

Nullità dei contratti di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori

UNIVERSITA' DEGLI STUDI
ROMA TRE

SCUOLA DOTTORALE TULLIO ASCARELLI
DOTTORATO DI RICERCA IN MERCATO E CONSUMATORI

XXIV Ciclo

TITOLO: Nullità dei contratti di commercializzazione a distanza dei servizi
finanziari ai consumatori

Dottorando: Alfredo BELISARIO

Tutor: Chiar.mo Prof. Mario NUZZO

INDICE

NULLITÀ DEI CONTRATTI DI COMMERCIALIZZAZIONE A DISTANZA DEI SERVIZI FINANZIARI AI CONSUMATORI

CAPITOLO I

I profili problematici

1. Il quadro normativo europeo in tema di “commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori”;
2. L'attuazione della direttiva 2002/65/Ce e coordinamento con la disciplina del Testo Unico della Finanza;
3. Disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori;
4. Caratteristiche peculiari delle nullità in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori ;
5. Profili problematici;

CAPITOLO II

I profili sistematici

1. Il ruolo e la funzione della nullità nel Codice Civile;
2. L'ambito di applicazione: il ruolo dell'art. 1418 c.c.;
3. La disciplina applicabile: a) l'insanabilità; b) l'imprescrittibilità; c) la legittimazione attiva e la rilevabilità di ufficio; d) l'efficacia erga omnes; e) nullità per difetto di forma e limiti della prova;
4. L'affermarsi di nullità “anomale” quali strumento di protezione del contraente debole e la crisi del “dogma” della nozione unitaria di nullità;
5. Il ruolo e la funzione delle nullità del Codice del Consumo;
6. Ricostruzione di una moderna categoria giuridica della nullità;

CAPITOLO III

La disciplina

1. Individuazione dell'interesse tutelato dalla nullità prevista dagli artt. *67septiesdecies* e *67octiesdecies*;
2. Interesse individuale ed indisponibilità dei diritti previsto dall'art. *67octiesdecies*: linea di demarcazione;
3. Legittimazione attiva relativa e limiti alla rilevabilità di ufficio;
4. Nullità e violazione degli obblighi di informativa precontrattuale: riflessioni alla luce della sentenza a Sezioni Unite, ipotesi eccezionale o nuova frontiera della nullità;

Conclusioni

Bibliografia e indice delle sentenze

CAPO PRIMO

I PROFILI PROBLEMATICI

SOMMARIO: 1. Il quadro normativo europeo in tema di “commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori”; - 2. L'attuazione della direttiva 2002/65/Ce e coordinamento con la disciplina del Testo Unico della Finanza; - 3. Disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori; - 4. Caratteristiche peculiari delle nullità in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori ; - 5. Profili problematici.

1. Il quadro normativo generale in tema di “commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori”

La diffusione delle nuove tecnologie di informazione e comunicazione ha assunto sempre maggiore rilevanza nel sistema dei traffici giuridici e commerciali, in particolare nel settore finanziario. Detti nuovi strumenti di comunicazione costituiscono la base per rivedere le tradizionali modalità di realizzazione e conclusione degli affari e di prestazione dei servizi nei confronti dell'utenza. Le tradizionali forme di incontro e di scambio, basati su contatti fisici diretti tra operatori e consumatori, sono stati radicalmente modificati: si crea infatti un nuovo modo di relazionarsi, sia nei rapporti tra professionisti (*business to business*) sia nei rapporti tra questi ed i consumatori (*consumer to business*), che determina profonde trasformazioni nell'intero ciclo produttivo e distributivo¹.

Rilevante importanza acquisiscono le nuove tecnologie nell'evoluzione del mercato dei sistemi finanziari dato che queste ultime non si sono solo limitate a rivoluzionare il funzionamento dei mercati finanziari all'ingrosso ma hanno costituito un importante mezzo per implementare la creazione di modelli al dettaglio. L'attività finanziaria si fonda sull'acquisizione, elaborazione e diffusione di informazioni: pertanto l'utilizzo dell' *Information Technology* trova in quest'ambito un terreno privilegiato in

¹ In tal senso U. PLACANICA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari alla luce del D. Lgs. 190/2005 e della legge 262/2005*, in *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, Padova, 2006.

quanto consente di ridurre drasticamente i tempi, annullare gli spazi e abbattere i costi dello scambio informativo. L'utilizzo da parte degli intermediari bancari e finanziari di canali distributivi alternativi alla classica rete degli sportelli, delle agenzie e dei promotori è sempre più diffuso: accanto all'utilizzo delle reti di telefonia, fissa e mobile, per lo scambio di messaggi vocali si stanno intensificando nuove forme di comunicazione e di commercio basate sullo scambio di dati per via digitale. La finanza elettronica rappresenta una delle aree più progredite del commercio elettronico in quanto gli strumenti finanziari costituiscono di per sé un bene ideale da scambiare tramite lo strumento informatico dato che si caratterizzano per essere *information-intensive* e per lo più non richiedono la consegna fisica.

Proprio di tale evoluzione e della relativa esigenza di governarla con un impianto normativo capace di individuarne e valorizzarne gli elementi di peculiarità non potevano non tener conto sia il legislatore comunitario che il legislatore nazionale. Negli ultimi tempi, infatti, è stata crescente la consapevolezza che dell'importanza di dotare le moderne economie di una adeguata cornice legislativa per favorire uno sviluppo razionale e sostenibile delle stesse. Proprio a tal fine le istituzioni comunitarie si sono impegnati nel tentativo di favorire lo sviluppo della "società europea dell'informazione" e di promuovere un ambiente normativo che fosse capace di consentire il migliore sfruttamento delle nuove opportunità. Tanti sono stati i documenti che sono stati redatti sotto le più svariate forme (dalle semplici raccomandazioni, alle direttive, ai piani di azione, ai libri bianchi, libri verdi, comunicazioni, risoluzioni, studi ed indagini) mediante i quali la Commissione, il Consiglio, ed il Parlamento europeo² hanno inteso coniugare le predette finalità con quella di assicurare la tutela degli interessi dei consumatori nella fruizione dei prodotti finanziari a distanza. Da più di dieci anni ormai si è preso atto, con particolare attenzione al comparto della finanza, che per promuovere la crescita e la competitività dell'Unione Europea sarebbe stato opportuno e necessario creare un tessuto normativo che fosse capace non solo di accrescere la fiducia dei consumatori verso i nuovi strumenti dell'evoluzione tecnologica ma in particolare di realizzare un'effettiva integrazione dei mercati a livello comunitario. La prestazione di servizi finanziari, infatti, aveva avuto luogo prima di allora mediante la creazione di

² L'importanza e la rilevanza del dibattito all'interno delle Istituzioni comunitarie è ampiamente riportato in A. FINOCCHIARO, *La Banca d'Italia ed i servizi di rete*, 2003.

società controllate o di filiali nei Paesi dell'Unione: infatti la costruzione del mercato interno nel settore finanziario era stata realizzata attraverso il rilascio del c.d. “passaporto europeo” alle società autorizzate nei singoli stati membri. Le istituzioni comunitarie hanno compreso che era giunto il momento di intervenire al fine di abbattere le frontiere sussistenti tra gli stati al fine di favorire la competitività, l'efficienza del mercato e la concorrenza. Si era infatti notato come l'avvento della Rete, per sua essenza priva di limiti e frontiere, avesse introdotto una nuova dimensione nell'avvio e nella gestione dei rapporti commerciali: grazie a dati strumenti i consumatori sono stati messi nella condizione di stabilire contatti con gli operatori della comunità e di acquistare tutti i servizi ed i prodotti in modo semplice e conveniente. Sulla scorta di tali riflessioni la Commissione decise di realizzare entro il 2005³ un piano di integrazione definito “Piano d'azione per i servizi finanziari” (Pasf) e di rimuovere gli ostacoli e le barriere, con la relativa frammentazione dei mercati, per il tramite di una nuova normativa europea che disciplinasse e regolamentasse compiutamente la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori. Detta commercializzazione a distanza non può considerarsi un fenomeno che nasce con l'affermarsi del commercio elettronico: da decenni, infatti, i prodotti finanziari sono

³ Nel Consiglio europeo di Lisbona del 23 e 24 marzo del 2000 venne fissata la scadenza del 2005 per la realizzazione di un mercato europeo integrato di servizi finanziari, per agevolare l'accesso ai capitali d'investimento e rendere competitiva l'economia europea, mentre per quanto riguarda il settore dei mercati mobiliari il Consiglio di Stoccolma del 23 e 24 marzo 2001 riducesse i tempi indicando come scadenza la fine del 2003. Tre furono i risultati strategici che la Commissione intese realizzare: istituire un mercato unico dei servizi finanziari all'ingrosso, rendere accessibili e sicuri i mercati al dettaglio, rafforzare le norme prudenziali e di vigilanza. Nel 2001, con la Comunicazione n. 2001/66, la Commissione Europea espresse alcune linee di azione necessarie allo sviluppo della prestazione transfrontaliera dei servizi finanziari:

1. un programma per promuovere la convergenza delle regole contrattuali e non: la coerenza di un quadro normativo per i servizi finanziari è necessaria a garantire una maggiore convergenza delle norme che tutelano i consumatori e gli investitori;

2. misure mirate per favorire la fiducia dei consumatori nei sistemi di risoluzione delle controversie transfrontaliere e nei pagamenti su internet: tali misure rispondono a due esigenze generali. In primo luogo, la possibilità di poter accedere a strumenti di risoluzione delle controversie rapidi ed efficaci in caso di problemi. In secondo luogo, la necessità di risolvere una serie di problemi legati in modo specifico all'utilizzo delle nuove tecnologie, in particolare la sicurezza e l'affidabilità dei pagamenti via Internet.

3. una più stretta cooperazione tra le autorità di vigilanza; le autorità del paese ospitante devono affidarsi in misura sempre maggiore alla autorità del paese in cui ha sede il prestatore dei servizi; questa cooperazione va sostenuta da un sistema globale di protocolli d'intesa tra le autorità di vigilanza finanziaria dell'Unione, sia in via bilaterale che attraverso comitati comunitari già esistenti.

La comunicazione si conclude con la sollecitazione da parte della Commissione a “mettere in atto rapidamente le misure prospettate se si vuole realizzare un mercato europeo integrato dei servizi finanziari entro la scadenza del 2005 fissata dal Consiglio europeo di Lisbona”.

offerti dagli operatori anche al di fuori della loro sede sfruttando i più diversi mezzi quali il servizio postale, il telefono, il telefax. Tuttavia fino alla diffusione della Rete ed, in genere, delle tecnologie dell'informazione l'offerta dei servizi finanziari veniva effettuata quasi esclusivamente a livello nazionale. In relazione a ciò il modello dell'offerta a distanza assomigliava a quello dell'offerta fuori sede fatta da incaricati degli intermediari finanziari porta a porta.

L'introduzione dell'euro in gran parte dell'Ue, la necessità di garantire agli investitori un eguale livello minimo adeguato di protezione in tutto il territorio europeo e la crescita dei meccanismi e degli strumenti tecnologici propri della società dell'informazione hanno posto le basi per la creazione di una offerta transfrontaliera di rilevante entità⁴. Sono, quindi, emerse in materia regole specifiche del commercio internazionale, influenzate dalle esigenze del mercato globale in cui tali prodotti e servizi si sviluppano. Parallelamente, a partire dagli anni '70, le contrattazioni di titoli hanno cessato di essere monopolio delle borse valori, localizzate in un determinato paese e, proprio in virtù della dematerializzazione dei prodotti e servizi finanziari, si è cominciato ad affermare, accanto al mercato borsistico, un mercato su base telematica totalmente delocalizzato⁵.

Problemi ancora più complessi si verificano allorché le operazioni relative a tali prodotti e servizi finanziari hanno luogo in rete ed una delle due parti si qualifica come consumatore. L'utilizzo di Internet, in particolare, rende possibile effettuare tali operazioni con un contatto diretto tra le parti, così che il tradizionale ruolo degli intermediari finanziari ne risulta notevolmente eroso.

Le autorità comunitarie non potevano restare insensibili al problema generale del commercio elettronico dei servizi finanziari, né al problema specifico costituito dalla necessità di offrire ai consumatori, al riguardo, quel livello di protezione che costituisce, come appena detto, una costante preoccupazione dell'azione comunitaria.

⁴ Un particolare aspetto della protezione dei consumatori nel diritto comunitario relativo alla società dell'informazione concerne i prodotti e servizi finanziari offerti e venduti on line. Va premesso che, relativamente ai prodotti e servizi finanziari in generale e in considerazione della loro natura dematerializzata e delocalizzata, norme di diritto internazionale dei privati si sono sviluppate in maniera notevole.

⁵ Esempi sono il NASDAQ (National Association of Securities Dealers Automatic Quotation) in USA e l'EASDAQ (European Association of Securities Dealers Automated Quotation) in Europa, con problematiche regolatorie tutte particolari .

Infatti, sotto il primo profilo, il diritto comunitario si è sviluppato nel senso della instaurazione, entro breve tempo, di un mercato integrato su base europea degli strumenti finanziari, attraverso un'opera di armonizzazione delle legislazioni nazionali e di rimozione degli ostacoli alla libera circolazione dei servizi in materia⁶.

La pubblicazione del libro verde “Servizi finanziari: come soddisfare le aspettative dei consumatori”, avvenuta il 22 maggio 1996, probabilmente costituisce il primo di numerosi interventi volti a dimostrare una seria intenzione da parte del legislatore comunitario di avviare un nuovo corso nel trattamento delle attività finanziarie distribuite a distanza. In questo documento, inizialmente, viene ricordata l'importanza dei servizi finanziari quali elementi fondamentali per il corretto funzionamento del sistema economico dell'Unione europea e, successivamente, dopo aver operato una ricognizione della situazione esistente, vengono esaminate le prospettive future del settore dei servizi finanziari⁷. Nel libro verde del 1996 la Commissione aveva invitato le parti interessate a presentare delle relazioni che avessero potuto aiutare gli Organi comunitari a perfezionare la normativa esistente. La Commissione esaminò i contributi ricevuti e ne tenne conto in una successiva indagine del 1996 intitolata “Impatto ed efficacia del mercato unico nel settore bancario ed assicurativo”.

⁶ La Commissione ha anche emesso, il 30 gennaio 2001, una comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sul commercio elettronico e i servizi finanziari, nella quale viene delineata la politica che essa intende seguire per creare un quadro giuridico comunitario relativamente ai servizi finanziari offerti on line. In tale documento, la Commissione dichiara di volere adottare il principio del paese d'origine anche per i servizi finanziari offerti *on line*, in linea con la politica generale comunitaria in tema di commercio elettronico, ma che, al riguardo, occorre prima attuare un programma di convergenza delle norme nazionali riguardanti le obbligazioni contrattuali ed extracontrattuali in materia, le quali restano ancora troppo distanti da Stato a Stato. In particolare, la comunicazione si preoccupa di formulare una serie di raccomandazioni volte ad accrescere la fiducia dei consumatori nell'uso del commercio elettronico per le loro operazioni finanziarie transfrontaliere, con particolare riguardo ai mezzi di risoluzione delle controversie. Infine, il documento si propone di migliorare la cooperazione tra le autorità di supervisione degli Stati membri per quanto riguarda i servizi finanziari offerti *on line*.

⁷ A detta della Commissione, la regolamentazione comunitaria avrebbe dovuto prevedere una forte tutela per il consumatore piuttosto che per il prestatore di servizi, anche eliminando restrizioni alla loro libera prestazione transfrontaliera. Inoltre, la Commissione volle ribadire, nell'ambito dei servizi finanziari, la necessità di una informativa chiara ed adeguata per i consumatori, sia prima che dopo la conclusione del contratto; l'opportunità di prevedere una conferma scritta del suo contenuto; l'esigenza di introdurre un periodo di ripensamento successivo alla conclusione dell'operazione. Questi, con la successiva emanazione della direttiva 2002/65/CE e della relativa legge di recepimento, costituiranno i pilastri della disciplina relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Con l'intento di realizzare un mercato finanziario integrato europeo, l'ordinamento comunitario nel maggio 1999 diede attuazione al cd. "Piano d'azione sui servizi finanziari" attraverso il quale la Commissione stabilì delle priorità e predispose un calendario di interventi normativi in materia di strumenti e di servizi finanziari, tra i quali anche la strategia politica di tutela del consumatore⁸.

Fra le più importanti iniziative normative adottate nel corso del processo di riforma comunitario volto alla realizzazione di un mercato finanziario europeo (con particolare attenzione alla contrattazione finanziaria on line), meritano essere ricordate tre direttive: la direttiva 2002/65/CE, la direttiva 2000/31/CE ed infine la direttiva 2004/39/CE.

1.1. La direttiva 2000/31/CE.

La direttiva 2000/31/CE emanata l'8 giugno 2000 concerne taluni aspetti del commercio elettronico ed è volta a disciplinare la generalità dei servizi prestati on line. La suddetta direttiva, definendo il proprio ambito applicativo, dichiara di ravvicinare, nella misura necessaria al buon funzionamento del mercato, talune norme nazionali sui servizi della società dell'informazione che interessano il mercato interno, lo stabilimento dei prestatori, le comunicazioni commerciali, i contratti per via elettronica, la responsabilità degli intermediari, i codici di condotta, la composizione stragiudiziale delle controversie, i ricorsi giurisdizionali e la cooperazione tra gli Stati membri⁹. La direttiva sul commercio elettronico è una direttiva quadro orizzontale applicabile a tutti i servizi resi per il tramite degli strumenti elettronici (i cd. servizi on line), identificati con la nozione di "servizi della società dell'informazione. Tra questi, vengono compresi i servizi di investimento *on line*¹⁰.

⁸ Così, F. COCO, La direttiva 2002/65 sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori: cosa cambia nella normativa italiana, in www.archivioceradi.luiss.it, 2003, p. 3.

⁹ Art. 1, direttiva 2000/31/CE.

¹⁰ Infatti, il 27° considerando afferma che "*la presente direttiva, unitamente alla futura direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio concernente la vendita a distanza di servizi finanziari ai consumatori, contribuisce alla creazione di un quadro giuridico per la fornitura dei servizi finanziari in linea. La presente direttiva non pregiudica future iniziative nel settore dei servizi finanziari, in particolare per quanto riguarda l'armonizzazione delle regole di condotta in tale settore. La possibilità, che la presente direttiva conferisce agli Stati membri, di limitare in determinate circostanze la libertà di fornire servizi della società dell'informazione al fine di tutelare i consumatori comprende anche misure nel settore dei servizi finanziari, in particolare intese a tutelare gli investitori*".

Le attività off-line non rientrano nel campo di applicazione della direttiva, anche quando siano connesse ad un servizio on line. Pertanto se un servizio di investimento è fornito on line solo parzialmente, alle differenti parti verrà applicato un diverso regime normativo.

Per rimuovere l'ostacolo dell'incertezza del diritto nazionale¹¹ applicabile ad una determinata prestazione on line, la direttiva utilizza una duplice tecnica.

Da un lato, essa armonizza le discipline sostanziali nazionali di alcuni aspetti del commercio elettronico, con particolare riferimento alle informazioni che il fornitore ha l'obbligo di mettere a disposizione, le comunicazioni commerciali, i contratti stipulati in via elettronica, la responsabilità degli intermediari, la soluzione delle controversie, la cooperazione fra Stati membri e l'attività di *enforcement* delle norme nazionali di attuazione.

Dall'altro lato, la direttiva attribuisce in linea di principio la responsabilità di disciplinare i servizi on line ad un unico Stato membro, corrispondente a quello in cui il prestatore è stabilito. All'art. 3, par. 1 e 2 la direttiva prevede la cd. "clausola del mercato interno", mediante la quale si impone allo Stato membro in cui è stabilito il fornitore di servizi della società dell'informazione (il cd. Stato membro d'origine o di stabilimento), l'obbligo di provvedere affinché quest'ultimo intermediario – quando l'investitore è stabilito in altro Stato – rispetti le disposizioni nazionali vigenti in detto Stato d'origine nell'ambito regolamentato (art. 3, par. 1)¹².

La direttiva 2000/31/CE è stata attuata in Italia con il d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70¹³.

¹¹ Il coordinamento a livello europeo delle misure nazionali di regolamentazione del commercio elettronico, avrebbe dovuto consentire di evitare la frammentazione del mercato interno, ovvero instaurare un vero e proprio spazio senza frontiere interne per i servizi della società dell'informazione (libera circolazione dei servizi della Società dell'informazione tra gli Stati membri), il rafforzamento della posizione di negoziato della comunità nelle sedi internazionali, e la riduzione delle incertezze circa la competenza delle varie autorità nazionali. Così, C. IURILLI, *Commercio elettronico, contratto informatico e tutela del consumatore. La nuova disciplina*, in *Manuale di diritto dei consumatori*, a cura di C. Iurilli, Torino, 2005, p. 603.

¹² In tal senso, M. ORTINO, *Il mercato comunitario dei servizi di investimento. Il "trading on line"*, Milano, 2005, p. 160

¹³ Oggi tale decreto legislativo viene espressamente richiamato dal Codice del Consumo, all'art. 68, il quale afferma che "Alle offerte di servizi della società dell'informazione, effettuate ai consumatori per via elettronica, si applicano, per gli aspetti non disciplinati dal presente codice, le disposizioni di cui al decreto legislativo 9 aprile 2003, n. 70, recante attuazione della direttiva 2000/31/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'8 giugno 2000, relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno". Per un commento su tale decreto si veda V. ZENO-ZENCOVICH, *Note critiche sulla nuova disciplina del commercio*

Con il provvedimento di attuazione il Governo si è posto “l’obiettivo di pervenire, attraverso regole chiare e trasparenti, a costi di produzione minori e ad una migliore scelta e qualità dei prodotti consegnati, accrescendo così la fiducia dei consumatori nei contratti telematici”. La fiducia, “deve essere riposta su meccanismi che garantiscano la sicurezza, l’affidabilità delle comunicazioni in rete, la certezza dell’integrità del documento, i sistemi rapidi di composizione extragiudiziali delle controversie”¹⁴.

Occorre sottolineare che l’esigenza di tutelare il consumatore, quale contraente più debole, interseca a matrice tutta la problematica giuridica del commercio elettronico.

In particolare, nessuna norma internazionale¹⁵ in materia di commercio elettronico deroga, in senso limitativo, all’apparato normativo teso a proteggere i consumatori nei contratti stipulati *off line*, anzi spesso ne fa salva esplicitamente l’applicazione. Inoltre, vengono di frequente predisposte tutele aggiuntive che tengono conto della circostanza che, nel commercio elettronico, l’identificazione di una parte come consumatore può essere più difficile che nel commercio *off line*.

In ambito comunitario, la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico lascia impregiudicate tutte le norme comunitarie a tutela dei consumatori e, in particolare, quelle contenute nella direttiva 97/7, relativa alla tutela dei consumatori in materia di contratti negoziati a distanza, pur aggiungendo una serie di tutele aggiuntive rispetto all’armamentario comunitario in tema di protezione dei consumatori¹⁶.

1.2. La direttiva 2002/65/CE.

L’esigenza di una normativa specificamente dedicata ai servizi finanziari venne

elettronico dettata dal d.lgs. 70/2003, in Dir. dell’informazione e dell’informatica, 2003, p. 505 ss.

¹⁴ Così, la relazione illustrativa che accompagna il provvedimento di attuazione. In M. GOBBATO, op. cit., p. 100.

¹⁵ L’interesse per la materia non è limitato all’ambito comunitario. Ad esempio, l’attività OCSE in tema di commercio elettronico è fortemente orientata verso tali obiettivi. Basti citare il documento intitolato *Recommendation of the OECD Council concerning guidelines for consumer protection in the context of electronic commerce*, volto ad assicurare, tra l’altro, una trasparente ed efficace protezione dei consumatori, “fair business, advertising and marketing practices”, obblighi di adeguate informazioni relative alle attività, ai beni o servizi oggetto del commercio elettronico e, in generale, alle operazioni condotte on line, nonché procedimenti efficaci, a favore dei consumatori, di risoluzione delle relative controversie.

¹⁶ Anche la direttiva 1999/93 sulle firme elettroniche, nonché la direttiva 2000/46 sulla moneta elettronica, sono largamente ispirate ad esigenze di tutela dei consumatori, in linea, del resto, con la filosofia comunitaria in materia di protezione dei consumatori nell’ambito della società dell’informazione formulata nella risoluzione del Consiglio dell’U.E. del 19 gennaio 1999 relativa all’aspetto « consumatori » in tale società

avvertita soprattutto a causa delle peculiarità dei mercati finanziari, dove le caratteristiche di fungibilità e di dematerializzazione dei beni raggiungono la massima espressione.

La direttiva 2002/65/CE¹⁷ concernente la “commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori” contribuisce alla creazione di un quadro giuridico per la fornitura di servizi finanziari a distanza; essa ha per oggetto il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori¹⁸.

L’obiettivo del legislatore comunitario tendeva alla riduzione delle divergenze e delle diversità tra le disposizioni nazionali a tutela dei consumatori, e la creazione di un quadro giuridico certo al fine di accrescere la fiducia del consumatore all’utilizzo delle nuove tecniche di commercializzazione a distanza.

Il settore finanziario è stato, infatti, fortemente recettivo delle nuove opportunità

¹⁷ Va osservato come il linguaggio utilizzato dal legislatore comunitario non sia del tutto coincidente con la terminologia riscontrabile nel Tuf. Nella direttiva, infatti, si parla di servizi finanziari, mentre nella normativa italiana vengono prese in considerazione addirittura due fattispecie: gli strumenti finanziari e i servizi di investimento. La motivazione principale deve essere ricercata nel fatto che la direttiva, perseguendo l’obiettivo di fornire una pervasiva tutela ad una categoria sociale, i consumatori, ritenuta meritevole di particolare attenzione, abbia volutamente adottato una concezione molto ampia di ciò che, costituendo oggetto di un contratto a distanza di cui una parte sia un consumatore, vada tenuto “sotto osservazione”. Difatti, leggendo la “definizione” che l’art. 2 della direttiva fornisce con riguardo ai servizi finanziari, osserviamo che in tale categoria rientrano tutti i servizi di natura bancaria, creditizia, di investimento, di pagamento, nonché i servizi pensionistici individuali (tale elencazione, se confrontata con la definizione di cui all’art. 1, commi 2 e ss. del Tuf, risulta notevolmente più estesa). Si può ancora osservare come essa si occupi della “commercializzazione a distanza” di servizi finanziari, mentre nel nostro ordinamento (art. 32 Tuf) è presente la fattispecie della “Promozione e collocamento” a distanza di servizi di investimento e strumenti finanziari. In tal caso, però, deve ritenersi che la differenza di linguaggio utilizzata ai due diversi livelli normativi non abbia gran rilievo, in quanto il legislatore comunitario si sarebbe espresso in termini di “commercializzazione a distanza” anziché in termini di “vendita a distanza” proprio nell’intento di far ricadere all’interno della direttiva anche le ipotesi di semplice “promozione” e “collocamento” senza la necessità che si raggiunga la conclusione di un accordo contrattuale. Così, M. BASSANI, *L’offerta a distanza di strumenti e servizi finanziari alla luce della direttiva 2002/65/CE*, in www.lucernaiuris.it, 2003, p. 3.

¹⁸ Art. 1. Oggetto e campo di applicazione. “1. La presente direttiva ha per oggetto il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri relative alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. 2. Per i contratti riguardanti servizi finanziari costituiti da un accordo iniziale di servizio seguito da operazioni successive o da una serie di operazioni distinte della stessa natura scaglionate nel tempo, le disposizioni della presente direttiva si applicano esclusivamente all’accordo iniziale. Qualora non vi sia un accordo iniziale di servizio ma le operazioni successive o distinte della stessa natura scaglionate nel tempo siano eseguite tra le stesse parti contrattuali, gli articoli 3 e 4 si applicano solo quando è eseguita la prima operazione. Tuttavia, ove nessuna operazione della stessa natura sia eseguita entro un periodo di un anno, l’operazione successiva è considerata come la prima di una nuova serie di operazioni e, di conseguenza, si applicano le disposizioni degli articoli 3 e 4”.

offerte dall'*information technology*, assorbendole ed adattandole velocemente ai diversi contesti dei mercati, dell'intermediazione e dell'offerta dei servizi. La possibilità per gli operatori di mercato di raggiungere direttamente un vasto pubblico a costi contenuti e la possibilità di operare in un contesto transnazionale, ha comportato da un lato aspetti positivi, come lo sviluppo della concorrenza degli operatori ed il conseguente abbattimento dei costi commissionali, dall'altro l'esigenza di una regolamentazione interna e comunitaria certa e puntuale, che sia in grado di tutelare efficacemente i contraenti deboli¹⁹.

Se è vero che lo strumento telematico possiede indubbi vantaggi, non possono disconoscersi ingenti rischi, come la possibilità che l'utilizzo di tale strumento sia soggetto ad abusi. Infatti a differenza del consumatore tradizionale, l'*e-consumer* se da un lato dispone di una quantità di informazioni assai elevata rispetto a quella che normalmente potrebbe reperire il consumatore tradizionale (tanto che potrebbe trovarsi in una posizione di vantaggio rispetto al professionista), dall'altro, paradossalmente, rischia di concludere un contratto senza adeguata consapevolezza, a causa della virtualità della negoziazione, della rapidità e della eccessiva facilità di stipulazione del contratto, dell'impiego di un linguaggio e di strumenti con i quali ha scarsa dimestichezza²⁰.

La direttiva 97/7/CE sui contratti a distanza dei consumatori aveva espressamente escluso dal suo ambito applicativo i servizi finanziari, sia per la mancanza di regole comuni in materia tra i vari Stati, sia per la difficoltà di conciliare l'attribuzione al consumatore dello *jus poenitendi*, garanzia centrale nei diritti del

¹⁹ 65 Infatti, in passato la rete Internet era utilizzata dagli intermediari finanziari prevalentemente per scopi promozionali (pubblicità istituzionale), senza che fosse possibile interagire direttamente con il potenziale investitore. In seguito, si è diffuso sempre più l'utilizzo di Internet sia per fornire una descrizione puntuale dei prodotti finanziari e dei servizi offerti alla potenziale clientela, sia per instaurare rapporti contrattuali e ancora per fornire direttamente servizi. Così, L. MONTELLA, *La disciplina dei servizi finanziari on line*, in *Il mercato finanziario. Intermediari finanziari, società quotate, assicurazioni, previdenza complementare*, a cura di M. Rispoli Farina e G. Rotondo, Milano, 2005, p. 211. La rete Internet nel settore finanziario non solo avvicina le imprese e gli intermediari agli investitori, ma è destinata a rivoluzionare gli assetti dei rapporti internazionali e i presupposti entro i quali i legislatori dei diversi paesi dovranno svolgere la loro opera. I *regulators*, d'altra parte, saranno chiamati a realizzare la loro azione di *enforcement*. In tal senso, A. PARALUPI, *Commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori*, in *Manuale di diritto dell'informatica*, a cura di D. Valentino, Napoli, 2004, p. 317.

²⁰ Così, F. MASTROROSA, M.P. SERRA, *La commercializzazione a distanza di prodotti finanziari: la direttiva 23 settembre 2005 n. 65 e il decreto legislativo di attuazione 19 agosto 2005, n. 190*, in *Dir. internet*, 2006, p. 86.

consumatore, con l'aleatorietà dei contratti di investimento, riservando ogni decisione comunitaria ad un momento successivo alla divulgazione del libro verde sui servizi finanziari. Anche se la proposta di direttiva concernente la vendita a distanza di servizi finanziari è stata elaborata dopo breve tempo, la direttiva, dopo aver subito alcune modifiche, è stata approvata solo il 23 settembre 2002²¹.

Dal punto di vista della tecnica utilizzata la direttiva applica tendenzialmente la c.d. armonizzazione massima, pur prevedendo anche poche norme di armonizzazione minima; difatti, nel 12° e 13° considerando²² il legislatore comunitario spiega il motivo di questa scelta, pur riconoscendo determinate deroghe ad esempio per quanto concerne i requisiti in materia di informazioni preliminari (art. 4, par. 2). Gli Stati membri cioè non potranno applicare, negli ambiti armonizzati, regole più rigide di quelle previste a livello comunitario o regole addizionali. Le norme di armonizzazione massima hanno una duplice conseguenza: nell'ambito armonizzato gli Stati membri non potranno invocare esigenze imperative per applicare il proprio diritto ad una fattispecie già regolata da un altro ordinamento. Il principio del mutuo riconoscimento opera quindi in pieno e tutti gli ostacoli alla libera circolazione derivanti dalla pluralità e diversità di ordinamenti vengono rimossi. La seconda conseguenza è quella di evitare discriminazioni a rovescio. Qualunque sia lo Stato di origine delle imprese che operano in ambito comunitario, queste sono soggette agli stessi obblighi, per cui non vi possono essere Stati più severi e Stati meno severi.

In tal modo si realizzano condizioni concorrenziali effettivamente paritarie per gli operatori economici dei diversi Stati membri²³.

Concludendo, i punti cardine della direttiva 2002/65/CE possono essere così sintetizzati:

²¹ A tal punto si veda, P. SERRAO D'AQUINO, *Il commercio elettronico dei servizi finanziari*, in *Giurisprudenza di merito*, 2005, p. 148.

²² Il considerando 12 afferma che "disposizioni divergenti o diverse di protezione dei consumatori, adottate dagli Stati membri in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, potrebbero avere un'incidenza negativa sul funzionamento del mercato interno e sulla concorrenza tra le imprese in esso attive. E' quindi necessario introdurre regole comuni a livello comunitario in tale ambito, senza pregiudicare la protezione del consumatore negli stati membri". Il considerando 13 chiarisce che "un livello elevato di protezione dei consumatori dovrebbe essere assicurato dalla presente direttiva, per assicurare la libera circolazione dei servizi finanziari. Gli Stati membri non dovrebbero poter precedere disposizioni diverse da quelle stabilite dalla presente direttiva per i settori che essa armonizza, salvo indicazione espressamente menzionata nella direttiva stessa".

²³ Così, P. LONGHINI, op. cit., p. 46.

1. rafforzamento dei diritti di informazione²⁴;
2. diritto di recedere dal contratto senza penali e senza dover indicarne il motivo;
3. diritto a non vedere invasa la propria sfera privata con informazioni o servizi non richiesti;
4. potenziamento della tutela giurisdizionale.

1.3 Il rapporto tra la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico e la direttiva 2002/65/CE relativa ai servizi finanziari.

Nel valutare lo stato di avanzamento del processo di attuazione del Piano d'azione per i servizi finanziari, la Commissione ha più volte sottolineato il rapporto complementare tra la direttiva 2000/31/CE sull'e-commerce e la direttiva 2002/65/CE relativa ai servizi finanziari.

Ai sensi del 6° considerando della direttiva 2002/65/CE, essa “dovrebbe essere applicata conformemente al trattato e al diritto derivato, ivi compresa la direttiva 2000/31/CE sul commercio elettronico, che è applicabile unicamente alle operazioni rientranti nel suo campo di applicazione”.

In vista della direttiva 2002/65/CE, non è stato poi casuale l'esplicito riferimento nel 27° considerando della direttiva 2000/31/CE a “*future iniziative nel settore dei servizi finanziari, in particolare per quanto riguarda l'armonizzazione delle regole di condotta*”.

La direttiva sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, tuttavia, non si coordina agevolmente con la direttiva sul commercio elettronico. Mentre infatti la 2000/31/CE è una direttiva “orizzontale”, nel senso che detta una disciplina valida per la distribuzione in via elettronica di tutti i beni e servizi, con l'esclusione di alcune limitate categorie (ad esempio, aspetti fiscali, giochi d'azzardo, intese restrittive della concorrenza...), tra cui non rientrano i servizi bancari e finanziari, la direttiva 2002/65/CE è invece una direttiva “verticale”, dato che si prefigge l'armonizzazione dei

²⁴ In dottrina si è sostenuto che il vero oggetto della direttiva 2002/65/CE, ancor più del contenuto del contratto, è la fase precontrattuale, a cominciare dagli obblighi informativi posti a carico del fornitore, che sono decisivi ai fini del necessario equilibrio sinallagmatico, e che non attengono (come invece nella normativa su commercio elettronico) alle modalità di utilizzo del mezzo telematico, ma direttamente ai soggetti, al contratto e all'oggetto della commercializzazione. In tal senso, V. ZENOVICH, *La direttiva sui servizi finanziari a distanza resi ai risparmiatori*, in *Nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2002, p. 520.

soli servizi bancari e finanziari. Ne deriva che tali servizi, a regime, saranno disciplinati da entrambe le direttive: quella sul commercio elettronico per gli aspetti tecnici connessi al supporto elettronico di contrattazione, e quella sulla commercializzazione a distanza per gli aspetti, più di sostanza, riferiti sull'informativa sui prodotti offerti e il diritto di recesso.

Pertanto, potrebbero ritenersi esistenti, tra i rispettivi ambiti regolamentari, delle intersezioni all'interno delle quali la relazione tra le diverse discipline può essere spiegata in funzione dello specifico grado di armonizzazione delle norme di tutela del consumatore, del tipo di servizio finanziario e delle concrete modalità tecniche di commercializzazione a distanza. Quindi, nell'ambito dell'attività finanziaria svolta on line, si può affermare che la direttiva sul commercio elettronico disciplina i principi generali e l'intero settore del *business to business*, ossia quello dei rapporti tra professionisti, mentre quella sulla prestazione a distanza di servizi finanziari introduce deroghe e disposizioni specifiche a tutela dei consumatori, ponendosi come punto di riferimento per il settore *business to consumer*.

Infatti, a differenza della direttiva sul commercio elettronico, l'atto in materia di servizi finanziari delimita il proprio campo di applicazione ai rapporti tra professionisti e consumatori, coerentemente con la propria funzione di completamento della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori nella stipulazione di contratti a distanza, che esclude dal proprio ambito i servizi finanziari.

1.4 La direttiva 2004/39/CE²⁵.

La direttiva 2004/39/CE (cd. MIFID), relativa ai mercati degli strumenti finanziari, mira all'armonizzazione delle norme pubblicistiche a tutela degli investitori, disciplinando le imprese di investimento ed i mercati di negoziazione di strumenti finanziari.

L'obiettivo principale della direttiva in parola pare essere quello di creare e regolare il mercato unico finanziario, cioè integrare i mercati finanziari nazionali e disciplinare il risultante mercato unico al fine di garantirne il buon funzionamento. Il legislatore comunitario non interviene quindi solo sulle disposizioni nazionali per

²⁵ Tale direttiva è stata recepita in Italia con il d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164, pubblicato in Gazzetta Ufficiale dell'8 ottobre 2007, n. 234.

rimuovere le diversità, ma predispone una disciplina adeguata per un mercato a dimensione comunitaria²⁶.

La direttiva 2004/39/CE prevede essenzialmente due regole di condotta da osservare nei confronti dei potenziali clienti: quello di lealtà e quello di assistenza diligente. In particolare si tratta degli obblighi di trasparenza, delle regole volte a prevenire ed a gestire le operazioni poste in essere in situazioni di conflitto di interessi, della regola sull'adeguatezza dell'operazione di investimento al grado di propensione al rischio del cliente, dell'obbligo di effettuare l'esecuzione migliore possibile degli ordini impartiti dai clienti²⁷.

Questa direttiva adotta un modello di armonizzazione intermedio che comprende le forme tradizionali di armonizzazione massima e quelle di armonizzazione essenziale: infatti, da un lato non si vuole imporre dall'alto una normativa dettagliata, dall'altro non si intende aspettare che l'armonizzazione risulti dal basso per effetto della concorrenza degli ordinamenti statali.

Il legislatore comunitario non si limita a realizzare l'armonizzazione essenziale delle normative nazionali ma predispone anche delle disposizioni tese a regolare più specificatamente gli aspetti della materia, coinvolgendo più direttamente le autorità nazionali di controllo e gli stessi operatori di mercato. Un esempio di normativa più dettagliata lo si può riscontrare esaminando la disciplina delle informazioni che l'impresa deve richiedere al potenziale cliente per valutare se il servizio sia adatto a quest'ultimo.

L'art. 19, par. 5, della direttiva 2004/39/CE prevede l'obbligo delle imprese di investimento di chiedere al cliente, o potenziale cliente, di fornire le informazioni in merito alle sue conoscenze ed esperienze in materia di investimenti riguardo al tipo specifico di servizio chiesto al fine di determinare se lo stesso sia adatto al cliente

²⁶ M. ORTINO, op. cit., p. 165.

²⁷ Per quanto riguarda la trasparenza, si può affermare con certezza che essa costituisce uno dei principi cardine contenuti nella direttiva, collegato al riconoscimento della frammentazione degli scambi, che impone di garantire la comparabilità dei prezzi e di conseguenza l'effettiva libertà di scelta degli investitori; inoltre, quali attuazioni del principio di protezione degli investitori, vanno annoverati l'obbligo della best execution degli ordini alle condizioni più favorevoli per il cliente e le regole di condotta per lo svolgimento dei servizi finanziari, modulate sulle specificità delle varie tipologie di clienti e dei diversi servizi. In tal senso, L. DI NELLA, Profili della nuova disciplina dei mercati finanziari, in *La tutela del consumatore dei servizi finanziari. Applicazioni giurisprudenziali e attuazione delle direttive MIFID*, a cura di L. Di Nella, Napoli, 2007, p. 198.

stesso²⁸.

La direttiva, inoltre, attribuisce allo Stato membro ospitante (e non quindi allo Stato di origine dell'impresa) la responsabilità di controllare l'osservanza delle norme di condotta da parte dell'impresa straniera relativamente alle attività che quest'ultima svolge nello Stato ospitante tramite una succursale (si tratta della regola dell'home country control). La ragione sottostante a tale scelta è che l'autorità dello Stato ospitante risulta più vicina e, quindi, meglio in grado di controllare le eventuali infrazioni²⁹.

Altro aspetto di indubbio interesse introdotto dalla direttiva MIFID è costituito dalla differenziazione delle diverse categorie di investitori: la direttiva ha infatti previsto, in base alle esigenze di ciascuna categoria, una specifica forma di protezione.

Nella nuova nomenclatura della legislazione comunitaria esisteranno gli investitori al dettaglio, gli investitori professionali e le controparti qualificate; vengono previsti requisiti oggettivi per essere inseriti in una categoria o in un'altra, dal proprio intermediario (Banca o Sim) che dovrà rispettare, in relazione alla collocazione del cliente, specifiche norme di comportamento.

Il sistema, tuttavia, risulta dinamico, nel senso che su richiesta, gli investitori potranno cambiare classe e, con essa, la forma di protezione assicurata dalla legge.

2. L'attuazione della direttiva 2002/65/Ce e coordinamento con la disciplina del Testo Unico della Finanza³⁰.

²⁸ La regola della cd. "suitability" presuppone la disponibilità da parte dell'intermediario di un sofisticato set di informazioni relativo all'investitore. Il che significa che la regola in questione si inserisce nell'ambito della tematica della disciplina dei flussi informativi di un rapporto (pre)negoziale. Nel settore finanziario il "dovere di informare" l'investitore, che grava gli intermediari ha subito una metamorfosi, trasformandosi (ampliandosi) in "dovere di informarsi", in primo luogo, sulla situazione del cliente (cd. know your customer rule). Si tratta di un dovere sconosciuto dal diritto comune, che trova la propria ragione economica e giuridica nella natura spiccatamente fiduciari del rapporto tra investitore ed intermediario. V. F. SARTORI, *Le regole di adeguatezza e i contratti di borsa: tecniche normative, tutele e prospettive MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 30.

²⁹ V. P. LONGHINI, op. cit., p. 48.

³⁰ In conformità alla tradizionale procedura di aggiornamento della normativa nazionale alle novità di fonte comunitaria il Parlamento ha ritenuto opportuno astenersi dal dare diretto completo recepimento della direttiva 2002/65/Ce mediante la legge comunitaria 31 ottobre 2003, n. 306. Con legge comunitaria del 2003 tratta il legislatore ha ritenuto di non soffermarsi specificamente sul tema e neppure di indicare i principi ed i criteri ad hoc volti a definire e circostanziare le previsioni in tema di rafforzamento della protezione del consumatore e del consolidamento dello sviluppo del mercato degli strumenti finanziari, bensì si è limitata a dettare, all'art. 2, criteri direttivi generali e generici. Inoltre

Con il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190 l'Italia ha dato esecuzione alla delega prevista dalla legge comunitaria per il 2003 (l. 31 ottobre 2003, n. 306) ed ha quindi attuato la direttiva 2002/65/CE relativa alla “*commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori*”, intesa quale specie del più ampio fenomeno della contrattazione a distanza³¹.

La normativa interna di recepimento, che sarà analizzata approfonditamente nel corso dell'elaborato, è importante perché il nostro legislatore venne chiamato al non facile compito di armonizzare le asimmetrie di disciplina fra sistema interno vigente e regole comunitarie e risponde anche alle diffuse esigenze di tutela dei consumatori di prodotti finanziari che si sono acuite dopo i recenti scandali³².

Il provvedimento mutua l'approccio seguito dalla direttiva riproducendone ampi

essendo il contenuto della direttiva sufficientemente particolareggiato, si è ritenuto non strettamente necessario prevedere specifici indirizzi laddove sono consentite differenti opzioni. La decisione operata dal legislatore nazionale di omettere tali orientamenti per i casi in cui la direttiva lasci detti limitati margini di discrezionalità, ovvero richieda agli stati membri di scegliere tra due o più opzioni, potrebbe far venire in rilievo come un indice delle difficoltà che vi sono nel raggiungere un consenso tra tutti i soggetti istituzionalmente coinvolti nel recepimento della direttiva. In modo particolare la legge comunitaria avrebbe potuto essere il contesto più opportuno per affrontare importanti questioni al fine di assicurare il miglior coordinamento della nuova disciplina con le normative settoriali già esistenti che recepiscono disposizioni comunitarie. In particolare, la delega legislativa avrebbe potuto assicurare un miglior coordinamento con le normative settoriali che recepiscono disposizioni settoriali già esistenti. In particolare, la delega legislativa avrebbe potuto curare il coordinamento con il Testo unico bancario, il Testo unico della finanza ed il Codice delle assicurazioni private. L'introduzione armonica delle nuove disposizioni nelle rispettive discipline di settore avrebbe concorso ad eliminare eventuali ingiustificate disparità di trattamento che possano oggi scaturire dalla diversa modalità di conclusione del contratto (a distanza o a vista) ovvero della qualifica soggettiva (consumatore, utente, cliente, investitore). In tal modo sarebbero risultate preservate anche le competenze di regolamentazione secondaria oggi esistenti, in conformità agli schemi propri di ciascun settore, e sarebbe stata assicurata la chiarezza complessiva delle singole discipline, agevolando gli interpreti nella individuazione della disciplina applicabile.

³¹ Recentemente, grazie al d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori è stata trasfusa in una apposita sezione, la IV-bis, all'interno del Codice del consumo, agli articoli 67-bis ss. Per una analisi schematica del d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, si veda U. DRAETTA, *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana di attuazione della direttiva comunitaria*, in *Diritto comm. int.*, 2005, p. 471-474; si veda inoltre G. ALPA, *Attuazione della direttiva sui servizi finanziari a distanza*, in *Economia dir. terz.*, 2006, p. 517 ss.

³² I recenti scandali finanziari italiani (si pensi al caso Cirio e al caso Parmalat su tutti) hanno permesso di svolgere profonde riflessioni in tema di tutela dei risparmiatori. Secondo parte della dottrina, i mali da cui tali vicende originano sono assai più profondi di quanto possa evidenziare un'analisi dei profili giuridici e normativi che ne sono coinvolti. Non è sufficiente invocare più informazione, se poi non si è in grado di garantire un accettabile tasso di correttezza nei comportamenti sia di chi emette gli strumenti finanziari, sia di chi li colloca sul mercato o si pone come intermediario nei relativi scambi. Non si può ridurre il peso dei controlli e degli adempimenti legali a carico delle imprese operanti sul mercato senza farvi corrispondere la predisposizione di un serio e credibile sistema di responsabilità e sanzioni, idoneo a funzionare efficacemente da deterrente. Così, R. RORDORF, *Scandali finanziari e regole di mercato (appunti a margine dei casi Cirio e Parmalat)*, in *Questione giustizia*, 2004, p. 570.

tratti (più o meno riformulati); sono state altresì operate, ove la direttiva lo consentiva, delle scelte opzionali e sono stati innestati anche interessanti spunti innovativi³³. La disciplina si applica a qualunque contratto avente per oggetto servizi finanziari concluso tra un fornitore ed un consumatore nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza³⁴.

Grazie al d.lgs. 23 ottobre 2007 n. 221³⁵ (cd. "decreto correttivo") è stata introdotta all'interno del Codice del Consumo la disciplina concernente la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, inizialmente contenuta nel d.lgs. 19 agosto 2005 n. 19091, attuativo della direttiva 2002/65/CE del 23 settembre 2002. La trasposizione si è concretizzata con l'aggiunta nel Codice del Consumo della sezione IV-bis al Capo I, Titolo III, Parte III³⁶.

Con il trasferimento della disciplina all'interno del Codice stesso non sono state tuttavia apportate sostanziali modifiche alle singole disposizioni, se non necessari adeguamenti e correzioni, funzionali al migliore coordinamento della materia con l'intero sistema normativo.

6.2. La difesa e protezione del consumatore già attuata dalle disposizioni previgenti: il Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (Tuf).

La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, prima dell'attuazione della direttiva 2002/65/CE, avvenuta con il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, era già regolata nel diritto interno.

Infatti, nel d.lgs. 58/1998 (Testo Unico sull'Intermediazione Finanziaria, cd. Tuf)

³³ Poiché il decreto legislativo è entrato in vigore nell'ottobre 2005, esso non poteva applicarsi ai contratti conclusi in data anteriore; tuttavia, trattandosi di contratti di durata a tempo determinato suscettibili di essere rinnovati, la nuova disciplina trovava applicazione alle proroghe.

³⁴ V. P. LONGHINI, op. cit., p. 32.

³⁵ Disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell'art. 7, della legge 29 luglio 2003, n. 229", pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 29 novembre 2007, n. 278.

³⁶ Le altre Sezioni appartenenti al medesimo Capo contengono disposizioni dedicate ai "Contratti negoziati fuori dai locali commerciali" (Sez. I), ai "Contratti a distanza" (Sez. II), alle "Disposizioni comuni" con riferimento alle sanzioni ed al foro competente (Sez. III), infine al "Diritto di recesso" (Sez. IV).

possono rinvenirsi specifiche forme di tutela in relazione all'uso di tecniche di comunicazione a distanza: si faccia riferimento, in particolare, all'art. 30, disciplinante l' "Offerta fuori sede", e all'art. 32, concernente la "Promozione e collocamento a distanza di servizi di investimento e strumenti finanziari"³⁷.

Grazie anche a ragioni di ordine sistematico (entrambi gli articoli sono infatti collocati all'interno del Capo IV, dedicato proprio all' "Offerta fuori sede", del Titolo II), l'offerta di cui all'art. 30 e quella di cui all'art. 32 dovrebbero essere posti in rapporto di genus a species, seppur in presenza di tratti differenziali tra le due discipline quando le rispettive disposizioni non convergono.

Ai sensi dell'art. 30, l' "offerta fuori sede" viene definita come la promozione e il collocamento presso il pubblico, effettuata nei confronti di investitori non professionali, in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente lo strumento finanziario, del proponente l'investimento, del soggetto incaricato della promozione o del collocamento, ovvero del soggetto che presta, promuove o colloca il servizio di investimento³⁸.

Invece, l'art. 32 definisce l' "offerta a distanza" come quell'offerta fuori sede posta in essere attraverso "tecniche di comunicazione a distanza", ossia attraverso "tecniche di contatto con la clientela, diverse dalla pubblicità, che non comportano la presenza fisica e simultanea del cliente e del soggetto offerente o di un suo incaricato"³⁹. Un punto di convergenza tra le due discipline poteva essere riscontrato esaminando l'art.

³⁷ Nella rubrica dell'art. 32 è stata aggiunta la parola "attività" dal d.lgs. 17 settembre 2007, n. 146. Quindi, attualmente, l'art. 32 disciplina la "*Promozione e collocamento a distanza di servizi e attività di investimento e strumenti finanziari*".

³⁸ Ad oggi, analogamente a quanto operato alla rubrica dell'art. 32, l'art. 30 è stato modificato dal d.lgs. 164/2007, il quale, al comma 1°, lett. b), ha aggiunto la parola "attività". La lett. b) risulta così completata: per offerta fuori sede si intendono la promozione e il collocamento presso il pubblico "di servizi e attività di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi presta, promuove o colloca il servizio o l'attività".

³⁹ La regolamentazione della promozione e del collocamento a distanza di servizi di investimento e di prodotti finanziari è stata demandata al regolamento di attuazione, anche per quel che concerne l'obbligo di avvalersi di promotori finanziari. L'ambito di applicazione della disciplina è stato circoscritto dalla normativa secondaria, che ha qualificato come tecniche di comunicazione a distanza esclusivamente quelle che consentano di stabilire un contatto con i singoli investitori con possibilità di dialogo o altre forme di interazione rapida, ovvero anche senza possibilità di interazione rapida, qualora i documenti o messaggi inviati presentino contenuto negoziale o comunque non si limitino ad illustrare le qualità e le caratteristiche del soggetto offerente, dei servizi di investimento o degli strumenti finanziari offerti (art. 72 Regolamento 11522/1998). In tal senso si veda, R. LENER, *L'offerta telematica di servizi finanziari, in Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di S. Sica e P. Stazione, Milano, 2002, pag. 258.

30, 6° comma, il quale, seppur dettato per l'offerta fuori sede, estendeva esplicitamente le disposizioni in esso contemplate all'ipotesi prevista ex art. 32. L'art. 30, al 6° comma, stabiliva, a proposito dell'esercizio dello jus poenitendi, la sospensione dell'efficacia dei "contratti di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede o collocati a distanza ai sensi dell'art. 32" per la durata di 7 giorni decorrenti "dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore".

