

CAPITOLO PRIMO

IL CONFLITTO ULTRASECOLARE
TRA «SOSTANZA» E «FORMA»

SOMMARIO: 1. Il giudice del Duemila: un «*formalismo vacuo ed inutile*». – 2. La dottrina della seconda metà dell'Ottocento: «*il legislatore non avrebbe dovuto vessare le parti con prescrizioni superflue*».

1. *Il giudice del Duemila: un «formalismo vacuo ed inutile»*

Da un quarto di secolo il tema della forma contrattuale è nell'agenda del legislatore e, di conseguenza, nei dibattiti della dottrina: la legge 2 gennaio 1991, n. 1 sull'intermediazione mobiliare, e subito dopo la legge sulla «trasparenza delle operazioni bancarie» hanno scosso le acque introducendo la forma scritta nei contratti del mercato dei capitali, successivamente ribadita e sanzionata dal Testo Unico Bancario (di seguito anche TUB) e dal Testo Unico della Finanza (TUF)¹.

A cavallo dei secoli XX e XXI il dibattito è stato arricchito dal particolare fenomeno che va sotto il nome di «forma informati-

¹ Per efficaci sintesi del dibattito che precedette e seguì l'introduzione della forma scritta nei contratti bancari e finanziari v., tra molti, R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente debole "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, 91 ss.; A.M. CARRIERO, *Commento sub art. 117*, in CAPRIGLIONE (cur.), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Milano, 1994, 592 s.; e più recentemente PONTIROLI, DUVIA, *Il formalismo nei contratti dell'intermediazione finanziaria ed il recepimento della MIFID*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 151 ss.

va», ovvero di «forma di protezione»². Con tali espressioni si designano quelle vicende che, articolate in un insieme assai differenziato di disposizioni (recentemente arricchitosi con il d.lgs. 21 aprile 2016, n. 72, che ha modificato il TUB, aggiungendo, tra gli altri, l'art. 120 *novies*, dove si prevede la consegna di documenti informativi prima della conclusione di un contratto di credito garantito da ipoteca), sono sostanzialmente volte ad abbattere, per quanto possibile, le asimmetrie informative che fisiologicamente e per più versi si determinano in ogni mercato tra quanti vi operano abitualmente e professionalmente – e le loro controparti, che solo occasionalmente accedono al mercato stesso³.

Su questo tronco si è recentemente innestato un ulteriore ramo che ha ad oggetto la questione se sia necessario o meno che il predisponente sottoscriva il documento contenente le informazioni di volta in volta stabilite dalla legge. In proposito può ragionevolmente sostenersi che la sottoscrizione del documento da parte dell'operatore professionale assume una ridotta rilevanza per il conseguimento della finalità assegnata dalla legge al documento stesso, vale a dire somministrare alla parte non professionale una con-

² Sul tema della «forma informativa» si è formata una bibliografia corposa: v. per un primo giro d'orizzonte dei contributi più recenti e per riferimenti ulteriori VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; M. MESSINA, *«Libertà di forma» e nuove forme negoziali*, Torino, 2004; MORELATO, *Nuovi requisiti di forma del contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008; PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009; ID., voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, 770 ss.; FAZIO, *Dalla forma alle forme. Struttura e funzione del neoformalismo negoziale*, Milano, 2011; FAVALE, *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contratto e impresa/Europa*, 2012, 582 ss.; BERTI DE MARINIS, *La forma del contratto nel sistema di tutela del contraente debole*, Napoli, 2013.

³ L'azione devastante dell'asimmetria informativa sul mercato fu posta in luce dal Premio Nobel per l'economia nel 2001 George AKERLOF, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of economics*, 84, 3 (1970), 488 ss. Una recente drammatica conferma è costituita dalla asfissia del mercato interbancario dei capitali all'indomani della crisi del 2008: le banche non prestavano più denaro ad altre banche o intermediari finanziari a causa dell'assenza di informazioni certe sullo stato patrimoniale della potenziale controparte.

grua informazione sull'assetto di interessi che si appresta a porre in essere: la dottrina, infatti, ha opportunamente distinto tra la *ratio* della vicenda informativa – che assume una rilevanza di primo piano nell'ambito delle *textform*⁴ – ed il tema della imputazione del documento⁵, cui è generalmente riferita la sottoscrizione.

