

Proprio le ultime precisazioni paiono eliminare in ogni caso un primo possibile ostacolo all'attribuire al voto con cui un socio approvi un progetto di bilancio che esponga un suo debito nei confronti della società anche la valenza di implicito riconoscimento della correttezza di quella specifica posta, dunque della sua accettazione. Inoltre, il fatto di trovarsi di fronte ad una manifestazione di volontà che pone comunque in primo piano la società (di cui il bilancio costituisce atto fondamentale) permette di individuare nell'ente, nella veste di creditore, il diretto destinatario della ricognizione: che è così perfezionata anche sotto il profilo della recettività, con la conseguente rimozione di un secondo ostacolo ipotizzabile.

In definitiva non sembra esservi incompatibilità concettuale tra manifestazione di voto e ricognizione di debito; il che consente — ecco il punto d'arrivo del discorso — di ritenere fondato l'inespresso presupposto intorno al quale paiono essersi sviluppati il dibattito processuale e la soluzione indicata dalla Cassazione, nella prospettiva della distinzione e dell'autonomia tra voto e deliberazione; e rende altresì possibile qualche ulteriore riflessione.

In primo luogo, prendendo spunto dal caso deciso, per chiedersi se l'effetto processuale previsto dall'art. 1988 c.c. si produrrebbe egualmente qualora il socio "debitore" esprimesse voto favorevole ma il progetto di bilancio non fosse approvato; o, ancora, quale ne sarebbe la sorte se, una volta ciò verificatosi, una deliberazione assembleare di segno positivo venisse poi annullata. Per quanto si è detto la risposta dovrebbe essere nel senso, rispettivamente, dell'esistenza e del perdurare del riconoscimento; con l'unica eccezione — pare di poter aggiungere — del venir meno della deliberazione collegata alla caduta delle ragioni fondanti l'affermazione del credito della società nei confronti del socio: che si tradurrebbe nel superamento dell'inversione dell'onere della prova determinatasi con la ricognizione.

Si può ritenere che la distinzione tra voto e deliberazione consenta anche di prendere posizione di fronte al possibile contrasto tra la sentenza oggi edita ed un principio recentemente espresso dalle Sezioni unite della Cassazione¹⁸: in base al quale «l'approvazione da parte dell'assemblea del bilancio di esercizio di una società di capitali contenente una posta relativa al compenso percepito dagli amministratori, qualora non vi sia stata una specifica discussione ed approvazione di tale posta, non integra gli estremi della deliberazione assembleare occorrente per l'attribuzione del predetto compenso che non sia già stabilito dallo statuto». Al riguardo va posto in risalto che in questo caso non rileva il voto espresso dall'uno o dall'altro socio ed il suo segno, bensì l'assenza di una distinta deliberazione, che l'art. 2389 c.c., nell'imporre che essa rappresenti il risultato manifesto di una specifica discussione, esclude possa essere implicita; il che non impedisce

ovviamente che possa essere assunta anche nel contesto di un'assemblea totalitaria, purché «sussista la prova che l'assemblea, convocata soltanto per l'esame e l'approvazione del bilancio [...] abbia anche espressamente discusso ed approvato una specifica proposta di approvazione dei compensi degli amministratori», adottando in tal modo «anche [...] la delibera di determinazione del compenso».

Nel comporre i contrasti giurisprudenziali in tema di possibile ratifica implicita di compensi autoattribuiti dagli amministratori, il supremo Collegio ha dunque riguardo alla sola dimostrata esistenza di un'autonoma manifestazione di volontà dell'organo assembleare, del tutto irrilevante essendo quella dei soci. La prospettiva è opposta a quello che governa il problema della ricognizione di debito; proprio questa constatazione consente di concludere per la compatibilità tra il principio espresso dalle Sezioni unite e quello che si è ritenuto di ricavare dalla sentenza edita.

ANGELO BERTOLOTTI

INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

TRIBUNALE ANCONA, 18 febbraio 2009, n. 208 — MOGETTA *Presidente* — MELUCCI *Relatore* — Auto Lelli s.r.l. ed altri (avv.ti Argento, Agostini, Curti) - Unicredito Gestione Crediti - Banca per la Gestione dei Crediti s.p.a. (avv.ti Palmieri, Cinelli).

Banche — Intermediazione finanziaria — Inosservanza della forma scritta (C.c. art. 1418; D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 23).

Il contratto-quadro d'intermediazione finanziaria non sottoscritto è nullo per contrarietà all'art. 23 T.U.F. (1).

 *Omissis.* — Ciò premesso, ritiene il Collegio che la domanda in esame sia fondata.

Il contratto-quadro ("relativo ad operazioni su strumenti derivati *interest rate swap, interest rate cap, interest rate floor, interest rate collar, forward rate agreement, swaption*, opzioni su titoli e su indici"), datato 19 ottobre 2000, risulta in effetti privo di sottoscrizione alla p. 3, destinata a contenere, secondo la struttura formale della scrittura, la dichiarazione di consenso delle parti contraenti e, *in primis*, quella del cliente che contrae con la banca.