Entro tale termine l'investitore può esercitare il recesso ad nutum mediante comunicazione al promotore finanziario o al soggetto abilitato, senza andare incontro a spese o essere tenuto ad un corrispettivo. L'investitore, inoltre, deve essere messo a conoscenza della facoltà di recesso attraverso l'indicazione della stessa in moduli o formulari che gli vengono consegnati, a pena di nullità dei relativi contratti, la quale può essere fatta valere dal solo cliente, a norma dell'art. 30, 7° comma.

La medesima disciplina, per espresso dettato normativo, trovava applicazione anche alle "proposte contrattuali" effettuate "fuori sede" ovvero "a distanza, ai sensi dell'art. 32"⁴⁰.

La previsione congiunta delle due forme di tutela, sopra evidenziate, invocabili dall'investitore (jus poenitendi, da un lato, e sospensione dell'efficacia del contratto per lo stesso periodo di tempo entro cui è esercitabile il recesso, dall'altro lato) si erano mostrate particolarmente efficaci perché in grado di impedire che possano essere attribuiti al risparmiatore gli oneri conseguenti all'eventuale esecuzione anticipata dell'investimento da parte dell'intermediario, anche nell'ipotesi in cui tale anticipazione fosse autorizzata dallo stesso cliente.

Inoltre, il Tuf ha preferito, attraverso il 2° comma dell'art. 32, conferire alla Consob, sentita la Banca d'Italia, il potere di "disciplinare con regolamento, in conformità dei principi stabiliti dall'art. 30, la promozione ed il collocamento mediante tecniche di comunicazione a distanza di servizi di investimento e di prodotti finanziari, diversi da quelli indicati nell'art. 100, 1° comma, lett. f), individuando anche i casi in cui

⁴⁰ Il d.lgs. 146/2007 ha modificato anche il comma 6° dell'art. 30, sopprimendo le parole "ovvero collocati a distanza ai sensi dell'articolo 32" e le parole "ovvero a distanza ai sensi dell'articolo 32". Quindi il comma risulta così riformulato: "*L'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede è sospesa per la durata di 7 giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore. Entro detto termine l'investitore può comunicare il proprio recesso senza spese né corrispettivo al promotore finanziario o al soggetto abilitato; tale facoltà è indicata nei moduli o formulari consegnati all'investitore. La medesima disciplina si applica alle proposte contrattuali effettuate fuori sede*".

i soggetti abilitati devono avvalersi dei promotori finanziari”⁴¹.

Il regolamento Consob n. 16190/2007⁴².

Conformemente alla prescrizione contenuta nell’art. 32, comma 2°, Tuf, la Consob ha provveduto a disciplinare le tecniche di comunicazione a distanza e le modalità del loro utilizzo mediante il Libro IV del regolamento n. 16190/2007, intitolato “Promozione e collocamento a distanza di servizi di investimento e di prodotti finanziari”.

In attuazione di questa previsione, gli artt. 71 ss. del regolamento Consob n. 11522/1998 hanno introdotto puntuali disposizioni di dettaglio, identificando il relativo ambito oggettivo (artt. 71 e 72) e soggettivo (artt. 72, ult. comma, e 73) di applicazione, le modalità di svolgimento consentite (art. 75) e i connessi limiti a tutela dei diritti della persona (art. 74), nonché la portata, in caso di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, dell’obbligo di valersi di promotori finanziari (art. 76).

Particolare importanza assume l’art. 75, il quale, nell’assoggettare in via generale alle disposizioni del Libro III del regolamento n. 16190/2007 i soggetti abilitati che commercializzino a distanza servizi finanziari, dispone che le informazioni e i chiarimenti dovuti agli investitori devono essere forniti, in modo chiaro e comprensibile, con modalità adeguate alle caratteristiche della tecnica di comunicazione a distanza impiegata.

Aggiunge, altresì, che i documenti dei quali il citato Libro III prevede la consegna agli investitori o il rilascio da parte di questi ultimi, possono essere trasmessi anche mediante utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza, purché le caratteristiche di queste ultime siano con ciò compatibili e consentano al destinatario dei

⁴¹ Oggi, grazie all’intervento del d.lgs. n. 164/2007, il 2° comma è stato così modificato: “La Consob, sentita la Banca d’Italia, può disciplinare con regolamento, in conformità dei principi stabiliti nell’art. 30 e nel d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, la promozione e il collocamento mediante tecniche di comunicazione a distanza di servizi e attività di investimento e di prodotti finanziari”. Il d.lgs. n. 190 del 19 agosto 2005 è stato abrogato dal d.lgs. n. 221 del 23 ottobre 2007 che ha inserito la disciplina relativa alla “commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori” nel d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

⁴² Tale regolamento Consob n. 16190 del 29 ottobre 2007 recante “*norme di attuazione del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, in materia di intermediari*” ha sostituito il precedente regolamento 11522/1998. Infatti, successivamente al decreto di attuazione della direttiva MIFID, la Consob è intervenuta dando una regolamentazione più specifica ed organica. Per un commento relativo al suddetto regolamento si veda il contributo di V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l’attuazione della MIFID*, in *Contratti*, 2008, p. 177 ss.

documenti di acquisirne la disponibilità su supporto duraturo.

Da ciò consegue che, secondo il disegno originario della normativa interna di rango secondario, la commercializzazione a distanza di servizi finanziari è attualmente regolata alla stessa stregua delle altre forme di promozione e collocamento contemplate dal Libro III del regolamento n., ivi inclusa l'offerta fuori sede, salvo che per i profili afferenti il flusso informativo (laddove è stato introdotto un obbligo, relativizzato, di chiarezza e comprensibilità) e le forme di trasmissione dei documenti che il consumatore ha diritto di avere (laddove il ricorso alle tecniche di comunicazione a distanza è ammesso, in alternativa alle forme tradizionali, purché le caratteristiche di dette tecniche siano con ciò compatibili e consentano al destinatario dei documenti di acquisirne la disponibilità su supporto duraturo)⁴³.

In tema di promozione e collocamento a distanza di servizi di investimento e prodotti finanziari, la Consob ha inoltre adottato importanti deliberazioni:

- a) la comunicazione n. DI/99052838 del 7 luglio 1999, con cui si definisce Internet come tecnica di comunicazione a distanza; in questa elaborata comunicazione la Consob ha dettato le regole fondamentali per tale attività⁴⁴;
- b) la comunicazione n. DI/99065403 del 3 settembre 1999, con cui si assoggetta la promozione ed il collocamento di quote e di fondi comuni di investimento tramite un sito Internet alla disciplina del prospetto informativo, che deve essere comunicato insieme con il modulo di sottoscrizione (come si evince dai Regolamenti Consob n. 11971/1999 e n. 11522/1998); in questa comunicazione, la Consob osserva che vi è

⁴³ In tal senso si veda M. ATELLI, Commercializzazione a distanza di servizi finanziari e tutela del consumatore europeo nella direttiva 2002/65/CE, in *Corriere Giuridico*, 2003, p. 542. Per un commento puntuale sul Regolamento CONSOB 11522/1998 si veda A.M. GAMBINO, La promozione ed il collocamento a distanza di prodotti finanziari, in *Banca e finanza tra imprese e consumatori*, a cura di A. Guaccero e A. Urbani, Urbino, 1999, p. 318.

⁴⁴ La Consob, analizzando le caratteristiche del sito Internet, ritiene che esso integri potenzialmente una tecnica di comunicazione a distanza rilevante ex art. 72 del regolamento n. 11522/1998, potendo contenere strumenti di interazione con l'investitore, anche solo standardizzata, nonché documenti e messaggi dai contenuti promozionali o negoziali. Nella comunicazione n. DI/99052838 in commento viene evidenziato, infatti, che un sito Internet può ospitare informazioni su prodotti finanziari e servizi di investimento ed indicazioni sulle modalità con cui contattare un intermediario al fine di ricevere proposte contrattuali relative agli anzi detti prodotti e servizi, può contenere strumenti con cui stabilire contatti con un intermediario, può inoltre includere proposte contrattuali standardizzate con cui gli investitori possono acquistare o sottoscrivere prodotti finanziari ovvero costituire rapporti aventi ad oggetto la prestazione dei servizi di investimento. Così, F. BRAVO, *Tutela del consumatore di servizi finanziari e assicurativi nel contesto del commercio elettronico*, in *Commercio elettronico, documento informatico e firma digitale*, a cura di C. Rossello, G. Finocchiaro ed E. Tosi, Torino, 2003, p. 311.

piena compatibilità dello strumento Internet con la puntuale informazione dell'investitore e che la possibilità di stampa dei documenti da comunicare all'investitore non è di impedimento per la consegna del prospetto e del documento sui rischi generali degli investimenti su strumenti finanziari;

c) la comunicazione n. DI/99091709 del 15 dicembre 1999 con cui la Consob ha ulteriormente precisato le regole inerenti tale attività con particolare riguardo alle modalità per le quali è necessario ricorrere al promotore finanziario⁴⁵.

d) la comunicazione n. DI/30396 del 21 aprile 2000 disciplina il cd. *Trading on line*, ivi definito come “l'utilizzo di Internet quale canale di contatto con la clientela per l'esecuzione dei servizi di negoziazione per conto terzi e di ricezione e trasmissione ordini”⁴⁶. Tale comunicazione, avente ad oggetto il “Trading on-line e regole di comportamento”, ha riconosciuto agli intermediari piena libertà di ricorrere all'*internetworking* per la prestazione dei servizi di investimento nel rispetto delle norme di condotta vigenti⁴⁷.

3. Disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Già da una prima lettura dell'art. 67-bis⁴⁸ – oggetto e campo di applicazione – risulta

⁴⁵ A tal proposito si veda G. ALPA, *Commercio elettronico e protezione del consumatore*, in *Economia dir. terz.*, 2002, p. 700; si veda anche G. ALPA, *La distribuzione dei prodotti finanziari mediante internet*, in *Economia dir. terz.*, 2001, p. 4.

⁴⁶ A. PALAZZOLO, *La vendita a distanza di servizi finanziari attraverso l'ausilio di strumenti telematici*, in *Rassegna giur. en. elett.*, 2002, p. 413. La Consob ha inoltre precisato che le regole di comportamento dettate per la prestazione di servizi di investimento non vengono meno se l'impresa si avvale di Internet per lo svolgimento dell'attività di intermediazione; tuttavia, tali regole richiedono modalità di adempimento specifiche in ragione della particolare natura tecnica del mezzo di contatto con la clientela utilizzato. Nel dettaglio, in tale comunicazione, vengono fornite indicazioni specifiche sull'informativa da rendere e da acquisire ai (dai) clienti, sulla conclusione del contratto, sulla natura dei rischi delle operazioni, sui conflitti di interesse, etc. Così, G. CARRIERO, *Vendite a distanza, informazione precontrattuale, disciplina comunitaria: la tutela del consumatore di servizi finanziari, in E-commerce. La direttiva comunitaria 2000/31/CE e il quadro normativo della rete*, Milano, 2001, p. 84.

⁴⁷ F. BRAVO, *Tutela del consumatore di servizi finanziari e assicurativi nel contesto del commercio elettronico*, op. cit., p. 320.

⁴⁸ Art. 67-bis. Oggetto e ambito di applicazione. “1. Le disposizioni della presente sezione si applicano alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, anche quando una delle fasi della commercializzazione comporta la partecipazione, indipendentemente dalla sua natura giuridica, di un soggetto diverso dal fornitore. 2. Per i contratti riguardanti servizi finanziari costituiti da un

chiaro come sia stato fundamentalmente riconfermato il dettato dell'art. 1 del d.lgs. 190/2005 di recepimento della direttiva 2002/65/CE⁴⁹.

L'articolo in parola individua un ambito di applicazione decisamente ampio, concernente la commercializzazione di servizi finanziari ai consumatori, ed include anche tutte le ipotesi nelle quali il servizio finanziario è offerto al consumatore attraverso una procedura alla quale partecipi, "*indipendentemente dalla sua natura giuridica, un soggetto diverso dal fornitore*"⁵⁰.

Questa disposizione permette di escludere che l'operatività delle disposizioni della sezione in commento sia preclusa dal fatto che la stipulazione del contratto avente ad oggetto il servizio finanziario abbia avuto luogo (anche) grazie all'operato di un

accordo iniziale di servizio seguito da operazioni successive o da una serie di operazioni distinte della stessa natura scaglionate nel tempo, le disposizioni della presente sezione si applicano esclusivamente all'accordo iniziale. Se non vi è accordo iniziale di servizio, ma le operazioni successive o distinte della stessa natura scaglionate nel tempo sono eseguite tra le stesse parti contrattuali, gli articoli 67-quater, 67-quinquies, 67-sexies, 67-septies, 67-octies, 67-novies e 67-decies si applicano solo quando è eseguita la prima operazione. Tuttavia, se nessuna operazione della stessa natura è eseguita entro un periodo di un anno, l'operazione successiva è considerata come la prima di una nuova serie di operazioni e, di conseguenza, si applicano le disposizioni degli articoli 67-quater, 67-quinquies, 67-sexies, 67-septies, 67-octies, 67-novies e 67-decies. 3. Ferme restando le disposizioni che stabiliscono regimi di autorizzazione per la commercializzazione dei servizi finanziari in Italia, sono fatte salve, ove non espressamente derogate, le disposizioni in materia bancaria, finanziaria, assicurativa, dei sistemi di pagamento e di previdenza individuale, nonché le competenze delle autorità indipendenti di settore".

⁴⁹ Parte della dottrina ritiene che l'assenza di un elemento che valga a radicare la commercializzazione delle attività finanziarie a distanza al territorio della Repubblica comporti una mancata limitazione del campo di applicazione della norma. La scelta di non ricomprendere elementi di connessione con il nostro ordinamento va forse letta con la volontà del legislatore di voler estendere l'applicazione delle previsioni non solo ai consumatori presenti in Italia a titolo di residenza o domicilio, ma anche a quei soggetti che possono accreditarsi per una qualche forma di legame giuridicamente rilevante con il nostro Paese. La normativa in commento non ammette una applicazione extraterritoriale della disciplina e, in mancanza di fornitori nazionali, la regolamentazione italiana non dovrebbe applicarsi se il consumatore non è, o non è stato all'epoca dei fatti, neppure presente in Italia. In questa prospettiva sarebbe stato più opportuno fare riferimento, ai fini della delimitazione del campo di applicazione, non ai soggetti, ma direttamente ai rapporti, rispetto ai quali richiedere che essi fossero sorti nel territorio del nostro Paese, o vi avessero quantomeno vissuto una fase del proprio sviluppo. Si veda per tutti, U. PLACANICA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari alla luce del d.lgs. 190/2005 e della legge 262/2005*, in *Interesse pubblico e controllo della finanza innovativa*, a cura di C. Rossano e D. Siclari, Padova, 2006, p. 457.

⁵⁰ Anche l'art. 1 del d.lgs. 190/2005 individuava quale campo di applicazione della materia la commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, specificando, in linea con il 19° considerando della direttiva, che la disciplina si applica anche quando una delle fasi della commercializzazione a distanza comporta la partecipazione di un soggetto diverso dal fornitore, qualunque sia il suo status giuridico. Il 19° considerando afferma infatti che: "*Il fornitore è la persona che fornisce servizi a distanza. La presente direttiva dovrebbe tuttavia applicarsi anche quando una delle tappe della commercializzazione comporta la partecipazione di un intermediario. In considerazione della natura e del grado di tale partecipazione, le disposizioni pertinenti della presente direttiva dovrebbero applicarsi a detto intermediario, indipendentemente dal suo status giuridico*".

intermediario (sia esso persona fisica o ente collettivo), il cui intervento abbia contribuito alla conclusione del negozio (ad esempio, promotore finanziario, intermediario assicurativo, agente in attività finanziaria). Ciò nonostante, non è stato chiarito se e a quali condizioni, in tali ipotesi, anche l'intermediario debba ritenersi gravato dagli obblighi posti a carico del fornitore, e conseguentemente soggetto alle sanzioni pubblicistiche di cui all'art. 67*septiesdecies*, comminate per la violazione degli obblighi⁵¹.

L'articolo stabilisce inoltre due forme in cui può atteggiarsi il rapporto contrattuale avente ad oggetto la commercializzazione di servizi finanziari.

La prima contempla i contratti riguardanti i servizi finanziari costituiti da un accordo iniziale di servizio seguito da operazioni successive o da una serie di operazioni distinte della stessa natura scaglionate nel tempo (ad esempio, un contratto di conto corrente): in tal caso, le disposizioni dell'art. 67*bis* si applicheranno esclusivamente all'accordo iniziale. Così, i fornitori di servizi non saranno appesantiti dall'adempimento degli obblighi previsti (si pensi quelli informativi) per ogni singola operazione che verrà svolta. Gli atti esecutivi ed ogni altro atto collegato all'accordo base sarà disciplinato dalla normativa statale, dai regolamenti delle autorità indipendenti e dalla disciplina pattizia. Ciò salvo che non vi sia un accordo ulteriore, allorché vi siano elementi di novità nelle operazioni successive.

La seconda concerne il caso in cui non vi sia un accordo iniziale di servizio, ma le operazioni successive e distinte della stessa natura scaglionate nel tempo siano eseguite tra le stesse parti contrattuali: in questa ipotesi, le disposizioni relative all'informazione prima della conclusione del contratto (artt. 67*quater*, 67*quinquies*, 67*sexies*, 67*septies*, 67*octies*, 67*novies* e 67*decies*) troveranno applicazione solo quando è eseguita la prima operazione. Tuttavia, ove nessuna operazione della stessa natura sia eseguita entro un periodo di un anno, l'operazione successiva sarà considerata come la prima di una nuova serie di operazioni e, di conseguenza, ad essa si applicheranno le disposizioni in tema di informazione prima della conclusione del contratto⁵².

⁵¹ A tal proposito si veda G. DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto "servizi finanziari" stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE*, in *Studium iuris*, 2006, p. 269.

⁵² Si ritiene infatti che la sezione IV*bis* del Codice si applichi ad ogni tipologia di contratto, compresi i

In questo caso, infatti, il decorso di un termine superiore ad un anno fa presumere che all'accordo iniziale, sottostante al primo gruppo di operazioni, sia intervenuto un successivo accordo che giustifica l'applicazione della disciplina alla nuova catena di operazioni⁵³.

Tuttavia, seguendo un'interpretazione letterale della norma, si potrebbe giungere al risultato per cui la mancanza di un accordo formale iniziale precluda, al di là degli obblighi informativi, l'applicazione delle altre disposizioni protettive della disciplina come, ad esempio, quelle relative al diritto di recesso⁵⁴. La suddetta interpretazione, qualora non venisse estesa, lascerebbe aperta la strada a possibili abusi.

Infine, il comma 3 dell'art. 67-bis si limita a specificare⁵⁵ che *“ferme restando le disposizioni che stabiliscono regimi di autorizzazione per la commercializzazione dei servizi finanziari in Italia, sono fatte salve, ove non espressamente derogate, le disposizioni in materia bancaria, finanziaria, assicurativa, dei sistemi di pagamento e di previdenza individuale, nonché le competenze delle autorità indipendenti di settore”*, senza prendere in considerazione altre disposizioni vigenti nel nostro ordinamento.

Data la circostanza, ed in considerazione del fatto che la direttiva 2002/65/CE persegue un'armonizzazione completa e non soltanto minimale delle legislazioni nazionali, i precetti contenuti agli artt. 30 e 32 del Tuf potranno applicarsi soltanto a contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali stipulati a distanza da professionisti a consumatori, che si riferiscono ad aspetti o profili della fattispecie non espressamente disciplinati dalle disposizioni della nuova Sezione, e ciò a prescindere dal fatto che il livello di tutela assicurato ai consumatori da quest'ultima sia più o meno elevato rispetto a quello garantito dagli artt. 30 e 32 Tuf di cui sopra⁵⁶.

contratti quadro finalizzati alla regolamentazione di operazioni successive, ma che, in questa ipotesi, si applica unicamente al contratto quadro; mentre le singole operazioni saranno soggette alla normativa in commento soltanto qualora abbiano luogo a distanza di oltre un anno l'una dall'altra. Così, A. ALBANESE, commento all'art. 67bis, d.lgs. 6.9.2005, n. 206, in *Codice ipertestuale del Consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, a cura di M. Franzoni, Torino, 2008, p. 265.

⁵³ A. TORELLI, *Commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Nuove Leggi Civ. comm.*, 2006, pag. 633.

⁵⁴ P. LONGHINI, op. cit., p. 176.

⁵⁵ Detta precisazione peraltro non era espressamente indicata nella direttiva 2002/65/Ce.

⁵⁶ G. De CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto “servizi finanziari” stipulati a distanza e tutela dei*

3.1. Il “Contratto a distanza” e la “tecnica di comunicazione a distanza”.

Il d.lgs. 190/2005 definiva il “contratto a distanza” come qualunque contratto avente per oggetto servizi finanziari, concluso tra un fornitore e un consumatore nell’ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato dal fornitore che, per tale contratto, impieghi esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso. Ad oggi, l’art. 67ter⁵⁷ lett. a), non riporta per intero la definizione contenuta nel suddetto decreto, ma si limita ad operare un rinvio all’art. 50 del Codice del consumo, inserito nella Sezione II, Capo I, Titolo III, Parte III, concernente i “contratti a distanza”, anch’esso contenente definizioni⁵⁸. agevolmente recuperate durante

consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE , op. cit., p. 268.

⁵⁷ L’art. 67ter enuncia le definizioni dei termini utilizzati in questa Sezione: la definizione di contratto a distanza, di servizio finanziario, di fornitore, di consumatore, di supporto durevole, di operatore o fornitore di tecnica di comunicazione a distanza, di reclamo del consumatore e di interessi collettivi dei consumatori. Art. 67-ter. Definizioni. “1. Ai fini della presente sezione si intende per: a) contratto a distanza: qualunque contratto avente per oggetto servizi finanziari, concluso tra un fornitore e un consumatore ai sensi dell’articolo 50, comma 1, lettera a); b) servizio finanziario: qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale; c) fornitore: qualunque persona fisica o giuridica, soggetto pubblico o privato, che, nell’ambito delle proprie attività commerciali o professionali, è il fornitore contrattuale dei servizi finanziari oggetto di contratti a distanza; d) consumatore: qualunque soggetto di cui all’articolo 3, comma 1, lettera a) del presente codice; e) tecnica di comunicazione a distanza: qualunque mezzo che, ai sensi dell’articolo 50, comma 1, lettera b), del presente codice, possa impiegarsi per la commercializzazione a distanza di un servizio finanziario tra le parti; f) supporto durevole: qualsiasi strumento che permetta al consumatore di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere fornitore, di consumatore, di supporto durevole, di operatore o fornitore di tecnica di comunicazione a distanza, di reclamo del consumatore e di interessi collettivi dei consumatori.”

⁵⁸ Un’autonoma disciplina dei contratti a distanza è stata introdotta nel nostro ordinamento con il d.lgs. 185/1999 (oggi confluito agli artt. 50 ss. del Codice del consumo e, di conseguenza, abrogato) in recepimento della direttiva 97/7/CE, che ha sostituito, per quel che concerne tale tipologia di contratti, il d.lgs. 50/1992, a sua volta attuativo della direttiva 577/1985/CEE il quale regolava i contratti conclusi fuori dei locali commerciali, fra i quali venivano fatti rientrare, in forza dell’art. 9, anche i contratti a distanza denominati “altre forme speciali di vendita”. Prima del d.lgs. 221/2007, che ha introdotto i contratti a distanza relativi ai servizi finanziari all’interno del Codice del consumo, questi stessi risultavano espressamente esclusi dall’ambito di applicazione degli artt. 50 ss. (l’esclusione era presente sia nella direttiva che ne decreto attuativo della stessa). La ratio di questa esclusione potrebbe essere ravvisata nella peculiarità della materia: infatti l’area dei servizi finanziari interessa un settore economico molto delicato anche a causa degli interessi pubblici sottesi. Da qui, l’esigenza di destinare una normativa ad hoc per la commercializzazione dei servizi finanziari ai consumatori. In tema di “Contratti a distanza” si veda, per quanto riguarda la direttiva 97/7/CE, F. TORIELLO, *Due note sulla direttiva concernente i contratti a distanza*, in *Contr. Impr./Eur.*, 1997, p. 832 ss.; per quanto riguarda il d.lgs. 185/1999, M. PERFETTI, *Prime osservazioni sul d.lgs. 22 maggio 1999, n. 185 in materia di contratti a distanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 110 ss.

un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni stesse, e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate; g) operatore o fornitore di tecnica di comunicazione a distanza: qualunque persona fisica o giuridica, pubblica o privata, la cui attività commerciale o professionale consista nel mettere a disposizione dei fornitori una o più tecniche di comunicazione a distanza; h) reclamo del consumatore: una dichiarazione, sostenuta da validi elementi di prova, secondo cui un fornitore ha commesso o potrebbe commettere un'infrazione alla normativa sulla protezione degli interessi dei consumatori; i) interessi collettivi dei consumatori: gli interessi di un numero di consumatori che sono stati o potrebbero essere danneggiati da un'infrazione”.

L'utilizzo dell'avverbio “esclusivamente” delimita l'ambito di applicazione a tutti i rapporti che, dalla fase delle trattative a quella della conclusione del contratto, si svolgono con l'ausilio di qualunque mezzo che prescindendo dalla presenza fisica e simultanea del fornitore del servizio e del consumatore.

Di conseguenza si deve escludere l'operatività della disciplina nei casi in cui una o più fasi della contrattazione tra le parti si sia svolta con la presenza fisica delle stesse⁵⁹. Piuttosto, sarà irrilevante la circostanza che durante una fase delle trattative venga utilizzato un mezzo di comunicazione a distanza diverso da quello poi utilizzato per la conclusione del contratto: così, una parte dei contatti necessari per la conclusione del contratto potrebbe avvenire tramite Internet ovvero attraverso l'uso del telefono, mentre una parte potrebbe essere effettuata via postale⁶⁰.

Il presupposto dell'uso esclusivo di una tecnica di comunicazione a distanza ai fini dell'operatività delle garanzie a tutela del consumatore (si pensi agli obblighi informativi e la disciplina del diritto di recesso) potrebbe essere facilmente aggirato dal fornitore di servizi finanziari attraverso la simultanea presenza di entrambe le parti ad un

⁵⁹ Si sostiene in dottrina che eventuali incontri “faccia a faccia” fra le parti precedenti la stipula del contratto (quali, ad esempio, la visita di un promotore finanziario al domicilio del cliente ovvero la visita di quest'ultimo ad una succursale del fornitore con acquisizione, in entrambi i casi, di materiale illustrativo dei prodotti e dei servizi offerti) non pregiudicano la natura di contratto a distanza se ne sarà dimostrato il carattere superficiale o non chiarificatore. Così, U. PLACANICA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari alla luce del d.lgs. 190/2005 e della legge 262/2005*, op. cit, p. 461.

⁶⁰ In tal senso anche M. GIURGOLA, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in *Le Società*, 2003, p. 106.

certo livello di negoziazione, ovvero al momento della conclusione del contratto.

Affinché possa applicarsi la disciplina in esame, inoltre, è necessario che la conclusione del contratto sia avvenuta nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza che il fornitore abbia appositamente predisposto ed organizzato⁶¹. Di conseguenza, non saranno soggetti alle previsioni della Sez. IV-bis i contratti conclusi da un fornitore che abbia utilizzato tecniche di comunicazione a distanza in via meramente occasionale e sia quindi privo di una struttura organizzativa specificamente destinata alla promozione della stipulazione a distanza dei contratti relativi ai servizi finanziari che offre sul mercato⁶².

Quindi, dall'espressione "contratto concluso nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza organizzato" si può desumere che affinché possa operare tale disciplina, non è necessario che la struttura organizzata dal fornitore abbia la finalità "esclusiva" della conclusione di contratti a distanza. Il fornitore, infatti, può destinare il sistema organizzativo da lui predisposto anche per scopi diversi, ovvero abbinare alla conclusione di contratti a distanza una conclusione realizzata con la presenza fisica simultanea delle parti. Ad ogni modo, l'importanza del requisito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza può essere ravvisata nella necessità di accrescere la fiducia dei consumatori nell'utilizzazione di nuove tecniche di comunicazione a distanza di servizi finanziari, e nel fatto che i servizi finanziari non possano essere offerti al di fuori di una struttura commerciale organizzata.

Per ragioni di certezza giuridica, sarebbe stato opportuno che almeno si fosse precisato:

a) che cosa si debba effettivamente intendere per "sistema organizzato", in modo da rendere edotto il fornitore sulla eventuale integrazione, con il proprio sistema di vendite

⁶¹ Ci si domanda quid iuris in merito ai servizi resi mediante l'esercizio occasionale della professione: quest'ultima fattispecie è destinata ad essere regolata dalle disposizioni nazionali in materia di contratti tradizionali solo una volta accertato che i servizi medesimi non rientrino nella disciplina in esame, in quella dei contratti a distanza in generale o in quella del commercio elettronico. Così, M.M. WINKLER, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: la direttiva n. 2002/65/CE*, in *Dir. comm. int.*, 2003, p. 541.

⁶² La necessità, ai fini dell'applicazione della disciplina, di un sistema di vendita "organizzato dal fornitore" che non abbia base strettamente occasionale, discende direttamente 18° considerando della direttiva 2002/65/CE, il quale afferma che, "riferendosi a un sistema di prestazioni di servizi organizzato dal fornitore di servizi finanziari, la presente direttiva mira ad escludere dal proprio campo di applicazione le prestazioni di servizi effettuate su base strettamente occasionale e al di fuori di una struttura commerciale avente l'obiettivo di concludere contratti a distanza".

o di prestazione di servizi a distanza, della disciplina e delle sue previsioni imperative;

b) se la disciplina trovi applicazione solo ai contratti a distanza i cui “sistemi di vendita o di prestazione di servizi” siano organizzati dal fornitore, o se essa sia riferibile anche alle vendite di prodotti e servizi non organizzate o gestite direttamente dal fornitore⁶³.

Inoltre, è necessario che tutte le fasi della formazione del contratto, dal primo contatto tra le parti alla sua conclusione, si siano svolte attraverso l'utilizzo di una o più “tecniche di comunicazione a distanza”⁶⁴.

Le tecniche di comunicazione a distanza vengono definite all'art. 67-ter lett. e), come qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore (inciso ricavato dal richiamo all'art. 50 lett. b), possa impiegarsi per la commercializzazione a distanza di un servizio tra le parti. Il dettato della norma presenta una definizione consapevolmente generica e flessibile, in grado di adattarsi all'evoluzione tecnologica; infatti l'articolo non ci offre una elencazione esaustiva e tantomeno tassativa delle tecniche di comunicazione a distanza adattabili alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari. Una diversa previsione, magari contenente un elenco esemplificativo delle singole tecniche e il presupposto della loro idoneità alla conclusione del contratto, avrebbe certamente limitato il campo di applicazione dell'intera disciplina⁶⁵.

L'allegato I del d.lgs. 185/1999 disciplinante il contratto a distanza, ora confluito agli articoli 50 ss. del Codice del consumo, riportava un elenco di tecniche di comunicazione a distanza, richiamate dall'art. 1, comma 1, lettera d) del sopracitato decreto (oggi art. 50, comma 1, lett. b). Tale allegato riportava un elenco di massima delle diverse tecniche, come, ad esempio, il mezzo posta, compresi i cataloghi ed i coupons sulla stampa (le cd. operazioni di couponing e di mailing), il telefono fisso o mobile, il telefono senza intervento di un operatore (dispositivo automatico di chiamata,

⁶³ Così, U. PLACANICA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari alla luce del d.lgs. 190/2005 e della legge 262/2005*, op. cit., p. 461.

⁶⁴ Il riferimento a tutte le fasi che compongono la formazione del contratto fino alla sua conclusione è esplicito nella 15° considerazione della direttiva 2002/65/CE, il quale afferma che “*i contratti a distanza sono quindi quelli in cui l'offerta, la negoziazione e la conclusione sono effettuate a distanza*”.

⁶⁵ Infatti, è necessario che si tenga conto del fatto che il progresso tecnologico può portare all'utilizzo di nuovi mezzi o al perfezionamento di quelli già esistenti. Questa consapevolezza è rintracciabile anche nello stesso 15° considerazione della direttiva 2002/65/CE, il quale specifica di fatto che “*l'evoluzione permanente di tali tecniche impone di definire principi validi anche per quelle ancora poco utilizzate*”.

audiotext), la radio, il videotelefono, la televisione (teleacquisto, televendita), il fax, la posta elettronica e per analogia, tutti gli acquisti effettuati via Internet. Quest'ultima tecnica rappresenta il commercio elettronico, o e-commerce cd. B2C – Business to Consumer, cioè quello effettuato con singoli privati che acquistano per se stessi o per le loro famiglie e non con imprese, professionisti, organizzazioni no-profit ed enti pubblici, insieme di casi che invece rappresenta invece l'e-commerce cd. B2B – Business to Business, cioè con operatori professionali, che è escluso invece da questa disciplina⁶⁶.

Trattasi, quindi, di una definizione ampia, in cui l'inciso "tecnica di comunicazione a distanza" viene sostanzialmente a coincidere con qualunque mezzo che prescindendo dalla presenza fisica e simultanea del fornitore del servizio e del consumatore. Si verifica dunque una atipicità del modello di comunicazione a distanza prescindendo dalle caratteristiche tecniche del mezzo di volta in volta impiegato, essendo sufficiente che esso risulti svincolato dalla presenza fisica simultanea dei contraenti⁶⁷.

Dunque, per "tecnica di comunicazione a distanza" si intende "qualunque mezzo che, senza la presenza fisica e simultanea del fornitore e del consumatore, possa impiegarsi per la commercializzazione a distanza di un servizio tra le parti". Tale definizione non coincide con quella di cui all'art. 32 t.u.f. che invece le considera come "tecniche di contatto con la clientela, diverse dalla pubblicità, che non comportano la presenza fisica e simultanea del cliente e del soggetto offerente o di un suo incaricato".

La diversità tra le due previsioni può essere ravvisata nel fatto che l'art. 32 t.u.f. Individua come limite la pubblicità e fa riferimento alla promozione ed al collocamento; il mancato espresso riferimento, all'interno della disciplina in commento, di queste ultime due fasi rischia di delimitare il campo applicativo della disciplina e, in aggiunta, provocare incertezze interpretative.

3.2 I "servizi finanziari".

L'art. 67^{ter} alla lett. b) definisce il "servizio finanziario" come qualsiasi "servizio

⁶⁶ A questo elenco deve essere aggiunta la sempre più frequente tecnica della videoconferenza che, pur consentendo la simultaneità, esclude la "presenza fisica" delle parti, potendo, così, essere considerata tecnica di comunicazione a distanza" ai sensi della normativa in commento. In tal senso, A. FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, p. 12.

⁶⁷ D. CERINI, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori: lieto fine comunitario nella direttiva 2002/65/CE*, in *Dir. econ. ass.*, 2003, p. 428.

di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale”⁶⁸. Tale nozione, volontariamente costruita semplificata ed onnicomprensiva, è in grado di garantire l’inclusione di qualunque tipo di servizio finanziario suscettibile di essere proposto a distanza al consumatore, senza che siano presenti all’interno della definizione stessa dei riferimenti normativi precisi. Il dettato del legislatore italiano è pienamente coerente con quanto stabilito dal legislatore comunitario, il quale, nel 14° considerando della direttiva 2002/65/CE afferma che la stessa “*copre tutti i servizi finanziari suscettibili di essere forniti a distanza*”, che “*certi servizi finanziari sono tuttavia disciplinati da disposizioni specifiche della legislazione comunitaria, che continuano ad applicarsi a detti servizi finanziari*”, ed infine che “*occorre tuttavia stabilire principi relativi alla commercializzazione a distanza di tali servizi*”. Inoltre, il 17° considerando aumenta la gamma dei servizi oggetto della materia in esame ricomprendendovi l’apertura di un conto bancario, l’acquisizione di una carta di credito, o l’alimentazione di un conto bancario o il prelievo dallo stesso, i pagamenti con carta di credito, che non sono solitamente servizi finanziari secondo la normativa interna, al pari delle transazioni nell’ambito di un contratto di gestione del portafoglio, che al contrario lo sono.

Prima di procedere ad esaminare analiticamente le singole fattispecie, è necessario avere chiaro a mente che i servizi finanziari comprendono tutte le forme di investimento nel settore della finanza e che essi sono orientati prima di tutto ad impiegare delle risorse (solitamente denaro) dirette ad ottenere un corrispettivo. Dette risorse sono volte ad ottenere un bene futuro rappresentato da una somma di denaro e non da un valore d’uso (questo fattore distingue un investimento da un investimento finanziario).

Costituiscono una categoria specifica dei servizi finanziari i cd. strumenti finanziari, definiti all’art. 1 comma 2 del t.u.f. ad esempio, le azioni, le obbligazioni, i

⁶⁸ La definizione ricalca precisamente quella contenuta all’art. 2 del d.lgs. 190/2005, il quale a sua volta non ha portato sostanziali modifiche all’art. 2 della direttiva 2002/65/CE. Con riferimento a quest’ultimo provvedimento, c’è da sottolineare come il legislatore comunitario abbia voluto apportare un quadro normativo omogeneo per i diversi settori di rilevanza strategica per l’economia (bancario, finanziario, assicurativo, pensionistico individuale, di pagamento) con l’intento di accordare strumenti di tutela omogenei tra Stato membro e Stato membro, a vantaggio per il consumatore. In tal senso, F. BRAVO, *Nozione di “servizi finanziari” di cui al d.lgs. n. 190 del 2005 sulla “commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori” e collocabilità della disciplina nel Codice del consumo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 593.

titoli di Stato ed altri titoli rappresentativi di capitale di rischio o titoli di debito negoziabili sul mercato dei capitali, gli strumenti previsti dal codice civile agli artt. 2346 e 2349 c.c. , le quote di fondi comuni di investimento, i titoli negoziati sul mercato monetario, i titoli emessi per finanziare operazioni di cartolarizzazione, i contratti a termine ed i contratti di opzione per comprare o vendere gli strumenti sopra indicati; infine i *futures, options and swaps*, che vengono denominati strumenti finanziari derivati.

La nozione “*servizi di investimento*” racchiude le seguenti attività aventi ad oggetto gli strumenti finanziari: negoziazione per conto proprio o di terzi, collocamento o assunzione di garanzie nei confronti dell'emittente; gestione su base individuale di portafogli di investimento per conto terzi; ricezione o trasmissione degli ordini nonché mediazione e consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari.

La negoziazione per conto proprio si verifica quando l'intermediario acquista per rivendere e vende per proprio conto strumenti finanziari al fine di realizzare una differenza fra prezzi di acquisto e quelli di vendita.

La negoziazione per conto terzi rappresenta invece l'attività tradizionale degli intermediari e viene ricondotta all'area civilistica del contratto di commissione. Il negoziatore per conto terzi si assume l'incarico di cercare per conto del cliente una controparte negoziale al fine di dare esecuzione alla specifica decisione di investimento o di disinvestimento assunta dal cliente stesso; infatti, è il cliente che elabora e decide l'operazione per poi trasmetterla (utilizzando ogni mezzo efficace) all'intermediario. Se la ricerca ha un buon esito il negoziatore riuscirà ad eseguire l'operazione ottenendo così il diritto ad incassare la commissione.

Il collocamento di strumenti finanziari si sostanzia nell'offerta ai consumatori da parte dell'intermediario di nuovi titoli (offerta in sottoscrizione) o titoli già emessi (offerta di acquisto). In genere questo servizio è accompagnato da un'attività promozionale o propulsiva, connessa direttamente all'accordo intercorso fra offerente e collocatore in base quest'ultimo si è impegnato a sollecitare il pubblico dei risparmiatori alla sottoscrizione o all'acquisto.

La ricezione e la trasmissione degli ordini si concretizza nell'attività di ricevere e trasmettere al negoziatore o al collocatore gli ordini di acquisto o di vendita o di

sottoscrizione provenienti da clienti che hanno assunto autonomamente la decisione.

Si ha mediazione nel mettere in contatto due o più investitori interessati alla conclusione di operazioni aventi ad oggetto strumenti finanziari, senza alcun vincolo di dipendenza o di collaborazione con alcuno di essi.

L'operazione può essere conclusa direttamente dalle parti oppure dall'intermediario; quest'ultimo non deve essere, in quanto rappresentante o mandatario, parte del contratto concluso tra gli investitori, altrimenti si ricade nell'attività di negoziazione per conto terzi.

La gestione di portafogli consiste nell'attività di valorizzazione del patrimonio affidato all'intermediario mediante la compravendita di strumenti finanziari. In questo caso il cliente delega all'intermediario non solo l'esecuzione o la trasmissione di singole decisioni di investimento, ma la stessa elaborazione della decisione di investimento del suo patrimonio.

Le ragioni che possono sottostare a tale scelta possono ravvisarsi nel fatto che il cliente ritiene inopportuno gestirlo personalmente, date le competenze, i costi ed il tempo che richiede siffatta attività.

I servizi di consulenza possono essere prestati attraverso una preliminare definizione del profilo finanziario del cliente e successivamente l'indicazione di un progetto di investimento ottimale. La scelta di tradurre in operatività i consigli rimane sempre in capo al cliente. Con il d.lgs. 415/1996 la consulenza veniva considerata servizio accessorio, come tale esercitabile da chiunque, ma sottoposta alle regole di condotta qualora prestata dagli intermediari. L'*upgrading* a servizio di investimento si ha con la direttiva 2004/39/CE (MIFID), nella quale essa viene considerata a tutti gli effetti un servizio. L'art. 67^{ter} alla lett. b) tra i servizi finanziari non contempla solamente i servizi di investimento, ma anche i servizi bancari, creditizi e di pagamento.

Nel caso dei "servizi bancari", né il legislatore né la Banca d'Italia si sono occupati di metterne a punto un elenco esaustivo; l'unico elenco si trova nell'allegato alla delibera CICR del 4 marzo 2003 recante la "Disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari". I prodotti ed i servizi riportati in tale allegato sono, con riferimento ai servizi bancari, i depositi, le obbligazioni, i certificati di deposito e buoni fruttiferi, altri titoli di debito; con

riferimento ai “servizi creditizi”, i mutui, le aperture di credito, le anticipazioni bancarie, i crediti di firma e sconti di portafoglio, il leasing finanziario, il factoring, gli altri finanziamenti, le garanzie ricevute; infine, con riferimento ai “servizi di pagamento”, i conti correnti di corrispondenza incassi e pagamenti, l’emissione e gestione di mezzi di pagamento, emissione di moneta elettronica, acquisto e vendita di valuta estera, locazione di cassette di sicurezza⁶⁹. Infine, l’inclusione anche dei “servizi assicurativi” può giustificarsi con la possibilità che anche essi possano in alcuni casi essere qualificati come prodotti finanziari: ad esempio, le polizze vita simili ai fondi comuni di investimento, come i prodotti vita *index linked* e *unit linked*, i fondi pensione aperti e i prodotti *unitised with profit*⁷⁰.

Quindi, la nozione “servizio finanziario” si sovrappone a quella di “servizio di investimento” impiegata nel d.lgs. 58/1998 (t.u.f.) poiché la prima concerne non solo i servizi di investimento, ma anche qualunque servizio di natura bancaria, di pagamento, di assicurazione o di previdenza individuale.

Ad ogni modo, si può osservare come tale disciplina focalizzi l’attenzione non solo sull’oggetto della contrattazione a distanza o sulla natura del contratto, ma anche sulle modalità tecniche di conclusione del contratto stesso. Affinché possa trovare applicazione tale disciplina, è necessario che il fornitore concluda con il consumatore contratti aventi ad oggetto prodotti finanziari ovvero tutte quelle operazioni o servizi sempre di natura finanziaria, che, secondo il 5° considerando, “*per la loro natura immateriale (...) si prestano particolarmente al commercio a distanza*”⁷¹.

3.3 I soggetti

L’art. 67^{ter} definisce alla lett. c) il fornitore come “qualunque persona fisica o giuridica, soggetto pubblico o privato, che, nell’ambito delle proprie attività commerciali o professionali, è il fornitore contrattuale dei servizi finanziari oggetto di

⁶⁹ Per la definizione di servizi di investimento, servizi bancari, creditizi e di pagamento, si veda P. LONGHINI, op. cit., p. 8 ss.

⁷⁰ Nelle polizze unit e index linked gli investimenti derivanti dai premi raccolti e, quindi, il rendimento, sono legati a fondi comuni di investimento o indici di mercato. A tal proposito si veda, S. SALVATI, *Imprese di assicurazione e prodotti vita a contenuto finanziario*, in *Assicurazione e prodotti finanziari*, a cura di G. Sacerdoti, Milano, 2000, p. 34 ss.

⁷¹ Così P. PARACAMPO, La direttiva 2002/65/Ce sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore, op. cit., pag. 399

contratti a distanza”.

La definizione di fornitore fornita dall’art. 67ter è la stessa che si riscontra nel d.lgs. 190/2005, il quale a sua volta riportava integralmente la nozione contenuta nella direttiva 2002/65/CE.

Il fornitore è dunque quel soggetto che, a prescindere dall’essere persona fisica o giuridica, soggetto pubblico o privato, nell’ambito delle proprie attività commerciali o professionali, è fornitore contrattuale dei servizi oggetto del contratto a distanza. Tale soggetto, contraente o meno, assume l’obbligazione di fornire i servizi finanziari secondo i termini contrattuali.

Quindi, nulla vieta al fornitore di non essere parte contraente del contratto a distanza, fatta salva comunque la produzione degli effetti giuridici conseguenti alla conclusione ed all’esecuzione dello stesso, nella sfera patrimoniale del fornitore medesimo. Siffatta ipotesi può sovente verificarsi nel caso di contratti conclusi in nome e per conto altrui da un intermediario; infatti, frequentemente le compagnie di assicurazione e le banche, nella contrattazione a distanza, si servono di agenti o promotori finanziari che intervengono in alcune fasi del processo di collocamento di strumenti finanziari. Tale inquadramento appare in linea con il dettato dell’art. 67-bis comma 1, il quale afferma che “le disposizioni (...) si applicano anche quando una delle fasi di commercializzazione comporta la partecipazione, indipendentemente dalla sua natura giuridica, di un soggetto diverso dal fornitore”.

Precedentemente, anche il 19° considerando della direttiva 2002/65/CE stabiliva che in considerazione della natura e del grado della partecipazione dell’intermediario, le disposizioni pertinenti della presente direttiva dovrebbero applicarsi a detto soggetto, indipendentemente dal suo status giuridico: la direttiva non si limita ad ammettere implicitamente l’intervento di intermediari, ma estende ad essi l’applicabilità della disciplina in esame⁷².

⁷² Si ritiene inoltre che il ricorso ad intermediari appare maggiormente plausibile se si considera che, trattandosi di attività transfrontaliere in regime di libero stabilimento o di libera prestazione di servizi, i fornitori possono nominare dei soggetti referenti in ciascuno Stato membro di residenza dei consumatori. Il che si deduce anche dall’art. 3 della direttiva 2002/65/CE il quale prevede tra le informazioni preliminari che il fornitore è tenuto a rendere note al consumatore anche l’identità del rappresentante del fornitore stabilito nello Stato membro di residenza del consumatore e l’indirizzo geografico rilevante nei rapporti fra consumatore e rappresentante. Tuttavia, la formulazione al condizionale del 19° considerando pone dei dubbi sull’applicabilità in ciascuna fattispecie concreta

Quindi, il riferimento della norma in commento anche alle persone fisiche è idoneo a ricomprendere nella nozione di fornitore, il mediatore, l'agente, il promotore finanziario e gli altri intermediari, ma anche soggetti di natura diversa, sprovvisti di autorizzazioni o di abilitazione all'esercizio di attività finanziarie⁷³.

La formulazione dell'art. 67^{ter} lett. c) si presta, quindi, ad allargare la responsabilità del fornitore nei confronti del consumatore: costui, in qualità di fornitore contrattuale dei servizi finanziari risponderà anche per quelle situazioni riferibili all'intermediario di cui si sia avvalso nella commercializzazione a distanza⁷⁴.

Concludendo, si può osservare come l'espressione "fornitore", utilizzata per identificare la controparte del consumatore, si riferisca a colui che commercializza a distanza il prodotto finanziario, indipendentemente dalla natura del soggetto emittente, sia esso una banca, un'impresa di assicurazione o un intermediario. La ratio di questa espressione può essere dunque ravvisata nella volontà di concentrare l'attenzione non

della relativa disciplina anche agli intermediari, subordinatamente alla natura ed al grado della loro partecipazione all'attività della commercializzazione. Natura e grado restano indefiniti, così come non è chiaro quali disposizioni dovrebbero applicarsi, ingenerando forse la necessità di prendere spunto dal contenuto del mandato rilasciato dal fornitore all'intermediario. Così, P. LONGHINI, op. cit., p. 177.

⁷³ In dottrina si osserva come tale definizione includendo la possibilità che fornitore sia una persona fisica, quando è noto che la prestazione dei servizi finanziari di tipo bancario, creditizio e assicurativo necessita di una struttura di tipo societario, può finire paradossalmente per includere anche la disciplina dei servizi prestati abusivamente da soggetti non provvisti della prescritta autorizzazione. In tal senso si veda U. PLACANICA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari alla luce del d.lgs. 190/2005 edella legge 262/2005*, op. cit., p. 463.

⁷⁴ Operando un'analisi più dettagliata della direttiva 2002/65/CE in tema di definizione dei fornitore, si evince come quest'ultima sia legata al concetto di stabilimento. Il 4° considerando prevede che "per il buon funzionamento del mercato interno è essenziale che i consumatori possano negoziare e concludere contratti con un fornitore insediato in altri Stati membri, indipendentemente dal fatto che il fornitore sia o meno legalmente stabilito nello Stato membro di residenza del consumatore". Tuttavia, anche se la ratio è quella di consentire al consumatore ampia possibilità di scelta tra i fornitori, manca una definizione di stabilimento. L'unico ausilio può arrivare dalla direttiva 2000/31/CE concernente l'e-commerce, la quale definisce il prestatore stabilito come chi esercita effettivamente a tempo indeterminato un'attività economica mediante un'installazione stabile. La presenza di mezzi tecnici e tecnologie necessarie non costituisce di per sé uno "stabilimento" del prestatore. L'importanza della nozione di stabilimento è legata all'esigenza di individuare lo Stato di origine del fornitore, nonché di determinare la legge considerata applicabile, nonostante la natura delocalizzata di Internet. Fondamentale in questo caso è la cd. clausola del mercato interno contenuta nell'art. 3, par. 1 e 2 della direttiva e-commerce, a norma della quale "ogni Stato membro provvede affinché i servizi della società dell'informazione, forniti da una prestatore stabilito nel suo territorio, rispettino le disposizioni nazionali vigenti in detto Stato membro nell'ambito regolamentato". Inoltre, "gli Stati membri non possono, per motivi che rientrano nell'ambito regolamentato, limitare la circolazione dei servizi dell'informazione provenienti da un altro Stato membro". La validità tendenzialmente universale di tale clausola consente di prestare i servizi in tutto il territorio dell'Unione sulla base delle leggi e delle regolamentazioni dello Stato membro nel quale hanno la loro sede principale. Si veda a tal punto il rilevante contributo di P. LONGHINI, op. cit., p. 178.

tanto sull'emittente del servizio finanziario, quanto sul collocatore, perché è costui che si relaziona con il consumatore.

Partendo dalla direttiva 2002/65/CE si nota come essa definisce all'art. 2 lett. d) il consumatore come *“qualunque persona fisica che, nei contratti a distanza, agisca per fini che non rientrano nel quadro della propria attività commerciale o professionale”*. Successivamente, il d.lgs. 190/2005 non stravolgeva affatto la precedente definizione, delineando il consumatore quale *“persona fisica che, nei contratti a distanza, agisca per fini che non rientrano nel quadro della propria attività imprenditoriale o professionale”*.

Oggi, l'art. 67ter lett. d) nel definire tale soggetto, si limita a rinviare all'art. 3 dello stesso Codice del consumo, che intende per consumatore, ove non diversamente previsto, *“la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta”*⁷⁵.

Anche se negli ultimi anni la tendenza, prima del legislatore comunitario e poi di quello nazionale, è stata quella di far assumere un ruolo centrale non tanto alla singola tipologia contrattuale quanto al soggetto destinatario di protezione, la normativa di tutela del consumatore opera perché quest'ultimo stipula contratti di consumo (cioè contratti

⁷⁵ Le parole “commerciale e artigianale” sono state introdotte grazie all'art. 3, comma 2, del d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221. L'art. 3 è stato oggetto di pesanti critiche da parte della dottrina, essenzialmente per tre ragioni. Innanzitutto, l'operatività delle nozioni di “professionista” e di “consumatore” è espressamente circoscritta al solo Codice del consumo, risultando conseguentemente insuscettibili di valere per l'intero ordinamento giuridico. In secondo luogo l'ambito di applicazione di queste definizioni è ancor più circoscritto se si pensi che all'interno del Codice stesso, in singole Parti, Titoli o Capi sono presenti definizioni “speciali” della medesima nozione (ad es. “consumatore”) in grado di togliere efficacia alla definizione generale. In terzo ed ultimo luogo, è stata criticata la grave lacunosità dell'elenco contenuto nell'art. 3, nel quale alcune nozioni vengono fatte oggetto di definizioni contenute in disposizioni di apertura di discipline settoriali inserite nel Codice (ad es. quella di “tecnica di comunicazione a distanza” e di “supporto durevole”); mentre in altri casi rimangono del tutto prive di definizione normativa. Le innovazioni apportate all'art. 3 dal d.lgs. 221/2007 non hanno affrontato tali nodi, ma anzi ne hanno incrementato la problematicità. Innanzitutto l'inserimento, nella prima proposizione, delle parole “ove non diversamente previsto” appare pleonastico, essendo ovvio che una definizione contenuta in una disposizione generale del Codice del consumo non è suscettibile di trovare applicazione alle discipline settoriali che escludano esplicitamente l'operatività di una definizione “generale” ovvero siano dotate di definizioni “speciali” che attribuiscono al medesimo termine una accezione diversa (più ampia o più ristretta) rispetto a quella accolta nella definizione “generale”. Per altro verso, l'aggiunta degli aggettivi “commerciale” e “artigianale” nelle definizioni di “consumatore” e “professionista” sembra un ottuso ed acritico omaggio alla formulazione di disposizioni definitorie di alcune direttive CE a tutela del consumatore. Così, G. DE CRISTOFARO, *Il “cantiere aperto” Codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d.lgs. 23 ottobre 2007*, n. 221, in *Studium Iuris*, 2008, p. 268. Sulla nozione di consumatore in generale si veda anche il contributo di N. ROCCO DI TORREPADULA, *Sulla nozione di consumatore*, in *Contratti*, 2007, p. 1047 ss.; E. PERTILE, *La nozione di consumatore dalle Direttive comunitarie al Codice del consumo*, in *Foro padano*, 2006, p. 173 ss.; F. LUCCHESI, *La definizione di consumatore o utente*, in *Codice del consumo*, a cura di G. Vettori, Padova, 2007, p. 45 ss.

per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta), e non per il fatto di possedere determinate qualità. Alla qualificazione soggettiva rileva, pertanto, lo scopo⁷⁶.

