

Il pacchetto di riforma dell'Unione europea

Giovanni Sabatini

Ciampi e la recente storia italiana

Antonio Patuelli, Maurizio Sella, Pierluigi Ciocca,
Gian Maria Gros-Pietro, Ignazio Visco

Replicare i rating con un modello a debito perpetuo

Gaia Barone

Tesoreria accentrata, gli aspetti fiscali

Enzo Mignarri

Le Semestrali ABI al 31 dicembre 2017

Mensile dell'
**Associazione
Bancaria
Italiana**

anno 74

5

La forma funzionale nei contratti asimmetrici

Emilio Tosi

Forma informativa nei contratti asimmetrici. Contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento

Giuffrè Editore
Milano | 2018 |
pp. XII-276 | € 28

Il nuovo studio monografico del Prof. Avv. Emilio Tosi è interamente dedicato all'analisi delle problematiche giuridiche correlate all'attuale tema della nuova forma informativa nei contratti asimmetrici – quelli tra parti a potere negoziale diseguale – categoria a cui si ascrivono a pieno titolo anche i contratti bancari e di investimento.

Quattro i macrotemi trattati nei rispettivi capitoli: «Dalla forma strutturale alla forma funzionale» (Capitolo 1); «Emersione della forma informativa nei contratti asimmetrici» (Capitolo 2); «Forma informativa nei contratti asimmetrici bancari e di investimento» (Capitolo 3); «Violazione del precetto di forma informativa: nullità relativa e nullità selettiva» (Capitolo 4).

«La disciplina dei contratti bancari e dei contratti di investimento» – sottolinea l'Autore – «pur essendo le rispettive normative autonome tra loro, trova un punto di significativo contatto normativo in punto di forma informativa. Tema che può, quindi, fondatamente essere studiato in prospettiva unitaria essendo comuni le considerazioni che formuleremo in merito. Nell'ordinamento italiano, la forma dei contratti bancari (art. 117 Tub) e dei contratti d'investimento (art. 23 Tuf) è disciplinata in parte da norme di legge in parte a livello regolamentare».

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 e trasparente che segna il dissolvimento delle regole di condotta in regole di validità.

Viene superata la tradizionale distinzione tra regole di condotta e regole di validità, particolarmente rilevante in relazione 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 in relazione al profilo di rischio dell'investitore nel caso di servizi di consulenza in materia di investimenti o dalla gestione di portafogli (artt. 40-41 Regolamento intermediari) o appropriato nel caso di servizi diversi dalla consulenza in materia di investimenti e dalla gestione di portafogli (artt. 38-42 Regolamento intermediari).

Con le recenti sentenze della Corte di Cassazione, Sez. Un., 16 gennaio 2018, n. 898 (Pres. Rodorf - Est. DiVirgilio) e 23 gennaio 2018, n. 1653 (Pres. Rodorf - Est. DiVirgilio) la Suprema Corte è intervenuta sul tema controverso della forma informativa nei contratti di investimento statuendo il seguente principio di diritto: «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».

Si poneva – anteriormente alle citate sentenze delle Sez. Un. della Corte di Cassazione – la controversa, e rilevante, questione se, a norma dell'art. 23 Tuf, la sottoscrizione del contraente forte sia necessaria per la validità del contratto – accanto a quella dell'investitore – al fine della valida conclusione del contratto di gestione su base individualizzata di portafogli di investimento, che trova la sua fonte normativa nell'art. 24 Tuf. Invero, identico dubbio interpretativo sorge nel caso analogo dei contratti bancari, ai sensi dell'art. 117 Tub.

Secondo l'Autore – in piena adesione al *dictum* giurisprudenziale della Suprema Corte – «le previsioni formali dell'art. 23 Tuf e dell'art. 117 Tub sono dettate rispettivamente a fini esclusivi di tutela dell'investitore e del contraente bancario: da tale assunto discende il corollario dell'ammissibilità del controverso contratto bancario e di investimento monofirma. Monofirma nel senso che si tratta di contratto predisposto dall'operatore bancario o finanziario e sottoscritto solamente dal contraente debole: si ritiene, in tale contesto regolamentare, la predisposizione unilaterale estrinsecantesi attraverso la consegna del modulo contrattuale soggetto a forma informativa valido criterio alternativo di imputazione della volontà equipolente alla sottoscrizione».

Si discorre, quindi, correttamente di forma

informativa di protezione la quale, al pari della conseguente nullità di protezione, cui la violazione della stessa conduce, è volta specificamente a portare all'attenzione dell'investitore – la parte debole del rapporto asimmetrico, non tanto in senso socio-economico quanto sotto il profilo informativo-cognitivo perché soggetto sprovvisto delle informazioni professionali sul titolo e, più in generale, sugli andamenti del mercato finanziario – l'importanza del contratto che si accinge a perfezionare unitamente alla trasparente rappresentazione di tutte le clausole ritenute essenziali, anche quando in effetti non strettamente tali secondo il diritto comune, dal modello legale dello specifico contratto asimmetrico post-codicistico.

La prescrizione formale trova la sua *ratio* nel fine di assicurare la piena e corretta trasmissione delle informazioni al cliente, nell'obiettivo della raccolta di un consenso consapevole alla stipula del contratto: il consenso informato. Per tale ragione, la nullità di protezione può essere fatta valere solo dal cliente, oltre che rilevata d'ufficio dal giudice, sempre nell'esclusivo interesse e vantaggio del primo.

Come la nullità di protezione palesa caratteri speciali – innanzitutto la facoltà di esercizio solo da parte del contraente a cui favore è dettata, con l'eventualità, quindi, di una sanatoria del contratto viziato da nullità relativa – allo stesso modo la forma informativa ivi prevista, si ribadisce, non è la stessa prescritta *ad substantiam* dall'art. 1350 cod. civ. per i contratti simmetrici di diritto comune aventi a oggetto diritti reali su beni immobili.

L'Autore conclude osservando che «Si registra in relazione ai contratti asimmetrici, in partico-

lare bancari e di investimento, l'emersione della speciale forma informativa, diversa dalla forma tradizionale *ad substantiam*: tale nuova *species* di forma si ritiene possa considerarsi rispettata, perché soddisfatto è l'interesse alla conoscenza e alla trasparenza, o scopo informativo, cui essa è preordinata, anche nel caso di sottoscrizione da parte del soggetto debole come, appunto, nel caso del contratto monofirma, soggetto a *traditio* da parte del contraente forte al contraente debole. L'irrilevanza della sottoscrizione della banca o dell'inter-

mediario predisponente deriva pure dalla necessità, nel rispetto della lettura funzionale e costituzionalmente orientata della norma, di evitare una lettura dell'art. 117 Tub e dell'art. 23 Tuf disfunzionale e inefficiente per il mercato finanziario, anche a fini di prevenzione di un facile uso opportunistico dello strumento formale per arginare il ben noto problema dell'abuso di nullità selettiva da parte dell'investitore espressione di una condotta palesemente contraria a buona fede ex art. 1375 cod. civ.». ■