In senso contrario non può invocarsi la sottoscrizione apposta dall'Auto Lelli in calce al foglio contenente la dichiarazione di approvazione delle clausole vessatorie ai sensi dell'art. 1341 c.c., e ciò per almeno due ragioni: 1) in primo luogo — sul piano di fatto — detta sottoscrizione, come rilevato dalla parte attrice, si trova vergata in un foglio materialmente separato dal restante testo contrattuale, in calce a un testo prestampato (riferibile come tale a una molteplicità di contratti di adesione) e, per di più, privo di numerazione progressiva, di talché non può dirsi far parte del restante documento contrattuale; in ogni caso, a fronte del rilievo di parte attrice, era onere della convenuta dimostrare

eventuali requisiti di forma sussistono solo se il contratto che li imponga sia direttamente e specificamente dedotto quale fonte dell'obbligazione, non quando venga richiamato per mere esigenze difensive, come strumento per consentire al riconoscimento (od alla promessa di pagamento) di spiegare i suoi effetti.

¹⁸ Cass., Sez. un., 29 agosto 2008, n. 21933, in *Giur. It.*, 2009,

1183, ove nota di PETRAZZINI, *Compensi degli amministratori e assemblea sociale: l'intervento delle Sezioni unite*, e in *Foro It.*, 2008, I, 3544, a seguito di ordinanza di rimessione di Id., 10 ottobre 2007, n. 21130, in *Giur. Comm.*, 2008, II, 748, con nota di GOBBO, *Approvazione del bilancio e ratifica implicita del compenso autoattribuito degli amministratori*.

il collegamento del foglio in questione con la restante scrittura, ma tale prova non è stata fornita; 2) in secondo luogo — sul piano giuridico — detta sottoscrizione, secondo la dichiarazione prestampata, esaurisce i propri effetti nell'ambito della disciplina di dette clausole, ma lascia priva di forma scritta la manifestazione del consenso relativa a tutto il restante testo contrattuale, ove sono contenute le clausole essenziali dell'accordo. Quanto osservato basterebbe per escludere la valida conclusione del contratto-quadro, se non che parte convenuta eccepisce che al difetto di sottoscrizione del contratto in questione si potrebbe supplire con la sottoscrizione (regolarmente) apposta sul secondo contratto-quadro, quello "per la negoziazione, la ricezione e la trasmissione di ordini su strumenti finanziari con operatori qualificati" sul presupposto che i due contratti dovrebbero apprezzarsi quale "corpo negoziale unitario". Tale conclusione, tuttavia, è contraddetta dal fatto che, mentre il contratto affetto da vizio di forma, riguarda "la disciplina di futuri contratti specifici di *interest rate swap*" (*IRS*), ossia proprio le operazioni oggetto di causa, il contratto regolarmente sottoscritto riguarda, come detto, la "negoziazione di strumenti finanziari secondo gli ordini che verranno impartiti", senza alcun riferimento alle operazioni di *IRS*; solo la prima scrittura, quindi, ossia quella non firmata dalla Auto Lelli poteva costituire idoneo mandato per la conclusione di futuri contratti di *IRS* ai sensi dell'art. 31 reg. Consob, il quale prevede che gli intermediari non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto contenente, tra l'altro, la "specificazione dei servizi forniti".

Va, peraltro, *ad abundantiam*, rilevato che il secondo contratto, quello regolarmente firmato, è oltretutto privo di data, talché, anche per tale ragione, non può ritenersi che costituisca "corpo unitario" con quello non firmato. A fronte del vizio formale riscontrato, sono del tutto irrilevanti i comportamenti di tacita approvazione del contratto eventualmente riferibili alle parti opponenti (sul presupposto della mancata contestazione dei vizi di forma prima del giudizio), per la semplice ragione che, da un lato, i contratti soggetti a forma scritta non possono dirsi validamente stipulati mediante comportamenti concludenti e, dall'altro, che non è ammissibile la convalida del negozio nullo, stante il disposto dell'art. 1423 c.c.

Solo per completezza si osserva, infine, che il modulo contrattuale in questione, come evidenziato dalla difesa attrice (v. citazione p. 12; conclusionale p. 42), non contiene la sottoscrizione della banca, per cui neppure il consenso di quest'ultima risulta espresso mediante atto negoziale scritto, con ulteriore motivo di nullità, come ritenuto in altre fattispecie da questo Tribunale (v., da ultimo, sentenza in causa n. 1260/2007, cui si fa rinvio ai sensi dell'art. 16, 5° comma, D.Lgs. n. 5/2003). In definitiva, il contratto-quadro del 19 ottobre 2000 va dichiarato nullo per violazione dell'art. 23, 1° comma, TUF.

Si tratta, dunque, di verificare quali siano le implicazioni della mancata stipulazione del contratto-quadro. Al riguardo, viene in rilievo il citato art. 30 reg. n. 11522/1998, il quale, non diversamente dalle norme anteriormente vigenti (v. art. 7 reg. n. 8850/1994 e art. 7 reg. n. 10943/1997),