Proprio in conseguenza della centralità della figura del consumatore, la disciplina della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari potrà applicarsi solo nel caso del commercio *business to consumer*, rimanendo tuttavia precluso l'altro settore, rappresentato dal *business to business*.

La nozione di consumatore sembra rispecchiare quella sviluppata dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee⁷⁷, secondo la quale soltanto le persone fisiche che agiscono come consumatori finali - al di fuori di ogni attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, per usare le parole dell'art. 67ter - possono godere della speciale tutela offerta dal diritto comunitario ai consumatori.

Tuttavia, l'art. 67ter si limita a richiamare la definizione generale contenuta nell'art. 3, comma 1, lett. a) cod. cons., senza prevedere, diversamente da quanto accade in altre sezioni, una nozione speciale. Tale scelta, che può risultare giustificata sotto un profilo sistematico, in realtà sacrifica la possibilità offerta dal 29° considerando della direttiva 2002/65/CE⁷⁸ di ammettere anche le organizzazioni senza scopo di lucro e gli individui che si avvalgono di servizi finanziari per divenire imprenditori, a beneficiare dell'apparato di tutela⁷⁹.

3.4 Le informazioni dovute al consumatore prima della conclusione del contratto a distanza di servizi finanziari.

Il principio del diritto all'informazione pre-contrattuale del consumatore rappresenta, insieme alla disciplina sul diritto di recesso, lo strumento principale con cui

⁷⁶ V. G. DE NOVA, *La responsabilità dell'operatore finanziario per esercizio di attività pericolosa*, in *Contratti*, 2005, pag. 709.

⁷⁷ Si veda a tal punto, CGCE, 22 novembre 2001, in *Foro it*, 2001, IV, c. 501.

⁷⁸ Infatti il 29° considerando ribadisce che la direttiva "lascia impregiudicata l'estensione da parte degli Stati membri, nel rispetto della normativa comunitaria, della protezione accordata dalla presente direttiva alle organizzazioni senza scopo di lucro e agli individui che si avvalgono di servizi finanziari per divenire imprenditori".

⁷⁹ In dottrina si osserva come per una volta avrebbe avuto un senso introdurre una definizione specifica di consumatore (perché più ampia rispetto a quella generale), ma il legislatore italiano perde l'occasione di realizzare una tutela più allargata. Così M. DONA, *op. cit.*, p. 142.

si attua la tutela del consumatore nel campo delle vendite a distanza, e quindi valido anche per i servizi finanziari.

L'art. 67^{quater} del Codice del consumo prevede per il professionista l'obbligo di fornire alla persona fisica cui propone i servizi finanziari, ovviamente utilizzando una tecnica di comunicazione a distanza, una vasta gamma di informazioni riguardanti il fornitore, il servizio finanziario, il contratto a distanza, ed infine il ricorso⁸⁰. Quindi, ad una disposizione generale, diretta ad elencare sinteticamente il contenuto delle informazioni e le modalità con cui le stesse devono essere trasferite al consumatore, seguono articoli di dettaglio che disciplinano analiticamente i singoli aspetti dell'obbligo di informazione.

L'art. 67^{quater} afferma, al comma 1, che l'obbligo di informazione precontrattuale deve essere adempiuto “nella fase delle trattative” e comunque “prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta”⁸¹.

⁸⁰ Per permettere una lettura più razionale delle disposizioni normative, il legislatore nazionale ha ritenuto che fosse utile segmentare l'elenco previsto dall'art. 3 della direttiva 2002/65/CE dividendo le disposizioni in: informazioni relative al fornitore, descritte all'art. 67-quinques, informazioni riferite al servizio finanziario, indicate all'art. 67-sexies, informazioni concernenti il contratto a distanza, presenti all'art. 67-septies, ed infine le informazioni riguardanti il ricorso, all'art. 67-octies. Specifiche disposizioni, coincidenti anch'esse nella forma e nella sostanza con la direttiva, riguardano l'attività di commercializzazione mediante telefonia vocale, e si trovano all'art. 67-novies. Infine, chiudono la parte relativa al regime dell'informativa pre-contrattuale, le disposizioni contenute all'art. 67-decies – art. 4 della direttiva 2002/65/CE – riservate ai requisiti aggiuntivi in materia di informazioni.

⁸¹ La direttiva 2002/65/CE contiene un'espressione che non è stata riportata all'interno della normativa di attuazione: infatti, all'art. 3, par. 1 recitava che “in tempo utile” prima che il consumatore sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta, il fornitore è tenuto a comunicare a quest'ultimo una serie di informazioni preliminari. Oggi, l'espressione “in tempo utile” è stata sostituita con la seguente: “nella fase delle trattative”. Sul concetto di “tempo utile”, il 21° considerando si limita ad affermare che “il consumatore dovrebbe ricevere, prima della conclusione di un contratto, le informazioni preliminari necessarie al fine di poter valutare opportunamente il servizio finanziario propostogli e quindi scegliere con cognizione di causa. Il fornitore dovrebbe espressamente indicare per quanto tempo la sua offerta eventuale rimane immutata”. Si è perciò osservato che al consumatore dovrebbe essere riconosciuto un adeguato *spatium decidendi*, il che crea non pochi problemi con la tecnologia informatica, che mira a rendere più veloci tutte le operazioni, anche quelle economico-giuridiche. In concreto, viene da chiedersi se il requisito del “tempo utile” sia soddisfatto se le informazioni richieste dall'art. 3 vengano fornite immediatamente prima della conclusione del contratto, ovvero vi sia bisogno di un più congruo margine di tempo. Sembra evidente che la ratio della norma sia quella di consentire al consumatore la fruizione di un periodo di riflessione, al fine di poter scegliere con cognizione di causa. La proposta originaria di direttiva, al riguardo, prevedeva un periodo di riflessione di 14 giorni, durante il quale le condizioni generali di contratto dovevano restare immutabili da parte del fornitore; ma già con la proposta modificata al periodo di riflessione si sostituiva il concetto di “tempo utile”: in breve, si è osservato, “il consumatore verrebbe a conoscenza delle informazioni utili ai fini di una scelta consapevole in un momento che non è predeterminato dalla norma, bensì è destinato a variare sulla base di diversi fattori, quali la specificità del servizio finanziario, la complessità dello stesso, il tecnicismo del linguaggio ecc., con una valutazione adeguata in base al caso specifico”. Così, F.

Con riferimento ai principi fondamentali che il fornitore deve rispettare, si precisa al comma 2, che le informazioni devono essere rese “in modo chiaro e comprensibile” nel rispetto “dei doveri di correttezza e di buona fede nella fase pre-contrattuale” (appare evidente il richiamo di cui all’art. 1337 c.c.), che deve essere inequivoco “il fine commerciale” e che tali informazioni devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata.

Inoltre, le informazioni devono essere fornite tenendo debitamente conto dei principi che disciplinano la protezione degli incapaci di agire e dei minori⁸².

L’affermazione “*in modo chiaro e comprensibile*” si configura come un parametro costante di valutazione del rispetto dell’obbligo di informazione da parte del fornitore. Attraverso il riferimento al principio di buona fede⁸³, l’adempimento dei doveri di

MAZZINI, *Contratti finanziari on line e tutela del consumatore: osservazioni sul quadro normativo comunitario*, in *Diritto della banca mer. fin.*, 2004, p. 568. A tal proposito si veda anche il contributo di M.M. WINKLER, op. cit., p. 546.

⁸² Nella consapevolezza che i fenomeni della contrattazione a distanza possono coinvolgere minori ed incapaci, l’art. 3, comma 2, stabilisce in capo al fornitore l’obbligo di adottare le misure di protezione di tali categorie. Due considerazioni sul punto appaiono necessarie al fine di individuare il perimetro di tale obbligo. È evidente, in primo luogo, che ponendo in capo al fornitore l’obbligo di adottare misure di salvaguardia dei minori e degli incapaci, il legislatore ha ritenuto insufficiente, nella dinamica della contrattazione a distanza, la tutela offerta dall’annullabilità dell’accordo ex art. 1425 c.c. È altresì evidente che l’obbligo di adottare misure di salvaguardia non deve necessariamente giungere fino al punto da predisporre complessi meccanismi che impediscano tecnicamente i raggiri di cui all’art. 1426 c.c. Il minore che compie raggiri, infatti, è pur sempre immeritevole di tutela ed al contempo l’affidamento del contraente raggirato prevale sempre sulla dolosa preordinazione che induce al raggio. Da queste considerazioni occorre muovere per delineare il perimetro esterno dell’obbligo di cui è gravato il fornitore di servizi finanziari a distanza. Infatti, proprio la constatazione dell’insufficienza della tutela offerta dall’art. 1425 c.c. e della non riconducibilità alla categoria del “raggiro” della dichiarazione mendace del minore ex art. 1426, seconda parte, c.c., induce a ritenere che l’obbligo imposto dall’art. 3 non può ritenersi soddisfatto nel caso in cui il fornitore si sia limitato a raccogliere la dichiarazione circa la maggiore età del consumatore a distanza. Il fornitore, dunque, dovrà predisporre un meccanismo di identificazione dell’identità personale del contraente e, soprattutto, della sua maggiore età, essendo assolutamente insufficiente una mera dichiarazione. Così, A. TORELLI, op. cit., p. 636.

⁸³ Il riferimento ai principi di buona fede e lealtà era già contenuto nell’art. 3, comma 2, del d.lgs. 185/1999 in materia di vendite a distanza. Questa norma può essere definita come un vero e proprio compendio delle istanze che da anni animano il “nuovo diritto dei contratti dei consumatori”. Il legislatore non solo impone una serie di informazioni al professionista, ma fa esplicito riferimento da un lato a concetti come chiarezza, comprensibilità e adeguatezza del mezzo di trasmissione dell’informazione (la chiarezza, in particolare, risponde all’irrinunciabile esigenza di trasparenza attraverso la quale si esplica il principio di buona fede), dall’altro e soprattutto ai principi di buona fede e lealtà, in vista dell’esigenza di protezione del consumatore. L’importanza di questa previsione sta nel fatto che per la prima volta il legislatore rinvia esplicitamente al principio di buona fede, collegando così l’adempimento dei doveri di informazione proprio al rispetto del dovere di correttezza e lealtà nelle trattative. Non è un caso che la direttiva 2002/65/CE sia l’ultimo in ordine di tempo di una serie di provvedimenti tutti accumulati dal fine di tutelare il consumatore dal rischio di prestare un consenso non completamente informato: la direttiva raccoglie i frutti di oltre 20 anni di sforzi

informazione viene collegato direttamente al rispetto del dovere di correttezza e lealtà nelle trattative.

Il criterio dell' "adeguatezza" alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata si configura come ulteriore parametro di valutazione del comportamento del fornitore del servizio finanziario a distanza, permettendo di verificare il rispetto dell'obbligo di informazione con riferimento al singolo mezzo di comunicazione utilizzato. Da ciò discende la particolare rilevanza dell'art. 67novies il quale, facendo riferimento alla telefonia vocale (mezzo avente le caratteristiche dell'invasività e della persuasività), dispone una serie di obblighi comportamentali che il fornitore di servizi deve adottare.

Il comma 3° del medesimo articolo prevede che le informazioni precontrattuali devono essere compatibili con la legge applicabile al tipo di contratto cui esse si riferiscono, anche quando la tecnica di comunicazione impiegata sia quella elettronica, facendo in questo modo valere le norme di diritto internazionale e comunitario in tema di obbligazioni contrattuali.

Scopo della disposizione è sicuramente quello di imporre ai fornitori stabiliti nell'Unione europea l'obbligo di rendere edotti i consumatori sugli obblighi contrattuali destinati effettivamente a sorgere, compresi quelli che dovessero risultare estranei al processo di armonizzazione della disciplina comunitaria. Tale criterio è applicato limitatamente ai soli fornitori appartenenti ad altro Stato membro dell'Unione europea perché solo da parte di questi ci si può aspettare che vengano rispettati i requisiti previsti dalla direttiva. Diversamente, per i fornitori extracomunitari vale il principio in base al quale si applica in ogni caso la disciplina italiana qualora il contratto sia concluso.

Infatti, il comma 4° dispone che, per quanto concerne le informazioni relative agli obblighi contrattuali, nel caso in cui il fornitore abbia sede in uno Stato non appartenente all'Unione europea, esse devono essere conformi agli obblighi contrattuali

sostenuti in sede comunitaria per garantire uno svolgimento dei rapporti contrattuali maggiormente rispettoso del principio di equità sostanziale, attraverso l'affermazione dei principi di trasparenza e lealtà, entrambi espressione del più generale principio di buona fede oggettiva, che nel nostro ordinamento ha trovato la propria consacrazione negli artt. 1337 e 1375 c.c. In tal senso, S. IADEVAIA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Manuale di diritto dei consumatori*, a cura di C. Iurilli, Torino, 2005, p. 433. Per un commento sul profilo del dovere di correttezza e di buona fede si veda anche il contributo di F. TOTARO, *sub art. 3, d.lgs. 19.8.2005, n. 190*, in *Codice del Consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2006, p. 847.

imposti dalla legge italiana applicabile⁸⁴.

Nel delineare i contenuti delle informazioni, è facile notare come il legislatore nazionale (prima con il d.lgs. 190/2005, ora con gli artt. 67bis ss.) non si sia affatto discostato dal dettato dell'art. 3 della direttiva 2002/65/CE, se non in maniera minima nella parte riguardante le informazioni relative ai "servizi finanziari", prevedendo elementi non contemplati dall'art. 3, par. 1, n. 2 della direttiva: la previsione di cui all'art. 67-sexies lett. f) sull'individuazione delle caratteristiche essenziali delle condizioni di sicurezza delle operazioni di pagamento, e la previsione di cui all'art. 67-sexies lett. h) sull'indicazione dell'esistenza di collegamenti o connessioni con altri servizi finanziari.

La direttiva 2002/65/CE giustifica questo elevato livello di tutela attraverso il 21° considerando, affermando che *"l'impiego di tecniche di comunicazione a distanza non dovrebbe portare ad una diminuzione indebita dell'informazione fornita al consumatore. Per assicurare la trasparenza la presente direttiva fissa requisiti volti a garantire un livello adeguato di informazione del consumatore sia prima che dopo la conclusione del contratto. Il consumatore dovrebbe ricevere, prima della conclusione di un contratto, le informazioni preliminari necessarie al fine di poter valutare opportunamente il servizio finanziario propostogli e quindi scegliere con cognizione di causa. Il fornitore dovrebbe espressamente indicare per quanto tempo la sua offerta eventuale rimane immutata"*.

Il consumatore deve essere in grado di conoscere anticipatamente alcuni aspetti relativi al contenuto del contratto, come l'esistenza o meno del diritto di recesso, la

⁸⁴ Si osserva in dottrina che alle informazioni da rendersi al consumatore prima della conclusione del contratto, la direttiva non aggiunge però l'obbligo di acquisire informazioni dal cliente ai fini della verifica di adeguatezza del servizio proposto, nonché quello relativo alle informazioni da rendersi in pendenza del rapporto. Come noto invece l'art. 75 del regolamento Consob 11522 (regolamento concernente la disciplina degli intermediari) prevede che nella promozione e nel collocamento a distanza i soggetti abilitati devono osservare le disposizioni del Libro III, ivi comprese quindi quelle di cui al Capo I del predetto libro ed in particolare l'art. 28 riguardante le informazioni tra gli intermediari e gli investitori e l'art. 29 in materia di operazioni non adeguate. In modo ancora più chiaro la Consob, nella comunicazione D1130396 del 21 aprile 2000, ha esplicitamente dichiarato che vanno estesi al trading on line, quale specifica modalità di comunicazione a distanza, gli stessi obblighi di comunicazione già imposti per l'offerta fuori sede. Occorre però ricordare che l'art. 4, par. 2 della direttiva – in attesa di un'ulteriore armonizzazione – ha fatto salve le eventuali altre previsioni comunitarie o nazionali contenenti requisiti aggiuntivi in materia di informazioni preliminari, per cui è corretto ritenere che il fornitore debba anche preoccuparsi di acquisire informazioni dal risparmiatore ai fini della verifica di adeguatezza del servizio reso. In tal senso, P. LONGHINI, op. cit., p. 187. si veda inoltre F.M. D'ETTORE, M. ORTINO, *Trading on line: la qualificazione giuridica del rapporto tra l'investitore e l'intermediario. L'interazione con terzi e l'iniziativa individuale dell'investitore*, in *Econ. dir. terz.*, 2002, p. 813 ss.

durata minima, la disdetta, le clausole penali, la legge applicabile, la lingua disponibile.

Dall'esame delle caratteristiche di questi strumenti di tutela, emerge uno squilibrio tra lo strumento informativo, che risulta potenziato massimamente, e quello educativo, che è invece trascurato nonostante la sua esplicita menzione nell'art. 153 del Trattato CE, ove i due profili della tutela consumeristica (quello informativo e quello educativo), ricevono considerazione unitaria. Infatti, in tale articolo si afferma che è compito della Comunità tutelare la salute, la sicurezza, gli interessi economici, e promuovere il diritto del consumatore all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi. Inoltre, anche il legislatore nazionale parla dei diritti fondamentali all'educazione al consumo, come avviene nella legge 281/1998 e nel Codice del consumo stesso.

Tuttavia, nella sezione in esame, la problematica dell'educazione traspare solamente da una lettura complessiva. Questo dimostra chiaramente come non si sia tenuto conto del fatto che, sebbene l'informazione sia uno strumento efficace per ristabilire una posizione di parità tra i soggetti del rapporto, altrettanto importante è che il consumatore possieda la capacità di comprendere le comunicazioni ricevute in maniera corretta. Ciò può portare al verificarsi non tanto di una "asimmetria informativa" (un deficit di dati), quanto ad una "asimmetria cognitiva", intesa quale effettiva difficoltà interpretativa delle informazioni ricevute⁸⁵.

Non sembra però che l'attività educativa, quale strumento di cognizione del consumatore, anche se non espressamente menzionata, possa dirsi totalmente trascurata: appare piuttosto assorbita dalle prescrizioni poste a carico del fornitore in ordine alla intelligibilità delle comunicazioni. Infatti, si tenga presente che l'art. 67^{quater} dispone che non solo deve risultare in maniera inequivocabile il fine commerciale delle informazioni, ma esse devono essere "*fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata*".

Ad ogni modo, la finalità intrinseca delle prescrizioni riguardanti le informazioni è certamente quella di garantire al consumatore tutte le informazioni necessarie per poter

⁸⁵ Sul punto si veda l'interessante contributo di A. ALBANESE, *sub art. 67^{quater}, 67^{quinques}, 67^{sexies}, 67^{septies}, 67^{octies}, d.lgs. 6.9.2005, n. 206*, in *Codice ipertestuale del Consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, in *Codice ipertestuale del Consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, a cura di M. Franzoni, op. cit., p. 276, e di L. VIGNUDELLI, *Tutela consumeristica e diritto all'informazione*, in *Incontri*, 2006, p. 14.

prendere consapevolmente e razionalmente una decisione riguardante l'adesione o meno alla proposta contrattuale formulata dal fornitore (ad esempio, le informazioni devono essere sufficienti a consentire ai consumatori di poter valutare opportunamente il servizio finanziario proposto: l'eventuale durata dell'offerta, l'esistenza di eventuali codici di condotta, il diritto di recesso etc.). Detto altrimenti, le informazioni devono risultare idonee a consentire un'effettiva attenuazione di quell'asimmetria che solitamente caratterizza il consumatore quando acquista beni o servizi. Si tratta di disposizioni basilari che si trovano in una posizione di perfetta complementarietà con il diritto di recesso: oltre ad essere i due pilastri della disciplina in commento, i due istituti si completano, perché il termine per l'esercizio del diritto di recesso inizia a decorrere proprio dal pieno assolvimento degli obblighi di informazione⁸⁶.

L'interesse del consumatore ad essere tutelato concretamente, anche attraverso una adeguata e corretta informazione, è giustificato dai maggiori rischi che comporta la negoziazione a distanza di servizi finanziari, a maggior ragione se la contrattazione avviene mediante l'utilizzo di nuove tecniche di commercializzazione, si pensi, ad esempio, l'utilizzo di Internet.

È necessario, quindi, affinché si realizzi il buon funzionamento del mercato dei servizi finanziari, che il consumatore (figura sostanzialmente coincidente con quella dell'investitore non professionale) abbia fiducia nelle nuove tecniche di commercializzazione a distanza. L'utente deve poter valutare il servizio propostogli dal fornitore in modo da poter operare una scelta consapevole, consapevolezza che può venir meno attraverso l'utilizzo del commercio elettronico, strumento caratterizzato dalla facilità di stipulazione, dalla rapidità della contrattazione, dall'impiego di un linguaggio tecnicistico e dall'assenza di un contatto fisico.

L'interesse del consumatore⁸⁷ può qualificarsi non tanto con l'interesse negativo

⁸⁶ Così, U. PLACANICA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari alla luce del d.lgs. 190/2005 e della legge 262/2005*, op. cit., p. 468.

⁸⁷ Le informazioni previste dalla norma hanno portata generale ed assicurano uno standard minimo di tutela: valgono per qualsiasi servizio finanziario suscettibile di essere commercializzato a distanza, mentre i singoli servizi finanziari possono continuare ad essere assoggettati alle specifiche normative di settore che li regolano, tenuto conto delle peculiari caratteristiche di ciascuno di essi. Tale deroga al principio della massima armonizzazione – secondo il quale gli Stati membri non dovrebbero introdurre disposizioni più restrittive – è prevista dalla stessa direttiva 2002/65/CE, e più precisamente al 22° considerando: *“le informazioni elencate nella presente direttiva comprendono informazioni di natura generale relative a tutti i tipi di servizi finanziari.”*

a non essere coinvolti in trattative inutili ovvero a non stipulare un contratto invalido, quanto con interesse a che la controparte adempia esattamente ad un obbligo, quello di informazione, che è entrato a far parte del contenuto contrattuale per espressa previsione di legge. Così, quelli che tradizionalmente rilevavano in termini di obblighi di comportamento pre- contrattuale, ossia i doveri di informazione, tendono a diventare parte del contenuto del contratto, se non addirittura regole di validità dello stesso⁸⁸.

Gli altri requisiti in materia di informazioni relative ad un determinato servizio, quali la copertura di una polizza assicurativa, non sono precisati unicamente nella presente direttiva. Le informazioni di questo tipo dovrebbero essere fornite in conformità, ove del caso, della pertinente normativa comunitaria o della pertinente legislazione nazionale, adottata conformemente al diritto comunitario”.

La fiducia tra risparmiatori ed operatori del settore, deve essere alimentata anche grazie all'affidamento dei primi sul grado di competenza e professionalità che caratterizza l'operato dei secondi. Sotto tale aspetto, la normativa di settore (nello specifico, l'art. 26 lett. e) del regolamento Consob 11522/98) “pone a carico degli intermediari, e nell'interesse degli investitori, un obbligo di conoscenza, che va oltre alla semplice informazione sui prodotti da loro offerti, conoscenza che si estende alla loro provenienza, alla situazione degli stessi mercati, alla loro destinazione tra il pubblico dei consumatori. Una conoscenza che l'investitore, per esperienza, per cultura, o per diverso campo lavorativo, non potrà mai acquisire pervenendo ad un giudizio completo sull'operazione finanziaria che si presta a sottoscrivere”⁸⁹. Infatti, l'intermediario, quale operatore professionale particolarmente qualificato al quale è richiesto un adeguato livello di diligenza, deve “procurarsi un'effettiva conoscenza dei prodotti finanziari negoziati, al di là di quella ricavabile dalle notizie da chiunque acquisibili sulla stampa specializzata o con la mera lettura di bilanci sociali”⁹⁰.

3.4.1 Le informazioni sul fornitore.

L'art. 67*quinquies* fornisce un elenco delle informazioni relative al fornitore, di

⁸⁸ In tal senso, si vedano i rilevanti contributi di S. IADEVAIA, op. cit., p. 440, e di G. MARCATAJO, *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 761.

⁸⁹ Tribunale di Genova, sentenza del 15 marzo 2005, su www.adiconsum.it.

⁹⁰ Tribunale di Roma, sentenza del 31 marzo 2005, in *Foro it.*, 2005, I, 2538.

seguito riportate: a) l'identità del fornitore e la sua attività principale, l'indirizzo geografico al quale il fornitore è stabilito e qualsiasi altro indirizzo geografico rilevante nei rapporti tra consumatore e fornitore; b) l'identità del rappresentante del fornitore stabilito in Italia e l'indirizzo geografico rilevante nei rapporti tra consumatore e rappresentante, quando tale rappresentante esista; c) se il consumatore ha relazioni commerciali con un professionista diverso dal fornitore, l'identità del professionista, la veste in cui agisce nei confronti del consumatore, nonché l'indirizzo geografico rilevante nei rapporti tra consumatore e professionista; d) se il fornitore è iscritto in un registro commerciale o in un pubblico registro analogo, il registro di commercio in cui il fornitore è iscritto e il numero di registrazione o un elemento equivalente per identificarlo nel registro; e) qualora l'attività del fornitore sia soggetta ad autorizzazione, gli estremi della competente autorità di controllo.

Grazie alla considerevole ampiezza di queste informazioni, il consumatore è messo nella condizione di identificare con precisione sia chi gli fornisce il servizio finanziario, sia l'eventuale rappresentante del fornitore, ed infine, sia l'identità di qualsiasi intermediario con cui avrà o potrebbe avere dei contatti.

L'obbligo di indicare l'indirizzo geografico rilevante nei rapporti tra consumatore e rappresentante consente al consumatore l'identificazione – e l'evocazione in giudizio – del fornitore, evitando ricerche ed accertamenti complessi, ma necessari nel caso di società con sede all'estero. Inoltre, l'indicazione dell'autorità cui è demandato il controllo sull'attività posta in essere dal fornitore, permette al consumatore un più rapido ed agevole esercizio dei propri diritti.

3.4.2 Le informazioni sul servizio finanziario.

In base all'art. art. 67*sexies*, le informazioni relative al servizio finanziario riguardano:

a) una descrizione delle principali caratteristiche del servizio finanziario; b) il prezzo totale che il consumatore dovrà corrispondere al fornitore per il servizio finanziario, compresi tutti i relativi oneri, commissioni e spese e tutte le imposte versate tramite il fornitore o, se non è possibile indicare il prezzo esatto, la base di calcolo del prezzo, che consenta al consumatore di verificare quest'ultimo; c) se del caso, un avviso indicante che il servizio finanziario è in rapporto con strumenti che implicano particolari rischi

dovuti a loro specifiche caratteristiche o alle operazioni da effettuare, o il cui prezzo dipenda dalle fluttuazioni dei mercati finanziari su cui il fornitore non esercita alcuna influenza, e che i risultati ottenuti in passato non costituiscono elementi indicativi riguardo ai risultati futuri⁹¹; d) l'indicazione dell'eventuale esistenza di altre imposte e costi non versati tramite il fornitore o non fatturati da quest'ultimo; e) qualsiasi limite del periodo durante il quale sono valide le informazioni fornite; f) le modalità di pagamento e di esecuzione, nonché le caratteristiche essenziali delle condizioni di sicurezza delle operazioni di pagamento da effettuarsi nell'ambito dei contratti a distanza; g) qualsiasi costo specifico aggiuntivo per il consumatore relativo all'utilizzazione della tecnica di comunicazione a distanza, se addebitato; h) l'indicazione dell'esistenza di collegamenti o connessioni con altri servizi finanziari, con la illustrazione degli eventuali effetti complessivi derivanti dalla combinazione.

La tutela apprestata dalla disciplina sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari è destinata ad integrare quella offerta, in via generale, dalle disposizioni comunitarie e nazionali a chi fruisce i servizi finanziari.

A causa del mancato coordinamento tra le disposizioni introdotte nella sezione in commento e quelle contenute in via più generale nella normativa di settore, l'interprete di volta in volta è gravato del compito di operare detto coordinamento. Così ad esempio, le informazioni previste dall'art. 67*sexies* sulle caratteristiche del servizio dovranno essere conformi non solo alle prescrizioni ivi contenute, ma anche alle disposizioni in materia di trasparenza delle operazioni bancarie dettate dal cd. Tub (il Testo unico

⁹¹ Il terreno delle informazioni relative ai rischi connessi al servizio finanziario offerto risulta senza dubbio più complesso. La lett. c) contempla l'ipotesi in cui il servizio sia collegato a strumenti finanziari (art. 1, comma 2, d.lgs. 58/1998, il cd. Tuf) connotati da un elevato livello di rischio o il cui prezzo dipenda da fluttuazioni di mercati finanziari su cui il fornitore non è in grado di esercitare alcuna influenza. L'ipotesi contemplata deve essere necessariamente ricondotta nell'alveo degli obblighi di "diligenza, correttezza e trasparenza" che sono imposti al prestatore di servizi di investimento dall'art. 21 d.lgs. n. 58/98. Tuttavia, proprio tale ricostruzione conduce, in ragione dei comportamenti che necessariamente devono essere assunti ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 58/98, a ritenere assolutamente insufficiente una informativa che si riduca ad un "avviso". È, infatti, soprattutto l'obbligo di trasparenza previsto dall'art. 21 ad indurre il dubbio circa la compatibilità di un mero avviso con i comportamenti che il fornitore deve adottare: infatti al fine di rispettare l'obbligo di trasparenza, il fornitore deve necessariamente impartire "informazioni complete, obiettive, intelligibili in ordine agli elementi rilevanti del rapporto del servizio e degli strumenti finanziari". Deve, cioè, chiarire ogni aspetto delle complesse questioni che determinati strumenti finanziari e determinate operazioni inevitabilmente presentano. Alla luce di tale contesto normativo, appare evidente in primo luogo l'inadeguatezza di un mero avviso circa i rischi degli strumenti finanziari con cui il servizio offerto è in rapporto. Così, A. TORELLI., op. cit., p. 640.

bancario) e dalle norme secondarie di attuazione o dalle disposizioni in materia di prestazione di servizi di investimento dettate dal Tuf e dal regolamento intermediari⁹².

Anche se, come più volte ripetuto, l'informazione al consumatore rappresenta uno dei pilastri fondamentali per una tutela concreta del contraente debole, l'obbligo di informazione non deve tuttavia impedire ovvero ritardare eccessivamente il normale svolgimento della contrattazione. Anche se per questo motivo il legislatore ha preferito, per quanto riguarda le informazioni relative ai servizi finanziari, non appesantire il fornitore sotto l'aspetto della descrizione delle caratteristiche principali, tuttavia esige una ampia ed analitica informazione concernente il prezzo e le sue eventuali fluttuazioni. Infatti, l'art. 67*sexies* impone di chiarire al consumatore il prezzo totale che egli dovrà corrispondere, compresi tutti i relativi oneri, commissioni e spese e tutte le imposte versate tramite il fornitore o, se non è possibile indicare il prezzo esatto, la base di calcolo del prezzo; inoltre, deve essere indicato qualsiasi costo specifico aggiuntivo per il consumatore relativo all'utilizzazione della tecnica di comunicazione a distanza. La norma, anche se di formulazione garantista, rischia di essere applicata in maniera distorta da parte dei fornitori, nel caso in cui quest'ultimi fornissero elementi di calcolo al limite della incomprensibilità; tuttavia, come ricorda la stessa disposizione, le informazioni devono essere impartite in modo da consentire al consumatore di "verificare il calcolo del prezzo". Tale previsione, infatti, se ricondotta alla "chiarezza e comprensibilità" di cui all'art. 67*quater*, comma 2, costituisce, in definitiva, il parametro di valutazione della conformità del comportamento tenuto dal fornitore all'obbligo di informazione.

Infine, il fornitore deve chiarire se esistono limiti di validità temporale delle informazioni rese (ad esempio circa i rischi di particolari strumenti finanziari) e deve dare tutte le indicazioni in merito alle modalità di pagamento dei servizi offerti, nonché alle caratteristiche "essenziali" delle condizioni di sicurezza delle operazioni di pagamento.

3.4.3. Le informazioni sul contratto a distanza.

Secondo l'art. 67*septies*, le informazioni relative al contratto a distanza

⁹² Tale critica può essere ricondotta a L. PONTIROLI, *La disciplina del pagamento nella vendita a distanza dei servizi finanziari: prime considerazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, p. 678.

riguardano: a) l'esistenza o la mancanza del diritto di recesso conformemente all'art. 67*duodecies* e, se tale diritto esiste, la durata e le modalità d'esercizio, comprese le informazioni relative all'importo che il consumatore può essere tenuto a versare ai sensi dell'art. 67*terdecies*, comma 1, nonché alle conseguenze derivanti dal mancato esercizio di detto diritto; b) la durata minima del contratto a distanza, in caso di prestazione permanente o periodica di servizi finanziari; c) le informazioni relative agli eventuali diritti delle parti, secondo i termini del contratto a distanza, di mettere fine allo stesso prima della scadenza o unilateralmente, comprese le penali eventualmente stabilite dal contratto in tali casi; d) le istruzioni pratiche per l'esercizio del diritto di recesso, comprendenti tra l'altro il mezzo, inclusa in ogni caso la lettera raccomandata con avviso di ricevimento, e l'indirizzo a cui deve essere inviata la comunicazione di recesso; e) lo Stato membro o gli Stati membri sulla cui legislazione il fornitore si basa per instaurare rapporti con il consumatore prima della conclusione del contratto a distanza; f) qualsiasi clausola contrattuale sulla legislazione applicabile al contratto a distanza e sul foro competente; g) la lingua o le lingue in cui sono comunicate le condizioni contrattuali e le informazioni preliminari di cui al presente articolo, nonché la lingua o le lingue in cui il fornitore, con l'accordo del consumatore, si impegna a comunicare per la durata del contratto a distanza.

Il legislatore ha previsto l'obbligo di fornire informazioni relative al contratto a distanza affinché il consumatore possa conoscere ogni aspetto dell'accordo proposto. Le informazioni previste dall'articolo in commento si concentrano soprattutto sul diritto di recesso, sul diritto di far venir meno l'efficacia del contratto anticipatamente, sulla menzione della durata del contratto, la legge applicabile al rapporto e, da ultimo, sulla lingua utilizzata nel corso del rapporto.

In materia di diritto di recesso, l'informazione è decisamente ampia e dettagliata, tesa innanzitutto a chiarire se tale diritto esista o meno, e, se esiste, chiarire le modalità di esercizio del diritto stesso (comprese le "istruzioni pratiche" per il suo concreto esercizio). Inoltre, la disposizione alla lett. c), con riferimento ai mezzi di tutela del consumatore, prescrive che siano fornite le informazioni relative a tutti i rimedi contrattuali che consentono al consumatore di far cessare l'efficacia del contratto, cioè di "mettere fine" allo stesso prima della scadenza. Il fornitore deve, secondo quanto

prescritto rispettivamente dalle lett. e) ed f), fornire al consumatore una informativa completa circa la durata del contratto e circa la legislazione applicabile allo stesso.

Con riferimento al primo aspetto, il fornitore deve indicare la durata “minima” del rapporto contrattuale; a completamento di tale aspetto, il fornitore dovrebbe anche chiarire l’esistenza di eventuali meccanismi di rinnovo automatico o di disdetta entro un termine prefissato. Relativamente al secondo aspetto, l’informativa, inoltre, deve concernere anche l’indicazione esatta della legislazione dello Stato membro applicabile al rapporto e fare menzione dell’esistenza di clausole relative alla competenza territoriale. Infine, la lett. g) della norma in esame garantisce al consumatore che nel corso del rapporto sia costantemente utilizzata la stessa lingua⁹³.

3.4.4 Le informazioni relative al ricorso.

Le informazioni relative al ricorso riguardano: a) l’esistenza o la mancanza di procedure extragiudiziali di reclamo e di ricorso accessibili al consumatore che è parte del contratto a distanza e, ove tali procedure esistono, le modalità che consentono al consumatore di avvalersene; b) l’esistenza di fondi di garanzia o di altri dispositivi di indennizzo.

Tale articolo disciplina l’informativa relativa ai sistemi di ricorso non giurisdizionale, la quale deve comprendere sia l’eventuale esistenza di tali sistemi, sia le modalità per accedervi, ed infine, l’eventuale sussistenza di fondi di garanzia o di indennizzo. Il testo dell’art. 67*octies* coincide perfettamente con l’art. 3, par. 1, punto 4

⁹³ Si osserva in dottrina che con riferimento alla scelta della lingua, si rileva una leggerezza nel modo con cui si è riprodotto il testo della direttiva. Il legislatore comunitario, scrivendo “le condizioni contrattuali e le informazioni preliminari di cui al presente articolo” aveva inteso riferirsi a tutte le informazioni relative a fornitore, servizio finanziario, contratto a distanza e ricorso. Lo “spacchettamento” operato dal decreto fa sì che il “presente articolo” sia quello che si riferisce solo alle informazioni sul contratto a distanza. Altro aspetto censurabile riguarda proprio la scelta della lingua, nel quale il legislatore ha dimostrato una sorta di pigrizia. Poiché, come ricordato anche dal 31° considerando della direttiva, è opportuno che “le disposizioni riguardanti la scelta della lingua da parte del fornitore lascino impregiudicate le disposizioni di diritto interno adottate in conformità del diritto comunitario che disciplinano la scelta della lingua”, sarebbe stato auspicabile uno sforzo del legislatore per accertare se tali disposizioni esistano o meno. In particolare, in caso positivo, si sarebbe dovuto prevedere che “la lingua in cui sono comunicate le condizioni contrattuali e le informazioni preliminari è quella italiana”. In caso negativo, considerata l’importanza di garantire al consumatore l’uso di una lingua a lui familiare, in un contesto, quello dei servizi finanziari, che già di per sé impone il confronto con nozioni di carattere tecnico di non agevole comprensione, sarebbe stato necessario, in questo stesso contesto, prevedere espressamente una tale disposizione. Così, U. PLACANICA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari alla luce del d.lgs. 190/2005 e della legge 262/2005*, op. cit., p. 473.

della direttiva 2002/65/CE, senza prevedere particolari adattamenti alla legislazione italiana. Infatti, l'articolo in parola non menziona l'istituto dell'Ombudsman bancario, istituito in Italia attraverso un accordo contenuto nella circolare Abi del 1° febbraio 1993.

3.5 I requisiti aggiuntivi in materia di informazioni

Oltre alle informazioni espressamente indicate in precedenza, l'art. 67*decies* prescrive, al comma 1, l'obbligo di mettere a disposizione del consumatore anche le ulteriori informazioni "previste dalla normativa di settore che disciplina l'offerta del servizio o del prodotto interessato". Tale disposizione conferma la possibilità della normativa di settore che disciplina l'offerta del servizio o del prodotto interessato, in deroga al principio della massima armonizzazione, di mantenere o introdurre disposizioni più rigorose, inserendo dunque informazioni aggiuntive rispetto a quelle prescritte precedentemente.

Le disposizioni nazionali sui requisiti di informazione preliminare aggiuntive rispetto a quelle relative al fornitore, al servizio finanziario, al contratto a distanza ed al ricorso, devono essere comunicate dal Ministero dello sviluppo economico alla Commissione europea (ciò è quanto previsto al comma 2).

Inoltre, il comma 3° dispone che il Ministero dello sviluppo economico deve essere messo nella condizione di conoscere le disposizioni aggiuntive grazie alla comunicazione delle stesse da parte dalle autorità di vigilanza del settore bancario, assicurativo, finanziario e delle previdenza complementare, per le materie di rispettiva competenza.

Con riferimento al suddetto comma, è da rilevare che il legislatore ha rinunciato ad operare un maggiore coordinamento con la disciplina di settore, rimettendo alle Autorità di vigilanza il compito di effettuare detto raccordo di adeguamento e integrazione della disciplina in materia di trasparenza prevista dalla legislazione vigente in materia bancaria, finanziaria e assicurativa. Un coordinamento sarebbe servito, probabilmente, a far accrescere la fiducia dei consumatori di servizi finanziari, sia nei confronti di un mercato ormai transnazionale che rispetto ai moderni mezzi di comunicazione a distanza offerti dalla tecnologia.

L'articolo si chiude disponendo al comma 4° che sarà cura del Ministero dello sviluppo economico mettere a disposizione dei consumatori e dei fornitori le predette informazioni, anche mediante l'utilizzo di sistemi informatici.

In materia di informazioni aggiuntive la direttiva 2002/65/CE, stabilendo uno standard minimo, consente che sopravvivano provvisoriamente al suo recepimento non solo le disposizioni comunitarie di settore, vigenti o di futura emanazione che contengano ulteriori requisiti in materia di informazioni preliminari rispetto a quelli previsti all'art. 3, par. 1, della stessa direttiva, ma anche le singole disposizioni nazionali di settore. Infatti, l'art. 4 della direttiva ha previsto la possibilità in capo agli Stati membri di mantenere o introdurre disposizioni più rigorose in tema di informativa precontrattuale, in attesa di una ulteriore armonizzazione, purché tali disposizioni siano conformi al diritto comunitario. Tuttavia il decreto di attuazione (poi trasfuso all'interno del Codice del consumo) non ha sfruttato appieno la possibilità prevista dalla direttiva, interpretando restrittivamente tale disposizione, limitandosi ad ammettere soltanto il mantenimento delle eventuali disposizioni di maggior tutela e rinunciando alla possibilità di introdurne di nuove, anche se ciò sarebbe stato necessario ed opportuno.

Nell'ambito del diritto all'informazione pre-contrattuale, particolare rilievo assume l'art. 67*undecies*, il quale prescrive l'obbligo per il fornitore di comunicare al consumatore, su supporto cartaceo ovvero su altro supporto durevole, sia il testo integrale delle "condizioni contrattuali", sia le "informazioni preliminari", in tempo utile⁹⁴, prima che il consumatore sia "vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta".

In base al comma 2, se la stipulazione del contratto avviene, su richiesta del consumatore, mediante l'impiego di una tecnica di comunicazione a distanza che non permette l'invio delle informazioni preliminari e delle condizioni contrattuali, l'obbligo del professionista di provvedere a tale invio può essere adempiuto "subito dopo la conclusione del contratto".

L'espressione "subito dopo" non è precisa, ma soprattutto sembra in contrasto

⁹⁴ La norma riprende esattamente l'espressione utilizzata dalla direttiva 2002/65/CE all'art. 3 che invece era stata evitata dall'art. 67-quater, che, più precisamente, parla di "fase delle trattative". L'utilizzo della suddetta espressione è sicuramente legato alla variabilità della natura e complessità del servizio finanziario offerto, al tecnicismo del linguaggio, all'entità del valore economico dell'operazione. La tempistica della comunicazione dovrà quindi adattarsi a questi fattori concreti.

con la ratio di tutta la disciplina delle informazioni, che trova la sua ragion d'essere nella maggiore garanzia prestata al consumatore. Infatti non appare sensato che sia possibile comunicare le condizioni contrattuali e le informazioni preliminari solo dopo la conclusione del contratto e che siano imposte comunicazioni attinenti alla fase preliminare (ossia nella fase in cui il contratto non esiste) quando i contraenti hanno già manifestato la loro volontà. In realtà, la disposizione andrebbe letta in relazione all'art. 67^{quater} comma 2, secondo cui "le informazioni di cui al comma 1, sono fornite in modo chiaro e comprensibile con qualunque mezzo adeguato alla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata"; perciò la rubrica della norma in commento ("Comunicazione delle condizioni contrattuali e delle informazioni preliminari") si riferirebbe alla conferma delle condizioni e delle informazioni medesime⁹⁵. Le due disposizioni vanno lette nel senso che il fornitore, il quale avrà reso le informazioni in modo chiaro e comprensibile servendosi di qualsiasi mezzo di comunicazione adeguato alla comunicazione a distanza, dovrà confermarle comunicandole su supporto cartaceo o altro supporto durevole prima della conclusione del contratto, oppure "*subito dopo la conclusione del contratto a distanza, se quest'ultimo è stato concluso su richiesta del consumatore utilizzando una tecnica di comunicazione a distanza che non consente di trasmettere le condizioni contrattuali né le informazioni*"⁹⁶.

Infine, il comma 3° dispone che nel caso in cui si sia fatto ricorso ad un supporto durevole diverso da quello cartaceo, al consumatore ha diritto di pretendere, in qualsiasi momento, la consegna di un supporto cartaceo, a condizione che il rapporto contrattuale sia ancora in corso e con riferimento alle sole condizioni contrattuali. In qualsiasi momento, inoltre, il consumatore può cambiare la tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, purché ciò risulti compatibile con il contratto concluso o con la natura del

⁹⁵ La commercializzazione a distanza di servizi finanziari mediante telefonia vocale appare anch'essa incompatibile con l'invio di supporti durevoli. Allora, in forza del legame con l'articolo in parola, nel caso in cui l'iniziativa diretta alla conclusione del contratto sia stata assunta dal consumatore, il fornitore trasmetterà il supporto durevole anche "subito dopo la conclusione del contratto"; mentre, nel caso in cui sia stato il fornitore a contattare il consumatore, l'invio del supporto durevole contenente le informazioni rilevanti e le condizioni contrattuali deve precedere la prestazione del consenso da parte del consumatore.

⁹⁶ In tal senso si veda A. ALBANESE, *sub art. 67-undecies, d.lgs. 6.9.2005, n. 206, in Codice ipertestuale del Consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, a cura di M. Franzoni, op. cit., p. 284.

servizio finanziario prestato⁹⁷.

Dall'analisi di tale norma, emerge a chiare lettere la differenza con la regolamentazione generale prevista per i contratti a distanza di cui agli artt. 50-57 del Codice del consumo: infatti, chi acquista un qualsiasi bene o servizio a distanza ottiene la conferma scritta (su supporto cartaceo o su altro supporto duraturo) delle informazioni preliminari attinenti l'affare, solamente all'atto di esecuzione del contratto ovvero (nel caso di beni) solo dopo che lo stesso è stato concluso⁹⁸. Al contrario, in base alla disciplina in commento chi acquista a distanza un servizio finanziario (si pensi all'attivazione di un conto corrente bancario on line) potrà usufruire di un'anticipazione della conferma scritta, che il fornitore è tenuto a dare nella fase già pre-contrattuale. Questa previsione dimostra la raggiunta maturità del legislatore comunitario, il quale negli anni ha compreso le difficoltà dei consumatori nell'acquisto a distanza dei prodotti finanziari, decidendo di realizzare una disciplina più rigorosa. La disciplina della comunicazione delle condizioni contrattuali e delle informazioni preliminari contenuta nella sezione in commento, andrebbe coordinata con la normativa di settore applicabile a tutte le operazioni finanziarie, anche non a distanza. Ad esempio, la mera consegna del documento sui rischi generali degli investimenti finanziari non soddisfa pienamente l'esigenza di tutela del consumatore, poiché si tratta di una informativa generica che non garantisce una effettiva conoscenza del titolo negoziato. L'intermediario stesso deve assicurare tale conoscenza in modo da rendere il cliente capace di tutelare il proprio

⁹⁷ Il comma 3° non è stato esente da critiche da parte della dottrina. Si osserva infatti che appare criticabile la scelta di circoscrivere l'operatività di questa statuizione alle sole condizioni contrattuali (con esclusione delle informazioni pre-contrattuali), sia, soprattutto, la scelta di consentire al consumatore di pretendere la consegna di un documento cartaceo recante le condizioni contrattuali soltanto se e fino a quando il rapporto contrattuale sia in essere. Non di rado, infatti, il consumatore si trova ad aver bisogno della documentazione cartacea proprio in una fase successiva alla cessazione del rapporto contrattuale, quando lo scioglimento del contratto abbia avuto luogo, ad esempio, per effetto dell'esercizio dello jus poenitendi attribuito al consumatore, ovvero sia conseguito ad una disdetta intimata da una delle parti in risposta (e reazione) ad inadempimenti contrattuali asseritamente perpetrati dall'altra. Così, G. De CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto "servizi finanziari" stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Prima parte)*, op. cit., p. 271.

⁹⁸ Infatti, anche l'art. 5 della direttiva 97/7/CE in materia di vendite a distanza prevede che la conferma scritta delle informazioni preliminari deve essere fornita "all'atto della esecuzione del contratto ed al più tardi al momento della consegna per quanto riguarda i beni". Invece l'art. 5 par. 1 della direttiva 2002/65/CE dimostra come la stessa voglia accordare al consumatore una tutela sempre più "anticipata" che guarda al dato precontrattuale in misura maggiore rispetto a quanto tradizionalmente avviene nel diritto comune dei contratti. In tal senso, S. IADEVAIA, op. cit., p. 236.

interesse e di assumere consapevolmente i rischi dell'investimento compiuto⁹⁹. Infatti, ai fini dell'osservanza dell'obbligo di informare, non è certo sufficiente una mera informazione generica, quale risultante solitamente dal cd. documento sui rischi generali degli investimenti in strumenti finanziari, previsto dall'art. 28, comma 1, lett. b), del Regolamento Consob n. 11522/1998, utilizzabile per qualsiasi investimento – a prescindere dalla tipologia di titoli acquistati – e con una generica indicazione della tipologia di investitore, qualificato sulla base della propensione al rischio¹⁰⁰.

Il principio di informazione caratterizza il rapporto tra intermediario e cliente anche dopo che l'impresa di investimento ha ricevuto i singoli ordini di attuazione del rapporto, e ha dato loro corso¹⁰¹; infatti la regola di condotta della cd. adeguatezza richiede all'intermediario di controllare l'adeguatezza delle operazioni disposte rispetto al profilo del cliente secondo un processo dinamico, che non si esaurisce nell'apertura del rapporto, ma che richiede necessari aggiornamenti¹⁰².

Concretamente, l'esigenza di una tutela effettiva del consumatore, a livello di comunicazione delle informazioni e delle comunicazioni contrattuali, trova non pochi ostacoli. Infatti i caratteri delle informazioni fornite obbligatoriamente dai professionisti – la chiarezza e la comprensibilità – che spesso ricorrono nelle direttive, sono piuttosto vaghi e imprecisi: la chiarezza viene soppiantata da un tecnicismo ben poco utile al consumatore, e la comprensibilità non è assicurata dall'impiego di terminologie e formule che variano da esperienza ad esperienza. Il tutto, con l'aggravante nella materia di cui alla presente sezione, che l'uso di un mezzo tecnico così sofisticato come il sistema elettronico, implica incertezze e difficoltà che sono fronteggiate in misura enormemente più facile dal professionista che non dal consumatore¹⁰³.

⁹⁹ In tal senso si veda Tribunale di Mantova, sentenza del 18.3.2004, in *Giur. Comm.*, 2004, p. 691. Nella stessa sentenza si afferma anche che ai sensi dell'art. 28.2 Reg. Consob n. 11522/98, la S.I.M. è tenuta a dare informazione completa e precisa sull'investimento proposto, e di fronte alla sua inadeguatezza per l'investitore, ne deve richiedere, a pena di nullità, la conferma scritta.

¹⁰⁰ A tal proposito si veda, V. LENOCI, *Responsabilità dell'intermediario finanziario e tutela del risparmiatore*, in *Giur. merito*, 2006, p. 2083.

¹⁰¹ Così, G. GOBBO, *La disciplina dell'informazione nei contratti di investimento: tra responsabilità (pre)contrattuale e vizi del consenso*, in *Giur. comm.*, 2007, p. 127.

¹⁰² Ciò è quanto afferma il Tribunale di Trani con sentenza del 10.6.2005, disponibile al sito internet www.dircomm.it

¹⁰³ G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, op. cit., p. 222.