Sono peraltro evidenti i non lievi dubbi che si allineano nei casi in cui la finalità informativa sia assegnata, non già ad un documento *a latere*, da consegnarsi al contraente non professionale durante le trattative, ma direttamente al contratto. Questi dubbi sono poi destinati ad accrescersi quando si tratti di un contratto di cui sia richiesta la forma scritta a pena di nullità: in questi casi viene certamente in primo piano il problema se il fine protettivo/informativo in ipotesi riconosciuto al contratto ne faccia venir meno la natura di scrittura privata e la necessità di ripercorrere il relativo schema delineato dall'art. 2702 c.c.

Questa problematica, che è lungi dall'essere risolta dato il contrasto delle pronunce giurisprudenziali⁶, viene qui rammentata per

⁴ Il termine è utilizzato dal § 126b, BGB per disciplinare la forma dei documenti informativi diversi dal contratto: « *Ist durch Gesetz Textform vorgeschrieben, so muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das 1. es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und 2. geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben* ». Segue la traduzione che ne offre S. PATTI in *Codice civile tedesco*, Milano, 2005, 61: « *Se viene prescritta per legge una Text form, la dichiarazione deve essere affidata ad un documento o ad altro strumento idoneo alla riproduzione duratura attraverso segni grafici, la persona del dichiarante deve essere menzionata e la conclusione della dichiarazione deve essere resa riconoscibile con l'imitazione della sottoscrizione o in altro modo* ».

⁵ Cfr. MORELATO, *op. cit.*, 41; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 122 ss.; PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, cit., 54; FAZIO, *op. cit.*, 103 e 105.

⁶ Sulla giurisprudenza della Corte di Cassazione v. l'efficace sintesi di Cass., ord., 27 aprile 2017, n. 10447, di remissione della questione alle Sezioni Unite, in *Foro it.*, 2017, I, con nota di LA ROCCA, *La «forma informativa» innanzi alle Sezioni Unite*; e in *www.ilcaso.it*, con note di GIROLAMI, *Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanziari: i dubbi della Suprema Corte*, e di 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*. Tra le sentenze prece-

ché, come anticipato, ha dato luogo ad un dibattito che si è sganciato rapidamente dal concreto nodo del c.d. «contratto monofirma» per investire temi centrali della forma degli atti e dei contratti, vale a dire temi che agitano la dottrina da almeno un secolo e mezzo.

Sotto questo profilo l'attenzione va ad alcune sentenze dei giudici di merito ormai non recenti, ma pur sempre di grande interesse: Trib. Novara 2 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, 606, ha osservato che nei contratti di intermediazione mobiliare «*la forma scritta si pone come veicolo certo di un flusso di informazioni dall'intermediaria al cliente e dal cliente all'intermediaria, del mandato del cliente alla banca di eseguire dietro suoi ordini investimenti in strumenti finanziari; si tratta, pertanto, di forma scritta a sanzione di nullità che, in parte, si discosta dalla tradizionale distinzione di forma scritta ad substantiam o ad probationem in quanto, pur essendo una forma per la validità del contratto, essa è di protezione per il cliente, al punto che essa può essere fatta valere solo da quest'ultimo*».

Su una linea analoga Trib. Milano 16 novembre 2011, in *www.ilcaso.it*, premesso che la forma scritta *ad substantiam* prevista dall'art. 23 TUF, persegue «*finalità di responsabilizzazione del consenso e protezione del cliente*», ha ritenuto che tali finalità siano «*pienamente realizzate quando l'investitore ha sottoscritto copia del contratto quadro e ha dichiarato di aver ricevuto copia dello stesso*». Il Tribunale ha aggiunto che «*in questo contesto l'apposizione del tratto autografo da parte del delegato dell'intermediario costituirebbe un formalismo vacuo ed inutile*».