dispone che i servizi d'investimento non possono essere forniti se non sulla base del contratto-quadro, attribuendo così alla previa stipula di quest'ultimo la natura di presupposto giuridico della successiva attività esecutiva dell'intermediario. Il contratto *de quo*, pertanto, come sostengono autorevole dottrina e parte della giurisprudenza, può essere avvicinato allo schema del mandato senza rappresentanza; da esso, tuttavia, si distingue per una peculiare caratteristica: infatti, l'ordine eventualmente impartito dal mandante ai sensi dell'art. 1711, 2° comma, c.c., se presenta i necessari requisiti di forma e di sostanza, può integrare gli estremi di un autonomo contratto di mandato e, quindi, essere valido nonostante l'inesistenza del mandato "a monte"; invece, in caso di inesistenza o invalidità del contratto-quadro, il predetto effetto non può mai verificarsi, perché il vincolo tra il contratto stesso, l'ordine del cliente e l'esecuzione da parte dell'intermediario è, come si è visto, per legge indissolubile. Pertanto, in mancanza del contratto-quadro, che gli attribuisce fondamento causale, l'ordine dato dall'investitore, seppure in forma scritta (quando occorre), seppure "consapevole" e specifico, come tale astrattamente equiparabile a un autonomo mandato, resta sempre e comunque nullo, perché sfornito per legge di propria causa, e la sua esecuzione, nei rapporti tra intermediario e investitore, non può produrre effetto giuridico alcuno. In base a quanto osservato, deve pertanto concludersi che la banca convenuta ha violato le norme (sopra citate) che impongono la stipulazione per iscritto del contratto-quadro prima della prestazione dei servizi di investimento, con la conseguenza che debbono ritenersi nulli, perché privi di causa, anche i contratti di *IRS* oggetto di causa. — *Omissis*.

(1) L'art. 23 T.U.F. e la sottoscrizione del contratto-quadro

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La nullità dei contratti d'intermediazione finanziaria per inosservanza di requisiti formali. — 3. La forma degli ordini. — 4. Conseguenze della nullità del contratto-quadro.

1. Introduzione.

Le ragioni per cui si può chiedere la nullità di un contratto sono diverse: il catalogo delle cause di nullità è contenuto nell'art. 1418 c.c.

Nello specifico contesto dei contratti d'intermediazione finanziaria vengono in particolare considerazione due possibili ipotesi di nullità del contratto: 1) per contrarietà a norma imperativa (art. 1418, comma 1, c.c.); 2) per mancanza di forma (art. 1418, comma 2, c.c. in relazione all'art. 1325 c.c.).

Buona parte del contenzioso fra investitori e intermediari finanziari si basa sulla asserita inosservanza di disposizioni imperative¹.

La questione del "giusto" rimedio a fronte della violazione delle norme di comportamento delle banche è

¹ Sul contenzioso fra clienti e banche in relazione alle recenti crisi finanziarie gli interventi della dottrina sono molto numerosi. Fra i contributi monografici più recenti cfr. BERSANI, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, Torino, 2008; INZITARI-PICCININI, *La tutela del cliente nella negoziazione di strumenti finanziari*, Padova, 2008; PELLEGRINI, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2007. Inoltre v. ALPA, *La legge sul risparmio e la tutela contrattuale degli investitori*, in *Contratti*, 2006, 927 e segg.; AUTELITANO, *La natura imperativa delle regole di condotta degli intermediari finanziari*, *ivi*, 2008, 1157 e segg.; BERTOLINI, *Negoziazione degli strumenti finanziari in Grey Market e violazione della disciplina sulla sollecitazione all'investimento*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 2096 e segg.; BRUNO, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione "adeguata" e*

"necessaria", in *Giur. Comm.*, 2008, II, 391 e segg.; BULFARO, *La responsabilità contrattuale dell'intermediario per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2007, I, 1092 e segg.; CAGGIANO, *I doveri d'informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazione e rimedi*, in *Dir. e Giur.*, 2006, 453 e segg.; COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari. Ancora qualche divagazione sul tema*, in *Giur. It.*, 2006, 1633 e segg.; *Id.*, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio, Parmalat, bonds argentini*, in *Giur. It.*, 2006, 537 e segg.; EMILIOZZI, *Vendita alla clientela retail di titoli prima dell'emissione ed omessa acquisizione da parte dell'intermediario dell'offering circular*, *ivi*, 2007, 1673 e segg.; GRECO, *Intermediazione finanziaria: rimedi e adeguatezza in concreto*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 2556 e segg.; *Id.*, *Verso la*

stata risolta dalla Corte di cassazione. Con due sentenze a Sezioni unite è stato affermato che la nullità non è il rimedio appropriato per la inosservanza di regole di condotta². A seconda dei casi potrà aversi annullamento oppure risoluzione del contratto e, in ogni caso, il risarcimento del danno. Più precisamente la Corte di cassazione ha affermato che la violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvesti-

mento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.

La sentenza del Tribunale di Ancona in commento si occupa però di un profilo completamente diverso dalla contrarietà a disposizione imperativa: quello cioè della nullità del contratto-quadro d'intermediazione finanziaria per inosservanza di forma. Sarà pertanto di questa distinta materia che ci si occuperà in questa nota³.