3.6 Il diritto di recesso.

L'art. 67*duodecies* del Codice del consumo, disciplinante il diritto di recesso¹⁰⁴, conferisce al consumatore il diritto di recedere unilateralmente dal contratto per la prestazione di servizi finanziari stipulato a distanza con un professionista, “senza penali”¹⁰⁵ e “senza specificare il motivo”, assoggettando tale facoltà solamente ad un limite temporale entro il quale egli deve manifestare la propria volontà in tal senso¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Il lavoro di coordinamento e sistemazione attuato con il d.lgs. 206/2005 (il cd. “Codice del consumo”) ha fatto sì che il legislatore accorpasse la disciplina del recesso di cui al d.lgs. 50/1992 e al d.lgs. 185/1999 prevedendo un termine di 10 giorni lavorativi variamente decorrenti, ed infine, che prevedesse un termine – sempre di 10 giorni lavorativi – per esercitare il diritto di recesso anche nel caso di acquisto di una multiproprietà, che decorre dalla data di conclusione del contratto. In materia di pacchetti turistici, non esiste all'interno del Codice e della disciplina di settore una norma dedicata appositamente al recesso, nel senso che esso è previsto in più articoli, quale forma di reazione all'inadempimento o alle modifiche del contratto, tanto è che si ritiene in questo caso non si tratti di diritto di ripensamento, ma di un recesso per giusta causa. Così, R. GIAMPETRAGLIA, *Il diritto di recesso nel codice del consumo*, in *Notariato*, 2007, p. 80. In dottrina si è sempre dibattuto sulla qualificazione e/o natura giuridica del recesso di protezione, considerato figura particolare non assimilabile al recesso tradizionale. Quest'ultimo è atto unilaterale di scioglimento di un rapporto contrattuale già esistente, normalmente, concepito come immutabile e non unilateralmente indissolubile (artt. 1372 e 1373 c.c.): il recesso, perlomeno come recesso legale, richiede normalmente una giusta causa o un giustificato motivo, e solo eccezionalmente, in riferimento a contratti tipici di durata è ammissibile un recesso *ad nutum*; mentre il recesso di pentimento è piuttosto una possibilità di “revoca” concessa al consumatore della sua precedente dichiarazione contrattuale, nei confronti della controparte. Tale “revoca” non richiede alcuna giustificazione e non prevede alcuna penalità e/o indennizzo. Non è allora casuale che la legislazione comunitaria, matrice del diritto di pentimento così come penetrato nel nostro ordinamento, abbia sempre utilizzato termini anche diversi da quello di recesso per indicare il concetto di *jus se poenitendi* (come ad esempio, diritto di rescindere” il proprio impegno, di cui alla direttiva 85/577/CEE). In tal senso N. ZORZI GALGANO, *Lo jus se poenitendi del consumatore*, in *Vita notarile*, 2007, p. 576. Resta il fatto che l'istituto, soggetto com'è alla sola volontà dell'acquirente, avrebbe forse meritato una diversa denominazione (“diritto di ripensamento”) che ne connotasse la funzione di consegnare alla parte debole del rapporto l'occasione di meglio ponderare l'acquisto ed – eventualmente – di ripensarlo. A tal proposito, M. DONA, op. cit., p. 129.

¹⁰⁵ L'espressione “senza penali” non deve essere valutata in senso stretto, ossia con specifico riferimento all'art. 1382 c.c., ma deve intesa in senso molto più ampio ed atecnico, riferendosi a qualunque conseguenza patrimoniale negativa per il consumatore a seguito dell'esercizio del recesso. Così G. De CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto “servizi finanziari” stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2006, p. 385.

¹⁰⁶ Il testo del decreto ha dato ovviamente attuazione all'ultima versione della direttiva, quella proposta dalla Commissione nel luglio 1999 ed approvata in via definitiva nel settembre 2002. Il livello di protezione dei consumatori sarebbe stato minore se, in assenza delle pressioni del Consiglio e del Parlamento europei, nonché del Comitato economico e sociale, fosse prevalsa la linea inizialmente concepita dalla Commissione nell'ottobre 1998, fondata sull'utilizzo di due strumenti: a) l'attribuzione al consumatore di un periodo di riflessione di almeno due settimane, durante il quale le condizioni contrattuali devono essere ritenute valide ed impegnative solo per il fornitore, prima della definitiva conclusione del contratto (*warming up period*), e che consente al consumatore la serenità necessaria a comparare le diverse offerte ed esaminare attentamente il contratto prima di dare il suo consenso; b) il riconoscimento di un diritto di recesso successivo alla conclusione del contratto, azionabile però solo a condizione che, durante il periodo di riflessione, il fornitore avesse indicato in modo incompleto le condizioni contrattuali ovvero avesse indotto in modo sleale il consumatore alla conclusione del

Il recesso di pentimento, inizialmente introdotto nei contratti nei quali il particolare contesto della comunicazione tra le parti rendeva più debole la posizione di una delle due, di recente, ha ampliato in maniera significativa la propria area di operatività. L'istituto in parola è divenuto ormai un rimedio fondamentale per la parte consumatrice, che le consente, appunto, di recedere dal contratto entro un breve termine dalla conclusione, a prescindere da qualunque presupposto giustificante o anche con il solo obiettivo del recesso; tale facoltà può configurarsi con certezza come uno dei pilastri imprescindibili della negoziazione fuori sede (per i contratti negoziati i fuori dai locali commerciali, gli artt. 4 ss., d.lgs. n. 50/1992; per i contratti a distanza, l'art. 5, d.lgs. 185/1999; per i contratti di vendita di prodotti finanziari offerti fuori sede o con tecniche di comunicazione a distanza, già l'art. 30, comma 6, d.lgs. 58/1998)¹⁰⁷.

contratto. Nella versione attuale la previsione di un periodo di riflessione antecedente alla conclusione del contratto è stata sostituita con il diritto del consumatore a ricevere informazioni preliminari estremamente dettagliate, insieme ad un diritto di recesso non più condizionato, ma avente al contrario portata generale. Così osserva U. PLACANICA, *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari alla luce del d.lgs. 190/2005 e della legge 262/2005*, op. cit., p. 480.

¹⁰⁷ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, p. 28. Si è peraltro osservato che sarebbe superficiale ricondurre la ratio sottesa al diritto di recesso alla mera esigenza di tutelare il consumatore nelle ipotesi in cui versi in uno stato di debolezza psicologica, giacché nei contratti a distanza (differentemente da quanto accade nella vendita fuori dai locali commerciali) l'effetto sorpresa non gioca un ruolo significativo, e tanto meno nella negoziazione telematica; infatti, il consumatore telematico è in condizione di procurarsi tutte le informazioni necessarie e comparare le varie offerte, e la tecnica impiegata gli dà, di norma, la possibilità di operare una scelta più ponderata e consapevole rispetto alle ipotesi di cd. vendita aggressiva. Occorre invece tenere presente che le caratteristiche della negoziazione per via telematica sono la speditezza velocità, e che nella specie lo *jus poenitendi* è calato, appunto, in un modello di contrattazione che dà priorità alla celerità piuttosto che alla certezza (anche perché spesso il consumatore non ha piena padronanza strumento utilizzato). Deve quindi concludersi che a beneficiare dell'attenuazione della portata del principio secondo il cui il contratto ha "forza di legge tra le parti" non è il solo consumatore, giacché lo *jus poenitendi* agevola gli operatori commerciali nell'attività di "cattura" del consenso del contraente "debole", il quale presterà il consenso con maggiore tranquillità proprio perché consapevole della possibilità di rimuovere unilateralmente il rapporto. Così, F. GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, in *Studium iuris*, 2007, p. 311. Si afferma in dottrina che il diritto di recesso si risolve in un vantaggio per la collettività in virtù dell'incremento degli scambi che con esso vengono a stimolarsi. Inoltre il diritto di recesso incentiva la competizione tra le imprese, le quali sono indotte a migliorare la qualità dei loro prodotti e dei loro servizi, così incidendo favorevolmente sullo stesso rapporto impresa-consumatore. In tal senso si veda G. GRISI, *Lo jus poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2001, p. 602; F. MASTROROSA, M.P. SERRA, op. cit., p. 88; G. GRISI, *Jus poenitendi e tutela del consumatore*, a cura di Ricciuto, *Il contratto telematico*, in *Trattato Galgano*, XXVII, Padova, 2002, p. 177 ss. In senso critico, invece, si è da altri osservato che il vantaggio che l'investitore ricava dal diritto di recesso ha scarsa consistenza, soprattutto se si consideri che la protezione può essere attuata attraverso strumenti ben più efficaci, come: la tipizzazione degli intermediari ed il loro assoggettamento a precise regole di comportamento; la vigilanza sull'osservanza di quelle regole; la garanzia patrimoniale degli intermediari, i quali sono chiamati a rispondere verso il cliente anche per l'operato dei promotori (F. CARBONETTI, *Lo jus poenitendi nell'offerta fuori sede di prodotti finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, p. 788).

Il consumatore può esercitare il diritto di recesso incondizionatamente e senza costi, e soprattutto, senza che il fornitore possa esperire nei suoi confronti alcuna pretesa risarcitoria, indennitaria o di altra natura.

Il diritto di ripensamento si configura, quindi, come uno strumento di autotutela particolarmente efficace, esercitabile a prescindere da una giusta causa e senza penali. La possibilità di liberarsi dal vincolo contrattuale consente, durante il termine di riflessione, di valutare con maggiore consapevolezza l'impegno assunto, considerato anche il forte tecnicismo che caratterizza la fornitura di servizi finanziari e l'elevato valore economico che di frequente contraddistingue tali operazioni¹⁰⁸.

Lo scioglimento del vincolo contrattuale per effetto del recesso comporta, oltre che l'obbligo del pagamento del servizio reso, l'obbligo delle parti di restituire quanto ricevuto prima del recesso in esecuzione del contratto.

Gli obblighi restitutori a carico del consumatore e del fornitore sono individuati all'art. 67ter decies, co. 4° e 5°, i quali prevedono che: a) il fornitore, entro un termine di 15 giorni dal giorno in cui egli riceve la comunicazione di recesso, è tenuto a rimborsare al consumatore tutti gli importi da questo versatigli in conformità del contratto a distanza (ad eccezione, ovviamente, dell'importo dovuto per la parte di servizio resa di cui al 1° comma); b) il consumatore, entro un termine di 15 giorni dall'invio della comunicazione di recesso, debba pagare al fornitore il corrispettivo di cui al 1° comma, e restituirgli qualsiasi bene o importo che abbia da lui ricevuto.

4. Caratteristiche peculiari delle nullità in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori .

La direttiva 2002/65/CE obbliga ogni Stato membro a garantire la previsione di sanzioni "adequate" nel caso di violazione da parte del fornitore delle norme di attuazione nazionali. Il provvedimento comunitario, tuttavia, non individua nello specifico tali sanzioni, ma si limita ad affermare che le stesse devono essere "*effettive*,

¹⁰⁸ Così, F. BRAVO, La "Posizione comune" del Consiglio dell'UE per l'adozione della direttiva comunitaria concernente la "commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori", in Econ. dir. terz., 2002, p. 53.

proporzionate e dissuasive". Pertanto, gli Stati godono di ampia discrezionalità, scegliendo autonomamente la forma e mezzi, ma con l'obbligo di collaborare con la Comunità assicurando l'esecuzione degli obblighi determinati dagli atti delle istituzioni comunitarie. L'effettività e la capacità dissuasiva si raggiungono prevedendo a carico del fornitore che violi le prescrizioni di legge svantaggi superiori ai vantaggi ricavati dalla trasgressione; è necessario d'altronde, che sia rispettato il criterio di proporzionalità della sanzione all'infrazione, che sia cioè in grado di raggiungere il fine per il quale sono inflitte senza oltrepassarlo.

L'art. 67*septiesdecies*, prevedendo specifiche sanzioni e forme di tutela preventiva e giudiziale ha voluto garantire il rispetto delle prescrizioni e degli obblighi dettati a tutela del consumatore¹⁰⁹. In tale articolo vengono descritte le sanzioni amministrative a carico del fornitore se egli: a) contravviene alle norme della Sezione in commento; b) ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore; c) ovvero non rimborsa al medesimo le somme eventualmente pagate¹¹⁰.

La vera novità introdotta dal legislatore italiano, sotto il profilo delle tutele, riguardano le conseguenze sotto il profilo delle tutele in caso di adempimento degli obblighi di informativa precontrattuale e la sanzione dei comportamenti ostruzionistici del fornitore volti ad ostacolare l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore.

La disciplina della nullità contenuta ai commi 4 e 5, risulta estremamente rigorosa, basti pensare alla sua indisponibilità e all'imprescrittibilità dell'azione, tutte

¹⁰⁹ In dottrina vi è chi sostiene che la legittimazione attiva riservata, l'asimmetria degli effetti restitutori, il collegamento della invalidità alla violazione dei parametri di una trasparente e corretta negoziazione, inseriscono tale forma di nullità nel solco tracciato dal legislatore speciale delle nullità protettive, non disdegnando una poliedricità di funzioni, non da ultimo quella sanzionatoria, "amplificata" per essere la stessa correlata ad altra forma di protezione tipica (il recesso/diritto di ripensamento). Che si abbia di fronte un eccesso di tutela è questione che va oltre i limiti dell'intervento. Di certo occorrerà pensare che su questa china il legislatore dovrà cominciare a porsi la questione di bilanciare gli interventi correttivi dell'autonomia negoziazione delle parti, perché non ne abbia a soffrire il fornitore. M. ROMA, *Vendita a distanza di servizi finanziari, regime sanzionatorio*, in *Dir. econ. ass.*, 2006, p. 480.

¹¹⁰ Il comma 2° dell'art. 67*septiesdecies* prevede che i limiti minimo e massimo della sanzione pecuniaria siano raddoppiati nei casi di particolare gravità o di recidiva, nonché nell'ipotesi in cui le Autorità di vigilanza ordinano ai soggetti vigilati la cessazione della pratica illecita o ne vietano l'inizio. Sempre lo stesso articolo, al comma 3°, attribuisce alle Autorità di vigilanza dei settori bancario, assicurativo, finanziario e della previdenza complementare, la competenza, ciascuna nel proprio ambito, ad accertare le violazioni del decreto e ad infliggere le relative sanzioni, che sono irrogate secondo le procedure rispettivamente applicabili in ciascun settore.

caratteristiche fondamentali in grado di assicurare una tutela più pregnante ed efficace. Grazie alla scelta del legislatore italiano, dunque, il risparmiatore che invoca la nullità di un contratto di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, può limitarsi ad allegare (senza doverne dare la prova) il mancato rispetto dei doveri informativi incombenti sul professionista ed è quest'ultimo a dover dimostrare (in base al dettato della lett. a), art. 67*viciesseme*l), con un'inversione dell'onere della prova, di aver diligentemente adempiuto ai propri obblighi.

La nullità prevista dalla norma in commento è una nullità relativa, azionabile quindi solo consumatore, come tutte le nullità di protezione. La dichiarazione di nullità comporta il sorgere delle obbligazioni restitutorie a carico delle parti; il consumatore può ad ogni modo agire per ottenere il risarcimento dei danni¹¹¹.

Infine, in considerazione dell'importanza che assume il trattamento dei dati forniti dal consumatore al fornitore, l'ultimo comma dell'art. 67-*septies decies*, fa salve le sanzioni previste nel d.lgs. 196/2003 (cd. Codice in materia di protezione dei personali).

4.1. Il recesso ostacolato dal fornitore. Il mancato rimborso delle somme già pagate dal consumatore.

L'art. 67-*septies decies* al comma 4° stabilisce che il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle sue caratteristiche¹¹². In tali casi il legislatore commina la nullità per vizi che sono esterni alla fattispecie contrattuale e che attengono alla violazione di obblighi di

¹¹¹ In dottrina, dalle caratteristiche dell'azione, si osserva che la nullità contemplata all'art. 67-*septies decies* non solo è distante dalla costruzione generale di cui agli artt. 1424 ss. c.c, ma ha anche poco a che vedere con le nullità cd. di protezione che caratterizzano la legislazione posta in favore del consumatore (v. art. 36 cod. cons.); si tratta per contro una forma del tutto particolare di impugnazione del contratto, dotata di una sua specifica identità e di una peculiare disciplina, interamente racchiusa nella norma in parola. Così, G. De CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto "servizi finanziari" stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Seconda parte)*, op. cit., p. 393.

¹¹² La disposizione risulta non troppo chiara quando, nella parte in cui prevede che il diritto di recesso sia ostacolato dal fornitore, parla di diritto "del contraente", anziché del consumatore, rendendo così la norma adattabile ad entrambe le parti.

condotta del contraente economicamente e normativamente più forte.

Per quanto riguarda la nullità conseguente al comportamento del fornitore consistito nell'ostacolare l'esercizio del diritto di recesso, possono individuarsi due differenti ipotesi concrete:

1. la prima, si ha quando, a causa del comportamento ostruzionistico del fornitore, il consumatore non riesce ad esercitare in tempo utile il diritto di recesso previsto ai sensi dell'art. 67*septiesduodecies* di recesso;
2. la seconda, quando, nonostante gli ostacoli frapposti dal fornitore, il consumatore riesce comunque a recedere validamente.

Nella prima ipotesi, il comportamento del fornitore si avrà la nullità sopravvenuta di un contratto validamente concluso: così, la possibilità di invocare la nullità del contratto finisce per concretizzarsi in una sorta di strumento di tutela alternativo al diritto di recesso che il consumatore, a causa dell'illegittimo comportamento del fornitore, non ha potuto esercitare. Pertanto gli effetti che il legislatore intende perseguire è quello di consentire all'investitore-consumatore di liberarsi dal contratto

Nella seconda ipotesi, la nullità del contratto scaturisce dal comportamento di una delle parti, che si verifica addirittura dopo lo scioglimento del vincolo contrattuale avvenuto grazie all'esito positivo dell'esercizio del recesso. Si viene a configurare, così, una nullità negoziale sopravvenuta non soltanto all'instaurazione, ma persino alla cessazione del rapporto contrattuale. Apparentemente, anche se potrebbe sembrare che, esercitato validamente il recesso, la sanzione della nullità sia inutile, in realtà, il consumatore ha comunque interesse ad ottenere la dichiarazione di nullità del contratto, poiché così sarà esonerato dal pagamento del servizio eventualmente già prestato dal fornitore, pagamento che sarebbe obbligato ad effettuare ex art. 67*ter decies*, comma 1^o¹¹³.

Inoltre, in caso di contratto di assicurazione, il consumatore beneficerà del

¹¹³ All'art. 67*Terdecies* Cod. Cons. si precisa che “*il consumatore che esercita il diritto di recesso (...) è tenuto a pagare (...) l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore*”. In tal caso, ovvero sia quando le parti hanno già in parte eseguito il contratto, il legislatore realizza un contemperamento tra l'interesse del consumatore a riavere parte del corrispettivo pattuito già sborsato e l'interesse del professionista a remunerare il professionista per il servizio reso evitando che subisca un danno ingiustificato.

comma 5° dell'art. 67*septiesdecies*, che legittima l'investitore a pretendere la restituzione dei premi già pagati, e impone all'impresa assicuratrice di adempiere alle obbligazioni concernenti il periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione, negandole la possibilità di ripetere le somme e gli indennizzi eventualmente già versati in attuazione delle suddette obbligazioni. Inoltre, il consumatore potrà pretendere, oltre alla restituzione di quanto già pagato, anche il risarcimento del danno provocatogli dalla condotta del fornitore¹¹⁴.

4.2 La nullità del contratto derivante dalla violazione degli obblighi informativi.

Se il legislatore non avesse espressamente previsto la nullità per il caso in cui il fornitore non abbia rispettato gli obblighi contrattuali in tema di informazioni, il consumatore avrebbe potuto esperire differenti rimedi a seconda dell'interesse concreto perseguito dalla parte danneggiata, ma non avrebbe in nessun caso richiedere la nullità .

È probabile, infatti, che si verifichi il caso in cui il contraente, nonostante avesse ricevuto informazioni false, errate o incomplete (e per effetto di esse abbia concluso un contratto che altrimenti non avrebbe concluso), abbia interesse a mantenere l'efficacia del contratto stesso piuttosto che farlo invalidare. I tal caso il consumatore potrebbe pretendere l'adempimento delle prestazioni sulla base delle informazioni promesse, ovvero l'equivalente.

Al contrario, nel caso in cui il consumatore abbia interesse alla caducazione del contratto, può chiedere l'annullamento del contratto per l'incidenza che le informazioni mancanti o inesatte possano aver avuto sul consenso manifestato, oltre al risarcimento degli eventuali danni ove sussistenti. L'esercizio dell'azione di annullamento e la sua fruttuosa riuscita producono effetti restitutivi o ripristinatori che non hanno natura risarcitoria, ferma restando la possibilità per il contraente leso di agire con l'azione di risarcimento per i residui danni non coperti dagli effetti della sentenza di annullamento ovvero, in alternativa, con l'azione di restituzione.

Infine il risparmiatore potrebbe esperire l'azione di risoluzione per inadempimento, la quale produrrebbe l'effetto primario dello scioglimento retroattivo

¹¹⁴ A tal proposito si veda l'interessante contributo di G. De CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto "servizi finanziari" stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Seconda parte)*, op. cit., p. 393.

del vincolo contrattuale. Conseguentemente, le prestazioni eventualmente già eseguite risultando sine causa, dovranno essere restituite a meno che non si tratti di contratti ad esecuzione continuata o periodica nei confronti dei quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite.

Infine, se per effetto della violazione degli obblighi di informazione il contraente destinatario non concluda un contratto che altrimenti avrebbe concluso, il rimedio a disposizione sarebbe di tipo risarcitorio sul presupposto dell'intervenuta violazione del diritto al contratto ed al conseguimento degli effetti positivi da esso nascenti¹¹⁵.

La Suprema corte con le sentenze del 19 dicembre 2007, n. 26724, 26725, in tema di responsabilità degli intermediari finanziari (cioè della qualificazione giuridica dei comportamenti omissivi e neglienti di tali soggetti), ha chiarito 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 tra 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 di investimento 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 però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o di singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.”*.

La soluzione adottata dalla Corte risulta lineare ed accurata ed ha il merito di risolvere definitivamente la questione, disattendendo una impostazione già sostenuta da larga parte della giurisprudenza di merito¹¹⁶ e ribadendo la sussistenza nel nostro

¹¹⁵ Sul tema si veda il contributo di P. LONGHINI, op. cit., p. 192; si veda anche il contributo di T. PASQUINO, *Obblighi di informazioni e rimedi contrattuali nella fornitura di servizi telematici*, in *Studium iuris*, 2005, p. 857.

¹¹⁶ Tale riconoscimento di una duplice responsabilità dell'intermediario, precontrattuale e contrattuale, è del tutto coerente con la premessa operata dalle S.U. in sede di ricostruzione teorica della relazione negoziale che si instaura tra intermediario e cliente: *“(…) i diversi servizi alla cui prestazione l'intermediario si obbliga verso il cliente debbono essere disciplinati da un contratto scritto (perciò destinato ad assolvere alla funzione di c.d. Contratto quadro rispetto alle singole successive attività*

ordinamento del principio in forza del quale la violazione di regole di comportamento non dà luogo ad invalidità delle fattispecie negoziali.

L'art. 67*septies decies* prevede che contratto è nullo nel caso in cui il fornitore viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche. Grazie alla portata di tale previsione, le conseguenze della omissione di informazioni non rimangono circoscritte alla responsabilità precontrattuale, ma portano alla nullità del contratto¹¹⁷.

Ulteriore conseguenza della considerazione che l'inadempimento dell'obbligo informativo costituisce violazione di un'obbligazione primaria, è che l'inadempimento medesimo è da porsi in relazione causale con l'evento dannoso. Così, non spetta al consumatore dare la prova dell'esistenza del nesso causale: ricade, infatti, sull'intermediario l'onere di provare che tra la violazione ed il danno non vi è alcun nesso di causalità, dimostrando che il danno è addebitabile ad eventi estranei alla sua sfera di azione.

Infine, come accennato, mentre nel caso di dichiarazione di nullità del contratto le restituzioni (purché richieste) sono conseguenza della dichiarazione stessa, sicché il risparmiatore può giovare della ripetizione integrale dell'originario investimento sulla base della mera assenza delle informazioni dovute, nel caso di annullamento e in quello della risoluzione il cliente potrebbe ottenere il rimborso dell'intero originario investimento solo nelle ipotesi di maggiore importanza, ossia quando, rispettivamente, l'errore sia essenziale e l'inadempimento sia grave¹¹⁸.

negoziali in cui l'espletamento di quei servizi di esplicherà)". Così muovendo da questa corretta precisazione, discende, che soltanto la violazione degli obblighi informativi precedenti la conclusione del contratto "quadro" determina una responsabilità precontrattuale, mentre la violazione di ogni altro obbligo di comportamento nella fase delle singole, successive, attività negoziali non può che costituire un vero e proprio inadempimento, ossia una responsabilità contrattuale. Così, V. SCOGNAMIGLIO, *Regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria: l'intervento delle S.U. Il commento*, in *Le società*, 2008, p. 460. Si veda a proposito anche il commento di G. COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari e il verdetto delle Sezioni Unite: chiose, considerazioni, e un elogio dei giudici (Nota a Cass. sez. un. civ. 19 dicembre 2007, n. 26725)*, in *Giur. it.*, 2008, p. 353 ss.; sul tema, inoltre, C. MIRIELLO, *Intermediazione finanziaria: inquadramento contrattuale e conseguenze dell'inosservanza degli obblighi informativi*, in *Responsabilità civile*, 2008, p. 451 ss.

¹¹⁷ Il problema delle conseguenze del comportamento negligente degli intermediari sul piano civilistico ha suscitato un enorme interesse a seguito dei recenti dissesti finanziari Cirio e Parmalat e della vicenda dei bonds argentini. In tali vicende, le banche che hanno consigliato ai clienti quegli investimenti, hanno spesso taciuto o colposamente ignorato lo stato d'insolvenza degli emittenti.

¹¹⁸ In tal senso, A. ALBANESE, *sub art. 67septiesdecies, d.lgs. 6.9.2005, n. 206*, in *Codice ipertestuale del Consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, a cura di M. Franzoni,

Affinché si abbia nullità, la violazione da parte del fornitore degli obblighi di informativa precontrattuale deve essere tale da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto. In realtà, dal dettato della disposizione non si evince chiaramente se il riferimento all'alterazione delle caratteristiche riguardi il contratto, o piuttosto il servizio finanziario, con la conseguenza in quest'ultimo caso che soltanto la violazione delle prescrizioni impartite dall'art. 67sexies potrebbe condurre alla nullità del contratto.

Inoltre, non è chiarito dalla norma se l'attitudine della violazione degli obblighi ad alterare la rappresentazione delle caratteristiche (del contratto ovvero, secondo l'altra tesi, del servizio finanziario) vada valutata in astratto (avendo come riferimento il consumatore medio) oppure concreto (e cioè con riguardo al singolo consumatore nel caso concreto).

4.3 Irrinunciabilità dei diritti.

L'art. 67Octiesdecies, disponendo l'irrinunciabilità dei diritti attribuiti al consumatore dalla sezione in commento, dà attuazione all'art. 12 della direttiva 2002/65/CE. In particolare, tale articolo stabilisce che i diritti conferiti dalla sezione in esame a tutela del consumatore in considerazione della sua natura di contraente debole, sono irrinunciabili e che pertanto le disposizioni assumono carattere cogente, "unilateralmente imperative", cioè insuscettibili di essere pattiziamente derogate in senso sfavorevole al consumatore¹¹⁹.

Il 1° comma, oltre ad affermare tale irrinunciabilità, statuisce inoltre che è nulla ogni pattuizione che abbia l'effetto di privare il consumatore della protezione assicurata

op. cit., p. 315. Negli altri casi, vale a dire quando l'omessa informazione assuma minor rilievo, resterebbe la possibilità di richiedere il risarcimento del danno, ma solo quello effettivamente subito in relazione all'omessa informazione, dovendo lo stesso essere appunto la conseguenza dell'inadempimento e non del cattivo investimento. A tal proposito, si veda M. TICOZZI, *Violazione di obblighi informativi e sanzioni: un problema non solo degli intermediari finanziari*, in *Contratti*, 2007, p. 372.

¹¹⁹La norma riprende il contenuto dell'art. 143 cod. cons., che, sotto la medesima rubrica "Irrinunciabilità dei diritti", sancisce: "*I diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. È nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice*" (1° co.); "*Ove le parti abbiano scelto di applicare al contratto una legislazione diversa da quella italiana, al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni minime di tutela previste dal codice*" (2° co.). Anche le norme della presente sezione, quindi, come le altre norme del Codice del consumo, sono insuscettibili di essere pattiziamente derogate in senso sfavorevole al consumatore.

dalle disposizioni della presente sezione, e che tale nullità può essere fatta valere solo dal consumatore stesso ovvero rilevata d'ufficio dal giudice.

Anche se l'articolo non lo prevede espressamente, la nullità che inficia determinate clausole ha natura necessariamente parziale, cioè non può mai rendere nullo l'intero contratto in cui sono inserite.

Ad ogni modo, l'irrinunciabilità dei diritti sancita dall'articolo in commento non va intesa in senso ampio, cioè come assoluta indisponibilità dei diritti spettanti al consumatore attribuiti dalla sezione, quanto in senso stretto.

Così, sarebbero certamente nulli gli atti negoziali unilaterali con i quali il consumatore preventivamente rinunci ai diritti in parola ed i negozi unilaterali con i quali il consumatore eventualmente rinunci ex post a diritti (ad es. il diritto di recesso) dei quali sia già divenuto titolare. Di conseguenza, dovrebbero ritenersi validi ed ammissibili, perciò sottratti alla sanzione della nullità, i negozi bilaterali (ad es. di natura transattiva) con i quali il consumatore disponga ex post dei diritti di cui sia divenuto titolare.

La norma si chiude con 2° comma, disponendo che ove le parti abbiano scelto di applicare al contratto una legislazione diversa da quella italiana, al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni di tutela previste dalla presente sezione; la norma è volta ad evitare il rischio che i fornitori eludano l'apparato normativo di tutela dei consumatori approntato dalla normativa italiana di recepimento della direttiva 2002/65/CE, imponendo ai consumatori di aderire ad una clausola di designazione di una legge straniera come legge regolatrice del contratto.

Ne consegue che il giudice italiano, investito di una controversia relativa ad un contratto a distanza per la prestazione di servizi finanziari concluso da un consumatore con un professionista, nonostante le parti abbiano scelto una legge straniera non può mai esimersi dall'applicare, ad integrazione ed eventualmente in sostituzione delle disposizioni di quest'ultima, le norme del d.lgs. 190/2005 (oggi artt. 67bis ss. Codice del consumo) che rispetto ad esse dovessero assicurare ai consumatori un più elevato livello di tutela.

L'applicazione delle norme contenute nella sezione relativa alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, avverrà a

prescindere dalla circostanza che quella scelta dalle parti sia la legge di uno Stato appartenente all'UE ovvero di uno Stato extra-comunitario, nonché a prescindere dall'eventuale sussistenza di uno "stretto collegamento" fra il contratto e il territorio dello Stato la cui legislazione è stata designata dalle parti come legge regolatrice del negozio.

Con questa disposizione il nostro legislatore nazionale si è discostato dal dettato della direttiva 2002/65/CE che, all'art. 12, par. 2, si limitava a prescrivere agli Stati membri l'adozione delle misure necessarie per impedire che i consumatori venissero privati della protezione assicurata dalla direttiva attraverso l'inserimento, in contratti che presentassero uno "stretto collegamento" col territorio di uno Stato membro, di clausole di designazione della legge di uno Stato extracomunitario come legge regolatrice del contratto¹²⁰.

Nelle ipotesi in cui il contratto sottoposto al suo esame non contenga alcuna clausola di designazione della legge applicabile, non potendo trovare applicazione il comma 2° dell'art. 67*octiesdecies*, il giudice italiano dovrà per contro limitarsi ad osservare le disposizioni della legge nazionale che risulti applicabile al negozio in base ai criteri oggettivi di collegamento dettati dagli artt. 4-5 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, criteri la cui operatività non viene intaccata né messa in discussione né dalla direttiva 2002/65/CE, né dalla normativa che l'ha recepita. Qualora i criteri in questione conducano ad individuare nella legge di uno Stato diverso dall'Italia la legge regolatrice del contratto, il giudice italiano non potrà a rigore esimersi dall'applicarla alla fattispecie, e non sarà tenuto né legittimato ad applicare, ad integrazione o in sostituzione delle sue disposizioni, le disposizioni eventualmente più favorevoli della disciplina in commento¹²¹.

5. I Profili problematici

¹²⁰ Ancorché non destinata a risolversi in una riduzione del livello di protezione assicurato ai consumatori dalla direttiva 2002/65/CE, una così marcata discrasia fra la norma interna e quella comunitaria sembra doversi ritenere inammissibile, in considerazione del fatto che quella perseguita dal provvedimento comunitario è un'armonizzazione completa delle legislazioni nazionali.

¹²¹ A tal proposito si veda G. DE CRISTOFARO, *Contratti aventi ad oggetto "servizi finanziari" stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Seconda parte)*, op. cit., p. 396.

Le disposizioni che sanzionano dal punto di vista civilistico con la nullità gli inadempimenti contrattuali o precontrattuali del professionista pongono sia dal punto di vista teorico che dal punto di vista pratico una serie di problematiche rilevanti.

Innanzitutto, con riferimento all'art. 67*septiesdecies* il rimedio invalidatorio del contratto è invocabile qualora il fornitore ponga in essere comportamenti tali da escludere *lo jus poenitendi* accordato al consumatore, sia nella fase precontrattuale [ed in particolare quando non vengano rispettati gli obblighi informativi circa la possibilità di esercitare il diritto di recesso di cui all'art. 67*septies* lett. a) c) e d)], sia in quella successiva alla conclusione del contratto, o ancora qualora il fornitore del servizio induca il consumatore in errore, negando la facoltà di recedere. Il contratto è nullo altresì se il fornitore non rimborsa le somme eventualmente pagate dal consumatore.

Si tratta in questi casi di chiare violazioni di regole di condotta che il legislatore sceglie di sanzionare con la nullità. Secondo i principi generali e secondo quanto previsto anche all'interno del codice del consumo, infatti, la disposizione ricadrebbe nell'ambito dell'inadempimento contrattuale o precontrattuale o tutt'al più nell'innalzamento del periodo di recesso. Questo deve spingere l'interprete a individuare l'interesse concretamente tutelato dalla disposizione. La nullità in questo caso sembrerebbe dettata al fine di evitare che, in caso di mancata restituzione di quanto ricevuto da parte del fornitore, il consumatore possa essere tenuto al pagamento del corrispettivo per il servizio fornito di cui all'art. 67*terdecies*.

In secondo luogo il contratto a distanza è infatti nullo in caso di violazione dei doveri di informazione precontrattuale qualora possa alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche. Tale previsione ripropone in via legislativa l'orientamento della giurisprudenza di merito che, proprio in relazione alla prestazione dei servizi di investimento, ha fatto ampio ricorso alla nullità del contratto in caso di violazione dei doveri di informazione imposti agli intermediari¹²².

¹²² Trib. Mantova 18 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2004, 2125, con nota di FIORIO, *Doveri di comportamento degli intermediari finanziari, suitability rule, conflitto di interessi e nullità virtuale dei contratti di investimento dei bond argentini*, e in *Banca Borsa*, 2004, II, 440 con nota di MAFFEIS, *Conflitto di interessi nella prestazione dei servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita ai risparmiatori di obbligazioni argentine*; tale orientamento ha poi avuto ampio seguito nella giurisprudenza di merito, cfr. *ex multis* Trib. Venezia, 11 luglio 2005, in *Danno e*

La sanzione della nullità assume però connotati del tutto peculiari in quanto la fattispecie alla quale essa è applicabile è ricostruita ricorrendo ad elementi tradizionalmente propri di altri rimedi sanzionatori. Mentre l'alterazione della rappresentazione delle caratteristiche del contratto può essere accostata all'annullamento per errore o per dolo, la significatività di tale alterazione può richiamare il requisito dell'importanza dell'inadempimento necessario per la risoluzione del contratto ex art. 1455 c.c., rappresentando allo stesso tempo un requisito necessario per l'accertamento del nesso causale.

La formulazione della norma lascia aperti numerosi interrogativi assegnando all'interprete il compito di individuare quali violazioni degli obblighi di informazione precontrattuale possano determinare una significativa alterazione delle caratteristiche del contratto. Ci si può infatti domandare se tale alterazione vada ricercata in concreto o se, invece, sia sufficiente una mera valutazione in astratto, se essa consegua alla violazione di norma imperativa in conformità con l'art. 1418 1° co. c.c., o se invece sia necessario distinguere tra doveri di informazione che non alterano l'equilibrio contrattuale e doveri informativi la cui violazione possa travolgere il contratto con la sanzione della nullità. Non v'è dubbio che sarebbe stata opportuna una attenta e precisa formulazione che individuasse *a priori* gli obblighi legali delle diverse fattispecie contrattuali capaci di determinare un'alterazione della rappresentazione delle caratteristiche del contratto sanzionabili con la nullità.

Tuttavia, a prescindere dall'ambito di applicabilità dell'art. 67*spetiedecies* cod. cons. (ovvero commercializzazione a distanza di servizi finanziari nei confronti dei soli consumatori), la norma pare poter avere diverse e più generali ricadute sul piano sistematico. Non può infatti negarsi che la comminatoria della nullità in caso di violazione di doveri di informazione contrasti con la tradizionale distinzione tra vizi funzionali che non influiscono sulla validità del contratto in quanto estranei alla fattispecie negoziale e vizi genetici che attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale e che, in quanto capaci di incidere sulla struttura o sul contenuto del contratto,

resp., 2005, 1231; Trib. Avezzano, 23 giugno 2005, in *Giur. Merito*, 2005, 2051; Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *I Contratti.*, 2005, 1010; Trib. Firenze, 24 marzo 2005, in *Corriere del Mer.*, 2005, p. 877; Trib. Palermo, 17 gennaio 2005, in *Giur. It.* 2005, 2096; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Giur. It.*, 2005, 754; Trib. Mantova, 12 novembre 2004, in *Giur. It.*, 2005, 754

possano determinarne la radicale nullità¹²³. Di tale peculiarità si è resa conto la stessa Corte di Cassazione, quando a Sezioni Unite¹²⁴, prevedendo che la violazione dei doveri di comportamento degli intermediari non può determinare la nullità del contratto, ha fatto esplicito riferimento alla previsione in oggetto, e sulla base di due rilievi, ovvero che la stessa è stata introdotta in epoca di molto successiva ai fatti di causa (regolati dall'oramai abrogata l. 1/91) e che, presentando evidenti caratteri di specialità, resterebbe isolata nel nostro ordinamento, ha sostenuto, per taluni sbrigativamente¹²⁵, che non si potrebbe fondare su di essa alcuna affermazione di principio. Non pare in questa sede sufficiente il tentativo da parte della Suprema Corte di stigmatizzare una inequivocabile tendenza normativa che appare, piuttosto, orientata alla necessità di favorire il riequilibrio delle posizioni dei contraenti e che segna un'evoluzione del sistema rispetto all'impianto classico del codice civile. Basti pensare che un'altra ipotesi di nullità del contratto, strettamente connessa alla violazione di un obbligo di informazione precontrattuale, si riscontra all' art . 52 cod. cons¹²⁶. Il legislatore ha infatti stabilito che nel caso di contratto concluso a distanza tramite comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto.

Il panorama, per dirlo con le parole di attenta dottrina¹²⁷ "*non è più quello che si dispiegava agli occhi dei pandettisti*". Nelle clausole vessatorie dei contratti dei consumatori il consenso c'è, ma viziato dalle disinformazione che ha prodotto significativo squilibrio, è nullo. Ancora, nei patti degli imprenditori in condizione di dipendenza economica il consenso c'è, ma viziato dall'abuso che ha prodotto

¹²³ In tal senso si è espressa Cass., 29 settembre 2005, in *Danno e resp.*, 2006, 25 con nota di ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, che ha escluso la nullità del contratto in caso di comportamenti contrari a norme imperative tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto. In tal senso in dottrina v. anche, COTTINO, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio Parmalat, bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2006, 521.

¹²⁴ Così Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007 n. 26725.

¹²⁵ In tal senso FIORIO, in *www.il caso.it*, 39, GIROLAMI, le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziale, Padova 2008, pagg. 360 e ss.

¹²⁶ Sul tema F. RICCI, *Commento all'art. 52*, in *Codice del Consumo*, Commentario a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli 2005, pagg. 401 e ss.

¹²⁷ A. GENTILI *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti* n.4, 2008, 401.

significativo squilibrio, è nullo. Quanto basta, insomma, per "*concludere che nel sistema opera il principio per cui un consenso non consapevolmente e liberamente formato giustifica la nullità relativa del contratto*"¹²⁸. Né, obiettivamente, pare risolutiva la considerazione dei giudici secondo cui l'impianto complessivo della disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare è nel senso di ricondurre gli inadempimenti dell'intermediario finanziario alla duplice categoria della responsabilità precontrattuale e contrattuale.

È fuori discussione la consapevolezza in ordine alla difficoltà di favorire un allargamento dell'ambito di applicazione della nullità, quanto meno in considerazione del rischio al quale si esporrebbe il settore dell'intermediazione finanziaria ovvero quello di un'azione non soggetta a termini di prescrizione e rimessa esclusivamente all'apprezzamento di una parte (il risparmiatore). Resta pertanto il dubbio se nella fattispecie di nullità prevista all'art. 67*spetiesdecies* cod. cons. prevalgano gli elementi di specialità riferiti alle modalità di negoziazione a distanza, e quindi se tale sanzione sia giustificabile solo in ragione delle caratteristiche delle operazioni a distanza, o se invece in essa possano intravedersi profili di non eccezionalità in ragione del fatto che l'ambito di applicazione della norma abbraccia tutti i servizi finanziari e tutti i doveri di condotta imposti agli intermediari anche per le operazioni concluse *inter presentes*¹²⁹.

Altresì problematica è anche la disposizione con la quale il legislatore, all'art. 67*octiesdecies* cod. cons., della indisponibilità della tutela prevista dalla sezione IV*bis*.

Detta disposizione, infatti, induce l'interprete a ritenere che si tratti di una normativa posta dal legislatore a protezione dell'interesse generale del mercato in quanto la tutela è sottratta alla disponibilità non solo del professionista ma anche del consumatore sia a livello individuale che collettivo. Ad esempio in caso di composizione stragiudiziale delle controversie, ai sensi dell'art. 141 cod. cons., il verbale di conciliazione sottoscritto dall'associazione dei consumatori e degli utenti, dal professionista e dal conciliatore, non può essere omologato dal giudice qualora quest'ultimo ravvisi una limitazione o una rinuncia riguardo a tali interessi

¹²⁸ A. GENTILI *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit. pag. 401;

¹²⁹ DOLMETTA *La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari*, su www.ilcaso.it, 83., FIORO, cit., 71.

indisponibili¹³⁰. Tuttavia, effettuando un ragionamento di più ampio respiro, tale nullità ha una legittimazione attiva relativa; pertanto spetterà in concreto al soggetto nel cui interesse il legislatore prevede la nullità la scelta se mantenere in piedi il contratto e renderlo produttivo di effetti oppure chiedere al giudice l'accertamento della sua invalidità. In tal modo, però, la tutela apprestata dal legislatore sembrerebbe un po' meno indisponibile. Pertanto se è concessa al consumatore la possibilità di tenere in piedi il contratto affetto da nullità perché non dovrebbe altresì essere concesso a quest'ultimo di effettuare una transazione relativamente al contratto di commercializzazione di strumenti finanziari.

L'individuazione dunque della *ratio* di tale previsione normativa di nullità non è fine a sé stessa ma è funzionale ad individuare in concreto la disciplina applicabile in tutti quegli ambiti che la recente novella del codice del consumo non ha previsto e non ha disciplinato: ad esempio in tema di applicabilità dell'art. 1419 c.c. o della “necessaria parziarietà” della nullità come nel resto della disciplina dall'art. 36 codice del consumo; oppure in relazione alla rilevabilità d'ufficio dal giudice solo in caso in cui vada a vantaggio del consumatore oppure in ogni caso ove sia una disciplina posta nell'interesse generale.

¹³⁰ Così A. GENTILI-BATTELLI, *Commento all'art. 67octies decies*, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., pag. 488. Sempre detti autori affermano che “*la legge difende il consumatore non solo dalle prevaricazioni dei professionisti, ma anche dalle elusioni riconducibili a soggettive valutazioni di coscienza individuale dei consumatori. Questa dunque la ratio della norma. Si tratta certamente di difesa di un ordine pubblico economico di protezione. Ma ancor prima si tratta altrettanto certamente di difesa di un ordine pubblico economico di direzione.*”

CAPO II

I PROFILI SISTEMATICI

SOMMARIO: 1. Il ruolo e la funzione della nullità nel Codice Civile; - 2. L'ambito di applicazione: il ruolo dell'art. 1418 c.c.; - 3. La disciplina applicabile: a) l'insanabilità; b) l'imprescrittibilità; c) la legittimazione attiva e la rilevabilità di ufficio; d) l'efficacia erga omnes; e) nullità per difetto di forma e limiti della prova; - 4. L'affermarsi di nullità "anomale" quali strumento di protezione del contraente debole e la crisi del "dogma" della nozione unitaria di nullità; - 5. Il ruolo e la funzione delle nullità del Codice del Consumo; - 6. Ricostruzione di una moderna categoria giuridica della nullità;

1. Il ruolo e la funzione della nullità nel Codice Civile.

Per fornire risposte adeguate agli interrogativi posti in precedenza è indispensabile tracciare il quadro dell'evoluzione normativa della categoria giuridica della nullità che, insieme agli altri rimedi, si pone quale uno degli snodi cruciali del nuovo diritto dei contratti. Infatti il territorio della invalidità risente, più di altre categorie tradizionali, dell'evoluzione normativa avviata in particolare dalla legislazione speciale sotto l'impulso della normativa di fonte comunitaria, per lo più incentrata a realizzare l'economia di mercato e della libera concorrenza per il tramite della tutela dei contraenti deboli e, in particolare, del consumatore.

Fino all'entrata in vigore del codice civile del 1942 la dottrina riteneva che la materia dell'invalidità fosse assai complessa e poco chiara. Infatti il codice del 1865 che riprende in modo chiaro l'influsso del pensiero che è alla base del codice napoleonico non essendo particolarmente difforme né nella struttura né nella disciplina degli istituti. Il legislatore italiano come quello francese conosce una vera e propria teoria della nullità che sia compiuta e definita non solo nella compiuta individuazione delle cause ma anche della disciplina. A tal proposito la dottrina italiana e quella francese di fine XIX secolo conoscevano la contrapposizione tra atti inesistenti, di fronte ai quali sarebbe superflua alcuna azione giudiziale in quanto non produttivi di alcun effetto ed altri, genericamente invalidi, per i quali è prevista la necessità di una pronuncia giudiziale al fine di eliminarne la rilevanza giuridica: tuttavia i confini tra le due categorie erano del tutto

labili e poco certi, ciò anche a causa della lacunosità delle norme. In particolare la sanzione della nullità veniva riconosciuta quando gli atti negoziali erano affetti da vizi del consenso dipendenti da incapacità legale, vizi del consenso, lesione. In tali casi il rimedio dell'azione di nullità spettava al solo contraente che si obbligava invalidamente o che veniva leso dal contratto e necessitava di tre condizioni: a) che l'obbligazione fosse invalida; che la rescissione venga domandata da quel contraente che ha il diritto di prevalersene; c) che non sia decorso il tempo necessario per la prescrizione o che non sia intervenuta alcuna rinuncia. Si trattava in particolare di nullità relative, prescrivibili e sanabili. Tuttavia sempre nel codice del 1865 non era ignota la nullità assoluta ma essa conseguiva a vizi considerati più radicali quali mancanza di accordo, omissione della forma solenne, impossibilità dell'oggetto o della causa e di confondeva facilmente con la categoria giuridica dell'inesistenza.

Quanto alla illiceità della causa era in concreto alquanto complicato stabilire se la nullità fosse sempre assoluta o fosse relativa. In tal senso la dottrina distingueva tra le proibizioni di ordine pubblico e quelle di mero interesse privato. Infatti bisogna distinguere le proibizioni di ordine pubblico primario e quelle di ordine secondario. Il primo raccoglie le disposizioni protettive della morale, del buon costume, dell'interesse dello Stato o dei cittadini fondato sopra considerazioni di convenienza sociale, politica ed economica; il secondo è posto a tutela di un interesse che sebbene si estenda indirettamente a terzi od anche al pubblico intero rimane però entro i confini degli interessi meramente civili. Data questa distinzione discende che in caso di violazione dell'ordine pubblico primario si avrà necessariamente nullità assoluta; in caso contrario la nullità sarà relativa, prescrivibile e sanabile.

Sulla base di quanto brevemente esposto risulta chiaro come la nullità non venisse considerata una categoria unitaria bensì come categoria eterogenea di vizio dell'atto al quale corrispondeva un diverso trattamento normativo a seconda della natura o della gravità del vizio ovvero dell'interesse sotteso alla norma violata.

Il legislatore del 1942 consapevole delle difficoltà data dalla precedente incerta disciplina sul tema della nullità e della invalidità in generale ha fornito all'interprete ed all'operatore del diritto un quadro chiaro e definito della invalidità negoziale. In particolare la "*summa divisio*" tra nullità e annullabilità sembra rappresentare il felice

esito degli accesi dibattiti dottrinali che avevano caratterizzato il pensiero giuridico dell'ottocento¹³¹.

Nel disegno del legislatore del 1942, il comma 1 dell'art. 1418 c.c., sembra esprimere più di altri il fondamento generale della nullità che si sostanzia nella semplice contrarietà del regolamento contrattuale a norme imperative. Ciò si coglie anche leggendo la relazione al codice civile ove si precisa che “la violazione delle norme imperative è ricordata quale ragione autonoma di nullità tale da comprendere anche le ipotesi che potrebbero non rientrare nel concetto di causa illecita”¹³².

La categoria della nullità che in origine era l'unica prospettabile in sede di invalidità, è venuta con il tempo a collocarsi sul confine tra l'inesistenza e l'annullabilità

2. L'ambito di applicazione: il ruolo dell'art. 1418 c.c.

A seguito dell'entrata in vigore del codice civile del 1942 e sino a tempi relativamente recenti, quando ci si riferiva alla categoria della c.d. invalidità negoziale, era diffusa la convinzione che ci si trovasse di fronte ad una figura dai contorni piuttosto chiari e definiti, che avesse raggiunto una "compiuta definizione"¹³³ e che la felice bipartizione nullità-annullabilità rappresentasse la nitida soluzione agli accesi dibattiti dottrinali che pure avevano caratterizzato il nostro "800”.

La circostanza per cui il nostro legislatore aveva "usufruito" delle codificazioni continentali, aveva posto solidi pilastri per una compiuta sistemazione della materia, che dava così estrinsecazione alla luminosa intuizione della scienza Pandettistica, che aveva, per prima, colto l'indissolubile legame fra la categoria dell'invalidità e quella del negozio giuridico.

La tendenza ad introdurre nel nostro ordinamento previsioni di invalidità, le quali sembrano negare la rigorosa distinzione tra invalidità ipso iure ed invalidabilità, non può

¹³¹ Il legislatore del 1942 aveva fatto proprio il vanto di aver creato un sistema normativo dando compiuto esito alla grande intuizione della scienza pandettistica che, per prima, ha colto il legame intimo tra la categoria dell'invalidità e quella del negozio giuridico. Infatti se la dottrina tedesca aveva dato il decisivo slancio verso l'emancipazione del fenomeno da quella genericità che inevitabilmente la connotava, quando veniva confusamente riferito ad ogni fattispecie che potesse avere attinenza con il diritto, è solo nel codice del 1942 che si trova una piena e compiuta disciplina organica specificamente riservata all'invalidità negoziale ed alle sue manifestazioni più tipiche.

¹³² Così la *Relazione al codice civile, Libro delle obbligazioni*, n. 649, Roma, 1941

¹³³ In tal senso GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008, p. 1

non indurre l'interprete a riconsiderare le certezze che si credeva fossero state raggiunte sul punto, e a meditare se per caso non sia stato un errore quello di sottovalutare la costante evoluzione del sistema delle patologie negoziali, evoluzione naturaliter inevitabile, dati i mutamenti che, per sua natura, il traffico giuridico subisce con il passare del tempo

Quale punto di partenza, ai fini della presente analisi, si può iniziare col dire che il sistema delle patologie negoziali genetiche, ad oggi, non può più considerarsi esclusivamente sistematizzato intorno all'art. 1418 e seguenti. c.c., ma va considerato in una luce di più ampio raggio, in una prospettiva che lo inquadri nell'ambito di una consistente legislazione speciale in materia, che introduce (potremo dire, testualmente) delle deviazioni rispetto ai classici canoni codicistici e che, quantomeno per un certo lasso di tempo, ha modificato strutturalmente il codice stesso, compromettendone l'apparente organicità.

Accingersi ad una disamina delle nuove forme di patologia negoziale, delle loro precipue peculiarità, delle loro divergenze rispetto ad un sistema che, per dirla con le parole di Natalino Irti, sta oramai subendo un processo di decodificazione, sembra, ad un primo stadio, prematuro. Si è infatti di fronte ad un fenomeno (in evoluzione e crescita, ancorché già piuttosto definito) in cui uno dei caratteri strutturali della nullità (quello, come si vedrà, della legittimazione) subisce pesanti deroghe: in generale, quella della coesistenza della legittimazione ristretta (potendo cioè essa essere fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse è prevista) e della rilevabilità d'ufficio, subordinata alla verifica dell'utilità pratica che ne potrebbe derivare al soggetto protetto.

In una prospettiva di analisi che miri ad indagare in profondità la fisiologia delle nuove invalidità, definite dalla dottrina come protettive, non è possibile prescindere da una, seppur sintetica, disamina dell'architettura delle patologie del negozio giuridico così come il legislatore del 1942 aveva voluto concepirla: si potrebbe parlare, di una "rivisitazione" della disciplina originaria della materia, della quale peraltro, molti risultano, alla luce delle innovazioni che si sono compiute, i punti oggi oggetto di ripensamento e rivalutazione.

In un ottica di tal genere, non sembra possibile prescindere, muovendo dal generale al particolare, dal significato che si è tradizionalmente voluto attribuire alla espressione

"invalidità".

Con tale espressione si fa ordinariamente riferimento alla presenza di vizi che rendono il negozio giuridico inidoneo a produrre quegli effetti per cui lo stesso è stato posto in essere. Si tratta, di una "categoria descrittiva di una morfologia di situazioni giuridiche assai eterogenee", semplicemente riassuntiva di una stratificazione di significati e di gradualità di effetti¹³⁴.

La nozione di invalidità non può peraltro essere compresa appieno, se ad essa non si accede considerandola come intimamente connessa al concetto di autonomia privata. Il negozio giuridico, prima ancora di poter subire una potenziale declaratoria di invalidità, richiede, quale presupposto necessario ed indefettibile, innanzitutto il libero esercizio dell'autonomia privata: una "autonomia del volere" che però non è sconfinata, ma che comporta di agire, di affermare le proprie convinzioni, la propria volontà, entro i limiti stabiliti dalla legge, "affermazione del principio fondamentale nella nostra civiltà secondo cui ciascuno può decidere del proprio interesse ma non assolutamente, bensì nei confini del diritto positivo, nell'orbita delle finalità che questo sanziona e secondo la logica che lo governa"¹³⁵.