La carica in qualche modo eversiva di queste decisioni è stata colta da chi, apprezzandone l'approccio teleologico al problema della forma, ha sottolineato come esse pongano l'accento sul «*tratto di discontinuità più evidente tra negozio solenne e formalismo di*

denti merita attenzione Cass. 14 agosto 2016, n. 17290, in *www.expartecreditoris.it*: questa decisione, a fronte di una «*doglianza relativa all'inesistenza del contratto per la natura di mera proposta della lettera di mandato*» sottoscritta dal solo cliente, ha confermato la sentenza d'appello che aveva ritenuto perfezionato il contratto in forza dell'affermazione del cliente (che si suppone sia stata ricavata da una clausola contrattuale), secondo la quale egli (il cliente avrebbe in precedenza ricevuto una proposta dall'intermediario, della quale tuttavia si ignora se fosse provvista di sottoscrizione oppure no (in materia v. però LA ROCCA, *Deficit cognitivi ed efficacia confessoria nelle condizioni generali di contratto*, in *Riv. dir. banc.*, 2016/11).

più recente conio», che viene individuato nel venir meno della necessità della sottoscrizione allorché il «*contratto contenga e diffonda nel mercato una serie predeterminata di informazioni*»⁷. In questi casi sembra potersi privilegiare il momento dell'efficacia cognitiva dello scritto a scapito della completezza strutturale dello stesso. È significativo, in proposito, quanto si legge nella motivazione di Trib. Milano 16 novembre 2011, cit., secondo la quale, una volta che l'investitore abbia ricevuto e sottoscritto una copia del contratto-quadro predisposto dall'intermediario finanziario, «*l'apposizione del tratto autografo da parte del delegato dell'intermediario costituirebbe un formalismo vacuo ed inutile*».

Converge su questa posizione chi con respiro sistematico, ma pur sempre con riferimento ai contratti conclusi dagli intermediari finanziari con i loro clienti, osserva che «*la forma è il modo esteriore ... per esprimere la volontà; e la sottoscrizione è altro dalla volontà espressa, essendo invece lo strumento tecnico di imputazione di una volontà manifestata in una certa forma*», con la conseguenza che, risolto in qualche modo il problema dell'imputazione dell'atto, svaporerebbe la necessità della sottoscrizione⁸.

Quest'ultima posizione propone un evidente tratto di continuità con la giurisprudenza di merito prima richiamata. Più precisamente, la dottrina appena citata all'evidenza ripercorre τοπος argomentativi risalenti allorché contrappone la «forma» alla «volontà» nel contratto. Tale contrapposizione – come si dirà meglio nei prossimi paragrafi – conduce inevitabilmente a sottostimare l'elemento formale ed apre così la via a conclusioni analoghe a quelle tratte da quell'orientamento della giurisprudenza di merito di cui è esempio significativo la sentenza del Tribunale di Milano prima richiamata, secondo la quale, una volta accertata la «presenza della volontà», ovvero il conseguimento del fine dell'atto, deve rifiutarsi ogni «*formalismo vacuo ed inutile*»⁹.

⁷ MODICA, *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle corti di merito*, in *Contratto e impresa*, 2011, 16 ss., 30. V. altresì A. BERTOLINI, *Problemi di forma e sanzioni di nullità nella disciplina a tutela dell'investitore. Perequazione informativa o opportunismo rimediabile*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 205 ss.

⁸ MAGGIOLIO, *Servizi ed attività di investimento. Prestatori e prestazione*, Milano, 2012, 472; MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., 193 ss.

⁹ Tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza richiamate nel testo presentano

2. *La dottrina della seconda metà dell'Ottocento: «il legislatore non avrebbe dovuto vessare le parti con prescrizioni superflue»*

La dottrina sopra richiamata costituisce un segnale importante: essa rende evidente che le perplessità che agitano la giurisprudenza sulla sottoscrizione dell'intermediario, lungi dal poter essere derubricate a equivoci estemporanei su un argomento di marginale rilievo, hanno radici profonde, che si addentrano nella ricerca dell'effettivo ruolo da assegnarsi, nel procedimento di formazione per l'efficacia del contratto, alla volontà e all'elemento psico-

