

UMBERTO MORERA

IL SILENZIO NEL DIRITTO COMMERCIALE E BANCARIO

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Le parole non dette. Il silenzio imposto*. – 3. *Segue. Il silenzio consentito*. – 4. *Segue. Il silenzio vietato*. – 5. *Il crepuscolo dell'informazione letterale e il parallelo sorgere di un'informazione (anche) numerica*.

1. *Premessa*.

In questo convegno, dedicato alle parole del diritto commerciale, ho scelto di trattare delle *parole non dette* e del *silenzio* poiché, a ben vedere, delle “parole dette” avevo già trattato nell’ambito del primo dei convegni di questa bella “trilogia maceratese” dedicata al *tempo* ⁽¹⁾, ai *numeri* ⁽²⁾ ed alle *parole* nel diritto commerciale.

In effetti, nel primo convegno del 1999, dedicato alla rilevanza del tempo nel diritto commerciale, tentai di svolgere un’analisi sull’influenza che il tempo aveva proprio sulle parole di quello specifico campo, incidendo progressivamente sulla loro portata e sul loro significato ⁽³⁾.

Oggi, approfondendo il profilo delle parole non dette – profilo che in verità reputavo piuttosto confinato e per così dire “di nicchia” – ho subito avvertito che la sua estensione era davvero notevole, essendo poi quasi impossibile (perlomeno nel poco tempo a mia disposizione) trattare organicamente della portata, della rilevanza e dell’efficacia del “non detto” nel campo del diritto commerciale (volendo naturalmente ricomprendere in questo campo anche il diritto bancario, quello finanziario e quello assicurativo).

¹

¹) Il riferimento è al convegno tenutosi presso l’Università di Macerata in data 20 aprile 1999, in relazione al quale cfr AA.VV., *La rilevanza del tempo nel diritto commerciale*, a cura di U. Morera, G. Olivieri e M. Stella Richter jr, Milano, 2000.

²) Il riferimento è al convegno tenutosi presso l’Università di Macerata in data 11 aprile 2000, in relazione al quale cfr AA.VV., *La rilevanza dei numeri nel diritto commerciale*, a cura di U. Morera, G. Olivieri e M. Stella Richter jr, Milano, 2001.

³) U. MORERA, *Diritto commerciale e longevità delle parole*, in AA.VV., *La rilevanza del tempo nel diritto commerciale*, cit., p.147; nonché in *Vita notarile*, 2001, p. 20.

Si è imposta dunque la necessità di operare una selezione, che limitasse il mio intervento sul terreno del “non detto” a qualche profilo soltanto.

Ecco allora che mi è parso interessante indagare il “non detto” sotto una duplice prospettiva.

In primo luogo, analizzando la prospettiva degli obblighi, dei permessi e degli impedimenti al silenzio; verificando poi gli effetti (positivi o negativi che siano) che, nel nostro campo, possono avere le parole non pronunciate o non scritte (nelle varie, possibili, loro declinazioni: omissioni, reticenze, silenzi, astensioni).

In secondo luogo, analizzando quello che – nel settore del diritto bancario e finanziario – potrebbe ormai definirsi il crepuscolo dell’informazione letterale (quella formata dalle parole), con parallelo sorgere dell’informazione numerica (quella rappresentata dai numeri).

2. Le parole non dette. Il silenzio imposto.

Prendendo le mosse dal primo profilo, noto subito che, nel nostro ordinamento, il silenzio, il non dire, può essere *imposto*, *consentito*, ovvero *vietato*; ove poi le tre prospettive si presentano all’evidenza assai diverse tra loro.

Nel diritto commerciale riscontriamo innanzitutto numerose situazioni in cui il silenzio è *imposto*; costituendo, in determinate circostanze e al ricorrere di certi presupposti, un vero e proprio obbligo per determinati soggetti, i quali pertanto non possono parlare, dovendo necessariamente restare silenziosi.

È ad esempio il caso previsto dall’art. 2598 c.c., norma che impone all’imprenditore di non diffondere notizie o apprezzamenti sui prodotti e sulle attività di un concorrente, qualora queste siano idonee a determinarne il discredito.