¹³⁴ MAZZONI, Invalidità, in EG Treccani, XVII, Treccani, Roma, 1989 pag. 2 e ss, ripreso a sua volta da L. FERRONI, Le nullità negoziali, in *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 1998. Secondo l' A, "invalidità significa mancata attribuzione dei requisiti di validità", in relazione ai quali "il giudizio sull' inesistenza o insufficienza di un elemento o di un requisito necessario alla produzione di effetti giuridici determina la invalidità dell' atto". Da un punto di vista unicamente definitorio, la letteratura risulta peraltro vastissima ed in costante progresso. Senza pretesa alcuna di completezza, si veda preliminarmente al riguardo A. TORRENTE, F. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 248, per il quali "il negozio giuridico è invalido quando per l' inosservanza dei limiti che l' ordinamento stabilisce per l' attuazione dell' autonomia privata, il negozio è viziato, difettoso, malato": F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p.985, per il quale "può dirsi che l'invalidità è collegata alla invalidità in senso lato del negozio giuridico, se si considera che la sanzione che compisce il negozio invalido è o la mancata produzione di effetti o la possibilità di una loro rimozione. Ancora v. A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2005, p. 152, il quale, mantenendosi in un' ottica di maggiore generalità preferisce parlare di "patologia del negozio giuridico" per definire tutti i casi in cui "la deviazione dalle regole di vita del negozio porta un difetto che può essere mortale" Più puntualmente F. GALGANÒ, *Il contratto*, Cedam, Padova, 2007, p. 274 e ss., per il quale "il contratto o l' atto unilaterale è invalido quando è in contrasto con una norma imperativa. Ma l' invalidità, si deve subito avvertire, può essere di due specie: il contratto che contrasta con norme imperative può essere nullo, o semplicemente annullabile; e si deve altresì avvertire che la legge può prefigurare, per la violazione di norme imperative, conseguenze diverse dall' invalidità".

¹³⁵ Ancora, Relazione ministeriale al Codice Civile n. 603. Illuminanti al riguardo sono le pagine di F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Libreria, Padova, 1902, p.1 e ss., secondo il quale la libertà contrattuale (quindi, l' autonomia privata) "non significa arbitrio dei privati di creare o distruggere delle relazioni giuridiche, giacché un rapporto di diritto intanto esiste e può esistere in quanto vi è un ordine giuridico che ne sanziona la efficacia [...]. La validità

Se l'ordinamento giuridico riconosce ai privati il potere di porre in essere atti di autonomia negoziale, quindi, in tanto attribuisce ad essi valore ed effetti giuridici in quanto essi rientrano nei limiti che l'ordinamento stesso stabilisce per l'attuazione di tale autonomia, con l'intrinseca conseguenza per la quale, al superamento, alla violazione o alla semplice inosservanza di detti limiti, seguirà quale sanzione l'invalidità dell'atto posto in essere.

Da un punto di vista, per così dire, di premesse ordinatorie, va sempre su un piano preliminare osservato che la categoria dell'invalidità, definita quale inidoneità dell'atto a produrre gli effetti per cui lo stesso è stato posto in essere, è di così ampia portata e presenta confini tanto incerti, da non risultare, almeno terminologicamente, del tutto conferente per una elaborazione unitaria del fenomeno.

Al di là di una mera elencazione delle cause che formano la figura generale dell'invalidità, elaborata peraltro in modi non omogenei dalle varie correnti dottrinarie, e provando a superare quelle costruzioni teoriche che ne rinvergono il fondamento nella mancanza o nel difetto di un requisito intrinseco alla fattispecie (conducendo a soluzioni e catalogazioni talvolta non univoche), sembra in questa sede opportuno porre la nostra attenzione, quantomeno ab initio, al dato codicistico, che non menziona in alcuna sua disposizione tale categoria, ma che, al contrario, tratta di singole fattispecie invalidanti. A dire, pertanto, che l'ordinamento positivo disciplina le categorie della nullità, dell'annullabilità, della rescissione e della risoluzione, e non quella della invalidità in generale¹³⁶.

Restringendo ulteriormente il campo d'analisi, è possibile osservare che delle quattro categorie ora richiamate, solo le prime due appaiono riconducibili ad un profilo "strutturale" di invalidità del negozio, mentre le seconde più propriamente attengono ad

dei negozi dipende esclusivamente dal riconoscimento del diritto positivo, il quale ha in questo senso una forza creativa dell'effetto giuridico. Non già che la legge arbitrariamente od astrattamente determini le condizioni di questo riconoscimento, ché essa l'attinge anzi all'esperienza e all'osservazione dei rapporti quotidianamente formantisi in commercio, e s'ispira ai bisogni duraturi della vita giuridica, ma questo riconoscimento è però la condizione esclusiva per aversi una conseguenza giuridicamente importante. La volontà delle parti quindi passa in seconda linea. I contraenti non possono che desiderare un effetto giuridico, ma non hanno potere di produrlo direttamente. La legge soddisfa questo desiderio offrendo le condizioni per il suo raggiungimento [...]. I privati accedono, se vogliono, a questa offerta muta e permanente della legge, e conformano i loro atti in ossequio di essa".

¹³⁶L. FERRONI, *Le nullità negoziali*, in *Il diritto privato oggi*, Giuffrè, Milano, 1998, p.6

un successivo piano di effetti del contratto¹³⁷.

Si può ulteriormente precisare che talora un negozio giuridico è idoneo comunque a produrre gli effetti giuridici suoi propri, nonostante il suo autore non abbia seguito rigorosamente tutte le norme stabilite per la sua formazione: quando cioè questi l'abbia formato "in contraddizione con qualche comando legislativo", dando così luogo ad un contratto certamente valido ma irregolare. La figura della irregolarità del negozio giuridico (come tale, strettamente correlata all'invalidità), occorre quindi tutte le volte in cui la legge fa conseguire alla violazione, da parte dell'atto di autonomia privata, delle regole positive per la sua formazione previste dall'ordinamento, conseguenze diverse dall'invalidità, e ciò maggiormente quando gli interessi che vengono in rilievo necessitano di una forma ridotta di tutela, e possono contemperare il principio di conservazione degli atti giuridici. Come è stato autorevolmente sottolineato, "ordinariamente la legge proibitiva è mossa da un interesse generale, di ordine pubblico, ed assume una forma rigida, autoritaria, inflessibile ed impone la pena più grave di cui possa disporre. Altre volte la violazione è più lieve, gli interessi in gioco sono particolari, non volendo così la legge sostituirsi all'arbitrio privato, non volendo coattivamente far seguire l'inefficacia del negozio, che anzi si cerca di evitare quando è possibile¹³⁸, comminando per il trasgressore una sanzione diversa dalla nullità o dall'annullamento¹³⁹.

L'irregolarità poi, non può influire affatto sulla efficacia sostanziale del negozio¹⁴⁰ o, al contrario determinare una minore efficacia dell'atto¹⁴¹.

¹³⁷ Come correttamente è stato rilevato, sembrerebbe errato instaurare una perfetta coincidenza e corrispondenza fra i concetti di irrilevanza, invalidità ed inefficacia. Se così fosse, non si spiegherebbe infatti perché un contratto invalido (rectius, nullo o suscettibile di declaratoria costitutiva di annullamento) possa comunque porsi quale elemento "rilevante" di una fattispecie più ampia e complessa, idonea comunque a produrre effetti giuridici. Per una più ampia disamina di tale relazione, si veda, tra i vari, FALZEA, *Efficacia giuridica*, in ED, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 457, e TOMMASINI, *Invalidità*, in ED XXXII, Giuffrè, Milano, 1972, p. 580.

¹³⁸ DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit., dir., priv.*, pag. 435.

¹³⁹ Traslando le considerazioni di tipo astratto su un livello più immediatamente concreto, si consideri la violazione di una norma imperativa di natura fiscale come ad esempio, la frode fiscale, diretta ad eludere le norme tributarie sui trasferimenti dei beni: secondo costante giurisprudenza (v. fra le tante, le ancora validissime Cass 24 ottobre 1981, n. 5571 e Cass. 19 febbraio 1971n. 435) la sanzione comminata è, unicamente, di carattere tributario, non dandosi luogo ad alcun atto invalidante nei confronti del negozio.

¹⁴⁰ A. TRABUCCHI, op. cit.

¹⁴¹ Si pensi al caso delle società le quali esistono anche se sono costituite senza il rispetto di certe formalità o senza l'osservanza di alcuni mezzi di pubblicità, ma non vengono comprese nella

In conclusione, il fenomeno dell'invalidità negoziale nella sua intensa complessità, permette però di comprendere come presupposto fondante del nostro sistema positivo sia la costante verifica della meritevolezza degli interessi che le parti perseguono nel loro agire privato, che se tradotto in un giudizio di disvalore, porta come conseguenza l'incumbere di una delle eterogenee figure comprese nell'alveo dell'invalidità.

Prima di proseguire oltre nell'analisi, e verificare la conformazione delle principali estrinsecazioni dell'invalidità (quelle cioè che attengono al piano strutturale dell'atto), sembra opportuno portare la nostra attenzione su un profilo che a tutto ciò è preliminare: a dire, quello relativo al rapporto che un atto invalido ha, con gli effetti che quell'atto è potenzialmente in grado di produrre.

Invalidità e inefficacia

Un dato contratto può essere valido o invalido, sulla scorta di un giudizio di conformità al modello legale.

La giurisprudenza meno recente riteneva di concludere, quale passo immediatamente successivo, che le forme più intense di invalidità determinassero, di per ciò stesso, sempre l'idoneità dell'atto a produrre qualunque effetto¹⁴². Solo in tempi più recenti, e sulla scia dell'elaborazione dogmatica successiva¹⁴³, le Sezioni Unite della Cassazione hanno ritenuto di modificare il loro precedente orientamento affermando che "se è esatto che un vizio intrinseco alla struttura del negozio giuridico e produttore perciò nullità, si risolva anche in una improduttività dei suoi effetti, sicché sia consentito, in tal caso, parlare, in senso ampio, di negozio inefficace, non è esatta la proposizione contraria, cioè, che un negozio inefficace (intesa l'inefficacia in senso stretto come inettitudine del negozio alla sua concreta funzione non per vizio intrinseco, ma per fatti estrinseci)

disciplina giuridica propria dei singoli tipi regolati dalla legge, e sono pertanto società irregolari.

¹⁴² A tal proposito v. Cass 7 maggio 1948, n. 675, per la quale "nell'ambito del diritto positivo, non è possibile distinguere tra nullità e inefficacia e contrapporre questa a quella come termini concettualmente divergenti per trarne conseguenze diverse rispetto ad una convenzione contraria a norme imperative [...]. Una divergenza tra la definizione del diritto positivo e quella concettuale, in realtà, non esiste, perché anche nel campo concettuale, nullità e inefficacia sono termini equivalenti. E lo sono anche per la più progredita elaborazione dogmatica, che è assunta alla formulazione di una teoria generale del diritto. Infatti, in questa si riconosce che la nullità si chiama inefficacia, quando si tratti di un atto che difetta di alcuno dei suoi requisiti giuridici, e rispetto al quale il raggiungimento dello scopo pratico dipende dalla sua efficacia giuridica.

¹⁴³ Tra i più autorevoli v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato del diritto civile italiano*, diretto da F. VASSALLI, XV, 2 rist, Utet, Torino, 1952, p 457.

sia nel contempo sempre nullo”.

Dottrina e giurisprudenza hanno una posizione concorde nel ritenere che invalidità ed inefficacia siano distinguibili sotto il profilo del non valere del precetto o del mancare degli effetti: deve cioè considerarsi come negozio invalido, ossia carente di valore precettivo, il negozio in cui manchi o sia viziato uno degli elementi essenziali, o difetti uno dei presupposti necessari, costitutivi del tipo di negozio cui esso appartiene; e inefficace il negozio in cui sussistano tutti gli elementi essenziali ed i presupposti di validità, quando osti tuttavia alla sua efficacia una circostanza di fatto ad essa estrinseca¹⁴⁴.

Così, un valido contratto comporta, di regola, un rapporto efficace. Ma tale assunto può non esistere sempre, potendosi, nella realtà dei traffici, configurare un contratto certamente valido ma inefficace. Si pensi, quale esempio di scuola, al contratto sospensivamente condizionato.

Sull'opposta sponda, ben si potrebbe essere in presenza di atti invalidi ma (ancora) produttivi di effetti: come nel caso dell'atto annullabile o semplicemente rescindibile (ma non ancora annullato o rescisso).

Alla luce di tali considerazioni, non è mancato chi ha ritenuto di distinguere l'inefficacia in attuale e potenziale: occorrerebbe cioè quella del primo tipo in presenza delle forme più intense di invalidità (come la nullità), lì ove si configurerebbe una inefficacia della seconda specie in tutti quei casi in cui l'atto è produttivo di effetti sin quando non interviene un provvedimento giudiziale che lo privi dei medesimi¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Come ben è stato osservato (BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato del diritto civile italiano* diretto da VASSALLI, XV, Utet, Torino, 1955 468 e ss., “invalidità e inefficacia, così caratterizzate, rappresentano [...] la soluzione che il diritto è chiamato a dare a due problemi di trattamento essenzialmente differenti. L'invalidità è il trattamento corrispondente ad una carenza intrinseca del negozio nel suo contenuto precettivo; l'inefficacia, invece, si presenta come la risposta meglio adeguata a un impedimento di carattere estrinseco che incida sul divisato regolamento di interessi nella sua pratica attuazione.

¹⁴⁵ Conferenti sono al riguardo le osservazioni di GAZZONI, *op. cit.*, il quale, dopo aver distinto tra efficacia in senso lato (l'insieme delle disparate ipotesi, presenti nel nostro ordinamento, in cui gli effetti non si producono) ed efficacia in senso stretto (come tale, indipendente dal fatto che il negozio giuridico sia valido o meno di fronte al diritto), analizza i possibili tipi di collegamento fra atto giuridico e fatto ulteriore. Secondo l'autore, esistono due diverse tipologie di collegamento, l'una di natura strutturale e l'altra di natura funzionale. In relazione alla prima categoria l'autore osserva come nel collegamento di tipo strutturale tra negozio giuridico e fatto ulteriore, “la fattispecie è rappresentativa di un interesse che non si è manifestato in tutta la sua completezza, come nel caso paradigmatico di oggetto determinabile o indicato genericamente o rimesso all'arbitrio di un terzo [...] o come il negozio sospensivamente condizionato, attesa l'intrinseca idoneità della fattispecie a

Ancora, sul piano delle distinzioni, si usa parlare di inefficacia pendente o temporanea (si pensi, ad es. al negozio sottoposto a termine iniziale) e di inefficacia permanente o definitiva (è il caso della simulazione assoluta, con riferimento agli effetti inter partes), ma il distinguo più rilevante appare essere quello intercorrente tra l'inefficacia assoluta e relativa, quest'ultima essendo (a differenza della prima) inopponibile al terzo, il quale assume una particolare posizione nei confronti della vicenda contrattuale¹⁴⁶.

La categoria dell'inefficacia, in ultimo, costituisce nell'ordinamento positivo una figura che non necessariamente si collega al tema dell'invalidità e che invece, sotto un più ampio profilo, è dotata di una certa autonomia¹⁴⁷.

Bipartizione dell'invalidità: nullità e annullabilità

Come precedentemente si è rilevato, l'invalidità (se intesa da un punto di vista prettamente strutturale) ricomprende le due figure della nullità e dell'annullabilità.

Lo stesso legislatore detta due discipline distinte e ne rimarca in tal modo la netta differenza. Al di là delle precipue divergenze intercorrenti tra le due categorie¹⁴⁸, che si avrà modo di verificare nel proseguo, sembra esservi una distinzione di portata più ampia, che coinvolge l'essenza dei due istituti. Con la nullità, l'ordinamento sanziona l'offesa (diretta o indiretta) ad interessi della collettività; con l'annullabilità, il pregiudizio ad interessi privati e particolari.

Si potrebbe arrivare a dire che il contratto nullo contrasta con valori fondamentali dell'ordinamento, lì ove il contratto semplicemente annullabile inficia l'interesse del

produrre effetti giuridici a prescindere dalla inserzione della clausola condizionante. In tal caso, si è in presenza di una inefficacia originaria, coeva al nascere della fattispecie, avuto riguardo all'effetto che il negozio deve produrre per realizzare l'interesse delle parti". Nel caso di collegamento funzionale invece, l'inefficacia è successiva e "il fatto sopravvenuto sarà pur sempre collegato alla fattispecie, ma in via funzionale e non strutturale. Il fatto non è dunque meramente impeditivo, perché trae con sé conseguenze giuridiche proprie, che eliminano quelle già prodotte dalla fattispecie".

¹⁴⁶ Diversa dalla figura della inefficacia è quella della c.d. inesigibilità. Essa si configura quando il creditore non può pretendere l'adempimento della obbligazione, benché nata da un atto valido ed efficace.

¹⁴⁷ La letteratura, sul tema dell'efficacia quale categoria giuridica autonoma è, a dir poco sterminata. Non potendo essere questa la sede per una sua disamina si rinvia ai titoli più rilevanti ed autorevoli in tema.

¹⁴⁸ La nullità determina, come si è visto la (tendenziale) inefficacia dell'atto, mentre la annullabilità ne consente, fino alla sentenza di annullamento, la efficacia (interinale); la nullità non ammette convalida, al contrario dell'annullabilità (art. 1423 e 1444 c.c.); l'azione di nullità è imprescrittibile mentre quella di annullamento è soggetta a prescrizione (art. 1421 e 1441 c.c.); la nullità è azionabile tendenzialmente da qualunque interessato ed è rilevabile d'ufficio dal giudice, la annullabilità è invece azionabile solo dalla parte nel cui interesse è stabilita dalla legge (artt. 1421 e 1441 c.c.).

contraente incapace, caduto o indotto in errore, o vittima dell'altrui violenza morale.

L'imprescrittibilità della azione di nullità (come in seguito si avrà modi di rilevare in maniera più approfondita) e la legittimazione generale a farla valere, aumentano la possibilità di rimozione di un atto posto in essere contro l'ordinamento¹⁴⁹.

Si tenga comunque presente che la differenza ontologica che si è messa sopra in rilievo, è stata messa in discussione da quanti (sulla base di rilievi di carattere eminentemente positivo e sistematico) hanno rilevato come le due figure siano oggi in rotta di conversione reciproca, avendo perso i forti caratteri di differenziazione che le connotavano in passato. Su un piano generale e limitandoci per ora ad un solo esempio, è possibile osservare come l'indisponibilità della tutela, segna non solo la nullità ma anche l'annullabilità: l'art. 1462, comma 2, c.c., chiarisce infatti che le parti preventivamente non possono rinunciare alla azione (oltre che di nullità anche) di annullabilità. Il che sembra contrastare con l'asserito fondamento della distinzione, nel senso della nullità a presidio di interessi generali e l'annullabilità a tutela di interessi particolari¹⁵⁰.

nella specie, l'interesse al regolare funzionamento del mercato concorrenziale, attraverso la tutela del consumatore. Anche nell'assunto per cui la carta costituzionale impone certe forme di tutela (artt. 2, 3, 41 Cost.) la cui attuazione, anche se particolareggiata, comunque ha il più ampio obiettivo di tutelare l'interesse generale.

L'interprete che voglia assumere delle basi sufficientemente precise per navigare in maniera consapevole nelle conformazioni che la nullità sta assumendo nell'attuale tendenza legislativa, deve peraltro aver presente che, a fianco delle figure codicistiche tradizionali, appena sommariamente tratteggiate, sono state elaborate ulteriori figure che con esse hanno uno strettissimo rapporto. La più importante delle quale, è la categoria

¹⁴⁹ Va comunque rilevato che parte della dottrina, pur non negando la distinzione tra nullità ed annullabilità, ne ha però provato a sminuire la portata, rilevando (correttamente) che esistono delle ipotesi di annullabilità assoluta, ed altresì domande di annullamento non soggette a prescrizione (si pensi, tra queste, alla domanda di annullamento per vizio del consenso, di un contratto non seguito dall'esecuzione (art. 1442 c.c.). Oltre a rilevare come il codice civile attuale, a differenza di quello del 1965, ammette figure di annullabilità insanabili, e di nullità sanabili.

¹⁵⁰ Bisogna aggiungere che il legislatore sempre più spesso utilizza il rimedio della nullità a tutela di interessi non generali, ma particolari riferibili a categorie particolari di consociati. Ciò trova la sua giustificazione anche nella necessità di offrire a determinati soggetti forme di tutela la cui attuazione ha il compito di tutelare anche se in via indiretta l'interesse generale costituzionalmente previsto (artt. 2, 3, 41 Cost.).

dell'inesistenza.

Nullità e inesistenza

Secondo un'autorevole definizione, è inesistente il contratto o l'atto neppure identificabile come tale, privo del minimo essenziale che permetta di parlare di un certo accadimento come di un contratto o di un atto unilaterale¹⁵¹. A dire cioè che la categoria dell'invalidità (nella forma più accentuata della nullità) si limita ad esprimere una valutazione negativa dell'ordinamento, la quale non esclude che il contratto possa avere una sua (seppur limitata) efficacia nei confronti dei terzi o anche delle parti¹⁵². Gli effetti che la legge eccezionalmente ricollega al contratto nullo e, in generale, la disciplina normativa della nullità presupporrebbero invero che sussista una operazione qualificabile come contratto e alla quale sia riferibile la qualifica della nullità: presupporrebbero cioè l'esistenza stessa del contratto.

Con la conseguenza che, a differenza del contratto nullo, l'atto inesistente non produce neppure quei limitati effetti che il primo sarebbe astrattamente in grado di far derivare¹⁵³. Si tenga presente che la figura che qui si è giunti ad esaminare, lungi dall'essere limpidamente accettata dagli operatori del diritto, vede in realtà contrapporre tesi di pensiero fra loro non del tutto convergenti.

A fronte della posizione ormai consolidata della giurisprudenza, nel senso del riconoscimento della figura in esame, gran parte della dottrina ancora oggi contesta

¹⁵¹ GALGANO, *Il contratto*, Cedam 2007, p. 287

¹⁵² BIANCA, op. cit. p. 613.

¹⁵³ Si pensi, prima di ogni altra considerazione di natura storica o sistematica, alla nullità del contratto per mancanza di accordo, la quale sussiste se ed in quanto le parti hanno partecipato, con la propria dichiarazione, alla formazione del contratto. "Una proposta di vendita non seguita da alcuna accettazione (come nel caso di una lettera del proponente alla quale il destinatario della proposta non dà risposta) non è un contratto nullo per mancanza di accordo delle parti: è, semplicemente, una iniziativa di contratto assunta da un soggetto e non approdata ad alcun risultato. Si deve dire che il contratto non esiste; o si può dire, ciò che è lo stesso, che si tratta di un contratto inesistente" ancora GALGANO, op. cit. Da un punto di vista puramente storico, va rilevato come la figura dell'inesistenza abbia un'origine molto antica: i canonisti medievali (a cui è pertanto dovuta la prima elaborazione del concetto di contratto inesistente) consideravano tale il matrimonio tra soggetti dello stesso sesso, e lo consideravano inesistente perché contrario al concetto "naturale" di matrimonio, pur in mancanza di una norma di diritto che avesse contemplato questa ipotesi. Per una più ampia disamina dei profili storici di tale figura, si rimanda a GRIPPO, *Deliberazioni e collegialità nella società per azioni*, Cedam, Padova, 1979, p. 56 e ss. il quale peraltro rileva come l'"origine più profonda dell'inesistenza sia in realtà di stampo giusnaturalistico, FILANTI, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli, 1983 e VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, Milano, 2004.

l' autonoma rilevanza della categoria, facendola confluire nell'ambito della nullità o confinandola nell' irrilevante giuridico¹⁵⁴. Si tratta di una presa di posizione non solo autorevole, ma anche risalente: per la quale, riprendendo uno dei più autorevoli sostenitori della teorica, "l'idoneità o legittimazione agli effetti, in cui si traduce la validità, non è qualificazione dell'essere ma del dover essere del contratto, afferisce cioè al dover essere del suo esserci nel diritto. Il problema allora, della invalidità quale situazione specularmente opposta all'inesistenza, non è se il contratto si possa ritenere esistente per il diritto, bensì al come, ai fini del ricollegamento degli effetti, il contratto esistente e come tale rilevante per il diritto, avrebbe dovuto essere e non è stato"¹⁵⁵.

Le considerazioni teoriche in merito alla negazione della inesistenza, raggiungendo invero livelli di profonda complessità ed approfondimento, non sembrano aver però convinto la giurisprudenza (di merito, ma in modo consolidato oggi anche di legittimità) in relazione alla valida configurazione di tale categoria. Già nel 1973 i giudici del Supremo Collegio avevano affermato che "mentre la nullità e l' annullabilità sono entrambe iscrivibili al genus della invalidità e presuppongono una riconoscibilità giuridica della fattispecie concreta, e cioè la riconducibilità di essa ad una fattispecie legale, rispetto alla quale presentano lo scarto della mancanza (nullità) o della irregolarità-vizio (annullabilità) di uno degli elementi essenziali, l' inesistenza è predicata dalla non riconoscibilità dell'atto, in ragione della sua anomalia, alla fattispecie legale data, sicché viene meno la identificabilità di questa"¹⁵⁶. E ancora "quando si vuole distinguere la nullità dall'inesistenza, deve intendersi quest'ultima come inesistenza di

¹⁵⁴ Così, FEDELE, op. cit " Confessiamo di non riuscire a vedere che differenza interceda, dal punto di vista giuridico, tra un contratto con una sola dichiarazione di volontà ed un contratto nullo per mancanza delle forme essenziali. La scissione tra esistenza materiale ed esistenza legale del negozio, ci sembra illegittima: il negozio è una creazione del diritto, è il mezzo peculiare che ogni ordinamento giuridico mette a disposizione dei privati per il raggiungimento dei loro fini pratici e come tale non può avere che una vita giuridica. O riunisce tutti i requisiti voluti dalla norma, e allora v'è negozio, oppure non li riunisce, e allora non v'è negozio, ma è assurdo dire che vi è un negozio di fatto".

¹⁵⁵ SCALISI, *Il contratto e l'invalidità*, in Riv. Dir. Civ., il diritto delle obbligazioni e dei contratti verso una nuova riforma?, 2006, pagg. 237 e ss.

¹⁵⁶ Così Cass., 10 aprile 1973, n. 1016, in *Giurisprudenza civile*, 1974, I, p. 343. Come si è in precedenza rilevato, i primi esempi di decisioni declaratorie di tale figura si sono avute in tema di accordo delle parti (si veda in proposito Cass., 27 giugno 1985, n. 3845. Ancora, è stato affermato dai giudici che inesistente sarebbe il contratto nel quale l' accettazione viene a conoscenza del proponente in maniera difforme dalla proposta, quando ciò sia dovuto ad un errore nella sua trasmissione per via telegrafica (Cass., 22 giugno 1961, n. 1277), o quando l' accettazione contiene una condizione non presente nella proposta, come nel caso dell'azionista di minoranza di una società per azioni, che nell' accettare la proposta di sottoscrizione di nuove azioni avanzata dalla società, aveva opposto che fosse ripresa una determinata produzione (Cass., 7 ottobre 1981, n. 5261.

fatto, cioè come mancanza di quella realtà fenomenica che costituisce la base naturalistica della fattispecie”¹⁵⁷.

Il problema che semmai può porsi, una volta data per riconosciuta sul piano positivo la figura dell'inesistenza del negozio giuridico, è quello di comprendere quali debbano essere i requisiti minimi che deve avere (in generale) una attività umana per entrare nel mondo del diritto come contratto (ancorché, in ipotesi, nullo) e senza i quali ne resta fuori, come atto giuridicamente inesistente.

Al riguardo, è stato correttamente rilevato che una possibilità sarebbe quella di valutare la fattispecie concreta su cui ci si interroga e verificare se possiede o meno i requisiti minimi perché possa essere sussunta nello schema astratto disegnato dal legislatore. Potendosi ulteriormente verificare quali possano essere questi requisiti minimi e come sia possibile identificarli. Al fine di rispondere all'interrogativo, ed al di là dei singoli casi su cui la giurisprudenza ha ampiamente avuto modo di occuparsi, non si dovrebbe dimenticare che la differenza fra nullità ed inesistenza, (come in una prospettiva di più ampio respiro può desumersi dai rilievi fatti in precedenza) si gioca sul piano sociale, e non maneggiando formule astratte¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Cass 20 maggio 1976, n.1808.

¹⁵⁸ Chiara in questo senso è la spiegazione di DI MARZIO, *La nullità del contratto*, CEDAM Padova, 2008, p. 41, secondo cui “il senso della distinzione si esaurisce nella relazione umana che si instaura intorno a certi atti. Tizio e Caio credono di aver stipulato un contratto. L’uno di aver venduto e l’altro di aver acquistato una barca. Sempronio ha assistito, si fida. Compera a sua volta la barca da Caio. Può anche accadere che il (primo) contratto sia invalido. A seconda della gravità del vizio, si pone nel nulla il primo contratto con ripercussioni più o meno gravi sul secondo. Prima ipotesi: nullità. Il vizio è gravissimo [...] la nullità estende i suoi effetti anche sul secondo contratto. Seconda ipotesi: annullabilità. Il vizio è meno grave. L’annullamento del primo contratto produce effetti limitati sul secondo: pregiudica i diritti acquistati da Caio se quest’ultimo non ha concluso il suo contratto in buona fede (art.1445 c.c.). ma se Caio era in buona fede, il suo acquisto è salvo. [...] e uno spazio minimo di tutela dell’affidamento è riconosciuto, alle parti e ai terzi, anche nell’ipotesi del contratto nullo. La ragione è che anche il contratto nullo è pur sempre un contratto: è socialmente percepito come un contratto (e da qualcuno è percepibile come un contratto valido). Il senso della differenza tra nullità e inesistenza è che nel secondo caso non c’è un contratto. E nulla di simile. Nessuna esigenza di tutela può porsi. E dunque, alla domanda su quali siano i requisiti minimi perché un contratto vi sia, si può rispondere: quelli che identificano la nozione nel linguaggio comune. Due persone si mettono d’accordo per scambiarsi qualcosa o per tentare un’impresa economica.

Due o più persone che si mettono d'accordo per scambiarsi qualcosa o per tentare un'impresa economica violando un divieto fondamentale dell'ordinamento, espresso o implicito nella legge, offendendo la morale comune oppure lasciando indeterminato l'oggetto o scegliendo un oggetto impossibile, o inottemperando alla forma legale, e così via, restano pur tuttavia due o più persone che si mettono d'accordo per scambiarsi qualcosa o per tentare un'impresa economica. Il prodotto della relazione umana è pur sempre un contratto (anche se nullo). La fattispecie è capace di una corrispondente, limitata efficacia.

Limitandoci in questa sede ad una breve ricostruzione della figura della nullità tradizionale, necessaria per un migliore inquadramento delle discipline relative ai tipi speciali, è possibile iniziare col dire che tale figura rappresenta la più grave forma di invalidità negoziale. Essa esprime una valutazione negativa del contratto per la sua definitiva deficienza strutturale, per mancanza o impossibilità originaria di un elemento costitutivo, ovvero per la sua dannosità sociale e quindi per la sua illiceità¹⁵⁹.

Le varie tipologie di nullità sono elencate nell'art. 1418 c.c., che contiene una disciplina particolarmente articolata (e fonte talvolta di incertezze sia di carattere interpretativo sia di natura applicativa). La norma disciplina invero tre diverse tipologie di nullità: le nullità di carattere virtuale, strutturale e testuale.

La nullità virtuale si configura quando non vi sia una specifica norma che espressamente la commina, ma, e ciò nonostante risulti un contrasto fra atto di autonomia privata e una norma imperativa. Le nullità di tipo strutturale, al contrario, sono espressamente previste dal legislatore al comma 2 dell'art. 1418 c.c., riguardando (come fa intendere la qualificazione datagli unanimemente dalla dottrina) i difetti strutturali del contratto (ovverosia, la mancanza di uno dei requisiti essenziali indicati all'art. 1325 c.c., l'illiceità della causa, del motivo comune determinante e la mancanza, nell'oggetto, dei requisiti richiesti dall'art. 1346 c.c.). Le nullità testuali sono, infine, quelle descritte nel capoverso dell'art. 1418 c.c. e che fanno rinvio ad espresse disposizioni di legge le quali, espressamente prevedono singole ipotesi di nullità.

Per quanto concerne le nullità di tipo virtuale, va preliminarmente rilevato come questa categoria abbia creato non poche difficoltà sul piano interpretativo, in quanto le stesse non sono espressamente previste dal legislatore ma sono comminate in modo, per così dire "indiretto" come conseguenza, lo si è detto, della contrarietà del contratto a norme di carattere imperativo.

Invece. Due o più persone che non si mettono d'accordo. Due o più persone che si mettono d'accordo per andare al cinema o a cena o per intraprendere un viaggio o per tentare una impresa filosofica o sportiva sono, a seconda dei casi, e piuttosto che due contraenti (che concludono un contratto): contraenti che non concludono un contratto oppure amici oppure amanti oppure appassionati di viaggi, di metafisica o di sport. Il prodotto della relazione umana, pur potendo essere un accordo, non è mai un accordo economico: un contratto. Nessuno potrebbe aver nutrito affidamento. La fattispecie è assolutamente inefficace".

¹⁵⁹ BIANCA, Op. cit., pagg. e ss.

Non mancano autorevoli voci in dottrina per le quali, anche la nullità di tipo strutturale o testuale, dovrebbe a rigore essere ricompresa in quella virtuale, configurandosi sempre e comunque la contrarietà a delle norme imperative. In linea generica va comunque osservato che la figura in commento è stata, quantomeno nelle intenzioni del legislatore, posta al fine di “chiudere il sistema” introducendo, a fianco della nullità testualmente prevista, un tipo di nullità non espressamente sanzionata dalla legge civile. Si pone allora il problema di verificare quando si sia di fronte ad un contratto da sanzionare con la nullità virtuale e cioè a dire quando si sia di fronte ad una norma qualificabile come imperativa.

Senza pretesa alcuna di completezza è possibile accennare ad un criterio di massima utilizzato dalla costante giurisprudenza: se la norma è preordinata alla tutela di un interesse pubblico (dei valori fondamentali dell'ordinamento), essa può essere qualificata come imperativa; se tutela solo un interesse individuale assume invece carattere dispositivo¹⁶⁰.

Il sopramenzionato criterio, ormai storicamente acquisito, deve peraltro essere coordinato sistematicamente con i principi ed i valori costituzionali¹⁶¹. Ancora, è necessario soprattutto in tempi recenti interrogarsi sulla linea che il legislatore ha inteso seguire prevedendo una serie di norme imperative poste a tutela di interessi privati: è il caso oggetto della nostra analisi, ma anche di discipline che non hanno a che fare con il codice del consumo¹⁶².

Per quanto concerne, invece, la nullità strutturale, va rilevato in estrema sintesi, che essa si configura in caso di mancanza o impossibilità originaria di un elemento costitutivo, ovvero in caso di illiceità¹⁶³. Come è noto elementi costitutivi del contratto sono l' accordo, l' oggetto, la causa e la forma, nell'ipotesi in cui quest'ultima sia richiesta a pena di nullità.

Con riferimento all'accordo è possibile precisare che non si deve intendere la deficienza della volontà negoziale, ma proprio la non sussistenza della fattispecie oggettiva in cui

¹⁶⁰ Cass., 2 dicembre 2005, n. 26257, in Mass. Giur. it., 2005; Cass., 18 luglio 2003, n. 11256, in Mass. Giur. it., 2003, Cass., 4 dicembre 1982, n. 6601, in Mass. Giur. it., 1982 ed infine Cass. Sez. Un. 21 agosto 1972, n. 2697, in Giust. Civ., 1, 1914

¹⁶¹ Per tale inquadramento v. Cass., 3 giugno 1985, n. 3302, in Foro it. 1986, I.

¹⁶² Come ad esempio la legge sul diritto d' autore che commina la nullità del contratto di edizione a termine se non è indicato il numero minimo di esemplari da eseguire.

¹⁶³ C.M. BIANCA, op. cit. pagg. 616 e ss.

un accordo giuridicamente si identifica.

La mancanza dell'oggetto, invece, si configura propriamente quando il contenuto del contratto non sia determinato né tantomeno suscettibile di determinazione futura.

Ancora, il difetto dell'elemento causale comporta normalmente la nullità del contratto quando sia assente una ragione giustificativa dell'atto negoziale o quando questo persegua interessi non meritevoli di tutela.

In ultimo, la mancanza di forma determina la nullità del contratto quando si tratti di forma richiesta dalla legge come requisito necessario del negozio giuridico¹⁶⁴.

Rientra, come prima accennato, nella nullità di tipo strutturale anche l'ipotesi di illiceità, rispettivamente della causa, dell'oggetto e dei motivi¹⁶⁵. Il contratto illecito, cioè contrario a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume (ex art. 1343 c.c.) è nullo¹⁶⁶.

Essendo già stati trattati (seppur sommariamente e nell'ottica di un inquadramento generale), i profili inerenti alla contrarietà dell'atto negoziale alle norme imperative, conviene qui concentrare la nostra attenzione sui residuali elementi che compongono la figura della illiceità, e precisamente, la contrarietà all'ordine pubblico ed al buon costume.

Non è possibile, nell'analisi di tali elementi prescindere però da una considerazione di fondo: il concetto di illiceità esprime in generale una contraddizione del contratto all'ordinamento giuridico più forte di quella espressa dalla sua contrarietà a norme imperative. La formula denota riprovazione per il risultato che le parti si propongono di realizzare mediante l'uso del contratto¹⁶⁷. Essa esprime, in altri termini, un'esigenza

¹⁶⁴ Si discute se fra le cause generali di nullità del contratto debba essere inclusa anche l'incapacità giuridica della parte. È stato al riguardo rilevato che l'incapacità giuridica può prima di tutto inferire ad una impossibilità di imputazione del rapporto, la quale, potrebbe peraltro anche essere temporanea, se riferita a situazioni di capacità in via di formazione, potendo conseguentemente ritenersi ammissibile un contratto che si perfezioni proprio in attesa del sopravvenire della capacità della parte.

¹⁶⁵ Così NUZZO, *Negozio giuridico, Negozio illecito*, in *Enc. Giur. Treccani*, XX; FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970.

¹⁶⁶ Come precedentemente si è avuto modo di rilevare, la contrarietà a norme imperative determina la nullità del contratto ex art. 1418, comma 1, salvo che la legge disponga diversamente. A dire cioè che la contrarietà a norme imperative non comporta necessariamente la nullità del contratto, potendo la legge comminare, a volte, una sanzione di tipo diverso.

¹⁶⁷ In tal senso GALGANO, *Il contratto*, Cedam, Padova, 2007, p. 288. Peraltro l'Autore osserva che "questa più forte contraddizione si manifesta anche nel fatto che il contratto illecito è sempre e comunque nullo lì ove la contrarietà a norme imperative tollera, per riserva finale di cui al primo comma dell'art. 1418

di difesa di valori di natura collettiva, che attengono cioè alla pacifica e civile convivenza fra gli uomini, ed a irrinunciabili valori individuali, relativi alla libertà, alla dignità, alla sicurezza dei singoli.

Per quanto attiene al concetto, specificamente inteso, di ordine pubblico, qui ci si può limitare a rilevare come esso sia costituito da quelle norme imperative che siano, da un lato poste a tutela dei valori fondamentali del nostro ordinamento⁴¹ ma che non sono esplicitamente formulate dalla legge, ma che si ricavano per implicito dal sistema legislativo, dai codici e soprattutto dalla Costituzione¹⁶⁸.

Passando poi alla disamina del concetto di "buon costume" può dirsi che esso è costituito da quelle norme imperative, anche esse non esplicitate, ma ricavabili per implicito dal sistema legislativo, che comportano una valutazione del comportamento dei singoli in termini di moralità o di onestà¹⁶⁹, ovvero attengono al costume politico, a quello sociale, al costume negli affari¹⁷⁰.

Come si è in precedenza osservato l' illiceità del contratto si articola nelle diverse forme della illiceità dell'oggetto, della causa ovvero, in talune ipotesi dei motivi. L' oggetto è da considerarsi illecito quando la cosa dedotta in contratto è il prodotto o lo strumento di attività contrarie a norme proibitive, oppure la prestazione dedotta nel contratto è essa medesima una attività vietata¹⁷¹.

È appena il caso di sottolineare inoltre che l'illiceità dell'oggetto non riguarda lo stesso su un piano di tipo astratto (da identificarsi cioè nella definizione legislativa del tipo contrattuale), ma richiede una valutazione dell'oggetto medesimo, eseguita in concreto, ovvero sia che miri alla verifica di ciò che le parti abbiano dedotto quale oggetti di quel

c.c., una conseguenza diversa dalla nullità.

¹⁶⁸ Per un maggiore approfondimento si veda, G.B. FERRI, Ordine pubblico (diritto privato), in Enc.dir., XXX,

¹⁶⁹ Riguardano anche, ma non solo la sfera sessuale: si considerino ad esempio i contratti che attengono all'esercizio della prostituzione o alla pornografia. Per F. GALGANO op. cit. p. 292 "il contratto con la prostituta anche se nessuna norma espressa lo vieta è considerato illecito e quindi nullo perché contrario al buon costume"

¹⁷⁰ Si veda in proposito Cass., 23 marzo 1985, n. 2081. È opportuno notare che il contratto contrario al buon costume ancorché sia nullo è comunque idoneo a produrre lo speciale effetto di cui all' art. 35 c.c.: ancorché si sia tenuti a dare esecuzione al contratto, non si può però ottenere la restituzione di ciò che si è pagato in esecuzione del contratto medesimo.

¹⁷¹ È il caso del contratto di lavoro per l'esecuzione di una prestazione vietata (ex art. 2126, comma 1 c.c.) o il caso della società che svolga (dividendo i relativi utili) una attività economica vietata (art. 2332, comma 1, n. 2 c.c.), e ancora il trasporto di refurtiva o di merci di contrabbando o la locazione di una casa da gioco clandestina.

determinato tipo contrattuale.

Ancorché in talune ipotesi la distinzione non appaia del tutto chiara l'illiceità dell'oggetto di molto differisce dall'illiceità della causa, la quale precipuamente investe la funzione economico-giuridica del contratto. Come è stato autorevolmente rilevato¹⁷², il contratto può in ipotesi avere un oggetto lecito e, tuttavia, una causa illecita¹⁷³.

In ultimo, per quanto attiene alle nullità di tipo strutturale, il motivo per il quale le parti si sono determinate a concludere il contratto (di regola, irrilevante nel campo del diritto) assume una propria fisionomia positiva ogniqualvolta sia contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Non basta tuttavia, per rendere nullo il contratto, che i motivi contengano in sé il requisito di illiceità appena descritto; è ulteriormente necessario che questi presentino due requisiti: si tratti del motivo esclusivo per il quale il contratto è stato concluso ed altresì del motivo comune per entrambe le parti¹⁷⁴.

Chiude l'insieme delle tipologie della nullità, la categoria delle nullità di carattere speciale¹⁷⁵. Avverte cioè il codice che il contratto è nullo altresì “negli altri casi stabiliti dalla legge”. Si tratta, a ben vedere, della tipologia di nullità, che dal punto di vista sistematico, interessa più da vicino il nostro tema.

Oltre ad ipotesi “classiche” di nullità speciale¹⁷⁶, si è avuto modo di assistere, recentemente, ad un sistematico intervento di leggi speciali (presente tutt'oggi, con particolare intensità) le quali utilizzano la sanzione della nullità a tutela di contraenti definiti deboli: oltre alla nullità di protezione, si pensi, ad esempio, al T. U. delle leggi bancarie (D. Lgs. 385 del 1993), che commina la sanzione della nullità del contratto bancario ogniqualvolta esso non sia redatto per iscritto, al T.U dell'intermediazione

¹⁷² GALGANO op. cit., pagg. 29 e ss.

¹⁷³ È il caso, ad esempio, del contratto che obblighi entrambe le parti ad una prestazione e ad una controprestazione che sono in sé entrambe lecite, ma delle quali è però vietato lo scambio. Oppure si pensi, per una chiara distinzione ai seguenti esempi: il contratto con il killer (parte che si obbliga a compiere la prestazione di uccidere qualcuno verso un determinato corrispettivo), è nullo per l' illiceità dell'oggetto (uccidere è illecito); mentre il contratto di protezione mafiosa (con il quale la mafia cioè ottiene un compenso per non uccidere qualcuno) è nullo per illiceità della causa (non uccidere è lecito, ma lo scambio tra denaro ed obbligo di non uccidere è illecito).

¹⁷⁴ Ad esempio non è sufficiente che colui il quale abbia dato in locazione quel determinato appartamento, semplicemente conosca l' uso illecito che l' altra parte ne vuole fare; è ulteriormente necessario che per l' alto ammontare del canone di locazione risulti chiaro che questi ha inteso approfittare dell'altrui motivo illecito il quale perciò è comune ad entrambi i contraenti.

¹⁷⁵ Così PASSAGNOLI, Nullità speciali, Milano, 1995.

¹⁷⁶ Si pensi alla nullità dei patti successori (ex art. 458 c.c.), del patto leonino (art. 2265 c.c.) o ancora, per il patto commissorio (art. 2744 c.c.).

bancaria (D. Lgs. 24 febbraio 1998 n.58) che ancora, a certe condizioni, prevede la nullità del contratto per la prestazione di servizi di investimento, piuttosto che la legge sulla subfornitura (L. 192 del 1998) che irroga la nullità al patto che conferisce al committente il potere di modificare il contratto o di recederne senza congruo preavviso¹⁷⁷.

Come si avrà modo di rilevare successivamente, queste nullità sono inoltre accomunate dalla condivisa caratteristica di non poter essere fatte valere dalla parte destinataria dei relativi divieti.

In una prospettiva che si attesti ancora su di un piano di carattere generale, sembra opportuno svolgere dei rilievi essenziali in merito alle caratteristiche della nullità tradizionali, che possano permettere di avere, quale base di raffronto rispetto alla disciplina oggetto del presente elaborato, un quadro sinteticamente completo della conformazione che la nullità assume nel sistema codicistico.

3. La disciplina applicabile: a) l'insanabilità; b) l'imprescrittibilità; c) la legittimazione attiva e la rilevabilità di ufficio; d) l'efficacia erga omnes; e) nullità per difetto di forma e limiti della prova;

Legittimazione ad agire

Posto che gli interessi da tutelare sono, come visto, di carattere generale, l'iniziativa per la dichiarazione di nullità dell'atto deve poter partire da qualunque interessato ed anche dal giudice al quale i privati si siano rivolti per far valere quanto pattuito. A tal proposito l'art. 1421 c.c., rubricato "Legittimazione all'azione di nullità", dispone che "Salvo diverse disposizioni di legge, la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice"¹⁷⁸.

¹⁷⁷ Va comunque sottolineato che tutte le elencate ipotesi di nullità speciale, sono pur sempre intese a colpire situazioni generalizzate di dannosità sociale. A dire cioè che l'interesse tutelato rimane comunque un interesse generale, ancorché la nullità del contratto o della singola clausola sia sancita a vantaggio di singole categorie.

¹⁷⁸ In proposito, v. Cass., 17 marzo 1981, n. 1553, in cui appare limpido il concetto per il quale la legittimazione all'azione di nullità prevista dall'art. 1421 c.c., non esime il soggetto che propone tale azione dal dimostrare la sussistenza di uno specifico interesse ad agire secondo le norme generali e con riferimento all'art. 100 c.p.c. Per una specifica applicazione del principio v. Cass., 7 luglio 1977, n. 3024. Il dire, in altri termini, che la legittimazione all'azione di nullità sia assoluta, non significa qualificarla anche come indiscriminata ritenendo possibile che chiunque (anche un soggetto del tutto estraneo) richieda una declaratoria di nullità. E' invece sempre necessario rispettare i principi di carattere processuale, richiedendosi cioè che chi agisce rivesta una posizione quantomeno qualificata

Legittimata è innanzitutto la parte che può essere interessata da un lato a far valere la nullità in via autonoma oppure e dall'altro, a contestare l'azione dell'altra parte, fondata sul contratto. In quest'ultimo caso, evidentemente, la parte non ha l' onere di sollevare la relativa eccezione, posto che la nullità deve essere rilevata d' ufficio dal giudice se essa risulti dagli atti¹⁷⁹. Va peraltro segnalato come in tempi passati la giurisprudenza avesse ad escludere la rilevabilità d'ufficio della nullità quando fosse stata proposta domanda di risoluzione del contratto, di rescissione o di annullamento¹⁸⁰. Detto orientamento è modificato nel corso del tempo da parte della Suprema Corte.¹⁸¹

rispetto al contratto impugnato, potendo, ad esempio, agire qualunque terzo, purché provi la sussistenza di un proprio interesse ad agire, e più precisamente dimostri di voler ottenere un qualche risultato giuridicamente apprezzabile, non conseguibile altrimenti, e che potrebbe venire pregiudicato se non si accertasse la nullità. In giurisprudenza peraltro l' assunto, come sopra sottolineato del tutto pacifico: la Cassazione ha più volte affermato che "la generalità dell' azione di nullità, quale prevista all' art. 1421 c.c., non esime il soggetto che la propone, dal dimostrare, in concreto, la sussistenza di un proprio interesse ad agire, secondo le norme generali e con riferimento all' art. 100 c.p.c., attraverso la dimostrazione della necessità di ricorrere al giudice per evitare una lesione attuale del proprio diritto ed il conseguente danno alla propria sfera giuridica" (Cass., 9 marzo 1982, n. 1475; Cass., 11 gennaio 2000, n. 338). In ultimo, sembra opportuno osservare che la necessità di far riferimento all' interesse, in relazione alla legittimazione ad agire, nasce dal principio di relatività degli effetti del contratto, di cui all' art. 1372 c.c., interpretato nel senso che i terzi non possono essere pregiudicati dal contratto stipulato tra altri soggetti. E proprio in questa direzione, la Suprema Corte, ha analizzato, fra le varie, la posizione del curatore fallimentare, sottolineando il fatto "che egli faccia valere l' azione trovata nel fallimento, nella cui titolarità è succeduto alla società fallita, in quanto avente causa in essa, a tutela dell' interesse attuale e concreto a veder rientrare nel patrimonio della società attività che ne erano uscite per effetto di atti che si assumono nulli" (Cass., 27 luglio 1994, n. 7017).

¹⁷⁹ Come opportunamente è stato rilevato da BIANCA, op. cit., p. 628, "la rilevabilità d' ufficio della nullità non implica che il giudice debba, di propria iniziativa disporre il relativo accertamento di fatto. Vige, al riguardo, sempre il principio dispositivo e non quello inquisitorio".

¹⁸⁰ Si veda, ad esempio, Cass., 16 novembre 1978, n. 5295 nella quale i giudici affermano che "la rilevabilità d' ufficio della nullità del contratto in ogni stato e grado del procedimento, e quindi anche in sede di legittimità, presuppone che la validità del contratto costituisca elemento costitutivo della domanda, il che si verifica solo allorché venga chiesta in giudizio l' esecuzione del contratto e non pure quando si agisca per la risoluzione, la rescissione, l' annullamento".

¹⁸¹ Tra le varie, si veda Cass., 2 aprile 1997, n. 2858 per la quale " la nullità di un contratto del quale sia chiesto l' annullamento, (ovvero la risoluzione o la rescissione) può essere rilevata d' ufficio dal giudice, in via incidentale, senza incorrere in un vizio di ultrapetizione. Si veda inoltre Cass., 5 novembre 2001, n. 13628 nella quale si afferma che il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità (o l'inesistenza) di un contratto, in base all'art. 1421 cod. civ., va coordinato con il principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 cod. proc. civ., nel senso che solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice può rilevare in qualsiasi stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti, l'eventuale nullità dell'atto stesso; se, invece, la contestazione attenga direttamente alla illegittimità dell'atto, una diversa ragione di nullità non può essere rilevata d'ufficio; peraltro, nel caso in cui il convenuto deduce per la prima volta in grado d'appello una diversa causa di invalidità del rapporto, trattandosi di domanda nuova e diversa da quella ab origine proposta dalla parte, è da ritenere consentito al giudice di legittimità, senza per questo incorrere nel vizio di ultrapetizione, rilevare la nullità (o l'inesistenza) del contratto in base ad una ragione diversa da quella prospettata, nascendo il

Interessati poi a far dichiarare nullo il contratto possono essere (oltre alle parti) anche i terzi, ogniqualvolta essi siano pregiudicati dal contratto.

Dal punto di vista passivo, per converso, vanno annoverati tutti coloro nei cui confronti rileva l'interesse dell'attore ad agire per la dichiarazione di nullità.

In ultimo, si tenga presente che fra le parti del contratto, è ritenuto sussistere una ipotesi di litisconsorzio necessario. (nel senso cioè che l'azione proposta da un terzo implichi un litisconsorzio necessario rispetto a tutte le parti del contratto).

Imprescrittibilità

La non disponibilità degli interessi in gioco da parte dei privati si traduce, inoltre, nell'imprescrittibilità dell'azione: e così dispone l'art. 1442 c.c. che fa peraltro salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione dell'azione di ripetizione.

Tale carattere è quindi in linea con la natura generale degli interessi tutelati e con tutti gli altri principi operanti sul giudizio di nullità. Se, infatti, il contratto nullo è in contrasto con valori fondamentali dell'ordinamento, è naturale che il legislatore ne favorisca l'eliminazione, garantendo, secondo delle modalità che siano definitive ed incontroverse, l'accertamento della situazione effettiva del contratto.