2. La nullità dei contratti d'intermediazione finanziaria per inosservanza di requisiti formali.

La disposizione di riferimento è l'art. 1418, comma 2, c.c., il quale prevede che produce nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325

contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, 1140 e segg.; MANCINI, *La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra culpa in contrahendo e vizi del consenso*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2007, 51 e segg.; MARAGNO, *L'orientamento del Tribunale di Venezia in tema di sanzioni degli inadempimenti ai doveri informativi a carico degli intermediari finanziari*, in *Nuova Giur. Comm.*, 2008, I, 1280 e segg.; MERUZZI, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contratto e Impresa*, 2006, 944 e segg.; PANZINI, *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra culpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contratto e Impresa*, 2007, 982 e segg.; PELLEGRINI, *La responsabilità dell'intermediario per "solidarietà creditoria" in un orientamento giurisprudenziale in tema di prestazione di servizi finanziari*, in *Banca Borsa*, 2008, II, 171 e segg.; PERRONE, *Obblighi di informazione, suitability e conflitti di interesse: un'analisi critica degli orientamenti giurisprudenziali e un confronto con la nuova disciplina MIFID*, in *I soldi degli altri* a cura di Perrone, Milano, 2008, 1 e segg.; PICARDI, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali in tema di responsabilità degli intermediari*, in *Dir. e Giur.*, 2007, 192 e segg.; SANGIOVANNI, *Il caso "My Way" e il contratto aleatorio unilaterale*, in *Giur. di Merito*, 2008, 3116 e segg.; ID., *Circolazione dei prodotti finanziari e offerta al pubblico nell'art. 100 bis TUF*, in *Giur. It.*, 2008, 2889 e segg.; ID., *Mancata pubblicazione del prospetto e risarcimento del danno nel nuovo art. 100 bis TUF*, in *Danno e Resp.*, 2008, 965 e segg.; ID., *Operazioni inadeguate e doveri informativi dell'intermediario finanziario*, in *www.dirittobancario.it*; ID., *Acquisto di obbligazioni e risoluzione del contratto*, in *Contratti*, 2008, 5 e segg.; ID., *Emissioni di obbligazioni e scandali finanziari fra diritto internazionale privato e diritto comunitario*, in *Società*, 2007, 547 e segg.; ID., *Operazione inadeguata dell'intermediario finanziario fra nullità del contratto e risarcimento del danno alla luce della direttiva MIFID*, in *Contratti*, 2007, 243 e segg.; ID., *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, *ivi*, 2006, 1133 e segg.; ID., *Inadeguatezza della operazione finanziaria, risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno*, in *Corriere Giur.*, 2006, 1569 e segg.; ID., *Sollecitazione all'investimento, nullità del contratto e frode alla legge*, in *Giur. di Merito*, 2006, 1389 e segg.; ID., *Scandali finanziari: profili di responsabilità dell'intermediario*, in *Danno e Resp.*, 2006, 874 e segg.; ID., *La responsabilità dell'intermediario nel caso Cirio e la recente legge per la tutela del risparmio*, in *Contratti*, 2006, 686 e segg.; ID., *La responsabilità dell'intermediario nel caso Parmalat e la recentissima legge per la tutela del risparmio*, in *Società*, 2006, 605 e segg.; SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive MiFID*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2008, 25 e segg.; SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2008, 599 e segg.; SIGNO-

RELLI, *Violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e risoluzione per inadempimento*, in *Società*, 2009, 55 e segg.; TICOZZI, *Violazione di obblighi informativi e sanzioni: un problema non solo degli intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2007, 363 e segg.; TODOROVA, *Violazione delle regole di comportamento degli intermediari finanziari. Responsabilità precontrattuale o risoluzione per inadempimento*, in *Giur. It.*, 2008, 1307 e segg.; VIGLIONE, *Circolazione di prodotti finanziari privi di prospetto: nuove forme di tutela del risparmio*, in *Leggi Civ. Comm.*, 2008, 43 e segg.; ID., *Nullità e risarcimento del danno nell'art. 100 bis T.U.F.: quale tutela per l'investitore non professionale?*, in *Contratto e Impresa*, 2008, 55 e segg.

² Cass., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. Queste due sentenze sono state pronunciate lo stesso giorno ed enunciano l'identico principio di diritto. Almeno una delle due sentenze (o la relativa massima) è stata pubblicata, fra l'altro, in *Giur. It.*, 2008, 347 e segg., con nota di COTTINO; in *Contratti*, 2008, 221 e segg., con nota di SANGIOVANNI; in *Corriere Giur.*, 2008, 223 e segg., con nota di MARICONDA; in *Danno e Resp.*, 2008, 525 e segg., con note di ROPPO e di BONACCORSI; in *Dir. Banca*, 2008, 691 e segg., con nota di MAZZINI; in *Dir. e Giur.*, 2008, 407 e segg., con nota di Russo; in *Giur. Comm.*, 2008, II, 604 e segg., con nota di BRUNO-ROZZI; in *Giust. Civ.*, 2008, I, 2775 e segg., con nota di FEBBRAJO; in *Società*, 2008, 449 e segg., con nota di SCOGNAMIGLIO. In diretta relazione alle sentenze nn. 26724 e 26725 cfr. anche CESIANO, *Gli obblighi dell'intermediario finanziario nella prestazione dei servizi di investimento dagli orientamenti della giurisprudenza di merito alle Sezioni Unite*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2008, 614 e segg.; GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *Contratti*, 2008, 393 e segg.; MAFFEIS, *Dopo le Sezioni Unite: l'intermediario che non si astiene restituisce al cliente il denaro investito*, in *Contratti*, 2008, 555 e segg.; PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contratto e Impresa*, 2008, 936 e segg.

