avuto il merito di affrontare *ex funditus* il controverso tema fornendo una soluzione elegante, centrata sul fenomeno della predisposizione unilaterale, così aprendo un acceso, quanto opportuno, dibattito dottrinale in merito ai criteri di imputazione della forma scritta, prodromico al superamento della lettura tradizionale della forma da attualizzarsi in relazione al contesto normativo specifico del nuovo paradigma contrattuale asimmetrico, in particolare *sub specie* contratti bancari e di investimento.

(84) Sulla natura essenziale della *traditio* del documento contrattuale si veda DOLMETTA, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole*, Bologna, 2013, p. 97 ss.

tazione asimmetrica nel contesto bancario e finanziario – divengono allora strumento di identificazione del predisponente e criterio di imputazione della volontà, cristallizzata nel modulo contrattuale predisposto, non equipollente, ma *alternativo* alla sottoscrizione da parte del medesimo.

Si potrebbe, infine, tentare di giungere, per tale via, all'ulteriore estensione dalla teoria del *contratto asimmetrico monofirma*, in difetto di espresa richiesta normativa della sottoscrizione bilaterale, dall'ambito circoscritto dei contratti bancari e di investimento: applicando, come in altri contesti interpretativi, la *giusta flessibilità* propria della lettura funzionale ed assiologica costituzionalmente orientata ⁽⁸⁵⁾, a tutti i contratti asimmetrici ove tale criterio di imputazione – predisposizione contrattuale congiunta a *traditio* del documento contrattuale – si riveli concretamente idoneo a tutelare gli interessi, della parte debole, meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento giuridico.

Corre, tuttavia, l'obbligo di rilevare che una soluzione interpretativa differenziata pare essere ragionevole e fondata sul rapporto qualificatorio di *species a genus* che intercorre tra contrattazione asimmetrica nello specifico contesto bancario e di investimento e contrattazione asimmetrica in generale ⁽⁸⁶⁾.

In conclusione, per le suesposte ragioni, si ritiene opportuno riconoscere l'ambito di ammissibilità del *contratto monofirma* limitatamente al contesto *specifico* dei contratti asimmetrici bancari e di investimento, ove i presupposti applicativi risultano di maggiore evidenza e intensità in ragione della peculiare rilevanza - in termini di criterio di imputazione della

⁽⁸⁵⁾ Si veda sul punto la nota teoria del «giusto rimedio» elaborata da P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel processo civile*, in *Giusto Processo Civile*, Napoli, 2011, 1 ss.; cui adde ID., *Regole del mercato e tutela dell'investitore: riflessioni a margine della MIFID*, in *Corti pugliesi*, 2008, p. 79 ss.

⁽⁸⁶⁾ Non si possono, invero, sottacere i singolari tratti distintivi – che evidenziano l'intensità e peculiarità del fenomeno predispositivo – dei contratti bancari e di investimento: da un lato, *i precetti di adeguatezza e coerenza contrattuale* che si estrinsecano mediante il potere specifico della *predisposizione unilaterale individuale da parte del contraente forte*; dall'altro, *la vigilanza delle Autorità di controllo sui contraenti forti bancari e finanziari*, sugli organi deliberanti, sulle procedure interne oltre che sui *procedimenti formativi-informativi* dei rispettivi contratti e sul corretto-trasparente esercizio del citato potere *predispositivo unilaterale individuale*. Per ulteriori approfondimenti sul *contratto asimmetrico-predisposto monofirma* bancario e di investimento oltre che sulle differenze qualificatorie, da un lato, dei *contratti asimmetrici in generale* e, dall'altro, dei *contratti asimmetrici bancari e di investimento*, in particolare, mi sia consentito rinviare alla recente monografia dello scrivente: TOSI, *Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*, cit., *passim*.

dichiarazione alternativo alla sottoscrizione, attribuibile al fenomeno, *supra* evidenziato - della *predisposizione contrattuale individuale – adeguata e coerente* – congiunta alla *traditio* del documento predisposto al *contraente debole* ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁷⁾ Pare, invero, opportuno, tenuto conto dello stato iniziale del controverso e acceso dibattito dottrinale in corso, in relazione agli altri eterogenei *contratti asimmetrici*, diversi da quelli bancari e di investimento per le suesposte ragioni, sottrarsi ad estensioni generalizzate e procedere a valutazione attenta – con la *giusta flessibilità* propria del metodo assiologico e funzionale costituzionalmente orientato – in relazione allo specifico contratto settoriale considerato, *caso per caso*, in concreto, attraverso il prisma delle fonti interne e comunitarie, dell'effettiva tutela e meritevolezza degli interessi protetti del contraente debole.