La mancata previsione di un termine finale (per l'azione) è ulteriormente ricollegabile alla stessa natura dell'azione che, non essendo di carattere costitutivo di semplice accertamento (e quindi, dichiarativa), limita il proprio raggio d'azione dell'accertamento (salvo eccezioni) del contratto nullo, che non è in grado di fondare alcun diritto che richieda di essere salvaguardato o rimosso¹⁸².

Inammissibilità della convalida

Il dettato codicistico prevede che il negozio giuridico nullo, a differenza di quello semplicemente annullabile, non può costituire oggetto di convalida. Dispone in merito

potere - dovere del giudice di verificare la sussistenza delle condizioni dell'azione, anteriormente alla eventuale eccezione di nullità del convenuto, anche se proposta con riconvenzionale o, successivamente, come motivo di gravame, sempre che non siano necessari nuovi accertamenti di fatto o nuove indagini e vi sia agli atti, come nella specie, la necessaria documentazione. Si veda ancora Cass., 26 agosto 2002, n. 12482, Cass., 11 agosto 2004, n. 15561 e più recentemente Cass., 20 gennaio 2006, n. 1112.

¹⁸²Essendo del tutto certa la valenza del principio di imprescrittibilità dell'azione di nullità, va rilevato che le pronunce in merito siano piuttosto esigue, limitandosi per lo più ad una ripetizione dell'enunciato della norma in commento.

l'art. 1432 c.c. che "il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente".

Non deve stupire che, analizzando la ratio posta alla base di tale scelta, vengano, ancora una volta in rilievo, gli interessi generali che il negozio nullo coinvolge. È così agevole comprendere che, se è vero che tutte le cause di nullità sono riconducibili ad un interesse pubblico, superiore a quello dei privati, una eventuale convalida del contratto delegittimerebbe in primis l'entità di tale interessi: essendo invece ammessa tutte le volte in cui siano in gioco interessi di natura particolare e si verta su diritti disponibili.

Va però tenuto presente che l'art. 1423 c.c., attraverso l'inciso "salvo che la legge disponga diversamente", ammette esplicitamente che il principio dell'inammissibilità della convalida possa essere derogato. Al di là delle ipotesi nelle quali una convalida si ritiene ammessa,¹⁸³ in esse il legislatore ha ritenuto di far prevalere il principio di conservazione del contratto, tenendo nella più alta considerazione gli interessi del disponente¹⁸⁴.

Non può nascondersi però che la deroga all'inammissibilità della convalida del negozio nullo (nelle due ipotesi della conferma), anche se legislativamente disposta, richiede all'interprete di indagare quale sia la natura giuridica dell'eccezione. Al riguardo può dirsi che l'opinione ancora oggi prevalente ritiene che la convalida sia un negozio diretto ad integrare i requisiti del negozio nullo, oltre che idonea a determinare una sanatoria dell'atto originario, cui conseguirebbero gli stessi effetti che la disposizione avrebbe se non fosse nulla. Si tratterebbe, a ben vedere, di una rimozione legale o volontaria dell'invalidità dell'atto¹⁸⁵.

¹⁸³ Conferma della donazione nulla (art. 799 c.c.) e della disposizione testamentaria nulla (art. 590 c.c.). La conferma è prevista dalla legge con riguardo alla donazione, nel senso che la nullità di questa non può essere fatta valere dagli eredi o aventi causa del donante, i quali, conoscendo la causa di nullità, hanno dato conferma o volontaria esecuzione alla donazione dopo la morte del donante. Analogamente accade in materia testamentaria. Sulla natura dell'atto di conferma, si veda, la convincente spiegazione di C.M. BIANCA, op. cit., p. 636, per il quale "la conferma è un atto atipico unilaterale di sanatoria, avente natura negoziale, che insieme all'atto nullo concorre a costituire una fattispecie complessa."

¹⁸⁴ Ordinariamente infatti, tutti i contratti nulli, ancorché non convalidabili, possono però essere rinnovati: ma ciò non è possibile per la donazione ed il testamento, dopo la morte dei rispettivi autori. Parte anche da qui, pertanto, l'ammissibilità, alle condizioni sopra viste, della convalida.

¹⁸⁵ Secondo diversa prospettiva, si tratterebbe di un atto giuridico in senso stretto, avente come unico effetto quello di inibire l'azione di nullità a chi, prima di confermare, vi era legittimato. Secondo un ulteriore orientamento, si tratterebbe di una mera rinuncia dell'interessato all'azione di nullità.

Conversione

La lettera normativa secondo la quale il contratto nullo è suscettibile di conversione necessita un approfondimento.

Ciò si verifica quando un contratto nullo come contratto di una particolare tipologia, presenta tuttavia i requisiti di un altro tipo contrattuale. Se si può cioè ritenere, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti, che esse avrebbero voluto il diverso tipo contrattuale di cui sono presenti i requisiti di forma e di sostanza, il contratto nullo produce gli effetti di questo diverso tipo contrattuale (art. 1424 c.c.)¹⁸⁶. Si tratta, secondo una consolidata opinione, della conversione sostanziale del contratto, che opera cioè con riferimento al contenuto del regolamento contrattuale e si distingue dalla conversione formale, che presuppone che un atto rivesta una pluralità di forme¹⁸⁷.

L'istituto in esame, per potersi perfezionare, abbisogna della realizzazione di determinati elementi acquisitivi. E' innanzitutto necessario, sul piano oggettivo, che i due negozi (quello nullo e quello che risulterebbe dalla conversione) siano omogenei sul piano piano funzionale e mirino dunque alla realizzazione di interessi non divergenti, avuto riguardo allo scopo perseguito dalle parti. L'analisi, in tal senso, deve essere condotta con riferimento alla singola, concreta fattispecie, e non già con riferimento all'astratto tipo legale.

Ancora, è necessario che sia presente, nelle parti, una loro c.d. volontà ipotetica, in virtù della quale cioè questi avrebbero voluto il diverso contratto se avessero conosciuto la nullità di quello concluso¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Così GALGANO, op. cit., p.345.

¹⁸⁷ La conversione del contratto nullo, come è agevole constatare, rappresenta l'applicazione di un principio più generale, che è quello della conservazione del contratto: la legge tende, finché è possibile, ad attribuire effetti ad una dichiarazione di volontà: esprime il proprio favore per la conclusione degli affari, anziché per la loro mancata conclusione, per la circolazione della ricchezza, anziché per la sua immobilità.

¹⁸⁸ La volontà ipotetica peraltro dovrà essere valutata sulla base di criteri oggettivi, sempre che risulti cioè provato che le parti avevano inequivocabilmente escluso la possibilità di obbligarsi con riguardo ad una causa stipulandi diversa da quella posta alla base del contratto nullo. La giurisprudenza comunque non sembra porre particolari limiti alla conversione sulla base dei tipi negoziali, ma solo sulla base della struttura, escludendo la possibilità di una conversione del contratto in un negozio unilaterale. Così, semplicemente, una servitù prediale di passaggio, potrà, all'occorrenza valere come servitù irregolare, a carattere non reale ma obbligatorio; oppure un contratto di abitazione potrà valere, se nullo, come contratto di locazione; o ancora, il contratto di fideiussione concluso dal socio in favore della società in nome collettivo, potrà convertirsi in un contratto di fideiussione sottoposto alla condizione sospensiva della trasformazione della società in società di capitali.

Proprio questo punto, costituisce il "fuoco del dibattito dottrinale"¹⁸⁹, vale a dire, l'individuazione del criterio giudiziale di composizione del delicato equilibrio tra i due fattori che si contendono il primato nel meccanismo della conversione: autonomia e legge. In proposito, si contendono ancora oggi il campo le teorie oggettivistiche e soggettivistiche: le prime, che ancorate alla tradizionale categoria del negozio giuridico, danno massimo rilievo al ruolo della c.d. volontà ipotetica; le altre, all'opposto, riconducono il meccanismo della conversione alla "volontà della legge" ed in definitiva alla volontà dell'interprete¹⁹⁰, tenuto a "valutare la compatibilità dell'assetto di interessi oggettivamente realizzabile tramite il contratto diverso con lo scopo pratico che quello nullo era originariamente diretto a perseguire, al di là quindi, di ogni riferimento alla volontà reale, presunta, implicita o ipotetica, orientata agli effetti del contratto diverso". In realtà, seguendo il tradizionale insegnamento secondo il quale in medio stat virtus, sembrerebbe ragionevole operare un contemperamento delle due posizioni, che ricolleggi il fondamento della conversione più che al principio di conservazione, a quello della buona fede¹⁹¹. "La parte convenuta per l'esecuzione del contratto, non può opponderne la nullità, liberarsi dal vincolo, quando esistono presupposti perché il contratto produca effetti sia pur diversi da quelli del contratto concluso"¹⁹².

La legge inoltre richiede, quale ulteriore presupposto della conversione, che il contratto nullo contenga i requisiti di sostanza e di forma di quello diverso, intendendosi con i primi, quelli che inferiscono all'oggetto ed ai soggetti¹⁹³.

La conversione comunque non può essere pronunciata d'ufficio dal giudice¹⁹⁴. Il giudice, a dire, potrebbe disporla solo su domanda (peraltro riconvenzionale) di una delle parti, diretta a contrastare l'azione di nullità dell'altra. Si badi bene che il giudice, in tale contesto, non esegue due operazioni distinte, dichiarando prima la nullità del contratto e poi creando ex novo un diverso contratto; esegue una sola operazione,

¹⁸⁹ ROPPO in *Il contratto*, in Tratt. dir. priv. diretto da G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2001, p. 146.

¹⁹⁰ In tal senso BETTI, *Teoria del negozio giuridico*, in *Trat. Vassalli*, XV, 2, Utet, 1961, p. 494 e ss; ID, *Conversione del negozio giuridico (diritto vigente)*, in *Noviss. Dig. It.*, Utet, 1959, p. 811 e ss.

¹⁹¹ ROPPO in *Il contratto*, in Tratt. dir. priv. diretto da G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2001, p. 148.

¹⁹² Si veda, fra gli altri, DI MARZIO, *Efficacia del contratto nullo*, cit., p. 160 e POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 189 e ss.

¹⁹³ La formula usata dal legislatore, invero riecheggia quella dell'art 1414, comma 2, in materia di simulazione relativa: ma è limpido che non sussista relazione alcuna fra i due istituti.

¹⁹⁴ Così, tra le altre, Cass., 20 dicembre 1973, n.3443.

respingendo l'azione di nullità quando la causa di questo è convertibile in una diversa causa, idonea a realizzare lo scopo perseguito dalle parti¹⁹⁵.

Da precisare, in ultimo, che la giurisprudenza oggi pone una serie di limiti alla conversione: non opera se le parti conoscevano la causa di nullità del contratto, se la nullità deriva da illiceità, se si pretende di convertire una donazione nulla per mancanza della forma solenne in una promessa di pagamento¹⁹⁶.

Si tratta invero di limiti pienamente giustificati: volere un contratto sapendolo nullo equivale a non volerlo, mancando cioè la volontà contrattuale presupposta dalla conversione; e certamente l'illiceità che rende nullo il contratto non può comunicarsi allo scopo perseguito dalle parti, impedendo la conversione in un contratto lecito.

La giurisprudenza odierna, nel tentativo di muoversi con cautela sembra però oggi aver quasi disapplicato la norma: la casistica risulta estremamente esigua, e le sentenze che ammettono la conversione si contano in un numero del tutto minimo¹⁹⁷.

Nullità parziale

La nullità parziale viene sistematicamente suddivisa in nullità parziale in senso oggettivo e in senso soggettivo¹⁹⁸.

Nella nullità parziale oggettiva, la patologia colpisce una parte del contenuto del contratto e, a tal riguardo, l'art. 1419, comma 1, c.c., prevede che essa possa estendersi all'intero contratto se "risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del contenuto colpita da nullità"; in quella parziale soggettiva invece, ad essere

¹⁹⁵ In maniera forse più chiara del dettato codicistico si era espressa, a suo tempo, la Relazione al re n. 117: "attraverso un negozio giuridico le parti dimostrano di voler raggiungere un certo fine; il negozio da esse prescelto non ha, di fronte a questo fine, se non una funzione strumentale. In modo che è conforme alla buona fede che ciascuna parte rimanga vincolata agli effetti che si proponeva di trarre dal contratto nullo e che avrebbe ugualmente cercato di realizzare con altro contratto se si fosse rappresentata l'inefficienza giuridica di quello concluso".

¹⁹⁶ Si veda, al proposito, Cass., 9 febbraio 1989, n. 899.

¹⁹⁷ In alcune delle limitate pronunce in materia, è stato ritenuto che una deliberazione unanime di trasformazione di società cooperativa giudicata nulla, potesse essere convertita in deliberazione costitutiva di società cooperativa; o che un assegno nullo perché privo di data, potesse essere convertito in una promessa di pagamento (rispettivamente Cass., 19 aprile 1995, n. 4368 e Cass., 16 novembre 1990, n. 1100)

¹⁹⁸ In tema si veda Ferroni, *Le nullità negoziali*, a cura del medesimo, p. 681; D'ANTONIO, *La modificazione legislativa del regolamento negoziale*; FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge*; CASELLA, *Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole*, Milano, 1974; Criscioli, *La nullità parziale del negozio giuridico*, Milano, 1959.

coinvolto è il vincolo di una delle parti nei contratti plurilaterali ed in tal caso l'art. 1420 c.c. prevede che venga travolto l'intero contratto se “la sua partecipazione debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale”.

Su un piano generale, è possibile osservare che entrambe le disposizioni (art. 1419 e art. 1420 c.c.) sono ispirate al principio della conservazione degli atti giuridici, il quale come è evidente tende a valorizzare finché è possibile l'“ autonomia privata dei contraenti. Al fine di analizzare in forma più esauriente le due figure di nullità parziale sopra accennate, appare opportuno procedere ad una trattazione separata delle fattispecie contemplate.

Nullità parziale oggettiva

L'“ art. 1419 comma 1, ai sensi del quale “la nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità”, contiene testualmente una regola, a cui segue una eccezione: è cioè affermato in primis il principio della conservazione del contratto, di modo che una volta che sia stata accertata la nullità di una singola clausola (o parte della stessa) la patologia non si estenda all'intero atto negoziale (il quale pertanto sopravvive per la parte valida). Per poi far seguire alla regola sopra esposta una esplicita deroga, per la quale la stessa nullità è estesa all'intero contratto al verificarsi di determinate, ipotetiche condizioni¹⁹⁹.

Non può sfuggire che, punto determinante per dedurre l'applicazione dell'una o dell'altra fattispecie applicativa sia il criterio (o l'“ insieme dei criteri) in base ai quali svolgere la verifica circa il carattere essenziale della clausola che è colpita dalla nullità. Secondo un primo orientamento il giudizio in questione dovrebbe incentrarsi sulla volontà dei contraenti e, più precisamente, sul loro ipotetico intento. Va segnalato però che in base alla prospettiva più recente, sembra debbano adottarsi criteri di carattere oggettivo applicati secondo il fondamentale canone della buona fede²⁰⁰.

¹⁹⁹ E cioè la condizione per cui i contraenti non avrebbero concluso il contratto senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.

²⁰⁰ Più precisamente l'“ analisi in merito all'elemento della essenzialità della clausola che è colpita da nullità, deve essere diretta a verificare la compatibilità tra efficacia del regolamento residuo e il rispetto sostanziale del piano di interessi originariamente convenuto, per evitare, come è logico, che la riduzione del regolamento contrattuale conseguente alla nullità di una sua parte, comporti una

Va ulteriormente rilevato che, nonostante il silenzio del codice, dottrina e giurisprudenza considerano le regole inerenti alla nullità parziale oggettiva estendibili per analogia anche ai negozi annullabili. Inoltre occorre osservare che l'estensione della nullità da parte del contratto a tutto il negozio giuridico, non operi soltanto all'interno del medesimo contratto, ma, in linea con la giurisprudenza costante, possa estendersi da un contratto all'altro, tutte le volte in cui vi sia (tra gli stessi) un collegamento negoziale²⁰¹.

Va rilevato, in ultimo, come la giurisprudenza abbia inizialmente limitato in maniera notevole l'operatività dell'istituto della sostituzione automatica di clausole nulle, richiedendo per la sua applicazione una espressa previsione (da parte della stessa norma imperativa violata) della sua attitudine a sostituirsi alla clausola con essa contrastante. Solo successivamente la Cassazione si è invece attestata su posizioni di maggiore apertura, riconoscendo che la sostituzione di diritto possa verificarsi anche in mancanza di una previsione espressa della norma imperativa.

In ultimo, il capoverso dell'art. 1419 c.c. prevede l'istituto della sostituzione automatica di clausole nulle, disponendo che "La nullità delle singole clausole non importa la nullità del contratto quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da norme imperative".

Si intuisce così la stretta correlazione fra primo e secondo comma della fattispecie analizzata, che da un lato tende a garantire l'autonomia negoziale privata, mentre

alterazione del disegno originario dei contraenti avvantaggiando uno di questi ai danni dell'altro. Come è intuibile l'art. 1419 ha avuto una larghissima applicazione. Limitandoci qui alle ipotesi di maggior rilievo si pensi alla compravendita di un suolo edificabile nella quale l'alienante aveva garantito l'avvenuto rilascio della licenza edilizia in relazione ad un determinato progetto. Essendo stata tale licenza annullata dal Consiglio di Stato era stato chiesto dall'acquirente l'annullamento parziale del contratto con conseguente riduzione del prezzo (Cass., 16 dicembre 1982, n. 6935). Oppure ancora si pensi ad un mutuo concesso da un istituto di credito in misura superiore rispetto all'importo consentito dalla legge, il quale è stato dichiarato parzialmente nullo in quanto divisibile. Per completezza è da aggiungere che l'istituto della nullità parziale è stato in giurisprudenza utilizzato anche con riferimento a fattispecie diverse dal contratto: in materia di bandi di concorso è stato affermato che la clausola del bando che subordini l'assunzione dei vincitori all'inesistenza di vincoli di coniugio, parentela o affinità con i dipendenti dell'ente stesso, sia da considerare nulla, in quanto determina una violazione dei fondamentali diritti della persona in tema di matrimonio e di rapporti familiari (nonché per la violazione della norma imperativa dell'art. 8 dello statuto dei lavoratori).

²⁰¹ Le concrete ipotesi applicative sono, anche in questo caso, eterogenee e variegate: si pensi ad esempio ad un contratto di mutuo caratterizzato dalla presenza di due mutuatari e nel quale uno di essi aveva concesso un'ipoteca a garanzia sia dello stesso mutuo, sia di una preesistente esposizione debitoria dell'altro mutuatario nei confronti del mutuante. La Corte di Cassazione ha in merito affermato che il mancato perfezionamento del contratto di mutuo (per mancanza della traditio rei), non implicasse nullità del negozio di concessione dell'ipoteca per la parte riguardante la preesistente esposizione debitoria, in assenza di elementi atti a dimostrare che tale negozio non sarebbe stato concluso senza la stipulazione del mutuo (Cass., 30 maggio 1987, n. 4822).

dall'altro opera una compressione quando è autoritativamente imposto il mantenimento del contratto a prescindere dal concreto assetto di interessi programmato dalle parti²⁰².

Nullità parziale soggettiva

In linea con la nullità parziale, definita sistematicamente come oggettiva, va collocata la figura della nullità parziale c.d. soggettiva, positivamente prevista dall'art. 1420 c.c. Il legislatore prevede che “nei contratti con più di due parti in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa la nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.”

Limitandoci, nella prospettiva assunta, ad una essenziale esposizione dei meccanismi che governano l'istituto, sembra opportuno capire preliminarmente quale sia l'ambito di applicazione della norma.

Per farlo, sembra necessario comprendere, prima di ogni altra cosa, l'esatta definizione della locuzione “contratto plurilaterale”, quale “luogo” in cui la nullità parziale soggettiva potrebbe astrattamente configurarsi. Esso, nelle diverse ricostruzioni, sembra doversi identificare come quel contratto che abbia per lo meno tre parti e che, in modo complementare sia teso alla realizzazione di uno scopo comune per le stesse²⁰³.

Ciò chiarito risulta necessario accertare, ai fini dell'applicazione della norma in questione, che la partecipazione di uno dei contraenti sia inessenziale rispetto agli altri: che il contratto cioè possa continuare comunque ad esistere e a produrre i suoi effetti, malgrado l'assenza del vincolo, così che risulti chiaramente che i contraenti avrebbero concluso il contratto anche senza quella parte del cui contenuto che è compita da

²⁰² La disposizione che si sta esaminando sembra apparentemente riprodurre l'art. 1339: tuttavia il rapporto tra l'art. 1419 c.c. e l'art. 1339 non deve però configurarsi in termini di antitesi e sovrapposizione bensì di complementarità.

²⁰³ In dottrina, su tale punto non mancano inevitabilmente contrasti. Secondo alcuni, vi sarebbe contratto plurilaterale solo in presenza di almeno tre parti e di uno scopo comune. Secondo altri invece, la figura in esame avrebbe modo di esprimersi anche in assenza dello scopo comune. Va peraltro rilevato che la posizione della giurisprudenza sembra avvicinarsi oggi alla prima ricostruzione. La Suprema Corte ha infatti affermato che “il contratto plurilaterale è caratterizzato dallo scopo comune di tutti coloro che vi partecipano, i quali sono titolari di interessi omogenei e convergenti, che trovano nel contratto il loro soddisfacimento attraverso un' utilità dello stesso tipo per ciascuno dei contraenti. Non rientrano, pertanto, nella predetta categoria i contratti di scambio con prestazioni legate da un vincolo di sinallagmaticità o, in altre parole, i contratti con prestazioni corrispettive in cui la prestazione di una parte è compiuta esclusivamente per il soddisfacimento degli interessi degli altri concorrenti” (Cass. 25 febbraio 1986, n. 1180, ma v. anche Cass., 10 marzo 1980, n. 1592).

nullità²⁰⁴.

4. L'affermarsi di nullità “anomale” quali strumento di protezione del contraente debole e la crisi del “dogma” della nozione unitaria di nullità;

Potrebbe sembrare quantomeno insolito porre a raffronto le due nozioni (tradizionalmente distinte), di nullità e buona fede²⁰⁵. Come è stato autorevolmente affermato, "la nullità codicistica, in contrapposizione all'annullabilità, si è formata sul tronco della dottrina della fattispecie e della carenza di elementi strutturali della stessa, via via allargatasi a punti di riferimento anche "esterni" alla stessa, ma appare impermeabile a regole di comportamento quali sono, per definizione, quelle che impongono nella situazione data un comportamento corretto e ispirato a lealtà e/o diligenza²⁰⁶. E tuttavia questa "facile" schematizzazione sembra non reggere in tutta la sua interezza, se solo si pensa alle più recenti evoluzioni che hanno contrassegnato la crescita, di "ruolo e funzione della buona fede e della correttezza, da tradizionale criterio residuale di valutazione del comportamento contrattuale, a fonte di pre-costituzione (in sede pre-contrattuale) e costruzione di pretese e doveri, ma anche come limite rispetto agli obblighi stabiliti dalla parti"²⁰⁷. E proprio sotto questo secondo profilo (nel senso di intendere cioè la buona fede non tanto in funzione integrativa del *quid actum*, ma quale limite rispetto a quanto dalle parti stabilito e voluto) che si instaura un punto di contatto con la figura della nullità.

L'opera giurisprudenziale si è fatta in ciò protagonista e soprattutto negli ultimi anni, è stata in grado di consolidare una serie di principi, affermati a suon di sentenze, che molto hanno fatto discutere.

²⁰⁴ Per approfondire si veda MESSINEO, Contratto plurilaterale, in Enc. Dir., X 1962, pagg. 139 e ss.

²⁰⁵ Lo stesso Codice Civile ha cura di tenerle nettamente distinte: della regola di buona fede e correttezza si discute in sede di parte generale delle obbligazioni (art. 1175 c.c.) e di interpretazione ed effetti del contratto (artt. 1366 e 1375 c.c.) mentre non vi è alcun ritorno della stessa con riferimento alle cause di nullità del contratto. Il rispetto della buona fede non è tra i requisiti del contratto (art. 1325) e dunque la sua violazione non figura fra le cause di nullità. Sul tema DI MAJO, Il contratto in generale, Tomo II, in Tratt. Dir. priv., diretto da Bessone, pagg. 86 e ss.

²⁰⁶ DI MAJO, op. cit., pag. 86.

²⁰⁷ DI MAJO, op. cit., pag. 86, sottolinea inoltre il fatto che al modello ancillare (della regola della buona fede) offerto dal diritto francese, affidato alla sola ed unica norma dell'art. 1134 del Civil Code, si è sovrapposto un diverso modello offerto dal diritto tedesco, ove la buona fede figura da criterio di rimodulazione del *quid actum*, tra le parti e ciò anche in funzione correttiva (oltre che suppletiva) di quanto da esse stabilito.

Si pensi a quelle sentenze della Cassazione affermanti che una delibera assembleare adottata a proprio esclusivo vantaggio dai soci di maggioranza di una società di capitali in danno ai soci di minoranza, è illegittima ed impugnabile ex art. 2377 c.c., in base al generale principio per cui i contratti, ex art. 1375 c.c., vanno eseguiti secondo buona fede.

Si pensi ancora ad una sentenza del 1999 in tema di leasing finanziario, ove i giudici supremi hanno ritenuto nulla una clausola del relativo contratto (precisamente quella dell'inversione del rischio, o anche detta, di esonero dalla responsabilità) perché ritenuta contraria al dovere di eseguire il contratto secondo buona fede.

Peraltro, anche dando uno sguardo ai Principi Unidroit in materia di contratti, la linea sembra essere la stessa. All'art. 1.102 infatti sembra accreditarsi la tesi per cui la buona fede sia destinata a misurare la validità di quanto dalle parti convenuto.

Ancora, un caso esemplare che segna il limite oltre il quale la giurisprudenza non ha ritenuto di andare, è costituito dall'insieme delle controversie svoltesi ed arrivate fino al terzo grado, in materia di intermediazione finanziaria

La figura della nullità (e nella specie, della nullità virtuale, come sopra descritta), è stata infatti chiamata in causa in una particolare configurazione, nell'ambito della legislazione sull'intermediazione finanziaria (D.Lgs. 58/1998) e con specifico riferimento ai contratti tra investitore ed intermediario, aventi ad oggetto la prestazione di servizi di investimento²⁰⁸. Non è certamente questa la sede per disquisire sulla natura di tal tipo di contratti²⁰⁹, bastando qui invece rilevare come nell'ambito di tale legislazione

²⁰⁸ Tali contratti, come detto, trovano la loro disciplina sia nel T.U dell'intermediazione finanziaria, sia, per la fase attuativa, nel Regolamento Consob 11522 del 1998. La legge, dopo aver definito i servizi di investimento (art. 1, comma 5) li regola alla disposizioni di cui all' art. 18 e ss., dettando norme sullo svolgimento dei servizi (art. 21) e sui relativi contratti (art. 23). Il regolamento, ulteriormente, dopo aver dettato regole di comportamento relative ai contratti

²⁰⁹ Sul contratto di intermediazione finanziaria, in base al quale l' intermediario si obbliga ad eseguire gli ordini impartiti dall' investitore, va quantomeno precisato che esso, nella sua unitarietà rappresenta un atto dotato di autonomia negoziale, li ove i relativi e successivi ordini non hanno invece una autonoma causa negoziali, trovando fondamento nel contratto di investimento medesimo (Così la dottrina maggioritaria, tra cui, da segnalare, C. MIRIELLO, Contratti di intermediazione finanziaria: forma, nullità virtuale e dintorni. Alcuni punti fermi, in Contratto e Impresa, 2008.

In giurisprudenza, l' unica sentenza che si addentra nella complessa ricostruzione della fattispecie negoziale è Trib. Rovereto, 18 gennaio 2006 in forza della quale l' inadempimento ai doveri dell' intermediario non è, dunque, causa di nullità virtuale). Se cioè appare evidente che il contratto di prestazione di servizi di investimento ed i singoli ordini (o atti di negoziazione) hanno fra loro un forte collegamento, altresì chiaro sembra che l'intera fattispecie legale vada ricondotta ad un unico contratto. La ricostruzione, in termini strettamente giuridici, sembra dirigersi verso l'individuazione di un

l'intermediario, già nella fase che precede la formazione del negozio, deve osservare una serie di regole comportamentali. Egli ha cioè l'obbligo, previsto da norme di legge, di osservare tutta una serie di comportamenti, incentrati sulla fide bona, nella formazione e nell'esecuzione del contratto, tra i quali, per menzionarne uno dei più rilevanti, quello di "comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati (...) nella prestazione dei servizi e delle attività di investimento e accessori"²¹⁰.

In moltissime controversie di merito, relative a crack finanziari più o meno eclatanti, era invalsa la prassi giurisprudenziale di considerare nulli i relativi contratti investimento (dando così fortissima tutela e protezione agli investitori) per violazione delle norme (considerate imperative) che impongono agli intermediari gli obblighi di comportamento sopra menzionati. Dopo un iter giurisprudenziale non del tutto lineare²¹¹, la Suprema

contratto di mandato, collegato ad un diverso contratto bancario (di conto corrente o deposito bancario) dai quali l'intermediario preleva la provvista per l'esecuzione del mandato stesso.

²¹⁰ Art. 21 TUF. Si tenga però presente che il quadro evolutivo della giurisprudenza in materia, è stato cristallizzato quando ancora era in vigore l'art. 6 della legge n. 1 del 1991 disciplinante i "principi generali e regole di comportamento" cui l'intermediario deve uniformarsi nei rapporti con il cliente. La norma, dopo aver enunciato il dovere di diligenza, correttezza e professionalità nella cura degli interessi di quest'ultimo (lett. a) e dopo aver posto a carico dell'intermediario il preliminare obbligo di pubblicare e trasmettere un documento contenente informazioni circa le proprie attività e la relativa regolamentazione, nonché circa il proprio eventuale gruppo di appartenenza (lett. b), stabilisce che i diversi servizi alla cui prestazione l'intermediario si obbliga verso il cliente debbono essere disciplinati da un contratto scritto (perciò destinato ad assolvere alla funzione c.d. di "contratto quadro" rispetto alle singole successive attività negoziali in cui l'espletamento di quei servizi si esplicherà), contratto di cui la stessa norma indica il contenuto minimo necessario ed una copia del quale deve essere trasmessa al cliente (lett. c). Segue poi una serie di regole legali, per la gran parte volte a disciplinare la prestazione dei servizi ipotizzati nel contratto: l'intermediario deve preventivamente acquisire, sulla situazione finanziaria del cliente, le informazioni rilevanti ai fini dello svolgimento dell'attività (know your customer rule) (lett. d); deve tenere costantemente informato il cliente sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni delle operazioni e su qualsiasi altro fatto necessario per il compimento di scelte consapevoli (lett. e); non deve consigliare né effettuare operazioni con frequenza non necessaria o di dimensioni inadeguate alla situazione finanziaria del cliente (suitability rule) (lett. f); non può, salvo espressa autorizzazione scritta, effettuare con il cliente o per suo conto operazioni nelle quali egli abbia, direttamente o indirettamente, un interesse conflittuale (lett. g); deve dotarsi di adeguate procedure di controllo interno (lett. h). Siffatte regole di comportamento, in esecuzione di quanto previsto dalla disposizione della lettera a) sopra citata, sono state poi ulteriormente precisate dalla Consob con proprio regolamento (reg. n. 5386 del 1991).

²¹¹ Sotto il profilo delle decisioni di merito è infatti segnalabile un primo orientamento (Trib. Milano, 25 marzo 2006; Trib. Trani, 31 gennaio 2006; Trib. Monza, 27 gennaio 2005, Trib. Palermo, 16 marzo 2005) secondo il quale le regole informative che gravano sugli intermediari nei loro rapporti con la clientela, devono considerarsi quali regole di validità le quali, se violate, incidendo sulla struttura e sul contenuto dell'atto, travolgono il contratto di borsa con la nullità, ex art. 1418 comma 1. Secondo altre pronunce invece, non si poteva parlare di vizio genetico relativo alla conclusione del contratto, ma di vizio funzionale che inerisce al contratto ormai perfezionatosi, cioè di difetto delle prestazioni da rendersi sulla base del contratto concluso, con la conseguente applicazione dei generali principi in

Corte, con due pronunce emesse nel luglio del 2007 (le c.d. sentenze gemelle - Cass., 26724 e 26725) ha ritenuto far luce su tale tendenza la quale, come accennato, valorizzando i principi generali di correttezza e buona fede nella formazione del contratto, produceva per ciò stesso una patologia genetica del negozio così formato.

I giudici supremi, se da un lato hanno avuto modo di affermare che devono essere valorizzate le norme che impongono obblighi di correttezza e buona fede degli intermediari, (e che le stesse debbano essere considerate quali norme imperative)²¹², ciò nonostante hanno rilevato come un eventuale

96 Estratto da Cass., Sez. Un. 23, ottobre 2007, n 26724.

contrasto con esse non possa determinare una nullità virtuale. La Corte ha infatti precisato che la “loro violazione non può essere, sul piano giuridico, priva di conseguenze [...] ma non è detto che la conseguenza sia necessariamente la nullità del contratto. Innanzitutto, è evidente che il legislatore - il quale certo avrebbe potuto farlo e che, nella medesima legge, non ha esitato ad altro proposito a farlo - non ha espressamente stabilito che il mancato rispetto delle citate disposizioni interferisce con la fase genetica del contratto e produce l'effetto radicale della nullità invocata dai ricorrenti.

Non si tratta certamente di uno di quei casi di nullità stabiliti dalla legge ai quali allude il terzo comma dell'art. 1418 c.c. Neppure i casi di nullità contemplati dal secondo comma dell'articolo da ultimo citato, però, sono invocabili nella situazione in esame. È vero che tra questi casi figura anche quello della mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, e che il primo di tali requisiti è l'accordo delle parti. Ma, ove pure si voglia ammettere che nella fase pre-negoziale la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario sopra ricordati siano idonei ad influire sul consenso della controparte contrattuale, inquinandolo, appare arduo sostenere che sol per questo il consenso manca del tutto; ed i vizi del consenso - se pur di essi si possa parlare - non determinano la

tema di inadempimento.

²¹² Nelle sentenze 26724 e 26725 il Supremo Collegio afferma che “si deve certamente convenire - ed anche l'impugnata sentenza d'altronde ne conviene - sul fatto che le norme dettate dal citato art. 6 della legge n. 1 del 1991 (al pari di quelle che le hanno poi sostituite) hanno carattere imperativo: nel senso che esse, essendo dettate non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari (come è ora reso esplicito dalla formulazione dell'art. 21, lett. a, del d. lgs n. 58 del 1998, ma poteva ben ricavarsi in via d'interpretazione sistematica già nel vigore della legislazione precedente), si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti.

nullità del contratto, bensì solo la sua annullabilità, qualora ricorrano le condizioni previste dagli artt. 1427 e segg. c.c.”²¹³.

Si vede, in questo primo tratto, come il supremo collegio escluda innanzitutto che la fattispecie concreta possa inquadrarsi nell'ambito : 1) della nullità testuale (posto che legge stessa non reca, anzi recava) una previsione di tal genere e 2) nella nullità di tipo strutturale.

La questione più complessa da risolvere inferisce, tuttavia, al terzo tipo di nullità che, come visto, è quella di carattere virtuale, per contrarietà a norme imperative. Se le norme di cui si è detto cioè, devono considerarsi come imperative (ed i giudici hanno a ciò risposto positivamente), una loro violazione dovrebbe determinare certamente una nullità virtuale. La Cassazione, per negare tale conseguenza ha ritenuto di recuperare tuttavia una distinzione, elaborata precedentemente dalla dottrina, che opera, all' interno della globale categoria delle norme imperative, una distinzione. Esse vanno infatti suddivise, secondo tale orientamento in regole di validità e regole di condotta.

Regole di validità e regole di condotta

Prima di illustrare come, attraverso tale demarcazione si sia addivenuti alla soluzione del problema, è utile rilevare che le complesse problematiche cui si è sopra accennato, ricevano una loro definizione attraverso l' uso giurisprudenziale della distinzione sopra menzionata: quella, lo si ribadisce, fra regole di validità e regole di correttezza (o responsabilità). Senza pretesa alcuna di completezza, sembra qui opportuno operare qualche precisazione in merito, utile al fine di aver più chiaramente presenti, ad un primo tempo, i contorni della nullità virtuale, e per poter meglio comprendere, in un secondo tempo, i profili conferenti della nullità di protezione.

Quella fra regole di validità e correttezza, prima di essere una differenziazione utilizzata dalle Sezioni Unite per dirimere il contrasto giurisprudenziale sopra accennato, è stata colta ed approfondita, oramai molti anni fa, da un civilista di grande spessore.

E' stato affermato che norme di validità e norme di correttezza si presentano con caratteri profondamente diversi: le prime consistono in regole tipicamente "formali", nel senso che i criteri da esse espressi – attenendo alla struttura del fenomeno (negoziale) – sono per lo più rigorosamente "formalizzati", cioè posti esplicitamente dal legislatore.

213

Viceversa le norme di correttezza si atteggiano come tipiche “clausole generali”, il cui contenuto precettivo non è direttamente indicato dalla legge, ma si desume da forme sociali tipizzate alla stregua di standards comportamentali dai contorni per lo più abbastanza ampi”²¹⁴.

Distinzione questa che, come si chiarisce nel lavoro monografico di risistemazione del tema, inferisce poi sul piano delle conseguenze.

“L” affermata autonomia del giudizio di validità rispetto al giudizio di correttezza postula ... che, date determinate regole di validità, non dovrebbe essere possibile – fuori dalle ipotesi tipizzate (e, per l” appunto, formalizzate) dal legislatore far discendere da una scorrettezza *in contrahendo*, per quanto grave e riprovevole (possa apparire) ... la invalidità dell'atto”²¹⁵.

Approfondita la distinzione operante all” interno della categoria delle norme imperative, è ancora da dire che la Cassazione abbia considerato le norme che impongono doveri di correttezza agli intermediari, come regole appartenenti alla species delle regole di condotta (o di responsabilità).

Hanno affermato i giudici che “la violazione dei doveri di informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzata alla prestazione dei servizi di 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 di intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto ove si tratti di violazioni riguardanti operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto di intermediazione finanziaria. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei su accennati doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto di intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell’art. 1418, comma 1 c.c.”²¹⁶.

²¹⁴ D'AMICO, op. cit., pag.11 .

²¹⁵ D'AMICO, op. cit., pag. 12 .

²¹⁶ Cass. Sez. Un. 23 ottobre 2007, n. 26724

Contratto illegale e contratto illecito

Ancora, sembra opportuno soffermare l'attenzione sulla sottile, ma essenziale distinzione tra illegalità ed illiceità. Come già ricordato, la lettera del codice distingue (salve le ipotesi di nullità testuali) fra nullità virtuali, per contrarietà a norme imperative e nullità strutturali. Queste ultime (nullità per mancanza dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c., per illiceità della causa, per illiceità dei motivi e per mancanza nell'oggetto dei requisiti di cui all'art. 1346 c.c.) certamente intendibili come insieme unitario, possono tuttavia essere vedute in una prospettiva di species, unificando, in un'unica categoria, le ipotesi di nullità strutturale connotate per il requisito dell'illiceità.

Ora, non è mancato chi, in dottrina, abbia voluto classificare il contratto nullo per tali violazioni, come contratto illecito, come tale contrapposto al contratto illegale, quale atto che si ponga semplicemente in contrasto con norme imperative²¹⁷.

A dire cioè che la nullità dovrebbe essere intesa alla stregua di cerchi concentrici: Al cerchio più ristretto costituito dal contratto con causa o motivo illeciti corrisponde un cerchio più ampio rappresentato dal contratto che si pone in contrasto con una norma imperativa²¹⁸.

La distinzione sembra mostrare, già in origine, alcune criticità: è infatti agevole notare che nella stessa norma sulla causa illecita ricorre, in ogni caso, la violazione di norma imperativa e che, a contrario, all'interprete che si accorga che un contratto viola una norma imperativa, non sarà di certo necessario andare a verificare se per avventura anche la causa sia illecita. A chi muove tali confutazioni potrebbe però risponderci che altro è violare direttamente una norma imperativa, altro è violarla indirettamente attraverso la causa. E' agevole, infatti, constatare che solo nel caso di contratto illecito, può escludersi possa esservi una conseguenza diversa dalla nullità: ove si tratti di contratto con causa od oggetto o motivo illeciti non sarà possibile che una (diversa) disposizione di legge escluda la conseguenza della nullità statuendo una diversa

²¹⁷ Si veda al riguardo innanzitutto ROPPO, *Il contratto*, op. cit., pagg. 746 e ss., ma si consideri che si tratta di problematica piuttosto risalente. Già la dottrina tedesca aveva ritenuto di operare una simile distinzione che, seppur non riconducibile ai paradigmi moderni, pur tuttavia poteva enuclearsi nel senso di distinguere, accanto alle nullità dipendenti dalla essenza del negozio giuridico, quelle "contenute in una legge positiva, nella quale sia proibito il negozio giuridico" In altre parole, già allora si dava atto della distinzione fra *lex perfecta*, *imperfecta*, e *minus quam perfecta*, a seconda che la legge disponesse la rescissione del negozio, nessuna conseguenza o la minaccia di una pena.

²¹⁸ DI MAJO, *Il contratto in generale*, Giappichelli, 2002, pag. 75.

sanzione. E ciò varrebbe soprattutto per i c.d. effetti indiretti, quali, ad esempio, il recupero del contratto nullo (artt. 799 e 2126 c.c.) o la sua conversione (art. 1424 c.c.).

Al di là delle concettualizzazioni teoriche è stato comunque rilevato che nella pratica, "ogni sforzo diretto a definire il contratto illecito rispetto a quello illegale è destinato ad un esito incerto"²¹⁹. E tuttavia, per quanto rileva ai nostri fini, non può non notarsi come l'irrecuperabilità degli effetti indiretti della nullità, anche in prospettiva delle varie ipotesi di nullità speciali che si andranno ad esaminare, sia un dato non trascurabile.

4. L'affermarsi di nullità "anomale" quali strumento di protezione del contraente debole e la crisi del "dogma" della nozione unitaria di nullità;

La legislazione comunitaria a tutela del contraente debole: nozione e caratteristiche dei contratti del consumatore

Non sembra possibile trattare del tema della nullità di protezione senza avere tratteggiato, ancorché in maniera breve e leggera, il profilo consumeristico delle clausole vessatorie (o abusive) quali categoria esemplare di raccordo, fra parte generale dedicata al tema della nullità, e specifica trattazione della "pura" nullità di protezione e senza aver, ancor prima ed in via di premessa, eseguito un rapido accenno alla disciplina del contratto del consumatore, quale terreno coesenziale per la comprensione delle dinamiche che sottendono alla categoria della nullità in questo campo. Limitandoci in questa sede ad un leggerissimo tratteggio del contrattualismo consumeristico, aderendo ad un livello di approfondimento minimo ma sufficientemente idoneo per affrontare successivamente la tematica della nullità di protezione "pura", è possibile iniziare col dire che il Codice del consumo, all' art. 3 comma 1, fornisce una definizione unitaria di consumatore ed utente. Deve qualificarsi come consumatore cioè "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta". A contrario, è definito giuridicamente professionista "la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un suo intermediario".

Può immediatamente osservarsi come, nel pieno rispetto delle indicazioni provenienti dalle fonti comunitarie e nazionali, la definizione generale inserita nell'art. 3, comma 1,

²¹⁹DI MAJO, op. cit., p. 76.

lett. a) del Codice del consumo ribadisce che consumatore o utente può essere esclusivamente la persona fisica, così come più volte ribadito sia dalla Corte di Giustizia della Comunità Europea sia dai nostri giudici.

Più nello specifico, la Suprema Corte di Cassazione nel 2001 ha affermato che al fine dell' applicazione della disciplina di cui agli artt. 1469 bis e ss. c.c. relativa ai contratti del consumatore, deve essere considerato tale e, per l'appunto "consumatore" la persona fisica che, anche se svolge attività imprenditoriale o professionale, conclude un qualche contratto per la soddisfazione di esigenze della vita quotidiana estranee all' esercizio di dette attività, mentre deve essere considerato "professionista" tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che, invece, utilizza il contratto (avente ad oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi e senza tale limitazione dopo l' entrata in vigore della citata L. n. 526 del 1999) nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale.

Perché ricorra la figura del "professionista" non è peraltro necessario che il contratto sia posto in essere nell' esercizio dell' attività propria dell' impresa o della professione, essendo sufficiente che venga posto in essere per uno scopo connesso all' esercizio dell' attività imprenditoriale o professionale.

Tale soluzione risponde, secondo la logica che l'ha costituita, al convincimento che l' ente (personificato o non) non possa agire per scopi estranei all' attività professionale svolta, poiché la sua attività è vincolata agli scopi indicati nell' atto costitutivo e nello statuto⁸. Né rileva in alcun modo, al fine di estendere la tutela destinata ai consumatori, la natura lucrativa o non profit dell' attività svolta dall' ente, poiché dirimente ai fini della definizione di consumatore non è lo scopo ultimo dell' attività prestata, bensì il carattere necessariamente professionale di tale attività, in quanto organizzata e non occasionale.

Va tuttavia segnalato che muovendo da considerazioni di giustizia sostanziale e di equità, gran parte della dottrina ha patrocinato un' interpretazione analogica della disposizione definitoria⁹ tale da estendere anche ad enti, personificati o no, connotati dalla medesima condizione di "debolezza" nei confronti del professionista che caratterizza le stipulazioni del consumatore persona.

Inoltre la ratio alla base della politica comunitaria di tutela del consumatore è di natura

economica piuttosto che sociologica ed equitativa, avendo di mira i mercati finali, in cui persone fisiche si contrappongono a professionisti e non i mercati intermedi, in cui si muovono piccole e medie imprese e liberi professionisti.

La soluzione scelta dal legislatore non ha peraltro comunque, impedito di riconoscere la qualifica di consumatore in un'ipotesi in cui l'operazione economica, formalmente riferita ad un ente, era in realtà riconducibile ad una pluralità di persone fisiche, come nell'ipotesi di contratti stipulati dall'amministratore di condominio, in qualità di mandatario con rappresentanza dei singoli condomini.

Non è tuttavia mancato chi¹³ abbia evidenziato come alcuni degli argomenti addotti dai giudici costituzionali non appaiano tuttavia molto persuasivi, tra cui in primis l'individuazione della finalità della normativa delle clausole vessatorie nella tutela di contraenti "privi della necessaria competenza per negoziare".

Secondo tale dottrina, inoltre, non convince neanche l'affermazione della Corte secondo cui i professionisti, i piccoli imprenditori e gli artigiani hanno "cognizioni idonee per contrattare su un piano di parità" con il predisponente poiché con il riferimento alla nozione di "parità", la Consulta sembra incorrere nell'errore di ritenere che la situazione di debolezza tutelata dalla normativa comunitaria risieda nella incompetenza del consumatore in relazione alla tipologia di contratto concluso. Né ha maggior pregio l'osservazione che una diversa soluzione legislativa circa l'ambito soggettivo di applicazione della normativa delle clausole vessatorie sarebbe contrario allo spirito della direttiva, poiché il rilievo, oltre a risolversi in un giudizio che non spetta alla Corte costituzionale esprimere, trattandosi di una questione di interpretazione del diritto comunitario che, ai sensi dell'art. 234 Trattato CE, spetta esclusivamente alle Corte di Giustizia delle Comunità Europee, a rigore, è estraneo al tema decidendum, non attenendo alla compatibilità tra art. 1469 bis, comma 2, c.c. e precetto di eguaglianza (art. 3 Cost.). I giudici delle leggi avrebbero forse dovuto limitarsi ad affermare che altro è agire per scopi "privati", altro è agire per scopi imprenditoriali o professionali, osservando – se del caso- il livello di circospezione, accortezza ed avvedutezza che si esigono dall'operatore professionale- e , dunque l'esigenza di tutela – è differente.

1.2 I contratti del consumatore e il rapporto con la disciplina codicistica: principi comunitari in tema di invalidità

Passando ora ad un livello di approfondimento più mirato, sembra possibile operare qualche accenno con riferimento alle caratteristiche dei contratti in cui una parte sia qualificabile come consumatore.

Tali contratti infatti, secondo una tradizionale visione, si caratterizzano: i) dal punto di vista soggettivo dall'essere stipulati tra un consumatore e professionista; ii) dal punto di vista finalistico, dall'essere stipulati da parte del consumatore per scopi extraprofessionali.

Come già ricordato, la disciplina di tali contratti originariamente era stata collocata all'interno del codice civile, in particolare negli artt. 1469 bis – 1469 sexies c.c., per quanto riguarda la disciplina delle clausole vessatorie, in virtù dell'art. 25 della L. 6 febbraio 1996, n. 52 (c.d. Legge comunitaria 1994), recependo la direttiva 93/13/CE, e negli artt. 1519 bis e ss. c.c., relativamente alla disciplina delle garanzie nella vendita di beni di consumo, in virtù del D.Lgs. 2 febbraio 2002, n. 24, in attuazione della direttiva 99/44/CE.

In seguito, in attuazione della delega legislativa contenuta nell'art. 7 della L. 29 luglio 2003, n. 229 ("Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001") ed in accoglimento dei rilievi espressi in proposito dal Consiglio di Stato, il legislatore ha espunto dal codice civile tali discipline, collocandole in apposito codice del consumo varato con il D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (rispettivamente negli artt. 33-37 e 128-135), nel quale è stata inserita una norma di chiusura che prevede un esplicito rinvio al codice civile per quanto ivi non previsto.

Può osservarsi preliminarmente come lo stesso Consiglio di Stato avesse raccomandato di accompagnare lo spostamento delle suddette norme del codice civile al Codice del consumo con l'inserimento di disposizioni di reciproco raccordo, "anche finalizzate a ribadire la soggezione dei contratti del consumatore ai principi generali e alla normativa del codice civile, per quanto non diversamente disposto" allo scopo di evitare che un mancato collegamento potesse far ipotizzare, l'impossibilità di applicazione dei principi generali del nostro sistema codicistico, la non applicabilità di principi fondamentali (quali, fra tutti, quelli rappresentati dagli artt. 1175, 1176, 1421 c.c.) o, in senso inverso, l'espansione delle previsioni degli artt. 1341 e 1342 c.c. Tale suggerimento è stato

peraltro felicemente recepito dal legislatore, che ha inserito nel D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 20617 l'art. 38 (come modificato dall'art. 6, D.Lgs. 23 ottobre 2007, n. 221), secondo cui "per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra il consumatore e il professionista si applicano le disposizioni del codice civile".

Il Codice del consumo rappresenta il risultato del tentativo di operare una ricostruzione unitaria di un nuovo modello contrattuale, nell'ottica di riconoscere e garantire una lista di diritti fondamentali alla precipua categoria dei consumatori (lista peraltro già contenuta nell'art. 1, comma 2, della L. n. 281 del 1998 e riproposta oggi nell'art. 2 del Codice) e che variamente riguardano la tutela della salute, la sicurezza e la qualità dei prodotti e dei servizi, il diritto ad una adeguata informazione, così come la corretta pubblicità, l'educazione al consumo, la correttezza, la trasparenza e l'equità nei rapporti contrattuali. E ancora, a vario titolo, la promozione e lo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti, l'erogazione dei servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza.

Neoformalismo negoziale

Andando più marcatamente a fondo nelle caratteristiche del tipo contrattuale previsto dal Codice del consumo, è possibile aggiungere che,

se una delle principali caratteristiche dei consumatori è ovviamente quella per cui possono essere considerati tali solo i contratti conclusi tra un consumatore, (inteso come "la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta"), ed un professionista, (definito come "la persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale o professionale, ovvero un suo intermediario"), va però posto l'accento su un altrettanto importante profilo, rilevante in quanto caratterizza precipuamente tale tipologia di contratti: il c.d. neoformalismo negoziale.

Con tale espressione si suole indicare la rinnovata tendenza del legislatore ad attribuire rilevanza giuridica a certi atti solo quando realizzati nelle forme previste dalla legge.

Se sol si guarda alla disciplina dei singoli tipi previsti dal Codice del consumo, ma, in una prospettiva più ampia ci si distolga da quel solo testo verso le recenti leggi speciali, chiaramente si vedrà che numerose sono le prescrizioni di forma scritta a pena di nullità del contratto introdotte di recente nel nostro ordinamento giuridico, sovente emanate in

attuazione di direttive comunitarie.

Tale contesto lo si percepisce immediatamente, in deroga al principio di libertà delle forme, ispirato alle esigenze di celerità dei traffici e di circolazione della ricchezza, che la dottrina tradizionale ha desunto dalle disposizioni codicistiche di cui agli artt. 1325, n. 4 e 1350 c.c.

La finalità di tali nuove prescrizioni di forma risiede non solo nella funzione di certezza del contenuto contrattuale, ma anche di trasparenza e più in generale di tutela della formazione del consenso del contraente che si trova in una posizione di debolezza contrattuale e che ha potuto solo aderire al contratto, senza poter influire sul suo contenuto.

In particolare le prescrizioni formali contenute nell'art. 1341 comma 2, c.c. e nella disciplina dei contratti con il consumatore integrano, secondo una definizione oggi molto in uso, delle "forme di protezione", volte a garantire la trasparenza contrattuale ed a garantire la conoscenza del contenuto del contratto a vantaggio del contraente che non ha partecipato alla sua predisposizione.

Così, il neoformalismo si sostanzia sovente non solo nella prescrizione della forma scritta del contratto, ma anche nell'imposizione di un contenuto obbligatorio di informazioni da fornire al contraente aderente prima della conclusione del contratto o all'interno del contratto (come ad e. il diritto di recesso), oltreché nell'obbligo di formulare le clausole del contratto in modo chiaro e comprensibile. Tali prescrizioni, come già ricordato e come si chiarirà più approfonditamente nel seguito, erano già contenute nella precedente disciplina consumeristica dettata nel codice civile (art. 1469 quater c.c.) ed in varie leggi speciali e sono state ora trasfuse all'interno del Codice di consumo.