³ Sulla forma dei contratti nel mercato finanziario cfr., in particolare, BARENGHI, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. di Merito*, 2007, 59 e segg.; LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, anche per riferimenti di diritto comparato (ad Austria, Francia, Germania, Inghilterra, Irlanda, Lussemburgo e Spagna); SANGIOVANNI, *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e "nullità sopravvenuta"*, in *Contratti*, 2008, 653 e segg.; ID., *La nullità del contratto di gestione di portafogli di investimento per difetto di forma*, *ivi*, 2006, 966 e segg.; ID., *La nullità del contratto per inosservanza di forma nel caso delle obbligazioni argentine*, in *Corriere del Merito*, 2006, 737 e segg.

c.c. L'art. 1325 c.c. recita: «I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità». Dunque l'assenza di forma, se prescritta dalla legge sotto pena di nullità, determina tale effetto.

Bisogna allora chiedersi se la legge prescriva una certa forma per i contratti d'intermediazione finanziaria e se essa sia prescritta a pena di nullità. La risposta a entrambi i quesiti è positiva.

Prendiamo ad esempio il diritto vigente, di rango sia primario sia secondario⁴.

L'art. 23, comma 1, T.U.F. recita: «I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'art. 1, comma 5, lett. f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti [...] Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo».

La forma dei contratti d'intermediazione finanziaria è disciplinata anche a livello regolamentare. L'art. 37, comma 1, Reg. n. 16190/2007 stabilisce che «gli intermediari forniscono a clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimenti, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente»⁵. Questa disposizione prevede la necessità di forma scritta solo nei confronti dei clienti al dettaglio.

Complessivamente risulta che il legislatore primario e il regolatore secondario prescrivono la forma scritta per i contratti d'intermediazione finanziaria, forma che svolge una serie di funzioni.

Essa assicura anzitutto la trasmissione di certe informazioni. Le circostanze di cui si dà atto nel testo scritto del contratto sono a conoscenza di entrambe le parti che lo sottoscrivono. Tanto più esteso è il contratto, tanto maggiore è la quantità di dati e notizie che vengono comunicati. Tanto più ampio è l'obbligo risultante da legge e da regolamento d'inserire nel testo contrattuale certe informazioni (= prescrizione del contenuto minimo del contratto d'intermediazione finanziaria), tanto maggiore è la quantità di dati e notizie che giungono al cliente. Sotto questo profilo la forma scritta svolge una funzione di protezione informativa dell'investitore che, di regola, è il soggetto debole del rapporto contrattuale. Mettere nero su bianco significa per il cliente conoscere prima, e con certezza, le condizioni che regoleranno il rapporto.

Sotto questo profilo il requisito della forma scritta serve anche a diminuire il pericolo di controversie fra i contraenti. Se l'assetto contrattuale è pre-determinato

per iscritto, si riduce il rischio di divergenze fra le parti. Si può così, almeno talvolta, evitare di dare corso a controversie giudiziarie, con tutti gli effetti negativi che esse comportano.

Le condizioni del contratto d'intermediazione finanziaria possono, teoricamente, essere negoziate con l'intermediario, anche se — nella realtà dei fatti — spesso gli investitori non si premurano nemmeno di leggere attentamente i contratti; ancor meno di trattarne le condizioni. Generalmente il testo contrattuale viene predisposto dalla banca. Non di rado capita che essi si limitino a farsi spiegare velocemente i termini essenziali del rapporto, per poi firmare un lungo testo, senza avere realmente preso conoscenza di tutte le condizioni che regolano la relazione.

La forma scritta serve inoltre a far riflettere l'investitore sul significato dell'atto che sta per compiere. Apporre una sottoscrizione richiede più tempo di quanto serve a dare il proprio consenso oralmente. I contratti relativi alla prestazione di servizi d'investimento incidono sul patrimonio finanziario degli investitori. Talvolta una parte considerevole di esso può essere coinvolto nell'investimento. Di qui la necessità di un'appropriata riflessione preventiva sugli effetti dell'atto che si sta per compiere.

Naturalmente al fine di garantire un consenso realmente informato del cliente sarebbe ancor più utile consegnargli il testo contrattuale in anticipo rispetto alla firma, per lasciargli il tempo di studiarlo con attenzione⁶. Ma è dubbio che ciò avvenga sempre nella prassi. E, del resto, anche in ipotesi di sua consegna anticipata, rimangono perplessità in merito alla reale capacità di tutti gli investitori di comprendere l'effettiva rilevanza di ogni informazione contenuta nel contratto. Preoccupazione del legislatore non è comunque tanto quella di garantire che qualsiasi destinatario comprenda nel caso concreto ogni dettaglio del testo contrattuale — obiettivo per la verità impossibile — quanto di far sì che un destinatario “medio” ne comprenda gli elementi “essenziali”.

Vista da un'altra prospettiva, la forma scritta — richiesta da legge e regolamento per il contratto d'intermediazione finanziaria — può essere utile a fini probatori. Nel caso in cui sorgano contestazioni fra le parti essa può giocare *ex post* un ruolo importante.

Non si può però sottacere che l'utilizzo della forma scritta, unitamente alla necessità di un contenuto dettagliato delle condizioni contrattuali, può comportare, oltre al rischio di risultare paradossalmente poco comprensibile, lo svantaggio di accrescere i costi transattivi⁷ per la necessità degli stessi intermediari di avvalersi,

⁴ L'art. 23 T.U.F. è stato modificato dal D.Lgs. 17 settembre 2007, n. 164. Per comodità di esposizione si riporta il testo vigente, anche se la sentenza in commento ha applicato il testo previgente.