Oppure il caso previsto dall’art. 2105 c.c., norma che impone al prestatore di lavoro nell’impresa di non divulgare notizie attinenti all’organizzazione e ai metodi di produzione dell’impresa in cui lavora.

O anche il caso dell’art. 2352, comma 1, c.c., disposizione che in principio inibisce il diritto di parola (estrinsecantesi nel voto) in capo all’azionista al ricorrere di determinati vincoli (pegno, usufrutto e sequestro) sulla partecipazione.

O anche l’analogo caso previsto dagli artt. 2344, comma 4, e 2466, comma 4, c.c., norme che inibiscono il diritto di parola (voto) in capo al socio in mora con i versamenti.

O il caso dell'art. 2373, comma 2, c.c., disposizione che inibisce agli amministratori di esprimersi nelle delibere riguardanti la loro responsabilità, nonché ai membri del consiglio di gestione di esprimersi nelle delibere riguardanti la nomina, la revoca o la responsabilità dei consiglieri di sorveglianza.

O ancora il caso dell'art. 136, comma 1, T.U.B., norma che inibisce all'esponente di una banca di esprimersi nelle delibere concernenti l'eventuale impegno della banca a contrarre un'obbligazione (diretta o indiretta che sia) con l'esponente stesso.

O infine il caso dell'art. 53, comma 4, T.U.B., norma che vieta al socio e all'amministratore di una banca di esprimere il proprio voto, obbligandolo all'astensione, nelle deliberazioni in cui lo stesso abbia, per conto proprio o di terzi, un interesse in conflitto con quello della banca.

In tutti questi casi (ma gli esempi potrebbero davvero continuare a lungo ...) abbiamo un silenzio imposto dal legislatore; senza che, di per sé, lo stesso produca alcun effetto particolare.

Semplicemente non può esserci parola, o dichiarazione; vi dev'essere silenzio e basta. Il silenzio è dunque situazione dovuta, senza conseguenze significative.

Eventuali conseguenze ed effetti negativi (di tipo risarcitorio, invalidatorio, ovvero sanzionatorio) verrebbero casomai a prodursi laddove vi fosse pronunciamento di parole, laddove l'obbligo del silenzio venisse violato.

3. *Le parole non dette. Il silenzio consentito.*

Nel diritto commerciale riscontriamo poi anche diverse situazioni ove il silenzio, il non pronunciare parole, è semplicemente *consentito*; non è cioè né "imposto" (come abbiamo appena visto), né "vietato" (come vedremo tra poco).

È il caso tipico dell'*astensione volontaria* dall'esprimere un voto nell'ambito di un qualsiasi organo collegiale (l'astensione obbligatoria l'affronterò tra poco, quando tratterò dei casi di silenzio *imposto* dall'ordinamento).

In tal caso, il soggetto che è chiamato a partecipare al procedimento di formazione della volontà di un organo collegiale ha il diritto di restare in silenzio, di non pronunciarsi nel momento in cui gli viene richiesto di manifestare la sua volontà (attraverso il voto).

Ora, è evidente che in questo caso – a differenza di altre specifiche situazioni – il silenzio non assume né il significato di una dichiarazione di assenso, né il significato di una dichiarazione di rifiuto.

La dichiarazione di astensione assume la peculiare valenza di una esternazione di non voler manifestare la propria volontà in relazione ad una determinata scelta collegiale; quindi, di non voler votare a favore della proposta di delibera, né contro la stessa.

La dichiarazione di astenersi risulta sì espressiva di una volontà, la quale è tuttavia soltanto quella di non voler esprimere la propria opinione in merito ad una determinata decisione.

Qui la parola viene sì fisicamente spesa (attraverso la dichiarazione di astensione c'è effettivamente "pronunciamento" di parole), ma all'unico scopo di affermare la propria volontà di restare "silenti" in merito ad un determinato argomento.

È peraltro ovvio che laddove la regola organizzativa (normalmente contenuta nello statuto sociale) dovesse prevedere che l'astensione equivale a voto contrario (ipotesi invero non rarissima), il silenzio equivarrebbe a parola pronunciata (cioè a voto contrario), identificandosi ed assumendo gli effetti di una dichiarazione di valore negativo. Ma trattasi di situazione assolutamente peculiare e specifica.