5. Il ruolo e la funzione delle nullità del Codice del Consumo;

Le clausole vessatorie sono state originariamente un istituto del Codice Civile, precisamente collocate all'artt. 1469-bis e ss c.c., salvo poi in attuazione della delega legislativa contenuta nell'art. 7 della L. 29 luglio 2003, n. 229 ("Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione – Legge di semplificazione 2001") ed in accoglimento dei rilievi espressi in proposito dal Consiglio di Stato, essere espunte dallo stesso ed essere traslate in apposito codice del consumo varato con D.

Lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (precisamente, agli artt. 33, 34 e 36 cod. cons.).

Al di là del processo, come afferma Irti, di decodificazione e, prima ancora di interrogarci sulle ragioni storico-politico-legislative che hanno determinato la loro collocazione (scendendo quindi immediatamente sul piano tecnico) è possibile immediatamente ricordare come la loro configurazione in un contratto, determinasse prima la loro inefficacia e poi (dopo la traslazione nel Codice del Consumo) la loro nullità. E' immediatamente evidente quindi, l'attinenza dell'istituto al nostro tema, posto che la nullità oggi prevista, lungi dal seguire le tradizionali direttrici della categoria classica, assume forme e connotati del tutto peculiari.

E' possibile iniziare col dire che in base all'originaria formulazione, "Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista, che ha per oggetto la cessione di beni o la prestazione di servizi, si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto". Al di là della successiva presunzione di vessatorietà dei comma successivi, l'art. 1469-bis doveva raccordarsi con quanto disposto (sempre originariamente) dall'art.1469-quinquies (rubricato "Inefficacia") ai sensi del quale "Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 1469-bis e 1469-ter sono inefficaci mentre il contratto rimane efficace per il resto".

Oggi, con l'art. 36 del Codice del consumo, la disciplina delle clausole vessatorie mantiene identici una serie di elementi, mentre diverge nettissimamente per altri. Si potrebbe dire che rimangono al loro posto i presupposti strutturali per cui una clausola debba qualificarsi come vessatoria, ma cambia radicalmente il piano delle conseguenze che tale qualificazione è idonea a produrre. Il primo elemento che deve essere affrontato, riguarda evidentemente il "significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi", quale parametro fondamentale per la valutazione di vessatorietà e per la conseguente declaratoria di singole clausole contrattuali vessatorie, previsto sia dal vecchio art. 1469-bis c.c., sia dal nuovo art. 33 cod. cons.

Premesso che la scelta, già operata dal legislatore comunitario e poi recepita dal legislatore italiano, di porre alla base del controllo una clausola generale³⁰ dal contenuto elastico e non predeterminato, si colloca in una linea di stretta continuità con gli ordinamenti di alcuni Stati dell'Unione Europea che già in precedenza adottavano

sistemi di controllo delle condizioni generali di contratto basati sulla tecnica delle clausole generali, ai sensi e per gli effetti dell'art. 33 cod. cons., si considerano vessatorie le clausole contenute in un contratto concluso tra un consumatore ed un professionista che, seppur non contrarie a buona fede poiché motivate da apprezzabili interessi del professionista, determinano, in capo al consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

In primis, è da rilevare che ai sensi del successivo art. 34, la valutazione circa la sussistenza di tale significativo squilibrio, deve avere natura "giuridica", in quanto deve riguardare diritti ed obblighi delle parti, non potendo invece essere considerata di tipo economico, e dovendo essere effettuata tenendo conto della natura del bene o del servizio, delle circostanze esistenti al momento della conclusione e delle altre clausole contenute nel contratto o in altro contratto con esso collegato.

La vessatorietà, va poi precisato, non attiene alla determinazione dell' "oggetto del contratto, né all' "adeguatezza del corrispettivo, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile. Ciò che va davvero valutato invece è il se la clausola in contestazione per caso non arrechi un significativo svantaggio al consumatore, non controbilanciato da analogo svantaggio a carico del professionista, né da altra clausola prevista invece a suo vantaggio, in una visione complessiva del contratto.

È inoltre espressamente previsto che non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge o convenzioni internazionali ratificate dall' "Unione europea o dai suoi Stati membri, o che sono state oggetto di una specifica trattativa individuale o di trattativa specifica nell' "ipotesi di utilizzo di moduli o formulari (con onere della prova a carico del professionista).

Non può, sempre in via preliminare non menzionarsi il fatto che l' "art. 33, comma 2, del Codice del consumo proponga un elenco di venti clausole che si presumono vessatorie, salvo prova contraria (cioè tali sino a che non si dimostri l'assoluta assenza del significativo squilibrio di cui sopra) e fatte salve talune specifiche deroghe dettate con riferimento ai servizi finanziari e specificate nei successivi commi 3-6.

Viceversa, in caso di clausole non riconducibili al suddetto elenco, spetta al consumatore l' "onere di provare che la clausola contestata determina un significativo squilibrio, non potendo in tale ipotesi trovare applicazione il principio dell' "inversione dell' "onere

probatorio.

Il legislatore, utilizzando la possibilità di introdurre una disciplina più rigida rispetto a quella della direttiva, ha peraltro previsto anche un secondo elenco di clausole da considerare “in ogni caso abusive”, anche se oggetto di trattativa individuale.

La buona fede nella disciplina consumeristica.

Il secondo presupposto essenziale della disposizione, oltre a quello relativo al significativo squilibrio, concerne il riferimento all'elemento della buona fede.

L'art. 33 Cod. Consumo ripropone il contenuto del vecchio art. 1469 bis, 1° comma, c.c., prevedendo che “Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede³⁶, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto”.

Infatti, nonostante il suggerimento del Consiglio di Stato di sostituire l'espressione “malgrado la buona fede” con quella di “in contrasto con la buona fede”, il legislatore ha preferito mantenere inalterato il testo dell'abrogato art. 1469 bis, comma 1, c.c. in virtù della motivazione che così si garantisce “un maggior livello di tutela al consumatore, permettendo di qualificare come abusive le clausole contrattuali che determinano un significativo squilibrio tra le prestazioni, in danno del consumatore, nonostante la buona fede soggettiva dell'altro contraente, senza richiedere l'accertamento ulteriore della violazione delle regole della buona fede” .

Come noto, già sotto la vigenza dell'art. 1469 bis c.c. l'espressione “malgrado la buona fede” era stata criticata per la sua ambiguità e interpretata in vario modo dalla dottrina e dalla giurisprudenza che si era pronunciate in materia.

Precisamente, l'espressione “malgrado la buona fede” è stata interpretata da un orientamento, potremo dire, minoritario, (seguito peraltro da qualche corte di merito), come buona fede soggettiva del professionista.

In particolare e su tale linea, è stato osservato da alcuni giudici di merito come, nei contratti tra consumatore e professionista, ai fini dell'accertamento dell'abusività di una clausola, l'espressione “malgrado la buona fede” significherebbe che la buona fede soggettiva, accertata in capo al professionista, non elimina il carattere abusivo di una

clausola di cui venga accertato l'elemento oggettivo del significativo squilibrio contrattuale.

Tale orientamento peraltro si basa sul dato letterale della direttiva comunitaria, che contiene l'espressione "en dépit de l'exigence de bonne foi" traducibile con "malgrado la buona fede", oltre che sulla ratio di tutela del consumatore. Nella convinzione che l'inopponibilità al consumatore della buona fede soggettiva del professionista e, al contempo, l'esonero della prova della contrarietà a buona fede della clausola, costituisca una tutela più forte.

L'orientamento maggioritario propende, tuttavia, per una lettura della buona fede in senso oggettivo.

A tal fine si sostiene che la traduzione migliore dell'espressione "en dépit de l'exigence de bonne foi" contenuta nella direttiva sia: "in dispetto" o "contro" la buona fede (intesa in senso oggettivo), così come d'altronde tradotta nella versione tedesca e inglese della direttiva (che contengono rispettivamente le espressioni: "entgegen den Gebot von Treu und Glauben" e "contrari to the requirement of good faith").

Dal punto di vista sostanziale, si rileva inoltre che l'interpretazione nel senso della buona fede oggettiva non comporti alcuna attenuazione della tutela del consumatore, non imponendogli alcun onere probatorio.

Come precisato, infatti, anche dal Consiglio di Stato, il duplice riferimento alla buona fede ed al significativo squilibrio deve essere inteso come una "endiadi rafforzativa", poiché il significativo squilibrio non è altro che una figura sintomatica della contrarietà al principio della buona fede.

A conferma di ciò – aggiunge il Consiglio di Stato -, basti rilevare che la legge di attuazione francese della medesima direttiva (n. 95/96 del 1° febbraio 1995) non ha ritenuto necessario (art. 1, modificativo dell'art. L.132-1 del Code de la Consommation) richiamare il criterio di buona fede, e ha ristretto la formulazione della clausola generale al mero richiamo dello "squilibrio significativo" tra diritti ed obblighi delle parti.

Una posizione più legata alla lettera della direttiva comunitaria – ma sempre nel senso della buona fede oggettiva poi, è quella del legislatore tedesco, che nel nuovo paragrafo 307 del BGB (introdotto da una legge del 26 novembre 2001) dispone che "Le clausole

abusiva sono quelle che, in violazione dei precetti della buona fede, pregiudicano in misura rilevante la controparte del professionista (Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam wenn sie dem Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen)”. Analogamente alla Germania, il Regno Unito – pur non possedendo la clausola della good faith tipica dei sistemi di civil law – ha ripreso quasi pedissequamente la direttiva comunitaria nella Unfair Terms in Consumer Contracts Regulation, approvata il 14 dicembre 1994, all’ art. 5, considerando anche in questo caso il significativo squilibrio come figura sintomatica del contrasto con la buona fede in senso oggettivo.

Non che si voglia prendere posizione sull’argomento, ma, anche in ossequio alle consolidate posizioni dominanti, tale seconda soluzione esegetica si ritiene preferibile.

Tuttavia, anche tale interpretazione non consente di dissipare ogni e qualsivoglia dubbio interpretativo. In particolare, ci si è interrogati sul significato da attribuire al controllo di vessatorietà basato sia su richiamo al principio di buona fede che sul significativo squilibrio.

In merito al criterio del significativo squilibrio, un apprezzabile orientamento suggerisce una valutazione incentrata sull’ assetto di interessi come divisato nella disciplina dispositiva derogata dalla clausola vessatoria, mentre altro indirizzo sembra adottare un giudizio di significativo squilibrio in relazione al ruolo svolto dalle parti contrattuali nel corso del rapporto ed alla possibilità concreta di gestire il rischio nell’ ambito della propria sfera organizzativa.

Un ulteriore dubbio interpretativo è legato al rapporto tra significativo squilibrio e clausola generale di buona fede.

Secondo parte della dottrina, la buona fede nell’ ambito delle clausole vessatorie significherebbe assenza di significativo squilibrio.

Tale interpretazione, che implica una sostanziale coincidenza tra buona fede e significativo squilibrio, è stata però criticata da altra parte della dottrina che, in coincidenza del fatto che sono due i requisiti, in rapporto di cumulo, ha evidenziato come il controllo di vessatorietà debba comprendere (non solo l’ accertamento della presenza di un significativo squilibrio ma anche) la verifica in merito al se il significativo squilibrio sia contrario a buona fede.

La giurisprudenza, comunque, sembra focalizzare la sua attenzione solo sul significativo squilibrio.

Come già evidenziato, la rilevanza della buona fede in ambito consumeristico si rileva anche come regola di trasparenza, anche se sul punto l'esplicita regola codificata all'art. 35 del Codice del consumo (prima contenuta nell'art. 1469 quater c.c.) toglie terreno all'applicazione della clausola.

2.2 Controllo giudiziale della vessatorietà

Capillare peculiarità della disciplina dei contratti del consumatore è data dal controllo giudiziale della vessatorietà delle clausole, che si esplica attraverso una valutazione del "significativo squilibrio" e della contrarietà alla buona fede, che deve tener conto della natura del bene o servizio oggetto del contratto e delle circostanze esistenti al momento della conclusione del contratto, oltre al contenuto delle altre clausole presenti nel contratto o in altri contratti ad esso collegati.

Trattasi di nullità parziale, poiché, ove il giudice accerti la presenza di una clausola vessatoria, dovrà dichiararla nulla espungendola dal testo contrattuale il quale, per il resto, rimane perfettamente valido ed efficace, senza che la dinamica possa incidere cioè sull'assetto di interessi diviso dai contraenti.

In via preliminare è possibile già ora aggiungere che si tratta di una nullità che opera solo a vantaggio del consumatore (nullità relativa) e può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

L'art. 1469 bis, comma 3, n. 19, ora trasfuso nell'art. 33, comma 2, lett. u), del Codice del Consumo, stabilisce che: "si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto o per effetto di stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore".

L'interpretazione di tale disposizione ha creato non pochi dubbi in dottrina e numerosi contrasti nella giurisprudenza. Sia di merito che di legittimità, risolti tuttavia successivamente ad opera delle Sezioni Unite che hanno enunciato il seguente principio di diritto: "La disposizione dettata dall'art. 1469 bis, comma 3°, n. 19 c.c. si interpreta nel senso che il legislatore nelle controversie tra consumatore e professionista, abbia stabilito la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo della residenza o del

domicilio del consumatore, presumendo vessatoria la clausola che individui come sede del foro competente una diversa località”.

Un primo argomento contrario alla introduzione del foro esclusivo del consumatore, fatto proprio da gran parte della dottrina, poggia su una interpretazione meramente letterale dell’ art. 1469 bis, comma 3, n. 19, c.c., che non fa alcuna menzione esplicita di un foro esclusivo del consumatore.

Un ulteriore argomento si basa sul conflitto che si verrebbe a creare tra l’ art. 1469 bis, comma 3, n. 19, c.c. (ora art. 33, comma 2, lett. u), Codice del consumo) ed il successivo art. 1469 ter, comma 3, c.c. (ora art. 34, comma 3, Codice del consumo) il quale contiene una presunzione assoluta di non vessatorietà delle clausole che riproducono norme di legge ("non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge"). Se ne è concluso che, qualora il professionista preveda una clausola con cui deroghi al foro del consumatore, a vantaggio di un foro previsto ex artt. 18, 19, 20 c.p.c., tale clausola non sia vessatoria in quanto rientra nella previsione dell’ art. 1469 ter, comma 3 c.c.

Entrambi i suddetti argomenti a sostegno del rifiuto dell’ introduzione del foro esclusivo del consumatore sono stati, ne va dato atto, in un primo momento, condivisi anche dalla giurisprudenza di legittimità.

Nella motivazione dell’ ordinanza del 24 luglio 2001, n. 1008657, si legge infatti che l’ art. 1469 bis, 3° comma, n. 19, "si limita a regolamentare un’ ipotesi di vessatorietà presunta della clausola contrattuale e non a statuire su un foro esclusivo per il consumatore. Quando il legislatore ha inteso istituire fori esclusivi per le cause del consumatore, come con l’ art. 12 del D.Lgs. n. 50/1992, per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, e con l’ art. 10 D.Lgs. n. 427/1998, in materia di multiproprietà, lo ha fatto espressamente".

A poco più di un mese di distanza da tale pronuncia, tuttavia, la Suprema Corte ha ritenuto però di modificare il proprio orientamento, affermando che l’ art. 1469 bis, comma 3, n. 19, c.c., ha introdotto un foro esclusivo del consumatore, anche se derogabile a seguito di trattativa individuale (art. 1469-ter, comma 4, c.c.) il quale esclude, sia sotto il profilo dell’ incompatibilità, che per il principio della successione delle leggi nel tempo, ogni altro foro, ed in particolare anche quelli di cui agli artt. 18 e 20 c.p.c., indipendentemente dalla posizione processuale assunta dal consumatore,

ponendosi rispetto alla normativa codicistica come foro speciale.

Argomentando diversamente – sostiene la Suprema Corte – verrebbero frustate le finalità di tutela processuale del consumatore perseguire con tale norma, svuotando la disposizione di significato nell’ eventualità che la clausola vessatoria sia riprodotiva di una norma di legge.

E’ da dire che nonostante la non felice formulazione della norma, una tale interpretazione non può in tutto e per tutto ritenersi obbligata, ben potendosi privilegiare la diversa teorica, suggerita dalla dottrina, ed in linea con la finalità della norma (di tutela del consumatore), in base alla quale le clausole riprodotte di una disposizione di legge, possono considerarsi vessatorie solo quando riguardino previsioni di carattere generale che incidano sull’ equilibrio delle parti e non già se si pongano in contrasto con le specifiche disposizioni di cui ai n. da 1 a 20 della stessa legge ed in particolare, per quanto riguarda la competenza, con la disposizione di cui al n. 19 e non escludano quindi surrettiziamente il foro esclusivo del consumatore, a meno che la deroga non sia frutto di una trattativa individuale.

Diversamente, sarebbe da considerare inutile la stessa disposizione di legge, in quanto facilmente aggirabile in presenza dei vari fori alternativi che le norme sulla competenza prevedono e che legittimerebbe una competenza diversa da quella del foro del consumatore, nonostante la particolare rilevanza attribuita dal legislatore a proprio a quest’ ultimo, con la previsione, addirittura, della rilevanza d’ ufficio della clausola vessatoria medesima

Al fine di sanare il contrasto interpretativo, sono finalmente intervenute le Sezioni Unite della Cassazione (ordinanza 1° ottobre 2003, n. 1466961), che hanno affermato che la disposizione dettata dall’ art. 1469 bis, comma 3 n. 19, c.c., deve essere interpretata nel senso di intendere che il legislatore, nelle controversie tra consumatore e professionista, abbia stabilito un foro esclusivo del consumatore (quello del luogo dove ha la residenza o il domicilio effettivo), anche se derogabile a seguito di trattativa individuale, escludendo l’ operatività dei fori previsti dagli artt. 18, 19 e 20 c.p.c.. Tale foro speciale – che opera a prescindere dalla posizione processuale assunta dal consumatore – prevede la competenza territoriale esclusiva del giudice del luogo dove il consumatore ha la residenza o il domicilio elettivo, prevedendo la presunzione di vessatorietà di una

clausola che prevede un diverso foro competente.

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite senza dubbio è la più adatta ad assicurare una auspicabile tutela effettiva del consumatore, quale parte debole del contratto; va segnalato tuttavia che, in occasione dell'entrata in vigore del Codice del consumo, in cui sono confluite anche le altre disposizioni dedicate alla tutela processuale del consumatore dettate nelle normative di settore concernenti i contratti negoziati fuori dei locali commerciali ed i contratti a distanza (art. 12 del D.Lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 e 10 del D.Lgs. 9 novembre 1998, n. 427), sarebbe stato forse opportuno che il legislatore dettasse un'unica disposizione relativa al foro competente per le controversie di cui è parte il consumatore, che stabilisse come foro esclusivo quello della residenza o del domicilio del consumatore, articolando la derogabilità del foro medesimo a seconda delle singole ipotesi contrattuali.

Operata la scelta di portare all'interno del Codice del consumo la disciplina delle clausole abusive, il legislatore ha provveduto ad una diversa qualificazione delle conseguenze dell'accertamento della vessatorietà delle clausole medesime, sostituendo alla inefficacia di cui all'art. 1469 quiquies c.c., la nullità dell'art. 36 del Codice in esame.

Lasciando al paragrafo seguente la specifica disamina dell'attuale rimedio della nullità, è possibile qui premettere che la rilevanza della modificazione, non sembra però soltanto terminologica; essa infatti attribuisce rilievo positivo alla categoria della nullità di protezione, sinora solo dottrinale, ed idonea a produrre conseguenze significative sia sul piano sistematico sia su quello operativo.

Storicamente, già negli anni settanta era infatti iniziata, a livello dottrinario, una riflessione sulle ipotesi nelle quali l'ordinamento potesse intervenire di fronte a situazioni di disuguaglianza nelle posizioni dei contraenti al momento della contrattazione, per realizzare un riequilibrio attraverso tecniche volte ad eliminare la clausola pregiudizievole, conservando però per il resto il contratto. In questa prospettiva, si affermò inizialmente la configurabilità di un controllo di tipo sostanziale delle clausole vessatorie, che per colmare le lacune facesse operare un meccanismo di integrazione, nelle ipotesi riconducibili alla disciplina generale dell'art. 1339 c.c., con le norme imperative che si fossero poste in contrasto con la clausola considerata.

Si affermarono varie linee di pensiero invero, tutte accomunate dalla configurabilità di un controllo sostanziale delle clausole vessatorie, con la conseguenza, secondo una delle prime riflessioni, che “qualora tali clausole fossero risultate in contrasto con i principi riassunti nell’ art. 41 Cost., e quindi nulle, si sarebbe determinato l’ effetto di far riacquistare vigore alle norme dispositive derogate da quelle clausole.

Venne successivamente proposta l’ idea di un controllo avente ad oggetto non l’ idoneità strutturale o funzionale dell’atto, ma il contenuto del potere di autonomia attribuito ai privati, potendosi in tal modo affermare che in caso di “eccesso” rispetto al potere di autonomia attribuito dall’ ordinamento alle parti, la reazione non fosse la nullità ma l’ inefficacia o inqualificazione delle clausole considerate, con conseguente “stralcio” dal contenuto del contratto, della regola pattizia nella quale si manifestava l’ eccesso.

Questa ipotesi venne peraltro poi ripresa dalla dottrina successiva, al fine, diremo conferente, di escludere l’ applicabilità della disciplina della nullità parziale e della conversione.

Anche dal lato giurisprudenziale, storicamente, si compiva un interessante itinerario, che partiva e si ancorava già a quanto disponeva l’ art. 1341 c.c. e ritenendo che la specifica approvazione per iscritto delle clausole onerose o vessatorie fosse richiesta a tutela del solo aderente, con la conseguenza che certo, la mancanza della specifica approvazione comportasse nullità ma anche che “legittimato a far valere l’ inosservanza del requisito della specifica approvazione per iscritto di una clausola onerosa è solo l’ aderente e che la carenza della forma prescritta può essere rilevata d’ ufficio, ex art. 1421 c.c.”.

La stessa giurisprudenza aveva peraltro ritenuto, anticipando i tempi, che il tenore testuale dell’ art. 1341 c.c. escluda l’ applicabilità dell’ art. 1419 c.c. con la conseguenza che la clausola debba ritenersi *tanquam non esset*, ferma l’ applicazione, per la parte non derogata, della disciplina generale della nullità.

Ma si sa, la forza della tradizione non è agevolmente (ed immediatamente) superabile, ed ha influenzato il legislatore nell’ introdurre, proprio al fine di escludere, ab origine, l’ applicabilità dell’ art. 1419 c.c., il rimedio dell’ inefficacia.

In ogni caso, la modificazione del testo originario dell’ articolo in esame, con l’ espressa previsione della nullità delle clausole vessatorie preclude ogni residuo dubbio. Anzi si potrebbe affermare che l’ introduzione in questo codice di settore, di

questo tipo di nullità, sancisce il definitivo consolidamento dell'opinione secondo la quale l'esigenza di protezione del contraente debole può determinare, anche al di là delle specifiche leggi di settore, una articolata modulazione della disciplina della nullità, all'interno della quale le regole tradizionali sulla legittimazione all'azione, sulla rilevanza d'ufficio della nullità, sulla nullità relativa, si adattano all'esigenza di protezione di classi di contraenti tipicamente ritenute meritevoli di interessi.

E' possibile aggiungere che, a livello sistematico, la qualificazione in termini di nullità delle clausole vessatorie comporterà l'applicabilità diretta della disciplina generale in tema di nullità, derogabile di volta in volta secondo un giudizio di compatibilità.

Nel proseguo della trattazione, ci si dovrà pertanto a fondo interrogare sul concreto operare della norma di cui all'art. 36 cod. cons., tenendo perfettamente a mente, le varie considerazioni svolte all'inizio della presente trattazione, sul piano della invalidità in generale e della nullità in particolare.

L'art. 36 del Codice del Consumo prevede, lo si ricorda ancora una volta, quale sanzione per la vessatorietà delle clausole la nullità relativa, con conseguente venire meno della clausola ritenuta vessatoria e con salvezza del contratto, che rimane valido ed efficace per il resto.

Si tratta, lo si avverte subito, di una nullità con caratteristiche molto diverse rispetto a quelle di cui si è trattato nel primo capitolo del presente elaborato. Tale nullità infatti opera solo a favore del consumatore, ma è rilevabile d'ufficio dal giudice.

Trattasi, quindi, di una nullità che, come vedremo è inquadrabile fra quelle c.d. di protezione⁷⁰ ispirata dall'esigenza di protezione speciale del consumatore, inteso quale "parte debole" del contratto sottoscritto con il professionista, rispetto al quale si trova in una posizione di asimmetria contrattuale. Di qui – evidenzia il Consiglio di Stato - un approccio specifico, ignoto al codice civile del 1942 e fondato su un concetto formale di eguaglianza, diretto a garantire una tutela sostanziale, attenta all'equilibrio effettivo – normativo ed economico – del contratto.

Come già ricordato, la sanzione della nullità per le clausole vessatorie al posto del riferimento contenuto nell'art. 1469 quinquies c.c. all'inefficacia, costituisce una novità apportata dal legislatore del Codice del consumo in accoglimento delle indicazioni formulate dall'orientamento predominante della dottrina e dal Consiglio di

Stato.

In ogni caso, già sotto il vigore dell' art. 1469 quinquies c.c., l' orientamento dottrinale e giurisprudenziale prevalente si era espresso, come già ricordato, nel senso di intendere il riferimento all' inefficacia quale sinonimo atecnico di nullità relativa o, meglio, di nullità di protezione.

Si tratta pertanto di una nullità di protezione, costituente una species del genus delle nullità contrattuali per violazione di norme imperative di cui all' art. 1418, comma 1, c.c.. Nullità di protezione peraltro già rinvenibile espressamente sia in disposizioni del codice civile come l' art. 1815, comma 2, c.c. sugli interessi usurari, sia in leggi di settore come l' art. 127, comma 2 del t.u. in materia bancaria (D.Lgs. n. 385 del 1993), sulla trasparenza delle condizioni contrattuali.

Per tali motivi, il Consiglio di Stato ha affermato che la qualificazione in termini di nullità è in definitiva necessaria nell' ottica del coordinamento delle disposizioni vigenti e, soprattutto, allo scopo di assicurare un livello pieno ed effettivo di tutela del consumatore.

Tale suggerimento è stato poi recepito dal legislatore, che ha a tal fine sostituito la sanzione dell' inefficacia con quella della nullità.

L' abbandono della categoria dell' inefficacia è stato necessario, per completare così esaurientemente il quadro delle spinte propulsive che hanno determinato il cambiamento, anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, con riferimento alla normativa sulle clausole abusive, aveva affermato la necessità che il giudice potesse procedere d' ufficio al controllo delle clausole negoziali, in ragione della natura inderogabile degli interessi che la normativa comunitaria intende tutelare.

6. Ricostruzione di una moderna categoria giuridica della nullità.

Dai rilievi svolti sin qui, appare legittimo affermare, in primo luogo, che alla luce dei recenti sviluppi normativi e dottrinari, la "vecchia" concezione unitaria dell' invalidità, intendibile come categoria giuridica omogenea, è entrata in crisi.

La produzione legislativa degli ultimi decenni ed in particolare quella di derivazione comunitaria, ma non solo, sembra aver determinato un profondo ripensamento di questa figura.

Appare invero sempre più realistica l' affermazione secondo cui si sarebbe in presenza di un passaggio dalla nullità, intesa in senso tradizionale, a nuove forme di nullità, necessariamente variegata, eterogenea, multiforme, fisiologicamente differenziate dal punto di vista strutturale e di disciplina giuridica, con introduzione di sempre più incessanti, frequenti e vistose deroghe al sistema tradizionale, fondato su quelle differenze ontologiche tra nullità e annullabilità alle quali si è fatto riferimento nel primissimo inizio di questo elaborato.

Si tratta invero di un fenomeno che sembra aver investito, in primo luogo, il profilo qualitativo della figura in esame, andando ad intaccare propriamente ed addirittura l' entità dell' interesse tutelato dall' istituto. E' dato riscontrare negli ultimi anni, come osservato nel capitolo che precede, un ripetuto impulso da parte del nostro legislatore diretto a sanzionare (assiduamente e) con il rimedio della nullità fattispecie in cui entra in gioco la lesione di interessi individuali e particolari, relativi alla posizione di contraenti che si trovano in una situazione di debolezza e in presenza, quindi, di un' asimmetria contrattuale.

E questa frantumazione del carattere unitario della nullità non poteva non ripercuotersi, come si avrà modo di considerare approfonditamente in seguito, sulla stessa disciplina prevista dagli artt. 1418 e ss. c.c. e, in particolare, sulla disposizione dettata dall' art. 1421 c.c. in materia di legittimazione assoluta³. Come peraltro le ripercussioni, si osserverà, sono avvertibili anche sotto l' altro profilo (che caratterizza la normativa tradizionale in materia di nullità) relativo alla rilevanza d' ufficio incondizionata⁴, nonché con riferimento agli istituti della convalida e della sanatoria⁵. Procedendo però gradualmente e per piccoli passi, posto che un mutamento è in atto ed anzi, ha raggiunto un rilevante consolidamento, non potendo essere più considerato una tendenza, deve scientificamente operarsi una analisi che porti l' interprete a focalizzare non solo e non tanto la distanza che la figura della nullità moderna sembra prendere da quella tradizionale, quanto invece l' insieme delle differenze, dei cambiamenti, degli orientamenti che ne hanno determinato la caratterizzazione.

1.1 Nullità assoluta e nullità relativa

Come già rilevato nel primo capitolo, nella sistematica classica delle patologie negoziali la dottrina ha sovente usato distinguere, in base al criterio della cerchia degli interessi

protetti, l'invalidità assoluta da quella relativa, identificando nella relatività un carattere proprio dell'annullabilità e nell'assolutezza un connotato tipico della nullità⁶ e rilevando, fra l'altro come una qualsivoglia limitazione alla legittimazione attiva debba considerarsi il riflesso, oltre che della riferibilità dell'interesse protetto a un soggetto determinato, del peculiare modo di operare di questa forma di nullità: nei confronti del soggetto legittimato, così che non incombe su di esso l'onere di un'iniziativa processuale per far accertare la inoperatività del negozio nei suoi confronti.

Sotto il profilo dell'individuazione dell'insieme dei caratteri distintivi tra nullità assoluta e nullità relativa e rinviandosi a quanto già considerato in proposito, qui è possibile aggiungere che secondo una tesi accreditata, il concetto di nullità relativa esprime precisamente un limite alla legittimazione attiva a far valere la carenza attuale di effetti in cui versa il contratto nullo.

Parlare di nullità assoluta è allora una maniera enfatica per dire che non è predeterminata la cerchia dei soggetti legittimati a esperire la relativa azione.

Secondo questa specifica prospettiva sembra discendere la coerenza dogmatica della categoria, nonché una base positiva nella clausola di salvezza posta dall'inciso iniziale dell'art. 1421 c.c. Tuttavia rimane da spiegare il fondamento del suo carattere specifico e differenziale: la riserva di legittimazione soltanto in capo ad alcuni soggetti.

A questo proposito, mentre alcuni scrittori si richiamano al fenomeno della relatività delle qualifiche e situazioni giuridiche⁹, altri cercano la spiegazione su un piano sostanziale di interferenza di ordinamenti non omogenei¹⁰, nel senso – precisa qualcuno – che la migliore realizzazione di interessi fondamentali può essere affidata all'iniziativa di quei soggetti che ne sono, nella fattispecie data, occasionali depositari.

Dal punto di vista infine dell'interesse tutelato, comune a queste ricostruzioni è l'individuazione dell'interesse generale quale fondamento della nullità, anche quando questa assuma natura relativa, assumendosi cioè che la nullità in genere e la nullità relativa in specie integrerebbero rimedi tipicamente orientati alla tutela di un interesse superindividuale.

1.2 La nullità di protezione: fondamento, interesse tutelato e principali ipotesi nella casistica giurisprudenziale e nella legislazione speciale

Si è voluto dedicare, effettuare ancora una volta, un rapido accenno alla categoria della

nullità relativa se ed in quanto tale figura risulta strettamente e intimamente legata al concetto di nullità di protezione, categoria questa, che ricorre in quelle ipotesi in cui la nullità è comminata per l'inosservanza di norme poste a tutela del contraente che versi secondo la legge in condizione di debolezza rispetto alla controparte contrattuale.

In altri termini, la pronuncia di nullità potrebbe in concreto danneggiare la parte che la legge vuole proteggere e allora il legislatore riserva al solo contraente protetto il potere di fare valere la nullità, negandolo alla controparte, nell'ambito di un'operazione limitativa che si saldi con la ratio protettiva della norma, che verrebbe vanificata ove fosse consentito di dedurre la nullità anche a soggetti diversi da quello destinatario della tutela.

Se nel corso della trattazione ci si soffermerà approfonditamente su talune ipotesi applicative di particolare importanza¹², è qui possibile già accennare (in via di prima premessa e per dare concretezza alle riflessioni astratte sin qui eseguite), a molteplici esempi di nullità di protezione, individuati, variamente, nella nullità del contratto di edizione a termine in cui non sia indicato il numero minimo di esemplari da eseguire (art. 122, comma 5, n. 633/1941) e nella nullità del contratto di vendita di un immobile di interesse storico o artistico non accompagnato dalla denuncia al ministro competente (combinato disposto degli artt. 30 e 61 della abrogata legge 1° giugno 1939, n. 1089, in materia di "Tutela delle cose di interesse artistico o storico")¹³ o della alienazione delle cose di antichità o d'arte di proprietà dello Stato o di altri enti pubblici (art. 24 della legge appena citata) essere opposta e promossa unicamente dal ministero entro due anni dalla vendita o dalla locazione. Qui, dietro il nomen "nullità", emerge un tipo di invalidità in effetti assimilabile per le sue caratteristiche (in particolare, il limite temporale all'opponibilità e all'esercizio dell'azione), all'annullabilità.

Questa sorta di osmosi tra categorie si rinviene anche nell'art. 21 della legge 3 maggio 1982, n. 203 (Norme sui contratti agrari): la norma, dopo avere vietato i contratti di subaffitto, di sublocazione e comunque di subconcessione dei fondi rustici, ha stabilito che "la violazione del divieto, ai fini della dichiarazione di nullità del subaffitto o della subconcessione... può essere fatta valere soltanto dal locatore entro quattro mesi dalla data in cui ne è venuto a conoscenza. Se il locatore non si avvale di tale facoltà, il subaffittuario o il subconcessionario subentra nella posizione giuridica dell'affittuario o

del concessionario”. Ancora una volta la fissazione di un termine alla possibilità di far valere la nullità e la previsione del consolidamento definitivo del negozio una volta spirato quel termine, allontanano sensibilmente questa forma di invalidità dalla nullità, per avvicinarla all’annullabilità.

Una sentenza ha qualificato come relativa anche la nullità prevista dall’art. 10, comma 4 della legge 6 agosto 1967, n. 765 (abrogato da legge n. 47 del 1985, art. 18) e 15, comma 7 della legge 28 gennaio 1977, n. 10, rispettivamente, per gli atti di compravendita di terreni abusivamente lottizzati e a scopo residenziale e per negozi aventi ad oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione edilizia, concludendo nel senso che essa può essere fatta valere soltanto dall’acquirente in buona fede¹⁵.

Ancora, altri casi controversi in cui, secondo alcuni autori, sembra ravvisabile la figura in esame sono l’acquisto di azioni proprie non autorizzato dall’assemblea e non fatto con somme prelevate dagli utili netti accertati (art. 2357 c.c. nel testo anteriore alla riforma); il contratto usurario; i negozi compiuti dal debitore pignorato o fallito con i quali si è disposto delle cose pignorate o soggette a vincolo fallimentare; l’alienazione di cose di interesse storico, artistico o archeologico; il pagamento con cose altrui, limitatamente al rapporto tra le parti (irrilevante verso il dominus ai sensi dell’art. 1192 c.c.); l’inosservanza di forme convenzionali pattuite ad substantiam actus (art. 1352c.c.); i negozi un tempo previsti agli artt. 190 (sostituito dalla legge n. 151/75) e 780 (abrogato) c.c.; il licenziamento nullo ai sensi della legge n. 604/66, impugnabile a pena di decadenza nel termine di sessanta giorni dalla sua comunicazione dal solo lavoratore (o, per esso, dall’associazione sindacale).

Ma è nella legislazione posta a tutela del contraente debole, come si è avuto modo di rilevare nel precedente capitolo, che si rinvencono oggi gli esempi più rilevanti di nullità relativa.

Nel settore dei contratti bancari e di credito al consumo, l’art. 127, comma 2, D. Lgs. n. 385/1993, dispone che tutte le nullità in materia «possono essere fatte valere solo dal cliente»; identica disciplina vige per le nullità dei contratti di investimento e di gestione di portafogli di investimento, ai sensi degli artt. 23, comma 3 e 24, comma 2, D. Lgs. n. 58/1998.

La categoria è andata affermandosi e consolidandosi nella legislazione successiva

(sempre di derivazione comunitaria). Infatti, ancora più recente, l'art. 13, commi 8 (modificato dal D. Lgs. n. 311/06) e 9 del D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 192 («Attuazione della direttiva 2002/91/CE relativa al rendimento energetico nell'edilizia») ha stabilito che, in caso di violazione dell'art. 6, commi 3 e 4, il contratto di compravendita o di locazione è nullo e che la nullità può essere fatta valere, rispettivamente, soltanto dall'acquirente o dal conduttore. L'art. 6 – giova rammentare – dispone che «nel caso di trasferimento a titolo oneroso di interi immobili o di singole unità immobiliari già dotati di attestato di certificazione energetica in base ai commi 1, 1-bis, 1-ter e 1-quater, detto attestato è allegato all'atto di trasferimento a titolo oneroso, in originale o copia autenticata» (comma 3) e che «nel caso di locazione di interi immobili o di singole unità immobiliari già dotati di attestato di certificazione energetica in base ai commi 1, 1-bis, 1-ter, 1-quater, detto attestato è messo a disposizione del conduttore o ad esso consegnato in copia dichiarata dal proprietario conforme all'originale in suo possesso» (comma 4). La sezione IV bis, dedicata alla «Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori», del D. Lgs. n. 206/05 recante il «Codice del consumo», ha previsto la nullità del contratto nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche; tale nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto (art. 67 septies decies, introdotto dal D. Lgs. n. 221/07). I diritti attribuiti al consumatore da tale sezione sono irrinunciabili: ogni clausola limitativa è affetta da nullità azionabile soltanto dal consumatore e rilevabile d'ufficio dal giudice (art. 67 octies decies). Di identico contenuto è la disposizione che commina la nullità di ogni patto, anteriore alla comunicazione al venditore del difetto di conformità, volto ad escludere o limitare, anche in modo indiretto, i diritti riconosciuti all'acquirente di beni di consumo assistiti da garanzia legale di conformità (art. 134).

Il decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122 («Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210») ha stabilito all'art. 2 che all'atto della stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto reale di

godimento su un immobile da costruire o di un atto avente le medesime finalità, ovvero in un momento precedente, il costruttore è obbligato a procurare il rilascio ed a consegnare all'acquirente una fideiussione di importo corrispondente alle somme e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso e, secondo i termini e le modalità stabilite nel contratto, deve ancora riscuotere dall'acquirente prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento. L'omissione è fonte di una nullità del contratto che può essere fatta valere unicamente dall'acquirente. Ma proprio in forza del superamento della concezione monolitica della nullità negoziale e valorizzando la finalità protettiva delle norme poste a tutela di una parte del contratto, la dottrina ha ravvisato ipotesi di nullità relativa, di protezione, anche laddove il dettato legislativo tace circa la legittimazione.

Così era avvenuto per la nullità prevista dall'art. 18 ter, L. n. 216/1974 (aggiunto dalla L. n. 77/1983), in materia di contratti di vendita a domicilio di valori mobiliari¹⁸, e per l'obbligo (non sanzionato espressamente con la nullità) posto dall'art. 6, lett. c), della L. n. 1/1991, a carico degli intermediari finanziari di «stabilire i rapporti con il cliente stipulando un contratto scritto».

Così è pure avvenuto per le nullità comminate degli artt. 2, comma 1, e 4, comma 2, L. n. 192/1998, in materia di contratti di subfornitura²⁰, dall'art. 13, l. n. 431/1998, in materia di locazioni di immobili ad uso abitativo, dall'art. 1815, comma 2, c.c. (modificato dalla L. n. 108/1996), in materia di mutuo usurario²¹. Non può certo essere questa la sede per una analisi puntuale di ciascuna delle ipotesi sopra menzionate: e tuttavia sembra comunque opportuno soffermare l'interesse dell'interprete su alcune, ristrette ipotesi che mostrano una più acuta problematicità e per le quali si procederà in seguito ad accurata disamina.

La nullità protettiva congegnata secondo la riserva di legittimazione rimette, in definitiva, al contraente protetto il giudizio di merito in ordine all'opportunità e convenienza di mantenere in vita il regolamento contrattuale, sottraendo contestualmente al contraente «forte» il potere di bloccare gli effetti o di opporsi alla domanda di esecuzione. Per questa via si riconosce alla parte in stato di debolezza la facoltà di esigere l'attuazione del programma contrattuale comunque ritenuto conforme al suo interesse, la qual cosa si rivela opportuna sia perché la struttura del mercato non

sempre offre la possibilità effettiva di conseguire da altri professionisti la medesima prestazione, sia perché impedisce che, sussistendo un interesse del legittimato al mantenimento dell'operazione contrattuale, questa possa essere caducata su iniziativa della controparte.

In proposito, è stato osservato (e lo si è ricordato in precedenza) che, se pur la nullità protettiva, in quanto deducibile dal suo contraente tutelato, è comminata nell'interesse particolare di quest'ultimo, ciò non toglie che attraverso essa il legislatore tenda a realizzare finalità di interesse generale dovendosi ravvisare la stretta differenza tra nullità assoluta e nullità relativa – come si è visto – essenzialmente nella limitazione della cerchia dei legittimati attivi all'azione di nullità.

Tale impostazione di pensiero sembra, in linea generale, condivisibile atteso che i benefici fruibili dal singolo contraente debole, all'interno della specifica negoziazione privata, debbono però essere misurati su una più ampia scala, la quale plausibilmente è stata il metro di misura con cui attuare il provvedimento comunitario. A dire cioè che la garanzia di un riequilibrio su vasta scala della disparità contrattuale, non può non considerarsi come una globale operazione di riallineamento degli strumenti di contrattazione, che come fine mediato necessariamente deve assumere quello dell'interesse generale, quale somma "algebrica" dei singoli aumenti di forza contrattuale dei contraenti deboli nel mercato.

Scopo immediato e prioritario della nullità relativa, al pari della nullità assoluta, sarebbe cioè la tutela di un interesse generale, salva la peculiarità della prima, dovuta o all'interferenza di un interesse esterno individuale, di gruppo, statale, ovvero all'essere il soggetto legittimato, nella situazione considerata, l'occasionale depositario di un interesse fondamentale.

Si è sottolineato che, dove compare il mezzo tecnico della nullità relativa, ivi il legislatore spesso si prefigge di tutelare interessi che vanno al di là di quello che fa capo al contraente legittimato e che sono riassumibili nell'interesse (generale) al corretto funzionamento del mercato. È stato in proposito notato che la scelta del rimedio razionale ed efficace per il perseguimento di finalità composite, concernenti la tutela del singolo contraente e del mercato, si riduce in pratica all'alternativa tra invalidità relativa e condanna a «pene private». A realizzare questo scopo la riserva di

legittimazione sarebbe di per sé insufficiente, e questo spiega perché sovente alle nullità relative si uniscono meccanismi di integrazione automatica, effettuata con materiale costituito da normativa in se stessa derogabile dall' autonomia delle parti (v. art. 23, comma 2, D. Lgs. n. 58/98; art. 1815, comma 2 c.c.; art. 124, D.Lgs. n. 385/93), ispirati a una logica sanzionatoria non comprensibile se non alla luce dell' interesse pubblico di cui costituiscono espressione gli interventi legislativi volti alla strutturazione di un mercato concorrenziale. Proprio articolando un «intervento repressivo e sanzionatorio, tale per cui l' assetto negoziale conseguente all' intervento sanzionatorio si collochi sicuramente al di sotto della soglia minima che potrebbe verosimilmente attendersi dal mercato», la legge tiene comunque l' operazione contrattuale fuori dal campo di un mercato funzionante, con il quale non deve essere ammessa a interferire. Si struttura così un rimedio a scopi deterrenti e punitivi, una tecnica di «integrazione sanzionatoria» che non assume soltanto il significato di tutela del contraente debole, ma tende anche a punire il contraente professionale che ha trasgredito, non osservando le norme contrattuali, le regole del gioco concorrenziale.

L' ibridazione delle tecniche di tutela potrebbe allora spiegarsi in considerazione della natura mista e composita degli interessi tutelati, riferibili al singolo contraente e, insieme, al mercato.

CAPO III

LA DISCIPLINA

SOMMARIO: 1. Individuazione dell'interesse tutelato dalla nullità prevista dagli artt. 67septiesdecies e 67octiesdecies; - 2. Interesse individuale ed indisponibilità dei diritti previsto dall'art. 67octiesdecies: linea di demarcazione; - 3. Legittimazione attiva relativa e limiti alla rilevabilità di ufficio; 4. Nullità e violazione degli obblighi di informativa precontrattuale: riflessioni alla luce della sentenza a Sezioni Unite, ipotesi eccezionale o nuova frontiera della nullità;

1. Individuazione dell'interesse tutelato dalla nullità prevista dagli artt. 67septiesdecies e 67octiesdecies.

Innanzitutto, come detto in precedenza, il rimedio invalidatorio del contratto di commercializzazione a distanza di servizi finanziari è invocabile qualora il fornitore ponga in essere comportamenti tali da escludere *lo jus poenitendi* accordato al

consumatore, sia nella fase precontrattuale [ed in particolare quando non vengano rispettati gli obblighi informativi circa la possibilità di esercitare il diritto di recesso di cui all'art. 67^{septies} lett. a) c) e d)], sia in quella successiva alla conclusione del contratto, o ancora qualora il fornitore del servizio induca il consumatore in errore, negando la facoltà di recedere. Il contratto è nullo altresì se il fornitore non rimborsa le somme eventualmente pagate dal consumatore.

Si tratta in questo caso di chiara violazione di regole di condotta che il legislatore sceglie di sanzionare con la nullità. Secondo i principi generali e secondo quanto previsto anche all'interno del codice del consumo, infatti, la disposizione ricadrebbe nell'ambito dell'inadempimento contrattuale o precontrattuale o tutt'al più nell'innalzamento del periodo di recesso. Questo deve spingere l'interprete a individuare l'interesse concretamente tutelato dalla disposizione. La nullità in questo caso sembrerebbe dettata al fine di evitare che, in caso di mancata restituzione di quanto ricevuto da parte del fornitore, il consumatore possa essere tenuto al pagamento del corrispettivo per il servizio fornito di cui all'art. 67^{terdecies}.

In secondo luogo il contratto a distanza è infatti nullo in caso di violazione dei doveri di informazione precontrattuale qualora possa alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche. Tale previsione ripropone in via legislativa l'orientamento della giurisprudenza di merito che, proprio in relazione alla prestazione dei servizi di investimento, ha fatto ampio ricorso alla nullità del contratto in caso di violazione dei doveri di informazione imposti agli intermediari²²⁰.

La sanzione della nullità assume però connotati del tutto peculiari in quanto la fattispecie alla quale essa è applicabile è ricostruita ricorrendo ad elementi tradizionalmente propri di altri rimedi sanzionatori. Mentre l'alterazione della rappresentazione delle caratteristiche del contratto può essere accostata all'annullamento

²²⁰ Trib. Mantova 18 marzo 2004, in *Giur. it.*, 2004, 2125, con nota di FIORIO, *Doveri di comportamento degli intermediari finanziari, suitability rule, conflitto di interessi e nullità virtuale dei contratti di investimento dei bond argentini*, e in *Banca Borsa*, 2004, II, 440 con nota di MAFFEIS, *Conflitto di interessi nella prestazione dei servizi di investimento: la prima sentenza sulla vendita ai risparmiatori di obbligazioni argentine*; tale orientamento ha poi avuto ampio seguito nella giurisprudenza di merito, cfr. *ex multis* Trib. Venezia, 11 luglio 2005, in *Danno e resp.*, 2005, 1231; Trib. Avezzano, 23 giugno 2005, in *Giur. Merito*, 2005, 2051; Trib. Firenze, 19 aprile 2005, in *I Contratti.*, 2005, 1010; Trib. Firenze, 24 marzo 2005, in *Corriere del Mer.*, 2005, p. 877; Trib. Palermo, 17 gennaio 2005, in *Giur. It.* 2005, 2096; Trib. Venezia, 22 novembre 2004, in *Giur. It.*, 2005, 754; Trib. Mantova, 12 novembre 2004, in *Giur. It.*, 2005, 754

per errore o per dolo, la significatività di tale alterazione può richiamare il requisito dell'importanza dell'inadempimento necessario per la risoluzione del contratto ex art. 1455 c.c., rappresentando allo stesso tempo un requisito necessario per l'accertamento del nesso causale.

La formulazione della norma lascia aperti numerosi interrogativi assegnando all'interprete il compito di individuare quali violazioni degli obblighi di informazione precontrattuale possano determinare una significativa alterazione delle caratteristiche del contratto. Ci si può infatti domandare se tale alterazione vada ricercata in concreto o se, invece, sia sufficiente una mera valutazione in astratto, se essa consegua alla violazione di norma imperativa in conformità con l'art. 1418 1° co. c.c., o se invece sia necessario distinguere tra doveri di informazione che non alterano l'equilibrio contrattuale e doveri informativi la cui violazione possa travolgere il contratto con la sanzione della nullità. Non v'è dubbio che sarebbe stata opportuna una attenta e precisa formulazione che individuasse *a priori* gli obblighi legali delle diverse fattispecie contrattuali capaci di determinare un'alterazione della rappresentazione delle caratteristiche del contratto sanzionabili con la nullità.

Tuttavia, a prescindere dall'ambito di applicabilità dell'art. 67 *spetiesdecies* cod. cons. (ovvero commercializzazione a distanza di servizi finanziari nei confronti dei soli consumatori), la norma pare poter avere diverse e più generali ricadute sul piano sistematico. Non può infatti negarsi che la comminatoria della nullità in caso di violazione di doveri di informazione contrasti con la tradizionale distinzione tra vizi funzionali che non influiscono sulla validità del contratto in quanto estranei alla fattispecie negoziale e vizi genetici che attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale e che, in quanto capaci di incidere sulla struttura o sul contenuto del contratto, possano determinarne la radicale nullità²²¹. Di tale peculiarità si è resa conto la stessa Corte di Cassazione, quando a Sezioni Unite²²², prevedendo che la violazione dei doveri di comportamento degli intermediari non può determinare la nullità del contratto, ha

²²¹ In tal senso si è espressa Cass., 29 settembre 2005, in *Danno e resp.*, 2006, 25 con nota di ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, che ha escluso la nullità del contratto in caso di comportamenti contrari a norme imperative tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto. In tal senso in dottrina v. anche, COTTINO, *Una giurisprudenza in bilico: i casi Cirio Parmalat, bonds argentini*, in *Giur. it.*, 2006, 521.

²²² Così Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007 n. 26725.

fatto esplicito riferimento alla previsione in oggetto, e sulla base di due rilievi, ovvero che la stessa è stata introdotta in epoca di molto successiva ai fatti di causa (regolati dall'oramai abrogata l. 1/91) e che, presentando evidenti caratteri di specialità, resterebbe isolata nel nostro ordinamento, ha sostenuto, per taluni sbrigativamente²²³, che non si potrebbe fondare su di essa alcuna affermazione di principio.

Non pare sufficiente il tentativo di stigmatizzare una inequivocabile tendenza normativa che appare, piuttosto, orientata alla necessità di favorire il riequilibrio delle posizioni dei contraenti e che segna un'evoluzione del sistema rispetto all'impianto del codice civile. Basti pensare che un'altra ipotesi di nullità del contratto, strettamente connessa alla violazione di un obbligo di informazione precontrattuale, si riscontra all'art. 52 cod. cons.²²⁴. Il legislatore ha infatti stabilito che nel caso di contratto concluso a distanza tramite comunicazioni telefoniche, l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione con il consumatore, a pena di nullità del contratto.

Il panorama, per dirlo con le parole di attenta dottrina²²⁵ "*non è più quello che si dispiegava agli occhi dei pandettisti*". Nelle clausole vessatorie dei contratti dei consumatori il consenso c'è, ma viziato dalle disinformazione che ha prodotto significativo squilibrio, è nullo. Ancora, nei patti degli imprenditori in condizione di dipendenza economica il consenso c'è, ma viziato dall'abuso che ha prodotto significativo squilibrio, è nullo. Quanto basta, insomma, per "*concludere che nel sistema opera il principio per cui un consenso non consapevolmente e liberamente formato giustifica la nullità relativa del contratto*"²²⁶. Né, obiettivamente, pare risolutiva la considerazione dei giudici secondo cui l'impianto complessivo della disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare è nel senso di ricondurre gli inadempimenti dell'intermediario finanziario alla duplice categoria della responsabilità precontrattuale e

²²³ IN TAL SENSO FIORIO, IN *WWW.IL CASO.IT*, 39, GIROLAMI, LE NULLITÀ DI PROTEZIONE NEL SISTEMA DELLE INVALIDITÀ NEGOZIALE, PADOVA 2008, PAGG. 360 E SS.

²²⁴ Sul tema RICCI, *Commento all'art. 52*, in Codice del Consumo, Commentario a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli 2005, pagg. 401 e ss.

²²⁵ GENTILI *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti* n.4, 2008, 401.

²²⁶ GENTILI *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit. pag. 401;

contrattuale.