⁵ Il Reg. Consob n. 11522/1998, applicato nella sentenza in commento, è stato abrogato ed è stato sostituito dal Reg. Consob n. 16190/2007. Il testo del nuovo regolamento è riprodotto in DE IULIIS, *Principi di diritto del mercato finanziario*, Torino, 2008, 240 e segg. Sui nuovi regolamenti attuativi della Consob cfr. DURANTE, *Con il nuovo regolamento intermediari, regole di condotta “flessibili” per la prestazione dei servizi di investimento*, in *Giur. di Merito*, 2008, 628 e segg.; RINALDI, *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Società*, 2008,

12 e segg.; ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2008, 485 e segg.; SANGIOVANNI, *Informazioni e comunicazioni pubblicitarie nella nuova disciplina dell'intermediazione finanziaria dopo l'attuazione della direttiva MIFID*, in *Giur. It.*, 2008, 785 e segg.; ID., *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l'attuazione della MIFID*, in *Contratti*, 2008, 173 e segg.

⁶ Cfr. PONTIROLI-DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MiFID*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, 159.

⁷ Per un'analisi economica di costi e benefici del formalismo giuridico cfr. SARTORI, *Le regole di condotta degli intermediari finanziari*, Milano, 2004, 235 e segg.

nella loro predisposizione, di consulenti legali con l'effetto di aumentare il costo dei servizi.

Nel caso di specie vi erano due contratti-quadro: uno di essi mancava della sottoscrizione, mentre l'altro era debitamente sottoscritto. Il Tribunale ha ritenuto che l'operazione contestata (derivato IRS⁸) fosse legata al contratto quadro che presentava l'imperfezione formale. Forse una soluzione diversa avrebbe potuto essere adottata tenendo conto di quanto deciso recentemente dalla Corte di cassazione⁹. Nella sentenza n. 3088/2007 si è difatti affermato che ai fini della sussistenza del requisito della forma scritta nei contratti non occorre che la volontà negoziale sia manifestata dai contraenti contestualmente e in un unico documento, dovendosi ritenere il contratto perfezionato anche qualora le sottoscrizioni siano contenute in documenti diversi, pur cronologicamente distinti, ove, sulla base di una valutazione rimessa al giudice di merito, si accerti che il secondo documento è inscindibilmente collegato al primo.

3. La forma degli ordini.

Come si è visto, l'art. 23, comma 1, T.U.F. stabilisce espressamente che i contratti relativi alla prestazione dei servizi d'investimento vanno redatti a pena di nullità per iscritto.

A essi fanno però seguito singole operazioni di compravendita di strumenti finanziari. L'investitore impartisce un ordine all'intermediario e questi vi dà esecuzione. Eseguito l'ordine, l'operazione è perfezionata: viene così dunque ad esistere un rapporto contrattuale ulteriore rispetto al contratto-quadro.

Questo rapporto contrattuale aggiuntivo va qualificato in modo diverso a seconda che l'intermediario venda titoli che ha o non ha nel proprio portafoglio (e che deve dunque prima recuperare sul mercato). Nel primo caso (titoli in portafoglio) venditore è lo stesso intermediario e le parti del contratto di compravendita sono la banca (venditore) e il cliente (compratore)¹⁰. Nel secondo, il rapporto contrattuale fra intermediario e investitore è di tipo diverso dalla vendita. Probabilmente la sua qualificazione più appropriata è in termini di contratto di commissione (art. 1731 e segg. c.c.)¹¹: l'intermediario è il commissario (cui viene conferito l'incarico di recuperare sul mercato gli strumenti finanziari), mentre l'investitore è il committente (colui che conferisce l'incarico di recuperare i titoli desiderati).

Si pone pertanto la questione — dibattuta in giurisprudenza — se per le attività attuative del contratto-

quadro (ossia i singoli investimenti) occorra rispettare determinati requisiti di forma. L'esame delle disposizioni regolamentari rivela come vi sia un trattamento differenziato fra il contratto d'intermediazione finanziaria (livello superiore) e le operazioni di esecuzione dello stesso (livello inferiore).

Sotto il primo profilo, nel sistema previgente era previsto che «gli intermediari autorizzati non possono fornire i propri servizi se non sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata all'investitore» (art. 30, comma 1, Reg. n. 11522/1998). Le cose non sono cambiate nel nuovo sistema. Il Reg. n. 16190/2007 stabilisce che gli intermediari forniscano i propri servizi d'investimento sulla base di un apposito contratto scritto (art. 37, comma 1, Reg. n. 16190/2007).

Per gli ordini sembra valere invece un trattamento differenziato. Nel regolamento previgente si prevedeva che il contratto con l'investitore dovesse «indicare le modalità attraverso cui l'investitore può impartire ordini» (art. 30, comma 2, lett. c, Reg. n. 11522/1998). Analogamente nel nuovo regolamento viene specificato che il contratto «indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini» (art. 37, comma 2, lett. c, Reg. n. 16190/2007): dal che pare potersi ricavare che può essere prevista per essi la forma scritta, ma può essere stabilita anche una forma diversa.