un approccio teleologico alla forma scritta e alla connessa nullità, che probabilmente è giustificato nell'ambito del processo piuttosto che nel diritto sostanziale. In materia si è sviluppata una polemica: a chi ha osservato che la forma è un elemento della struttura della fattispecie rispetto alla quale non ha senso porsi della domanda del fine (IRTI, *Strutture forti e strutture deboli (del falso principio di libertà delle forme)*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, 137 ss.), si è replicato che «ogni come del diritto ha sempre un perché giuridicamente rilevante», in quanto ogni norma ordinaria – anche quella sulla forma – «non può non rispondere ad un giudizio di meritevolezza, idoneità, coerenza e ragionevolezza secondo la rilevanza degli interessi e dei valori in gioco nel singolo atto negoziale» (P. PERLINGIERI, *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale ed autonomia*, in *La forma degli atti di diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 569 ss., 580; ID., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 43 ss.). Coerentemente con questi rilievi si è pervenuti alla conclusione che sia ammissibile porre oneri formali in via di interpretazione in base agli interessi di volta in volta in gioco (PERLINGIERI, *op. ult. cit.*, 60 ss.). Occorre, inoltre, non lasciarsi trarre in inganno dalla pluralità di significati del termine «formalismo» (cfr. TARELLO, voce *Formalismo*, in *Noviss. Dig.*, VII, Torino, 1961, 571 ss.): invero, nel testo si accenna al dibattito circa la necessità o meno del rispetto di determinate «forme» affinché alcune specifiche condotte umane possano assumere rilevanza giuridica; la polemica accennata in questa nota sembra virare sul c.d. «formalismo interpretativo», vale a dire un particolare metodo di interpretazione di tutte le norme e, quindi, anche di quelle sulla «forma degli atti»: «chi adotta un metodo “formalistico” dell'interpretazione ... tende a presentare i problemi giuridici come ... problemi di ricerca del significato di proposizioni normative ... e, nella determinazione di tale significato, non fa riferimento agli interessi che il legislatore ha voluto tutelare ... né tiene conto del peso degli interessi in questione nel caso da risolvere o comunque degli interessi che pur non essendo direttamente in questione sarebbero o si pretende sarebbero pregiudicati dalla decisione in questione» (TARELLO, *op. cit.*, 577; sul formalismo interpretativo v. recentemente, anche per riferimenti ulteriori, ALPA, *Il metodo nel diritto civile*, in *Contratto e impresa*, 2000, 357 ss.; PINO, SCHIAVELLO, VILLA, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, 289 ss.).

logico rispetto alle modalità della sua esteriorizzazione¹⁰. Al riguardo da tempo è diffusa l'idea che, una volta intravista la presenza dell'elemento psicologico, il requisito formale possa ritenersi di importanza recessiva.

Questo approccio non è privo di un retroterra sistematico. Esso si pone in evidente collegamento con tendenze recenti della dottrina civilistica nelle quali sembrano moltiplicarsi aperture verso una nuova «etica» del giurista. Tale nuova «etica» – si afferma – non può più essere «*quella delle forme, ma dei contenuti*», onde su questa via recuperare una dimensione della giuridicità fondata «*nella concretezza di operazioni interpretative tendenzialmente indirizzate ad un risultato di giustizia*»: «*il giudice*» – si constata – in una prospettiva di «*costituzionalizzazione del diritto civile ... valuta i valori prevalenti nel contesto sociale in relazione ai beni e agli interessi implicati nel conflitto e laddove una tensione permanga la risolve in chiave di bilanciamento, cioè nell'ottica di una socialità diffusa*»¹¹.

Come si vede, dunque, la giurisprudenza e la dottrina sopra richiamate pongono questioni di grande attualità nella riflessione giuridica e al tempo stesso intercettano temi i quali, benché approfonditamente trattati dalla migliore dottrina, periodicamente riemergono con forza.

Ad esempio, la possibile divergenza tra un «risultato di giustizia» ed un'etica solo formale fu ben presente a Giuseppe CHIOVENDA, quando nel 1901 si soffermò sulle forme processuali con parole che ben possono essere adattate – come in effetti lo furono in modo evidente alla fine del secolo – alle forme previste nel diritto sostanziale¹². Egli registrò come già allora «*i più*» considerassero le forme richieste dalla legge per il compimento degli atti «*come un male ... neppure ... necessario*» e quindi superabile senza danno. CHIOVENDA aggiunse che «*questi lamenti contro le forme ...*

¹⁰ ORESTANO, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. It.*, Appendice, III, Roma, 1961, 651 ss., ora anche disponibile in [http://www.treccani.it/enciclopedia/formalismo-giuridico_\(Enciclopedia-Italiana\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/formalismo-giuridico_(Enciclopedia-Italiana)/); ORMANNI, voce *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig.*, VII, Torino, 1961, 551 ss., spec. 556 s.