Un altro tipico caso di silenzio consentito è rappresentato dalla possibilità, riconosciuta all'amministratore dall'art. 2392, comma 3, c.c. di dichiarare, o meno, il suo dissenso nel libro delle delibere consiliari, dandone poi immediata notizia al presidente del collegio sindacale.

In questo caso, a ben vedere, l'amministratore è libero di restare silente, di non dire nulla (con ciò assumendosi le dirette conseguenze dell'atto gestorio compiuto, o non compiuto, dall'organo collegiale di cui fa parte); così come sarà altrettanto libero di dichiarare al riguardo il proprio dissenso.

Gli effetti di tali opposti comportamenti (entrambi, si badi, di per sé assolutamente leciti) sono all'evidenza ben distinti tra loro, incidendo in maniera molto diversa sui futuri impegni risarcitori che potrebbero potenzialmente ricadere in capo all'amministratore.

Ulteriore caso di silenzio consentito è quello previsto dall'art. 2273 c.c.; norma che, una volta scaduto il termine di durata della società a base personale, consente ai soci di evitare di pronunciarsi in merito alla proroga della società stessa, continuando di fatto a compiere le operazioni sociali senza nulla dire. In questo caso, l'effetto del silenzio è assolutamente peculiare: producendo l'automatica proroga a tempo indeterminato della società.

Ulteriore esempio di silenzio consentito è poi quello previsto dall'art. 1926, commi 4 e 5, c.c., norma che consente all'assicurato, cui l'assicuratore propone una modifica del contratto (concernente la somma assicurata o

l'ammontare del premio), sia di dichiarare se intende o meno accettare la proposta, sia di restare in silenzio. In quest'ultimo caso, in base a tale norma del codice «il silenzio dell'assicurato vale come adesione alla proposta dell'assicuratore».

Concludo, tra i tanti ancora possibili, con un ultimo esempio di silenzio espressamente consentito dall'ordinamento, anche se invero oggi superato dalla realtà. È quello della possibilità (riconosciuta dall'art. 3 Legge Assegno) che la convenzione di assegno tra banca e correntista, oltre che espressamente, sia perfezionata anche tacitamente, per fatti concludenti, senza dunque dichiarazioni o pronunciamento di parole (scritte o verbali che siano).

4. *Segue. Il silenzio vietato.*

Nel diritto commerciale riscontriamo infine anche moltissime situazioni ove il non pronunciare parole è *vietato*, ove il silenzio non è permesso; risultando in ogni caso imposte delle dichiarazioni.

È questa invero, a ben vedere, la situazione che ricorre di gran lunga più frequentemente.

E la stessa si verifica in tutti quei casi in cui le parole, cioè le dichiarazioni, sono imposte da determinate esigenze; risultando pertanto inibito il silenzio, anzi risultando lo stesso sanzionato, talvolta anche severamente.

Non è naturalmente possibile dar qui conto di tutte le ipotesi in cui il silenzio deve considerarsi vietato, dovendomi pertanto limitare ad alcuni esempi soltanto, anche se significativi.

È innanzitutto il caso in cui l'ordinamento chiede di utilizzare necessariamente le parole, cioè di esprimersi su certi profili, nella redazione di un atto costitutivo di società (artt. 2328, comma 2; nonché 2463, comma 2; 2521, comma 3).

Alcuni elementi della struttura sociale vanno infatti necessariamente menzionati, essendo dunque vietato un silenzio in punto.

Nel redigere un atto costitutivo non possono ad esempio essere omessi la denominazione della società, o l'attività che costituisce l'oggetto sociale, o il valore attribuito ai crediti e ai beni conferiti in natura, e così via

Si tenga comunque presente che rispetto a tutto ciò che invece non deve necessariamente essere detto e menzionato i soci hanno l'alternativa del dire o del non dire.

Siamo quindi in una di quelle ipotesi, che abbiamo appena trattato, in cui il silenzio è consentito.

Qualora i soci scegliessero di non utilizzare le parole, rimanendo quindi in silenzio su di un determinato profilo dell'organizzazione sociale, le conseguenze del silenzio non sarebbero però sempre uguali: talvolta il silenzio produrrà effetti, altre volte no.