Questa previsione di flessibilità pare a chi scrive giustificata da esigenze di funzionalità dei mercati. È chiaro che se si ritenesse inderogabile la forma scritta, ogni ordine sarebbe assistito dalla massima certezza e trasparenza nei rapporti fra le parti. E, tuttavia, i mercati finanziari — con il requisito dello scritto per i singoli ordini — tendono a perdere in velocità: il compimento delle operazioni richiede più tempo. Del resto le funzioni cui si è accennato (certezza, trasparenza e prova, da un lato, nonché celerità, dall'altro) parrebbero soddisfatte dai discorsi sui due livelli: il primo gradino dei quali costituito dal contratto d'intermediazione finanziaria, per il quale è richiesta la forma scritta a pena di nullità, mentre il secondo dalle operazioni che gli danno esecuzione e per cui non sembra necessario lo scritto, ad evitare rallentamenti all'operatività.

In ogni caso le parti, nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, possono prevedere — nel contratto-quadro — la forma scritta per gli ordini. Ricorre allora una forma convenzionale che si presume voluta per la validità (art. 1352 c.c.). In questo senso ha deciso, ad esempio, il Tribunale di Milano, affermando che la sua

⁸ La materia dei contratti derivati è stata oggetto, negli ultimi due-tre anni, di numerosi interventi giurisprudenziali, incentrati principalmente sulla nozione di operatore qualificato di cui all'art. 31 Reg. Consob n. 11522/1998. Fra i contributi dottrinali che si occupano di questa materia cfr. BRUNO, *Derivati OTC e incomprensibile svalutazione dell'autocertificazione del legale rappresentante della società acquirente*, in *Corriere del Merito*, 2008, 1261 e segg.; FIORIO, *La nozione di operatore qualificato per l'investitore persona giuridica*, in *Giur. It.*, 2008, 2241 e segg.; MOTTI, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*, in *Giur. It.*, 2008, 1167 e segg.; PIRAS, *Contratti derivati: principali problematiche al vaglio della giurisprudenza*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2008, 2219 e segg.; SANGIOVANNI, *Contratti derivati e dichiarazione del rappresentante legale*, in *Corriere del Merito*,

2008, 41 e segg.; ID., *Contratto di swap e nozione di operatore qualificato*, in *Contratti*, 2007, 1093 e segg.; SESTA, *La dichiarazione di operatore qualificato ex art. 31 reg. Consob n. 11522/1998 tra obblighi dell'intermediario finanziario ed autorevolezza del dichiarante*, in *Corriere Giur.*, 2008, 1751 e segg. Più in generale sui contratti derivati cfr., di recente, TAROLLI, *Trasferimento del rischio di credito e trasparenza del mercato: i credit derivatives*, in *Giur. Comm.*, 2008, I, 1169 e segg.

⁹ Cass., 13 febbraio 2007, n. 3088.

¹⁰ La legge definisce come segue la «negoiazione per conto proprio»: «l'attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta e in relazione a ordini dei clienti, nonché l'attività di *market maker*» (art. 1, comma 5 *bis*, T.U.F.).

¹¹ Cfr. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, 4^a ed., Torino, 2008, 91.

mancata osservanza pattuita per gli ordini determina la nullità del contratto¹². Mentre la Corte di cassazione ha precisato che la presunzione prevista dall'art. 1352 c.c. può essere superata nel caso in cui si pervenga, sulla base dei criteri ermeneutici di cui agli artt. 1362 e segg. c.c., a un'interpretazione certa di senso contrario¹³. Altrimenti la forma si ritiene voluta per la validità.

4. Conseguenze della nullità del contratto-quadro.

La nullità del contratto-quadro rende illegittima l'attività dell'intermediario finanziario. Ne consegue che i servizi d'investimento prestati (e, dunque, le operazioni finanziarie compiute in sua attuazione) sono a loro volta nulli e improduttivi di effetti.

Se il contratto-quadro è nullo, vengono travolte tutte, senza eccezioni, le operazioni successive. Potrebbe accadere che l'investitore abbia interesse a far venir meno solo parte di esse, alcune essendosi rivelate fruttuose e soltanto altre in perdita. Sennonché la scusa della nullità non consente qui distinzioni. Di qui la morale che l'azione deve essere in ogni caso ben ponderata.

VALERIO SANGIOVANNI

ASSEMBLEA DEI SOCI

TRIBUNALE MILANO, VIII SEZIONE, 19 dicembre 2008 — PERROZZIELLO *Presidente* — DAL MORO *Relatore* — Romelli Gervasoni (avv.ti Fedeli, Frangini) - Gruentak s.r.l. (avv. Pellegatta).

Società — Società a responsabilità limitata — Convocazione dell'assemblea — Singolo amministratore (C.c. art. 2479).

Società — Società a responsabilità limitata — Decisioni dei soci — Inesistenza (C.c. art. 2479 *ter*).

Salvo diversa previsione dello statuto, il singolo amministratore non è competente a convocare l'assemblea di una società a responsabilità limitata (1).

Le decisioni assunte invalidamente dall'assemblea dei soci di una società a responsabilità limitata possono essere solo nulle o annullabili essendo stata espunta la categoria della inesistenza (2).