¹¹ LIPARI, *Una chiave di lettura*, in MACARIO, MILETTI (cur.), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, 19 ss., ivi riferimenti.

¹² CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, Milano, 1993, I, 353 ss.

hanno un fondo di verità», il quale fu da lui individuato soprattutto in due fattori: uno originato da suggestioni che egli disse «astratte» e che potrebbero dirsi pertinenti alla «politica del diritto»; l'altro, che riflette una situazione quasi di sbigottimento di fronte alle conseguenze dell'inosservanza delle forme. Più precisamente, il primo motivo di «lamento» fu individuato nel fatto che «*l'idea del diritto*» nel campo processuale, come pure – si dirà a fine secolo a proposito del diritto sostanziale¹³ – il «*fare*», la «*inesausta creatività umana*», «*l'uomo in una sorta di originaria e nativa socialità*», sono intese come «*una forza che muova al suo scopo e a' suoi effetti senza essere menomamente trattenuta e ritardata dagli ostacoli che può incontrare*» nelle forme previste per gli atti giuridici, le quali, dunque, possono in questi casi apparire – aveva già detto un altro autorevole giurista venticinque anni prima di CHIOVENDA – «*un impaccio ridicolo*», «*un'imposizione arbitraria del legislatore*»¹⁴.

Con riguardo al secondo motivo di «lamento» CHIOVENDA così continuava la sua analisi: «*anche più grave è l'altro inconveniente che le forme possono portare seco: talora l'inosservanza delle forme produce la perdita del diritto*»¹⁵, ossia un risultato che – per riprendere le parole di N. LIPARI – potrebbe essere ritenuto non «di giustizia» in rapporto alla concretezza del singolo rapporto.

Si trae a questo punto un'indicazione di grande utilità: ci si deve guardare dal sottovalutare le parole del Tribunale di Milano, con le quali si definisce la sottoscrizione dell'intermediario nel contratto di investimento «*un formalismo vacuo ed inutile*». Quelle parole non possono essere passate sotto silenzio quasi si trattasse di un'espressione «sopra le righe» e quindi priva di particolare

¹³ V. IRTI, *Formalismo e attività giuridica*, ora anche in *Studi sul formalismo*, Padova, 1997, 1 ss.

¹⁴ SERAFINI, *Sulla nullità degli atti giuridici compiuti senza l'osservanza delle forme prescritte dalla legge*, Roma, 1874, 7. A queste espressioni CHIOVENDA oppose non solo la risalente osservazione secondo la quale «*la forma è sorella gemella della libertà*», ma anche e soprattutto il richiamo ad un pericolo di indiscutibile attualità: «*se il rigore delle forme conduce spesso al sacrificio della sostanza, la rilassatezza dei principi formali genera la confusione e l'incertezza*».

¹⁵ Anche questo motivo di «lamento», peraltro, non rimase privo di replica e CHIOVENDA ricordò che «*atto formale è quello, l'inosservanza delle cui forme agisce sui suoi effetti*», nel senso che «*quel dato effetto non può più raggiungersi che in un determinato modo*».

significato. Al contrario, quelle parole sottintendono un disagio di fronte alle forme che, spesso presente nella cultura giuridica a mò di fenomeno carsico¹⁶, è stato avvertito con particolare disagio per motivi ben precisi (v. § 11) da almeno un secolo e mezzo, ossia da quando la dottrina denunciò la contrapposizione tra la «sostanza» apparentemente sacrificata dalle forme e la «*confusione ed incertezza*» determinate dal mancato rispetto delle forme stesse¹⁷. Anche allora questioni ed interrogativi prendevano spunto dalle incertezze della giurisprudenza in ordine al trattamento da riservare al contratto il quale, richiesto a forma scritta a pena di nullità, fosse stato firmato da un solo contraente, ma fosse stato regolarmente eseguito da entrambe le parti¹⁸. Si esitava, talvolta, a pronunciare la nullità del contratto per motivi sostanzialmente equitativi, dando così corpo a quella tendenza a non far sempre seguire la sanzione della nullità all'inosservanza di un requisito formale richiesto per l'esistenza dell'atto, che è stata evidenziata in dottrina¹⁹.