Difatti, mentre il silenzio statutario su determinati aspetti dell'organizzazione societaria che sono oggetto di disciplina legislativa verrà per così dire "riempito" dalle regole dell'ordinamento positivo, ove quindi al silenzio dei soci si sostituiranno (automaticamente) le parole del legislatore, al contrario, un silenzio statutario su di un profilo non disciplinato dall'ordinamento sarà improduttivo di effetti specifici.

Un altro tipico caso in cui il silenzio non è consentito è poi riscontrabile nell'art. 2391 c.c. (richiamato, per le banche, dall'art. 136 T.U.B.), ove la norma impone all'amministratore di dare notizia di ogni interesse che, per conto proprio o di terzi, abbia in una determinata operazione della società, precisandone la natura, i termini, l'origine e la portata. In tali ipotesi, l'amministratore non potrà dunque mai restare silente, risultando obbligato alla dichiarazione.

Parimenti è il caso dell'art. 103, comma 2, T.U.B., ove la norma impone al commissario di una società appartenente ad un gruppo bancario, che abbia in una determinata operazione un conflitto con la società stessa in ragione della carica ricoperta in diversa società del gruppo, di darne notizia agli altri commissari, al comitato di sorveglianza e alla Banca d'Italia.

O è anche il caso dell'art. 2528, comma 3, c.c., che impone di motivare le delibere di rigetto delle domande di ammissione a socio di cooperativa (e v., per le banche di credito cooperativo, l'analogo art. 30, comma 5, T.U.B.); qui occorre necessariamente pronunciare le parole che servono a motivare il rifiuto dell'ammissione a socio.

Così come, analogamente, accade in genere in tutti quei (numerosi) casi in cui la motivazione (talvolta anche molto analitica e specifica: si pensi al caso previsto dall'art. 2497-ter c.c. per le decisioni assunte dalle società soggette ad attività di direzione e coordinamento) è imposta dalla legge.

O anche l'art. 2428 c.c., che impone agli amministratori di spendere parole in merito a molteplici argomenti nell'ambito della relazione sulla gestione che deve accompagnare il bilancio di esercizio. Il silenzio su certi profili della gestione (ad esempio: i fatti di rilievo dopo la chiusura dell'esercizio) non è ammesso dal nostro ordinamento.

Una situazione tutta peculiare di silenzio vietato è poi prevista dall'art. 137 T.U.B.. Secondo tale norma, l'esponente o il dipendente di una banca o di un intermediario che, al fine della concessione di fido (ovvero al fine della modifica delle sue condizioni, o di evitare la revoca del fido già concesso), omette di segnalare dati o notizie di cui è a conoscenza, commette un reato (il

c.d. *falso interno*). In questo caso, il silenzio viene sanzionato addirittura penalmente.

Ma il segmento dell'ordinamento in cui le “parole non dette” assumono forse la maggiore rilevanza negativa è senza dubbio quello delle regole relative all'intermediazione finanziaria.

Qui, l'informazione – rappresentata dalle parole necessariamente dette – assume rilevanza fondamentale e la sua mancanza è sanzionata gravemente, ben potendo il silenzio (si badi: di entrambe le parti) riverberarsi negativamente sul contratto che lega l'investitore all'intermediario.

Credo sia a tutti nota, e non sto pertanto qui dunque a ricordarlo, quale sia l'ampiezza dell'apparato normativo (primario e secondario) che, in materia di intermediazione finanziaria, impone all'intermediario sia di acquisire informazioni dal cliente al fine di individuarne con esattezza il suo profilo di rischio, sia di fornire al cliente ogni informazione utile alla più completa valutazione del rischio inerente l'operazione che sta per compiere.

Qui, tanto il silenzio dell'investitore (concretantesi in una mancata acquisizione di informazioni da parte dell'intermediario), tanto il silenzio dell'intermediario (concretantesi in una mancata informazione dell'investitore), può essere sanzionato in vari modi, primi tra tutti la risoluzione per inadempimento del contratto e il risarcimento del danno a carico dell'intermediario.