Omissis. — L'attrice, Maria Cristina Romelli Gervasoni in qualità di consigliere di amministrazione, quindi ai sensi dell'art. 2479 *ter* c.c., ha convenuto in giudizio la Gruentak s.r.l. per sentir dichiarare l'inesistenza la nullità o l'annullamento della delibera dell'assemblea ordinaria di detta società — assunta in data 22.8.7.2008 — con cui, con il solo voto del sig. Maurizio Romelli Gervasoni (fratello dell'attrice) è stata revocato l'incarico di Presidente del C.d.A. al dott. Giuseppe Fedeli, è stata decisa la proposizione dell'azione di responsabilità nei suoi confronti e la rinuncia alle azioni giudiziali promosse nell'interesse di Gruentak contro il sig. Tullio Romelli Gervasoni (padre dell'attrice).

La società ha aderito alla domanda proposta dall'attrice; è intervenuta in causa anche la società Adiconsult Società Fi-

duciaria e di Revisione a r.l., socia al 50% di Gruentak aderendo a sua volta alle domande proposte dall'attrice.

All'udienza fissata in seguito alla richiesta di sospensione della delibera impugnata, il Giudice, ritenendo la causa matura per la decisione ha fissato la discussione davanti al Collegio per l'udienza dell'11.12.2008; il Collegio ha rinviato la discussione per la pronuncia della sentenza contestuale ex art. 281 *sexies* c.p.c. alla data del 19.12.2008.

Ritiene il Collegio che la domanda sia fondata con solo riferimento alla declaratoria di annullamento della delibera stessa.

Nella specie è avvenuto che l'assemblea della società è stata convocata con lettera raccomandata dal sig. Maurizio Romelli Gervasoni a suo dire quale "socio e consigliere di amministrazione della Gruentak s.r.l. rilevata l'inerzia del Presidente del Consiglio di Amministrazione" (doc. n. 7). La società — di cui sono al 50% due società fiduciarie, la Adiconsult, intervenuta, e la Poldi Allai s.r.l., al quale ha trasferito le quote al fiduciante Maurizio Romelli Gervasoni con atto annotato l'8.8.2008 — è amministrata dalla sua costituzione da un CdA composto da tre membri, Giuseppe Fedeli (Presidente) Maria Cristina Romelli Gervasoni e Maurizio Romelli Gervasoni (Consiglieri). Lo statuto sociale stabilisce che "l'assemblea deve essere convocata dall'organo amministrativo" e che "in caso di impossibilità di tutti gli amministratori o di loro inattività l'assemblea può essere convocata dal collegio sindacale se nominato o anche da un socio".

L'assemblea del 28.7.2008, dunque, è stata irregolarmente convocata da sig. Romelli benché non vi fosse alcuna "inattività" suscettibile di costituire il presupposto della legittimazione straordinaria di uno dei soci, né la raccomandata di convocazione ne fa menzione, limitandosi a far mero richiamo agli "avvenimenti del 25 e 27/6 nonché del 2.7.2008" senza invocare eventuali richieste di convocazione ingiustamente disattese che sole avrebbero legittimato l'iniziativa ex art. 24.1 dello statuto; peraltro il sig. Gervasoni all'atto della convocazione (11.7.2008) non era "socio" atteso che l'annotazione nel libro soci del trasferimento delle azioni compiuto in suo favore dalla società fiduciaria Poldi Allai s.r.l. non era ancora avvenuta e non era quindi opponibile alla società ex art. 2470 c.c. Pertanto deve concludersi che la delibera impugnata, in quanto frutto di convocazione irregolare dell'assemblea, deve essere annullata, ex art. 2479 *ter* c.c. in quanto contraria allo statuto; non può invero, pronunciarsi né "l'inesistenza" né la "nullità" della delibera come pure richiesto dall'attrice: la prima è ipotesi di invalidità molto discussa che la riforma del diritto societario ha inteso bandire in quanto, nulla aggiungendo in effetti alla declaratoria di nullità, crea incerte fattispecie atipiche di invalidità; la seconda poiché l'art. 2479 *ter* terzo comma c.c. circoscrive la declaratoria di nullità alle ipotesi di delibere aventi oggetto impossibile, illecito o assunte in assenza assoluta di informazione, mentre nella specie l'informazione v'è stata anche se l'avviso di convocazione deve considerarsi irregolare, tanto che alla convocazione è stato replicato con raccomandate attraverso l'Avv. Pellegatta (cfr. doc. n. 14 e 15).

La valutazione della fondatezza di detto motivo di impugnazione è assorbente poiché anche gli altri motivi di invalidità prospettati sono suscettibili di condurre all'annullamento della delibera e non alla sua nullità: così la partecipazione all'assemblea del solo sig. Romelli, peraltro non ancora divenuto socio di Gruentak in mancanza della annotazione nel libro soci dell'atto di trasferimento delle quote in suo favore, che inficia la validità della delibera sotto il profilo del *quorum* costitutivo e deliberativo, determinandone, a sua volta, non la nullità ma l'annullamento (per contrasto con la legge e all'atto costitutivo); così, infine, il prospettato conflitto di interesse che avrebbe caratterizzato il voto del sig. Romelli Gervasoni suscettibile di tradursi, a sua volta, nel-

¹² Trib. Milano, 31 gennaio 2007, in *Contratti*, 2007, 778 e segg., con nota di SANGIOVANNI.

¹³ Cass., 11 marzo 2004, n. 5024.