Ne segue che, quando il Tribunale di Milano guarda alla sottoscrizione del contratto come a «*formalismo vacuo ed inutile*», non manifesta una sorta di moto di stizza, ma fa sostanzialmente propria l'alternativa secca chiaramente posta fin dal 1874: «*o le forme prescritte sono necessarie ed utili, e debbono essere rispettate sempre e da tutti; o sono inutili e gravose, e il legislatore non avrebbe dovuto vessare le parti con prescrizioni superflue*»²⁰.

Si profila in tal modo l'interrogativo presente già in passato e ancor oggi riproposto circa l'effettivo ruolo da riconoscere alla forma contrattuale: si teme, infatti, che una passiva conformità agli

¹⁶ Valga per tutti il celeberrimo monito di BARTOLO, ad Dig. 17, *mandati vel contra*, l. 29 *si fideiussor*, § *quaedam*, n. 1 «*in curia mercatorum debet iudicari de bono et de aequo, omissis juris solemnitatibus*», che non va confinato al solo diritto sostanziale: v. *infra* § 12.

¹⁷ SERAFINI, *op. cit.*, 7; CHIOVENDA, *op. cit.*, 366.

¹⁸ Cfr. SINISCALCHI, *Solemnitas e probationes all'alba della prima codificazione italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 377 ss.

¹⁹ G. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, 4 s., nota 5.

²⁰ SERAFINI, *op. cit.*, 9.

schemi legali finisca per diventare fine a sé stessa, smarrendo ogni aderenza alla realtà odierna dei mercati – e in special modo dei mercati finanziari – e alle effettive esigenze sostanziali che questi manifestano: come si vede, ancora una volta lo sguardo va al «*risultato di giustizia*» che dovrebbe essere perseguito.

Si delinea, dunque, un ordito frastagliato e intessuto di problemi complessi, densi di ricadute pratiche e soggetti a ripresentarsi malgrado il trascorrere dei decenni. Sotto tale ultimo profilo e con specifico riferimento ai contratti conclusi nel mercato dei capitali, la controprova è data dalla circostanza che quella che CHIOVENDA designava oltre un secolo fa come opinione dei «*più*», è stata rinnovata ad ogni livello fin da quando – come ricordato in apertura – il legislatore speciale introdusse e consolidò (a volte non adeguatamente) precisi vincoli formali per i contratti conclusi tra operatori professionali del mercato finanziario e risparmiatori. Mi riferisco alle preoccupazioni – espresse anche dalla migliore dottrina – per le «*esigenze di celerità ed operatività dei traffici commerciali*», che anche nel mercato finanziario sarebbero «*imbrigliate*» dallo «*eccessivo rigore contrattuale*»²¹.

A ben vedere in queste premesse – ancora una volta di politica del diritto – può rinvenirsi l'ispirazione di fondo di quelle riflessioni formulate a proposito delle nullità disposte a margine del «neo-

²¹ Si tratta delle manifestazioni di quella «*percezione diffusa della forma come ostacolo alla circolazione della ricchezza*», cui accenna MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*³, Torino, 2017, 239.

Per l'orientamento accennato nel testo v. ad esempio RESCIGNO, «*Trasparenza bancaria*» e diritto comune dei contratti, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1990, I, 297 ss., 305; SCHLESINGER, *Problemi relativi alla c.d. "trasparenza bancaria"*, in *Corr. giur.*, 1989, 229 ss.; ROVITO, PICARDI, *Commento sub art. 18*, in *L'eurosim. D.lgs. 23 luglio 1996 n. 415. Commentario* a cura di G.F. CAMPOBASSO, Milano, 1995, 133 ss., 134; CASORIA, *Affidamenti e sconfinamenti in conto corrente tra requisiti formali e vincoli di accessorietà*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 2014, I, 686 ss., cui si riferisce il virgolettato nel testo.