Dove invece, in questo campo, il mero silenzio non sembra poter incidere è nella prospettiva dell'annullamento del contratto per dolo omissivo ex art. 1439 c.c..

In effetti, il mero silenzio, anche se relativo a situazioni che potrebbero interessare in maniera significativa la controparte, non può mai costituire causa invalidante del contratto.

Gli è infatti che il dolo omissivo può concretizzarsi soltanto qualora l'inerzia della parte si inserisca – per usare le incisive parole della Corte di legittimità – “*in un complesso comportamento preordinato con astuzia a realizzare l'inganno*” (così Cass. 8295/1994).

A ben vedere – e prendendo spunto da alcuni studi di Matteo De Poli ⁽⁴⁾ – va condivisa l'idea che il mero silenzio non potrà mai – di per sé – costituire “raggiro”, poiché rappresenta una fattispecie per così dire “povera”, del tutto incapace di esprimere la gravità o meno del comportamento di chi non ha parlato.

⁴⁾ Cfr ad esempio M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p.397 ss; ID., *Servono ancora i raggiri per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.* 2004, II, p. 926 ss.

Un raggirò invalidante il contratto, a ben vedere, potrebbe sussistere soltanto in presenza di fattispecie per così dire “ricche”: ossia in presenza di complesse articolazioni di parole, di gesti, di comportamenti, ed anche di silenzi. Mai, però, di soli silenzi.

5. *Il crepuscolo dell’informazione letterale e il parallelo sorgere di un’informazione (anche) numerica.*

L’ultimo argomento appena trattato, quello relativo all’informazione finanziaria, ben introduce la seconda prospettiva che mi è parso interessante analizzare: quella per cui – nel settore del diritto bancario e finanziario – potrebbe ormai considerarsi iniziato il crepuscolo dell’informazione letterale (quella formata da parole), con parallelo sorgere di un’informazione (anche) numerica, formata da numeri ⁽⁵⁾.

Ora, non mi pare possano sussistere dubbi sul fatto che l’acquisto di un prodotto finanziario implichi la necessità di confezionare (prima), fornire (poi) ed acquisire (infine) un amplissimo bagaglio informativo, neppure lontanamente comparabile con quello che caratterizza l’acquisto di qualsiasi altro bene.

Ad esempio, nell’acquisto di un immobile o di una imbarcazione – comportante spesso esborsi assai più significativi – l’informazione precontrattuale è di gran lunga inferiore rispetto a quella prevista per l’acquisto di una quota di un fondo di investimento, magari di modesto valore.

Il motivo centrale di questa nettissima sproporzione informativa risiede nel fatto che mentre le cose (mobili o immobili) esistono nella realtà, si possono vedere e toccare, la loro natura è ben recepita in base ad informazioni derivanti dall’esperienza sensoriale e da consolidate convenzioni culturali, alla parola che li esprime si associa immediatamente un’immagine concreta, viceversa, per farsi un’idea di un qualsiasi prodotto finanziario, per “conoscerlo”, per “percepirlo”, è necessario che questo venga accuratamente descritto ⁽⁶⁾.

Potremmo ben dire che l’insieme delle informazioni che descrivono un prodotto finanziario rappresentano (cioè in definitiva “*sono*”) il prodotto

⁵⁾ Le riflessioni e gli spunti che seguono sono stati in gran parte “suggeriti” dalla lettura di un saggio inedito di A. LUPOI, *Il tramonto dell’informazione letterale, l’alba dell’informazione numerica?* (poi pubblicato in *Riv. dir. banc.* 2017, (4), p. 1), che ho avuto modo di consultare grazie alla cortesia dell’autore.

⁶⁾ Sul “prodotto finanziario” come *metafora*, vedi le pagine di F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 2005, p. 18 ss; N. ABRIANI, *Di che cosa parliamo quando parliamo di derivati?*, in AA.VV., *I contratti “derivati”. Dall’accordo alla lite*, a cura di U. Morera e R. Bencini, Bologna, 2012, p. 125 ss; nonché, in prospettiva più ampia, C. LEPORELLI – G. REY, *Innovazione e concorrenza nel mercato delle tecnologie dell’informazione*, in AA.VV., *La concorrenza tra economia e diritto*, a cura di N. Lipari e I. Musu, Bari, 2000, p. 213 ss.

finanziario stesso; il quale pertanto finisce per identificarsi con le parole che lo descrivono. Se mancano (o non sono chiare) talune parole, quindi talune informazioni, il prodotto rimane inevitabilmente in penombra: diventa, per così dire, parzialmente “invisibile”.