Di segno diverso v. fin d'ora ad es. P. PERLINGIERI, *Note critiche sul rapporto tra forma negoziale ed autonomia*, cit., 571 ss.; IRTI, *op. cit.*, 23 s.; R. LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul neoformalismo negoziale)*, in *Banca, borsa, tit. credito*, 1990, I, 780; RUFINI, *Banche (Trasparenza delle condizioni contrattuali)*, in *Digesto comm.*, Agg., Torino, 2000, 93; BRECCIA, *La forma*, in ROPPO, *Trattato del contratto*, I, *Formazione*, a cura di GRANELLI, Milano, 2006, 500; BERTI DE MARINIS, *op. cit.*, 58 s.

formalismo», quando, oltre a registrare in alcuni casi «una sorta di sovradimensionamento del rimedio», si accenna ad una verifica, da condursi caso per caso, «se la violazione della regola posta a protezione del consumatore o del cliente, anche di forma, oltre che di contenuto, non si sia rivelata in concreto ininfluyente sulla posizione del soggetto protetto»²². E con ciò, ancora una volta, si esorta a distinguere tra «sostanza» e «forma» sull'evidente presupposto che si diano casi in cui il «contenuto» sia in grado di offrire una tutela ritenuta idonea a soddisfare l'interesse protetto, di guisa che la forma possa reputarsi «in concreto ininfluyente», e dunque inutile, se non addirittura controproducente per la realizzazione di un «risultato di giustizia» idoneo di per sé – è il rilievo di LIPARI prima ricordato – ad inverare una nuova «etica» del giurista.

A questo punto è evidente che la forma contrattuale costituisce tuttora un problema.

Si tratta di un problema assai particolare: infatti, esso presuppone un legislatore singolarmente lontano dalla realtà economica e intento soprattutto a «vessare» i contraenti, gli operatori del mercato, i consociati con «*formalismi vacui ed inutili*». Tutto ciò sarebbe confermato dal fatto che la violazione di tali formalismi potrebbe rivelarsi «in concreto ininfluyente sulla posizione del soggetto protetto». Ad un legislatore tanto insensibile e capriccioso si contrappongono, quasi di necessità, quanti, individuando i reali fini perseguiti dal predetto legislatore, stabiliscono secondo, criteri evidentemente diversi da quelli posti dal legislatore medesimo, quando «*le forme prescritte sono necessarie ed utili ... o sono inutili e gravose*».

Di qui una serie di non ingiustificati interrogativi sulla forma contrattuale: quali sono i valori e le esigenze concrete che essa mira a salvaguardare?; perché, malgrado le insofferenze reiteratamente suscitate, la recente legislazione sembra moltiplicare le forme contrattuali? Perché si «*imbriglia l'inesausta attività umana*»?

²² ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2015, 467. Mette conto, peraltro, richiamare immediatamente l'attenzione su aspetti che si avrà modo di sottolineare successivamente: l'A., infatti, nel riferire la posizione assunta in materia dalla Corte di Giustizia e dalle Sezioni Unite della Cassazione, da atto che «*la nullità di protezione ... è posta a presidio di un interesse generale*» quale «*il corretto funzionamento del mercato*» (op. cit., 468 s.).

Sono interrogativi e dubbi ben presenti alla dottrina recente: è significativo l'invito a tenere «*in debito conto la ratio della disciplina ... dettata sulla forma*», onde verificare per tale via se ha fondamento «*la diffidenza verso che quelle che [a taluno, in dottrina e giurisprudenza, evidentemente appaiono] vestigia di sorpassati formalismi*»²³.

È un invito da non lasciar cadere perché gli interrogativi sopra proposti fanno intravedere lo sfondo, ontologico e politico-sociale ad un tempo, che incombe sul problema giuridico della forma contrattuale, vale a dire il conflitto tra la «*soggettività ... che si attiene saldamente all'astrattezza della propria essenzialità*», la quale non sembra tollerare limiti alla propria azione e alla propria libertà, ed il «*mondo esterno*», col quale il soggetto è chiamato a confrontarsi: è inutile dire che in questo conflitto quasi due secoli or sono fu individuata la radice della «*protesta del sentimento soggettivo e dell'intelletto riflettente contro le formalità del diritto positivo*»²⁴.

²³ CAPOBIANCO, *Lezioni sul contratto*, Torino, 2014, 93.

²⁴ HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, ediz. del testo tedesco, introduzione, traduzione, note ed apparati di V. Cicero, Milano, 1996, 377, § 217, ma v. anche §§ 54 ss e 182 ss.