E tra le parole maggiormente qualificanti il prodotto finanziario ci sono all’evidenza tutte quelle parole che sono relative al *rischio finanziario* assunto per effetto del suo acquisto. Assunzione del rischio finanziario che, a causa della sua indiscutibile centralità, finisce per costituire, secondo talune convincenti costruzioni teoriche, il vero oggetto dell’operazione di investimento (di cui il prodotto rappresenta, di fatto, soltanto un mero “veicolo”).

A ben riflettere, l’investitore acquista il *rischio*, più che il *prodotto* (il quale, di per sé, significa davvero poco per lui; costituendo, appunto, soltanto il “veicolo” per assumere quel rischio che lo dovrebbe condurre al sospirato vantaggio economico che è il suo vero fine).

La prospettiva appena descritta (cioè la centralità del rischio finanziario, che si dovrebbe sempre necessariamente ben conoscere prima di acquistare un prodotto finanziario) ha finito per condurre al tramonto dell’informazione costituita dalle parole (rivelatesi troppo vaghe ed inespressive, se non talvolta confusive, nella descrizione del rischio), per approdare ad un’informazione formata da indici sintetici, ad un’informazione quindi numerica, ritenuta maggiormente espressiva dei valori che deve rappresentare.

Così non è un caso che, con l’introduzione delle c.d. KID ⁽⁷⁾ previste dal Regolamento UE 1286/2014 ⁽⁸⁾ per i c.d. PRIIPs ⁽⁹⁾, l’informazione ritenuta centrale, quella appunto relativa all’informazione sul rapporto rischio/rendimento, debba essere espressa da un indice numerico: da 1 (ridotto) a 7 (elevato).

Tale S.R.I. (*Indice Sintetico di Rischio*), prodotto da modelli matematici previsti da *standard* tecnici, consente all’investitore l’istantanea percezione dell’effettivo rischio finanziario, nonché la possibilità di comparare immediatamente sul Mercato differenti prodotti indicizzati in maniera equivalente.

L’indice numerico finisce per porre il prodotto finanziario in assoluto secondo piano (come è giusto che sia, trattandosi del mero veicolo), portando subito l’attenzione dell’investitore sul rischio finanziario rapportato al

⁷⁾ Acronimo traducibile in italiano con “*Informazioni documentali chiave*”.

⁸⁾ Regolamento 26 novembre 2014, n. 1286 del Parlamento Europeo e del Consiglio, in GU L 352 del 9 dicembre 2014.

⁹⁾ Acronimo traducibile in italiano con “*Prodotti di investimento al dettaglio e assicurativi preassemblati*”.

rendimento; rischio che, con l'informazione costituita dalle parole, finiva per restare del tutto celato, disperdendosi nel *mare magnum* dell'informazione precontrattuale di natura verbale.

A ben vedere, negli ultimi due decenni gli sforzi per semplificare il linguaggio delle parole nel comparto dell'intermediazione finanziaria al fine di rendere lo stesso più efficiente, non hanno prodotto risultati apprezzabili.

L'immensa quantità di informazioni relative all'emittente, al prodotto, ai rischi di varia natura, hanno spesso finito per "oscurare" il vero profilo centrale dell'operazione: cioè il rischio finanziario; il cui valore potrà molto più efficacemente essere espresso da numeri prodotti da modelli matematici stabiliti in appositi *standard* predefiniti.

Occorre prendere atto che sta per iniziare una nuova era dell'informazione finanziaria: dopo che le (troppe) parole fin qui spese per informare hanno sostanzialmente fallito in gran parte la loro funzione, il loro posto sta per essere assunto dai numeri, probabilmente più chiaramente espressivi di ciò che sono chiamati a rappresentare.

Il tramonto delle parole nel diritto finanziario sarà un bene? Io, personalmente, credo di sì.