È fuori discussione la consapevolezza in ordine alla difficoltà di favorire un allargamento dell'ambito di applicazione della nullità, quanto meno in considerazione del rischio al quale si esporrebbe il settore dell'intermediazione finanziaria ovvero quello di un'azione non soggetta a termini di prescrizione e rimessa esclusivamente all'apprezzamento di una parte (il risparmiatore). Resta pertanto il dubbio se nella fattispecie di nullità prevista all'art. 67*spetiesdecies* cod. cons. prevalgano gli elementi di specialità riferiti alle modalità di negoziazione a distanza, e quindi se tale sanzione sia giustificabile solo in ragione delle caratteristiche delle operazioni a distanza, o se invece in essa possano intravedersi profili di non eccezionalità in ragione del fatto che l'ambito di applicazione della norma abbraccia tutti i servizi finanziari e tutti i doveri di condotta imposti agli intermediari anche per le operazioni concluse *inter presentes*²²⁷.

2. Interesse individuale ed indisponibilità dei diritti previsto dall'art. 67*octiesdecies*: linea di demarcazione.

Il primo problema attiene innanzitutto alla previsione, contenuta nell'art. 67*octiesdecies* cod. cons., della indisponibilità della tutela prevista dalla sezione IV*bis*. Tutto ciò fa pensare che si tratti di una normativa posta dal legislatore a protezione dell'interesse generale in quanto la tutela è sottratta alla disponibilità non solo del professionista ma anche del consumatore sia a livello individuale che collettivo. Ad esempio in caso di composizione stragiudiziale delle controversie, ai sensi dell'art. 141 cod. cons., il verbale di conciliazione sottoscritto dall'associazione dei consumatori e degli utenti, dal professionista e dal conciliatore, non potrà essere omologato dal giudice qualora quest'ultimo ravvisi una limitazione o una rinuncia riguardo a tali interessi indisponibili²²⁸. Tuttavia, effettuando un ragionamento di più ampio respiro, tali

²²⁷ DOLMETTA *La violazione di "obblighi di fattispecie" da parte di intermediari finanziari*, su www.ilcaso.it, 83., FIORO, cit., 71.

²²⁸ Così GENTILI-BATTELLI, *Commento all'art. 67*octies decies**, in *Le modifiche al codice del consumo*, cit., pag. 488. Sempre detti autori affermano che "la legge difende il consumatore non solo dalle prevaricazioni dei professionisti, ma anche dalle elusioni riconducibili a soggettive valutazioni di coscienza individuale dei consumatori. Questa dunque la ratio della norma. Si tratta certamente di difesa di un ordine pubblico economico di protezione. Ma ancor prima si tratta altrettanto certamente di difesa di un ordine pubblico economico di direzione."

nullità hanno una legittimazione attiva relativa; pertanto spetterà in concreto al soggetto nel cui interesse il legislatore prevede la nullità la scelta se mantenere in piedi il contratto e renderlo produttivo di effetti oppure chiedere al giudice l'accertamento della sua invalidità. In tal modo, però, la tutela apprestata dal legislatore sembrerebbe un po' meno indisponibile.

Pertanto se è concessa al consumatore la possibilità di tenere in piedi il contratto affetto da nullità perché non deve altresì essere concesso a quest'ultimo di effettuare una transazione relativamente al contratto di commercializzazione di strumenti finanziari?

L'individuazione dunque della *ratio* di tale previsione normativa di nullità non è fine a sé stessa ma è funzionale ad individuare in concreto la disciplina applicabile in tutti quegli ambiti che la recente novella del codice del consumo non ha previsto e non ha disciplinato: ad esempio in tema di applicabilità dell'art. 1419 c.c. o della “necessaria parziarietà” della nullità come nel resto della disciplina dall'art. 36 codice del consumo; oppure in relazione alla rilevabilità d'ufficio dal giudice solo in caso in cui vada a vantaggio del consumatore oppure in ogni caso ove sia una disciplina posta nell'interesse generale.

3. Legittimazione attiva relativa e limiti alla rilevabilità di ufficio.

Individuata l'“ unica differenza di valore sostanziale tra nullità assoluta e nullità relativa, nella minore ampiezza della cerchia dei legittimati attivi all'“ azione di nullità, resta da appurare se la particolarità della seconda comporti la sottrazione di uno o più caratteri propri in via ordinaria della prima, cioè se e quali dei caratteri propri della nullità – rilevabilità d'“ ufficio, imprescrittibilità e dichiaratività dell'“ azione – debbano necessariamente essere correlati alla legittimazione assoluta.

La questione più discussa in dottrina ha ad oggetto il rapporto tra legittimazione ristretta (o riservata) all'“ azione, inerente alla nullità protettiva, e rilevabilità d'ufficio ad opera del giudice, propria della nullità in genere.

Alcuni autori infatti hanno ritenuto di escludere la compatibilità tra i due caratteri.

Secondo una tesi dottrinale (peraltro rimasta senza molto seguito) la rilevabilità d'“ ufficio della nullità permetterebbe di eliminare un atto idoneo a suscitare affidamenti precari, impedendo la formazione di giudicati sulla validità del contratto nullo, cosicché

tale regola verrebbe a perdere la propria ratio essendi nelle ipotesi in cui la nullità assume natura relativa. Infatti, se si concede ai terzi interessati la possibilità di far dichiarare la nullità in ogni tempo, potrebbe crearsi un indice caduco di appartenenza delle situazioni giuridiche che si pretendano fondate sul contratto nullo: ma, quando ne fosse accertata la nullità, resterebbero travolti anche i successivi contratti che rinvenivano in quello il proprio presupposto di validità o di efficacia. Evidentemente, simile rischio di turbativa dell'ordinato svolgimento del traffico giuridico non sussiste se ai terzi viene negata la facoltà di far valere la nullità dopo la formazione del giudicato, perché in tal caso si formerebbe un «indice di affidabilità del negozio non caduco» e, di conseguenza, sarebbe ingiustificata la rilevanza d'ufficio.

Motivo fondativo di questa teoria è la distinzione tra mancanza, nella fattispecie contrattuale, di un elemento costitutivo (identificato con quello esteriore visibile dell'atto), che potrebbe essere rilevata d'ufficio dal giudice nell'esercizio del comune potere di controllo sulla sussistenza delle condizioni dell'azione; e presenza di un elemento impeditivo (non emergente dalla struttura dell'atto) dell'efficacia del contratto, che, viceversa, potrebbe (in principio, cioè mancando l'art. 1421 c.c.) essere dedotta soltanto in un'eccezione di parte.

Sul piano logico-sistematico, questa tesi si radica in una particolare concezione del fondamento della rilevanza ex officio: è pertanto una tesi che si regge o cade con la premessa generale a cui è legata. Ed è proprio della legittimità teorica dell'assunto di base che si può seriamente dubitare.

Senonché si è obiettato che, dal sistema positivo, non si ricavano norme o principi tali da far trarre la conseguenza per cui la nullità negoziale dipendente da carenze strutturali intrinseche operi ipso iure, mentre quella derivante da fatti impeditivi esterni al fatto costitutivo rilevi solamente ope exceptionis. Nel primo e nel secondo insieme di casi infatti, il contratto è parimenti nullo e, come tale, inidoneo a fondare l'azione di esecuzione contrattuale.

Inoltre, a seguire l'opinione di chi subordina all'eccezione di parte la rilevanza di quei fatti impeditivi che non appartengono all'elemento esteriore visibile del fatto costitutivo, non si spiegherebbe perché alcuni fatti estintivi o modificativi (come il pagamento, la rinuncia, la risoluzione consensuale, la compensatio lucri cum damno),

pur estranei a quell'elemento, sono nondimeno ritenuti comunemente rilevabili d'ufficio.

All'interno di altre coordinate sistematiche il tema assume un aspetto diverso.

Una parte della dottrina ravvisa uno stretto legame tra il fondamento sostanziale della cominatoria di nullità, individuato nella lesione di un interesse di natura generale³⁶, e il potere del giudice di rilevarne la causa indipendentemente da una richiesta delle parti in tal senso: alla legge preme di garantire, in vista di un interesse generale, il rispetto della norma imperativa.

Si tratta di un'impostazione sottoposta a revisione critica da angolazioni diverse. Tuttavia, anche a rimettere in discussione il dogma dell'interesse generale quale fondamento invariabile della nullità, non verrebbero spostati in misura significativa i termini del problema ora in esame e, quindi, della soluzione. È infatti opinione diffusa quella secondo cui alla nullità di protezione non è estraneo il perseguimento di obiettivi che trascendono la tutela della parte debole del rapporto contrattuale.

A dimostrare la fondatezza di questa ipotesi gioverà aprire, una seconda volta, oltre a quanto già detto nel capitolo che precede, una parentesi sul tema del c.d. neoformalismo negoziale: infatti, la conseguenza che la legislazione recente ricollega all'inosservanza dei requisiti formali consiste spesso nella nullità relativa (contratti bancari e di credito al consumo: artt. 117, 124, 127, D. Lgs. n. 385/1993; contratti su strumenti finanziari: artt. 23, 24, 30, D.Lgs. n. 58/1998).

Nella letteratura giuridica ritorna cioè l'idea che le prescrizioni di forma tutelano in via primaria il contraente debole, assicurandogli un'informazione effettiva e dettagliata sui contenuti più importanti della contrattazione.

È stato tuttavia rilevato che il formalismo contrattuale di ispirazione europea, predisponendo «un'uniforme griglia che permetta di verificare e di soppesare adeguatamente l'effettiva qualità del contratto» persegue lo scopo di rendere trasparenti le caratteristiche delle molteplici offerte, caratteristiche che nell'attuale sistema di relazioni economiche non sono più riducibili soltanto nel prezzo, che ricade sotto la percezione immediata dei possibili contraenti e pertanto suscettibile di valutazione comparata, ma si determinano anche in relazione al contenuto giuridico del contratto (clausole contrattuali, condizioni generali: non price terms), sottratto ad una immediata

visibilità. Garantendo che l'informazione relativa alle medesime clausole del regolamento contrattuale sia attuata secondo canoni uniformi tra i diversi professionisti e rendendo effettiva la concorrenza tra i diversi assetti contrattuali, l'assetto formale omogeneo dei contratti appartenenti allo stesso comparto contribuisce a strutturare il relativo mercato.

In parole icastiche: «la forma e il formalismo negoziale assolvono per il contratto la medesima funzione che per i prodotti alimentari assolve l'etichettatura».

Questo breve excursus aiuta a comprendere come, alla base delle previsioni di forme vincolate, e conseguentemente delle comminazioni di nullità relative per la loro inosservanza, vi sia l'obiettivo di tutelare un interesse di natura generale; inoltre la legislazione comunitaria a tutela del consumatore appare impiegata come strumento atto a completare, sia pure in modo indiretto, il processo di creazione del mercato interno.

Alla luce di tali considerazioni la soluzione coerente con il sistema è quella di ammettere la rilevabilità d'ufficio di una nullità che, benché ispirata alla finalità di protezione di una parte, soddisfa comunque un interesse a carattere pubblico.

Una conclusione analoga, nel senso della rilevabilità d'ufficio, si impone ove si colleghi il potere del giudice di rilevare ex officio la nullità al modo con cui essa opera sul piano del diritto sostanziale.

Nell'ottica processualistica, occorre muovere dall'art. 112 c.p.c., il quale, nello stabilire che «il giudice non può pronunciare d'ufficio sulle eccezioni che possono essere proposte soltanto dalle parti», implicitamente afferma che egli può e deve pronunciare sulle eccezioni in genere e presuppone quindi l'esistenza di due categorie di eccezioni: quelle suscettibili di rilevazione d'ufficio e quelle oggetto di riserva esclusiva in capo al convenuto.

Secondo un primo orientamento l'art. 112 c.p.c., laddove allude alle eccezioni riservate all'iniziativa della parte, vale come rinvio alle disposizioni di legge che contemplano quella riserva, da considerare sussistente, pertanto, solo quando sia chiaramente desumibile dal dettato legislativo. E ciò nel presupposto della mancanza di «qualsiasi criterio contenutistico» idoneo a selezionare univocamente i casi in cui il giudice non può rilevare motu proprio l'eccezione.

Tuttavia, secondo l'opinione prevalente il dovere del giudice di pronunciarsi sul merito

concerne l'«esistenza attuale del diritto affermato nella domanda: per assolvere tale dovere, il giudice dovrà conoscere di tutti quei fatti che al momento della sua pronuncia abbiano influito sull'«esistenza di quel diritto. Tali sono quei fatti impeditivi, modificativi, estintivi i cui effetti si siano prodotti automaticamente (come appunto la nullità). Per converso, non è consentita l'«accertamento d'«ufficio di quei fatti impeditivi, modificativi, estintivi che non operano automaticamente, il che accade per quei fatti oggetto di un contro-diritto che può farsi valere con un'«azione autonoma (annullamento, risoluzione) e che non producono un effetto (nella specie invalidante) prima e indipendentemente dalla pronuncia giudiziale.

L'«iniziativa della parte nell'«addurre la causa di nullità non è condizione di rilevanza della medesima, né l'«effetto invalidante è qui conseguenza (diversamente da quanto avviene per i diritti potestativi) della pronuncia del giudice.

Nella logica descritta il rilievo d'«ufficio si giustifica in considerazione della operatività ipso iure, dell'«automatismo della causa di nullità: il contratto nullo è attualmente carente di effetti e non sussiste un particolare onere di iniziativa processuale per fare dichiarare lo stato in cui versa.

Se il potere di rilevazione ex officio è condizionato dal modo di operare del fatto impeditivo, modificativo, estintivo, nel senso che in tanto sussiste in quanto questo fatto abbia spiegato automaticamente i propri effetti sul piano sostanziale; e se la nullità relativa, proprio perché non smette di essere nullità, opera ipso iure, è logico corollario predicarne – salvo un adattamento del principio – la rilevabilità d'«ufficio.

Ammettere la rilevabilità d'«ufficio della nullità relativa – si è detto – «svuoterebbe di contenuto proprio l'«inciso iniziale dell'«art. 1421 c.c., poiché posto il potere-dovere del giudice di rilevarla, basterebbe alla parte non legittimata allegarne gli elementi costitutivi in giudizio per vanificare proprio la legittimazione ristretta all'«azione».

L'«antitesi tra le due regole è nitidamente scolpita in questa proposizione, formulata dalla Corte di Cassazione a proposito delle clausole vessatorie: «se si riconosce che l'«inciso iniziale dell'«art. 1421 si ricollega a tutto il seguito della norma, si deve coerentemente sostenere che – accogliendosi l'«assunto della nullità relativa per la clausola particolarmente onerosa non approvata – viene meno il potere del giudice di rilevarla ex officio; a fianco del rilievo d'ordine testuale sta l'«incompatibilità logica fra il

carattere relativo della nullità (che ha il suo proprium nel fatto di essere nella disponibilità esclusiva di determinati soggetti, al cui arbitrio è affidata la valutazione dell'interesse a farla valere) e il rilievo d'ufficio ad opera del giudice (che in ogni caso si sovrapporrebbe a quella valutazione)» .

Il conflitto tra i due caratteri è stato risolto dalla dottrina con proposte di soluzione che, al di là di personali formulazioni, non appaiono in effetti molto distanti tra loro.

Si è infatti sostenuto che il giudice può e deve procedere ex officio alla rilevazione della nullità se e soltanto se il rilievo stesso risponde all'interesse (o al "vantaggio") del contraente protetto a sentire dichiarato nullo il contratto, sulla base di una considerazione globale dell'attività processuale svolta.

Altri autori, preoccupati di non vedere sovrapposta la valutazione giudiziale a quella della parte, hanno escluso la rilevabilità d'ufficio nei casi in cui «il consumatore non contrasti, bensì richieda, la esecuzione della clausola, la cui invalidità sia allegata, invece e proprio, dal contraente professionale».

Si è anche osservato che, in assenza di limiti alla rilevazione, basterebbe al professionista proporre in giudizio domanda di esecuzione del contratto, allegando gli elementi da cui la nullità risulti, per vedere rigettata la domanda e dichiarato nullo il contratto: un'evenienza che consiglia di circoscrivere il potere di rilevazione officiosa.

In questa direzione, si è sostenuto che sarebbe consentito senza eccezioni il rilievo officioso della nullità in tutti i casi in cui il contraente legittimato non manifesti una volontà contraria: nel senso che il giudice dovrebbe sempre rilevare la causa della nullità relativa, tranne nell'ipotesi in cui il contraente legittimato esprima un interesse all'efficacia del contratto o della clausola, rivelato da un comportamento processuale di invocazione degli effetti negoziali o da un comportamento a carattere positivo che comunque esprima accettazione degli effetti medesimi. In sostanza, con questa formula si è inteso superare le difficoltà che potrebbero incontrarsi se si volesse subordinare il rilievo officioso a una previa indagine sulle intenzioni della parte. Ambiguità e difficoltà ipotizzabili riguardo all'identificazione dell'interesse del soggetto legittimato nei casi concreti sarebbero così cancellate. La formula ha infatti un valore essenzialmente negativo: essa preclude al giudice di rilevare autonomamente la nullità solamente quando il soggetto legittimato invochi o accetti con comportamenti espressi o

inequivocabili gli effetti del contratto o della clausola.

In ogni caso, si reputa irrilevante l'eventuale inerzia della parte protetta nella sede processuale, sia che si risolva nella mancata costituzione, sia che si risolva nell'omessa deduzione della causa di nullità.

Al di là delle contrastanti opinioni sul punto, sembra potersi rilevare che il vero punto di raccordo fra teorie tanto divergenti sia da rinvenire nella soluzione di un interrogativo di fondo: quello attinente alla correlazione fra carattere relativo della nullità e finalità protettive dell'istituto. Sembra potersi affermare che lì dove il legislatore (nazionale e, successivamente europeo) ha voluto porre delle limitazioni alla rilevabilità della nullità, lo ha fatto per tutelare con maggiore forza l'interesse contrattuale della parte a favore della quale non ha fatto operare l'esclusione. Il potere di azionare la rilevabilità è infatti l'anticamera di un sindacato nel merito del contratto, dal quale è legittimata a salvaguardarsi la parte che, in quanto tutelata normativamente, può non azionare quelle tutele che a lei sola sono accordabili.

Se da questa conclusione si debba passare poi automaticamente ad una equiparazione, in tutto e per tutto, delle nullità relative previste dal diritto comune e quelle del diritto privato europeo, è discorso che richiederebbe forse una analisi di politica del diritto e di scandagliamento degli interessi (correlativamente) nazionali ed europei che muovono gli intenti dei legislatori. Limitandoci ad una esegesi del dato positivo, sembra possibile ammettere però che nelle ipotesi in cui a far valere la nullità è solo una parte, la finalità protettiva è di tutta evidenza.

Gli interventi della giurisprudenza comunitaria : analisi della sentenza della Corte di Giustizia del 26 ottobre 2006, Mostanza Claro, Causa 168/05

Un punto fermo nella materia è stato fissato dalla Corte di Giustizia (sentenza del 27 giugno 2006, Océano Grupo Editorial SA, cause riunite da C-240/98 a C-244/98) che ha asseverato l'interpretazione dell'art. 6, dir. 93/13/CEE, per la quale al giudice spetta il potere di valutare d'ufficio l'illiceità della clausola del contratto per cui è causa, rilevando che «il sistema di tutela istituito dalla direttiva si basa sull'idea che la disuguaglianza tra il consumatore e il professionista possa essere riequilibrata solo grazie a un intervento positivo da parte di soggetti estranei al rapporto contrattuale».

L'indicazione della direttiva nel senso che le clausole abusive «non vincolano» il

consumatore, pur con la sua dizione atecnica (nel senso cioè di decretare un risultato, senza specificare lo strumento giuridico per conseguirlo), se lascia libero il legislatore nazionale di adottare il rimedio civilistico più opportuno e conforme al diritto domestico, non è talmente generica da non individuare un nucleo forte di tutela, tale che, qualunque sia il rimedio caducatorio prescelto, la sua disciplina concreta non potrebbe atteggiarsi in modo da addossare al consumatore l' onere di agire o resistere in giudizio per liberarsi da una clausola che invece non deve spiegare per lui nessun effetto vincolante. Quale che sia il rimedio legale adottato dai legislatori nazionali, esso non può non implicare che il giudice debba ex officio dichiarare una clausola abusiva e rifiutarne l' applicazione senza bisogno di una apposita domanda da parte del consumatore.

Per il contraente protetto il contratto o la clausola relativamente nulli non devono rappresentare un fardello giuridico più grave di quello che sarebbe un contratto affetto da nullità assoluta, a pena di giungere alla conseguenza paradossale che la nullità relativa, preordinata alla sua protezione, lo costringe ad assumere un' iniziativa processuale, con i costi connessi, per liberarsi dal vincolo obbligatorio.

Seguendo questo ragionamento, sembrano perdere di significato le perplessità sulla norma di recepimento, che certo non per paternalismo ha previsto la rilevabilità d' ufficio, e sembra potersi giustificare una soluzione cui si sarebbe potuti pervenire anche in assenza di un' esplicita presa di posizione del nostro legislatore (prima nell' art. 1469 quinquies c.c. e adesso nell' art. 36 del D.Lgs. n. 206/05).

Ancor più chiare sono le conclusioni dell' Avvocato Generale del 16 dicembre 1999 (relative alle medesime cause riunite), nella parte in cui escludono che «sia attribuito un significato decisivo al comportamento processuale del consumatore: il consumatore potrebbe non invocare il carattere abusivo della clausola per ignoranza, ovvero perché ritiene troppo oneroso difendersi in giudizio. In tutti questi casi, l' obiettivo che la direttiva intende perseguire non sarebbe raggiunto, in quanto la clausola, pur manifestamente pregiudizievole nei confronti della parte debole del contratto, raggiungerebbe il suo scopo; sarebbe quindi messo irrimediabilmente a repentaglio l' effetto utile della direttiva»; e in cui rilevano che l' art. 7 della direttiva, ove dispone che «gli Stati membri, nell' interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali,

provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l' inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori», fa ragionevolmente ritenere che «l' intervento d' ufficio del giudice non solo si presenti come un mezzo di estrema efficacia a fini repressivi, ma appaia anche idoneo a svolgere un' efficace azione di deterrenza contro l' inserimento delle clausole nei contratti conclusi con i consumatori».

Qui si coglie un passaggio importante dell' argomentazione favorevole alla rilevanza d' ufficio. L' orizzonte delle finalità perseguite dalla direttiva si estende al di là della esigenza di tutelare il singolo consumatore, includendo una portata deterrente capace di scoraggiare pratiche negoziali illecite, che possono avere effetti distorsivi sul sistema concorrenziale.

Pertanto, l' attribuzione al giudice di un potere di rilievo ex officio è da ritenere giustificata nella novella sui contratti del consumatore e non può essere considerata come una disciplina singolare, in suscettibile di applicazione analogica alle ipotesi consimili⁵⁰. Piuttosto, essa assume il significato di avallo legislativo di un' interpretazione che – anche in sua assenza – si sarebbe ricavata dalla normativa nel suo complesso.

Con una sentenza coeva il giudice comunitario ha nuovamente espresso la stessa idea, affermando che la direttiva «osta ad una normativa interna che, in un' azione promossa da un professionista nei confronti di un consumatore e basata su un contratto stipulato tra loro, vieta al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare, d' ufficio o a seguito di un' eccezione sollevata dal consumatore, il carattere abusivo di una clausola inserita nel suddetto contratto» (sentenza del 21 novembre 2002, Cofidis SA, causa C-473/00).

Più recentemente la Corte ha ripreso e ribadito questi principi e in particolare quello per cui la facoltà di rilievo officioso riconosciuta al giudice nazionale è necessaria per garantire al consumatore una tutela effettiva, tenuto conto in particolare del rischio non trascurabile che questi ignori i suoi diritti o incontri difficoltà nell' esercitarli. Con la sentenza del 26 ottobre 2006 (Mostaza Claro, causa C-168/05) essa ha così concluso: la direttiva del Consiglio 5 aprile 1993, 93/13/CEE, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, dev' essere interpretata nel senso che essa implica

che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo.

Si chiede con questa interpretazione giurisprudenziale la valorizzazione della norma imperativa comunitaria che qualifica come non vincolanti per il consumatore le clausole abusive, norma che, in considerazione dell'inferiorità di una delle parti contrattuali, mira a sostituire all'equilibrio formale che il contratto determina fra i diritti e gli obblighi delle parti un equilibrio reale, finalizzato a ristabilire l'uguaglianza delle parti stesse.

4. Nullità e violazione degli obblighi di informativa precontrattuale: riflessioni alla luce della sentenza a Sezioni Unite, ipotesi eccezionale o nuova frontiera della nullità.

La questione della rilevanza d'ufficio della nullità negoziale forma tuttora oggetto di soluzioni giurisprudenziali contrastanti. I termini della questione di riassumono nei limiti che la portata applicativa della regola di cui all'art. 1421 c.c. subisce in conseguenza della sua correlazione con i principi della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato che reggono il processo civile.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione è stata a lungo costante, almeno nella fase iniziale del suo sviluppo, nell'escludere la rilevanza d'ufficio della nullità nei giudizi di annullamento, risoluzione, rescissione del contratto. Prima di esaminare portata e ragioni di questo orientamento, è opportuno ricordare alcune massime a chiarimento di ulteriori aspetti della tematica.

La Corte ritiene rilevabile d'ufficio la nullità in ogni stato o grado del processo, indipendentemente dall'attività assertiva della parti, anche in sede di giudizio di legittimità, purché quivi non siano necessarie nuove indagini o accertamenti di fatto. Viene fatta salva la preclusione da giudicato interno, che scatta quando sulla questione di nullità sia intervenuta statuizione del giudice inferiore non impugnata con specifico

motivo di gravame. Inoltre si è precisato che il rilievo della nullità non è impedito dal principio *tantum devolutum quantum appellatum*, applicabile alle questioni riservate al potere dispositivo delle parti e quindi le domande e le eccezioni in senso proprio, non alle questioni rilevabili d'ufficio.

L'orientamento giurisprudenziale fino ad alcuni anni fa incontrastato sottopone l'operatività pratica della regola della rilevabilità d'ufficio a limitazioni connesse al tipo di azione esercitata e, correlativamente, al tipo di pronuncia richiesta al giudice.

La Corte di Cassazione è solita affermare che «il potere del giudice di dichiarare d'ufficio la nullità di un contratto ex art. 1421 c.c. va coordinato col principio della domanda fissato dagli artt. 99 e 112 c.p.c., sicché solo se sia in contestazione l'applicazione o l'esecuzione di un atto la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, il giudice è tenuto a rilevare, in qualsiasi stato e grado del giudizio, l'eventuale nullità dell'atto, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti; al contrario, qualora la domanda sia diretta a fare dichiarare la invalidità del contratto o a farne pronunciare la risoluzione per inadempimento, la deduzione (nella prima ipotesi) di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda e (nella seconda ipotesi) di una qualsiasi causa di nullità o di un fatto costitutivo diverso dall'inadempimento, sono inammissibili: né tali questioni possono essere rilevate d'ufficio, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra petita*».

Nel pensiero della giurisprudenza il potere di qualificare giuridicamente il rapporto sul quale si fonda la domanda spetta bensì al giudice, ma esso incontra un limite insuperabile nel principio dispositivo che si concreta nel divieto fatto al giudice di sostituire di propria iniziativa all'azione formalmente esercitata una di natura diversa, collegata a fatti costitutivi differenti da quelli posti a fondamento della prima. Il ragionamento della Suprema Corte può essere così riassunto e precisato: poiché oggetto della domanda non deve intendersi soltanto un bene materiale (*petitum c.d. mediato*), bensì anche una pronuncia di diritto, cioè la dichiarazione o l'attribuzione da parte del giudice di un dato diritto o la creazione, il regolamento, l'annullamento, la nullità oppure l'estinzione di un determinato rapporto (*petitum c.d. immediato*), ne segue che il giudice non può né mutare la domanda concernente un determinato diritto con altra riguardante un diverso diritto non compreso nel primo, né del pari, nell'ipotesi di una

domanda diretta ad ottenere una sentenza avente uno specifico contenuto (nella specie risoluzione del contratto per inadempimento), dichiarare la nullità del contratto.

Ora, dato che l'azione di risoluzione e quella di nullità differiscono tra loro sia per il *petitum* che per la causa *petendi*, il giudice che, investito della cognizione dell'una, dichiarasse l'altra incorrerebbe in vizio di *ultra petizione*, attribuendo alla parte un bene giuridico diverso da quello richiesto.

Nonostante rare pronunce abbiano recepito la tesi dottrinale favorevole al rilievo officioso, ancora di recente la Suprema Corte, nel ribadire il proprio consolidato orientamento, ha valorizzato le indubbie diversità che sul piano giuridico e fattuale si riscontrano tra le fattispecie in cui si chiedi in giudizio l'applicazione del contratto da quelle in cui si agisca invece per eliminarne gli effetti, facendo valere l'annullabilità del contratto stesso o chiedendone la risoluzione o la rescissione⁵⁸. Nel primo caso infatti la nullità costituisce l'antitesi logico-giuridica della validità ed efficacia del negozio di cui si chiede l'esecuzione, così che il possibile accertamento della nullità di esso investe in modo diretto e immediato l'oggetto iniziale della controversia; il che non avviene negli altri casi in cui venga instaurato un giudizio di annullamento, risoluzione o rescissione. Inoltre, la netta distinzione tra questi ultimi giudizi da una parte e quello di nullità dall'altra per quanto attiene al *petitum* e alla causa *petendi*, la specificità degli scopi perseguibili con le relative azioni, il diverso atteggiarsi dell'interesse delle parti in causa (che nella pluralità delle alternative consentite dall'ordinamento possono preferire alla declaratoria di nullità una pronuncia limitata alla rimozione degli effetti del contratto) configurano un insieme di elementi destinati a influire direttamente sui poteri del giudice e a determinare il tipo di risposta giudiziaria. La lettura tradizionale dell'art. 1421 c.c. sarebbe preferibile – si è aggiunto – anche alla luce del principio del giusto processo, consacrato nel nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione, che concorrerebbe a fondare un sistema processuale che obbliga le parti, fin dai primi atti difensivi, a indicare compiutamente gli elementi di fatto e di diritto posti a base della loro richiesta, ad assicurare il completo spiegamento del contraddittorio tra le parti stesse su un piano di parità e ad evitare, al di fuori di precise indicazioni normative, ampliamenti dei poteri di iniziativa officiosa suscettibili di tradursi in un soggettivismo giudiziario capace di provocare ricadute potenzialmente negative anche sulla certezza del diritto.

È rimasta pressoché isolata nella dottrina la tesi restrittiva che esclude la rilevabilità d'ufficio della nullità nei giudizi di annullamento, risoluzione, rescissione, o di accertamento di altra causa (recesso, risoluzione consensuale) che abbia altrimenti causato lo scioglimento del rapporto contrattuale. Nel contesto di una ricostruzione in cui si nega alla nullità il ruolo di sanzione posta a tutela di interessi fondamentali (perché altrimenti non si spiegherebbe la nullità per ragioni diverse dall'illiceità), è stato sostenuto che la ratio della rilevabilità d'ufficio sta semplicemente nell'esigenza di «eliminare quell'indice di appartenenza delle situazioni giuridiche che è il negozio nullo»⁶⁰. Se questa fosse la giustificazione della regola, cadrebbe ogni ragione per ammettere il rilievo officioso nei giudizi diversi da quello di esecuzione, poiché la sentenza che dovesse accogliere, ad esempio, la domanda di risoluzione non farebbe giudicato sulla validità del contratto e non si avvertirebbe l'esigenza di impedire il formarsi di un indice caduco di appartenenza delle situazioni giuridiche dedotte nel contratto. È questa la conclusione di un complesso ragionamento che distingue tra mancanza, nella fattispecie contrattuale, di un elemento costitutivo (identificato con quello esteriore visibile), che potrebbe essere rilevata d'ufficio dal giudice nell'esercizio del poter di controllo sulla sussistenza delle condizioni dell'azione; e sussistenza di un elemento impeditivo (non manifestato dalla struttura dell'atto) dell'efficacia del contratto, che, viceversa, potrebbe essere dedotto soltanto con un'eccezione di parte.

Questa sofisticata teoria è stata ripresa di recente e si è distinto tra le ipotesi in cui «neppure sussistono gli elementi costitutivi dell'azione di esecuzione, poiché il titolo è sprovvisto persino dei propri indici esteriori di riconoscibilità», così che il giudice sarebbe senz'altro abilitato a dichiarare la nullità; e le ipotesi in cui «quegli elementi rilevanti e tuttavia non esteriori, aventi per lo più sul piano della fattispecie sostanziale carattere negativo, assumono il ruolo di fatti impeditivi della azione di esecuzione; e devono formare oggetto di eccezione». Si è quindi profilata la conseguente distinzione tra «l'atto carente nella propria fattispecie costitutiva e perciò inefficace ipso iure» e «quello idoneo a fondare la propria azione di esecuzione e quindi inefficace ope exceptionis».

L'indirizzo giurisprudenziale che afferma la rilevabilità d'ufficio della nullità è

caratterizzato dall'assenza di consapevoli opzioni interpretative in merito alla questione.

In una remota pronuncia, è stato affermato che «la nullità di un contratto per violazione di norme di ordine pubblico dev'essere rilevata di ufficio dal giudice, il quale, in questo caso, è svincolato dall'osservanza del principio di corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato».

Relativamente a un caso in cui era stata proposta domanda di risoluzione per inadempimento di un contratto preliminare ad una compravendita relativamente simulata, la Corte di Cassazione ha affermato il dovere del giudice del merito di dichiararne, anche d'ufficio, la nullità, ma senza approfondire le ragioni del dissenso rispetto all'indirizzo dominante.

Mentre sulla base di più meditate considerazioni un giudice di merito ha ritenuto rilevabile d'ufficio la nullità di un contratto nel giudizio promosso per la risoluzione: «se il contratto è nullo non vi sono effetti da eliminare in quanto la nullità consiste proprio nella negazione degli effetti dell'atto che ne è colpito; è dunque impensabile che si possa risolvere un contratto per inadempimento e magari ottenere pure il risarcimento del danno laddove, per la nullità contratto non esiste alcun obbligo da adempiere»

In tempi più recenti la Corte Suprema ha affermato il dovere del giudice di verificare d'ufficio, prima di valutare la fondatezza della pretesa alla risoluzione del contratto, se l'obbligazione sia stata validamente assunta.

Le ricordate sentenza non si soffermano sulla complessa questione della efficacia della pronuncia conseguente al rilievo ex officio, limitandosi a pronunciare la nullità nei termini della declaratoria in via principale con il consequenziale effetto tipico del giudicato.

Quanto alla dottrina, eccettuata l'opinione ricordata dianzi, le sue voci si sono espresse all'unisono nel senso della rilevanza d'ufficio, sia pure con soluzioni non uniformi circa l'efficacia della relativa pronuncia giudiziale.

L'assunto posto a comune fondamento delle critiche dottrinali è dato dal rilievo che la domanda di risoluzione (come anche quelle di rescissione o di annullamento) implica tanto sul piano logico quanto sul piano processuale l'affermazione della validità del

negozio.

La pronuncia di risoluzione presuppone un'obbligazione rimasta inadempita e di inadempimento non potrebbe parlarsi se l'obbligazione non è venuta ad esistenza a cagione dell'invalidità che colpisce la relativa fattispecie costitutiva.

Alla base così della domanda di risoluzione come della domanda di adempimento sarebbe individuabile la medesima causa petendi, o quantomeno un comune elemento costitutivo della stessa: l'affermazione della validità ed efficacia del contratto. Lo svolgimento di queste osservazioni porta a concludere che «la domanda di risoluzione è, anch'essa, domanda di applicazione del contratto».

Una volta individuata nella (affermazione della) validità del contratto la comune ragione giuridica delle due specie di domande (di adempimento e di risoluzione), ed escluso che il verbo «rilevare» usato dall'art. 1421 c.c. implichi una cognizione incidentale intesa soltanto al rigetto della domanda, si è sostenuto che la questione di nullità può divenire tema di giudizio per iniziativa d'ufficio.

In giurisprudenza, le pronunce che si discostano dall'indirizzo egemone sono rarissime. Si segnalano tuttavia recenti aperture al rilievo incidentale della nullità.

Con una pronuncia – la prima, a quanto consta, che esprime con consapevolezza il diverso orientamento – la Corte di Cassazione ha affermato il principio secondo cui il giudice, chiamato a pronunciarsi su un'azione che presuppone la validità di una delibera assembleare (nella specie, di trasformazione di una società per azioni in società a responsabilità limitata in pendenza del termine per il rimborso del prestito obbligazionario: nulla per contrasto con l'art. 2486, comma 3 c.c., in relazione agli artt. 2379 e 1418 c.c.) è tenuto a rilevare d'ufficio incidenter tantum la nullità, in sede di riscontro delle condizioni di accoglimento della domanda.

In seguito la Corte ha aderito ad una precisa impostazione dottrinale e ha affermato in termini più decisi che «la nullità di un contratto del quale sia stato chiesto l'annullamento (ovvero la risoluzione o la rescissione) può essere rilevata d'ufficio dal giudice, in via incidentale, senza incorrere in vizio di ultrapetizione, atteso che in ognuna di tali domande è implicitamente postulata l'assenza di ragioni che determinino la nullità del contratto. Pertanto il rilievo di quest'ultima da parte del giudice dà luogo a pronuncia non eccedente i limiti della causa, la cui efficacia va commisurata alla domanda proposta

potendo quindi estendersi all'intero rapporto contrattuale se questa lo investa interamente, come nel caso (ricorrente nella specie) di domanda di annullamento di contratto non ricadente nell'ipotesi di cui all'art. 1446 c.c.» (nella specie, si trattava di domanda di annullamento, proposta da una società ai sensi dell'art. 1394 c.c., della fideiussione da essa rilasciata a garanzia di debiti del proprio amministratore, nulla ai sensi del combinato disposto degli artt. 2624 e 1418 c.c.). Quanto alle conseguenze ulteriori della pronuncia incidentale, la Corte ha opportunamente curato di precisare che la questione pregiudiziale di nullità condiziona l'accertamento (negativo o positivo) dell'effetto contrattuale dedotto in causa e, attraverso il giudicato che si forma su tale effetto, anche la soluzione data nel processo alla questione pregiudiziale può condizionare l'esito di altri processi relativi a diversi effetti dello stesso contratto.

In questo senso, si esprime un orientamento dottrinale secondo cui al giudice competerebbe bensì il potere-dovere di rilevare sempre ex officio la nullità del contratto, ma con effetti limitati al giudizio in corso. Alla stregua di questa tesi, l'ambito della cognizione giudiziale si dilaterrebbe, rimanendo immutato quello della decisione (cioè dell' accertamento idoneo a fare stato tra le parti).

Con l'escludere il rilievo officioso nel giudizio di risoluzione o di annullamento o di rescissione o di scioglimento del rapporto (sulla premessa della sua cessazione o di recesso) la giurisprudenza «invece di restringere la formazione del giudicato ai casi in cui l'azione di nullità è proposta, e allargare il rilevamento incidentale d'ufficio della nullità a tutti i casi possibili, estende la formazione del giudicato a tutti i casi in cui è rilevabile, e poi restringe l'area in cui la nullità è rilevabile ai casi in cui è proposta, alternativamente, l'azione di nullità o l'azione di annullamento». Con formula sintetica, i giudici non conoscono «la rilevazione d'ufficio della nullità come fatto diverso della declaratoria di nullità; non conoscono, cioè, la rilevazione incidentale della nullità».

Dalla premessa che il giudice dovrebbe rilevare sempre la causa di nullità, si è fatta derivare la conseguenza che in difetto di una formale domanda il giudice non potrebbe pronunciare la nullità di un contratto, potendo e dovendo rilevarla, ma solo incidentalmente, con formazione del giudicato limitatamente alla domanda proposta dalle parti.

Anche da parte di chi è favorevole al rilievo meramente incidentale si sono messe in

luce le conseguenze del rigetto della domanda di risoluzione (o rescissione o annullamento) del contratto, pronunciato sul presupposto della sua nullità, conosciuta incidenter tantum la parte potrà infatti essere convenuta per l'adempimento e, ove venga disattesa la deduzione di nullità, non potrà invocare la risoluzione (né la rescissione o l'annullamento), essendo il riesame della questione precluso dalla formazione del giudicato sul punto.

Per arginare queste conseguenze pratiche, meritevoli di attenzione, pur tenendosi fermo il rilievo incidentale della nullità, si è sostenuto che «quando l'intero rapporto regolato dal contratto non può sussistere in mancanza del diritto ritenuto inesistente (a ragione della nullità del contratto), allora questa mancanza si imporrà – con l'efficacia del giudicato – anche nei successivi giudizi relativi ad altri aspetti del rapporto»⁷⁴. In sostanza, l'efficacia della decisione sulla nullità è fissata dalla domanda proposta, ma ciò non esclude che influisca sull'intero rapporto contrattuale se la domanda ha carattere principale rispetto ad esso o lo investe per intero. Verrebbe così fatto salvo il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato – posto che ciò che forma oggetto di pronuncia meramente incidentale non gravita nell'orbita dell'efficacia preclusiva del giudicato –, nel contempo evitandosi conseguenze aberranti del tipo di quelle evidenziate.

Proprio questa impostazione è stata accolta nella più recente sentenza della Suprema Corte favorevole al rilievo officioso: a norma dell'art. 1421 c.c. il giudice deve rilevare d'ufficio le nullità negoziali, non solo se sia stata proposta azione di esatto adempimento, ma anche se sia stata preposta azione di risoluzione o di annullamento o di rescissione del contratto procedendo all'accertamento incidentale relativo ad una pregiudiziale in senso logico- giuridico (concernente cioè il fatto costitutivo che si fa valere in giudizio, c.d. punto pregiudiziale), idoneo a divenire giudicato, con efficacia pertanto non soltanto sulla pronuncia finale ma anche (ed anzitutto) circa l'esistenza del rapporto giuridico sul quale la pretesa si fonda.

La questione giuridica è duplice ed è stata così esattamente isolata in questa sentenza: se il giudice possa rilevare anche d'ufficio la nullità negoziale, non solo in sede di azione di esatto adempimento, ma anche di risoluzione, annullamento o rescissione, e quale sia l'effetto di tale rilievo d'ufficio.

Questo il ragionamento del giudice di legittimità nei cui passaggi si colgono gli argomenti di quegli autori critici verso l'orientamento tradizionale.

Oltre alla domanda di adempimento o di esecuzione, anche le domande di risoluzione e di annullamento presuppongono la validità del contratto e costituiscono mezzo giuridico per eliminarne, in taluni casi gli effetti. Anche le domande di risoluzione e di annullamento implicano e fanno valere un diritto potestativo di impugnativa contrattuale nascente dal contratto, non meno del diritto all'adempimento. Se ci fosse nullità, nessun diritto o potestà potrebbe derivare dal rapporto dedotto in controversia, poiché lo stesso rapporto non sarebbe sorto. La validità del contratto, di conseguenza, si pone come pregiudiziale sia delle domande di adempimento o esecuzione, sia di quella di annullamento, tutte presupponendo l'esistenza di un contratto valido.

Poiché l'art. 1421 c.c. richiede che la nullità del contratto venga rilevata d'ufficio (in via incidentale) e poiché la validità o nullità del contratto costituisce il presupposto anche della domanda di risoluzione, ne deriva che il rilievo incidentale e d'ufficio della nullità del contratto, di cui sia stata chiesta la risoluzione, attiene alla domanda di risoluzione stessa ed esso non eccede il principio dell'art. 112 c.p.c. in relazione al limite che la domanda di parte pone ai poteri di pronuncia del giudice.

Quindi la questione di validità del negozio costituisce presupposto allo stesso modo tanto della domanda di risoluzione quanto di quella di adempimento (o di esecuzione), in quanto sono risposte alternative che il diritto accorda alla parte di fronte alla situazione di inadempimento. Anche la prima di tali domande, infatti, essendo fondata sull'affermazione che un determinato obbligo è rimasto inadempito e che non ricorrono circostanza di esclusione della responsabilità, implica necessariamente che un obbligo sia sorto in conseguenza del negozio, e ciò a sua volta presuppone necessariamente l'allegazione di validità del negozio smesso. La domanda di risoluzione si poggia con identico grado di coerenza logica e giuridica sulla validità del negozio.

D'altra parte, se il contratto è nullo, non ci sono effetti da eliminare, né è pensabile che si possa risolvere un contratto per inadempimento e magari ottenere anche la condanna al risarcimento laddove per la nullità del contratto non c'era alcun obbligo da adempiere.

Delle considerazioni analoghe vanno formulate con riguardo alla rescissione o all'annullamento anche in questo caso l'azione trova il suo presupposto nella validità del contratto. Ritenere il contrario determinerebbe del resto conseguenze assurde, quali l'accoglimento di un'offerta di riduzione ad equità del contratto nullo, volta a paralizzare la domanda della controparte.

Un ulteriore sostegno a tale tesi emerge dall'esame delle relazioni intercorrenti fra la pronuncia di accoglimento della domanda di nullità proposta in via principale e gli eventuali successivi giudizi di adempimento, risoluzione, rescissione o annullamento dello stesso contratto: se si ritenesse, irrilevante, nel successivo giudizio «impugnatorio», la questione della nullità del contratto, tale sarebbe anche una precedente pronuncia di nullità e questa riuscirebbe inutiliter data in quanto non sarebbe idonea ad accertare l'assenza di vincoli all'adempimento. In tale situazione la nullità, benché già dichiarata, dovrebbe quindi farsi nuovamente valere, con il rischio tuttavia di una pronuncia difforme. Poiché questa conclusione è inaccettabile, sarebbe necessario almeno, riconoscere che nel giudizio successivo di risoluzione, annullamento o rescissione la nullità del contratto non sia irrilevante e avendo la relativa pronuncia carattere di mero accertamento, tale rilevanza non potrebbe che operare sul piano sostanziale.

Resta poi secondario che dalla rilevanza così riconosciuta si sia indotti a ritenere già implicitamente decisa nel primo giudizio, cioè in quello di nullità, la controversia che forma oggetto del secondo, nel quale pertanto, in base al principio del *ne bis in idem* e secondo la prospettiva del c.d. effetto negativo del giudicato, non si può ulteriormente disputare sullo stesso oggetto o su parte di esso, perché adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento costituiscono una specificazione, un dettaglio rispetto al tema della nullità o, invece, considerare che nel secondo giudizio la nullità, già dichiarata nel primo, imponga, secondo il c.d. effetto positivo del giudicato, il rigetto delle successive domande ivi preposte, senza così uscire dai confini segnati al successivo giudizio con quelle domande di cui appare tema necessario, parte inclusa e condizionante.

Ciò che conta è che in tutti questi giudizi la questione di nullità del contratto è sempre presente e che, pertanto, non si esorbita dai temi posti con tali domande quando la nullità venga rilevata d'ufficio ex art. 1421 c.c.

Mentre tale conclusione è condivisibile, non pare che lo sia l' "inquadramento sistematico, secondo cui l' art. 1421 non si iscrive nella cornice dell' atto nullo ma piuttosto in quella dell' art 2907 c.c., che assegna al giudice l' obbligo di pronunciare – nei casi tassativamente previsti dalla legge – senza l' impulso di parte e al di là dei limiti della domanda. In realtà la previsione dell' art. 2907 c.c. sembra riferirsi ad un' ipotesi in cui al giudice è consentito di prendere iniziative per una pronuncia estranea al processo in corso (come è per l' art. 8 l. fall.), quando cioè l' iniziativa non è richiesta per risolvere il merito della controversia, già sottoposta al giudice ad iniziativa di parte.

La questione in esame, invece, riguarda la pendenza di una lite avviata su domanda di parte e la nullità si pone proprio come condizione della decisione di merito su di essa: tra la domanda di parte e rilievo di nullità vi è una relazione strettamente funzionale. Qui, in altri termini, la nullità si pone come questione pregiudiziale inerente alla domanda della parte.

Inoltre l' assunto dell' orientamento giurisprudenziale maggioritario, quanto meno rispetto all' azione di risoluzione, secondo cui il rilievo d' ufficio della nullità non equivarrebbe ad una pronuncia di accertamento della non validità, neppure fra le stesse parti, e non potendo formare giudicato sul punto non sarebbe quindi idoneo a rimuovere situazioni di incertezza, non si dà carico della sostanziale identità di presupposti fra la domanda di adempimento e quella di risoluzione contrattuale.

Non è quindi giustificato, come fa la giurisprudenza maggioritaria, escludere dal rilievo d' ufficio l' ipotesi della domanda di risoluzione, postulando l' estraneità rispetto ad essa del problema della validità del contratto, giacché il diritto alla risoluzione sorge solo in relazione ad un negozio valido, ed è vero quindi che quando si fa valere tale diritto si chiede al giudice una operazione di "applicazione" del negozio diversa solo per contenuto ma non per struttura da quella chiestagli in caso di adozione di adempimento.

L' orientamento giurisprudenziale maggioritario da una parte pone una limitazione al rilievo officioso non prevista dall' art. 1421 c.c. e dall' altra presenta aspetti di non conciliabilità con le sue premesse: infatti anche nel caso in cui l' attore abbia richiesto la risoluzione, l' annullamento o la rescissione del contratto, il rilievo d' ufficio della nullità del contratto egualmente porta al rigetto di una delle tre domande suddette e non certo al suo accoglimento: la nullità del contratto, accertata e rilevata incidentalmente

dal giudice, costituirà solo la ragione su cui si fonda il rigetto della domanda dell'attore.

Ciò affermato in linea di principio, occorre vagliare quali siano le conseguenze del rilievo incidentale e d'ufficio della nullità in una causa proposta per la risoluzione del contratto. Per coloro che ritengono che l'art. 1421 c.c. vada correlato all'art. 2907 c.c. è evidente che la pronuncia di rigetto della domanda di risoluzione, annullamento o rescissione fa stato anche sulla nullità.

In realtà la questione pregiudiziale di nullità condiziona l'accertamento (negativo o positivo) dell'effetto contrattuale dedotto in causa, e, attraverso il giudicato che si forma su tale effetto, anche la soluzione data nel processo alla questione pregiudiziale di nullità può condizionare l'esito di altrui processi relativi a diversi effetti dello stesso contratto. Peraltro se tale principio può essere affermato (come in dottrina è stato sostenuto) nel rapporto tra il processo in cui la questione pregiudiziale di nullità sia stata rilevata ed altri procedimenti in cui vengano in rilievo gli effetti dello stesso contratto tra le stesse parti, eguale principio può essere applicato anche quando la nullità del contratto venga rilevata nei medesimi giudizi di risoluzione, rescissione e di annullamento e con riferimento alle stesse domande.

La nullità del contratto si riflette sull'interno rapporto e deve essere ricevuta nei giudizi ad esso relativi, quando sia stata rilevata in occasione di una domanda di risoluzione, rescissione o annullamento che investa il contratto nella sua interezza.

Va però precisato che non si verte nell'ipotesi di cui all'art. 34 c.p.c., come pure sostenuto da qualcuno.

Conformemente a quanto afferma una autorevole dottrina in tema di accertamento incidentale di questione pregiudiziale, in primo luogo va rilevato che l'art. 34 c.p.c. non riguarda soltanto le modificazioni della competenza per ragione di connessione e l'eventuale rimessione di tutta la causa al giudice superiore competente a conoscere la questione pregiudiziale, ma attiene anche all'efficacia della pronuncia che deve essere emessa dal giudice. Il giudicato sulla questione pregiudiziale, infatti, si forma solamente se in tal senso vi sia stata un'esplicita domanda di una delle parti o se sia la legge a pretenderlo. In secondo luogo va precisato che con l'espressione «questione pregiudiziale», contenuta in detto articolo, il legislatore ha inteso fare riferimento

solamente alla pregiudizialità in senso tecnico e non anche alla pregiudizialità in senso logico.

Premesso che con la locuzione «pregiudiziale in senso logico» si indica il fatto costitutivo del diritto che si fa valere davanti al giudice (c.d. punto pregiudiziale) o, come si sostiene in dottrina, il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio (ad esempio, la compravendita rispetto alla richiesta di pagamento del prezzo della cosa venduta) è indubbio che – in base a una tesi costantemente affermata dalla giurisprudenza di legittimità – l'efficacia del giudicato copre, in ogni caso, non soltanto la pronuncia finale, ma anche l'accertamento che si presenta come necessaria premessa o come presupposto logico-giuridico nella pronuncia medesima (c.d. giudicato implicito).

In tal caso, infatti, la necessità della formazione del giudicato anche sul punto pregiudiziale (e anche in assenza di un'apposita richiesta) deriva dal fatto che oggetto della decisione è in primo luogo l'indagine circa l'esistenza del rapporto giuridico sul quale la pretesa si fonda.

Un discorso diverso va fatto con riguardo alla «pregiudiziale in senso tecnico», con la quale si indica una situazione che, pur rappresentando un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio, è tuttavia distinta ed indipendente dal fatto costitutivo sul quale si fonda tale effetto (ad. es., la qualità di erede del creditore rispetto alla domanda di pagamento del prezzo oggetto del contratto di compravendita stipulato dal defunto). Tale situazione, poiché non concerne l'oggetto del processo, è solamente passibile di accertamento in via incidentale, salvo che, per legge o a seguito di apposita domanda formulata da una delle parti, non sia richiesta una decisione con efficacia del giudicato.

Peraltro non riconoscere efficacia di giudicato implicito all'accertata questione pregiudiziale di nullità del contratto comporterebbe la seguente conseguenza inaccettabile: la parte che si è vista respingere la domanda di risoluzione (o rescissione o annullamento del contratto), a causa della ritenuta nullità dello stesso, potrà in seguito essere convenuta per l'adempimento; le resta la facoltà di opporre ancora la nullità del contratto, ma con il rischio dell'insuccesso, mentre non potrà nuovamente invocare la risoluzione (rescissione o annullamento) ormai pregiudicata.

Ne consegue che, proposta azione di risoluzione del contratto, il giudice può rilevare

d'ufficio la questione pregiudiziale relativa alla nullità del contratto e, costituendo essa una pregiudiziale sul rapporto giuridico fatto valere in giudizio, l'efficacia della decisione di detta nullità, pregiudiziale alla statuizione di rigetto della domanda, costituisce giudicato implicito.

CONCLUSIONI

Sul versante specifico della nullità, il dilagare delle «nullità di protezione» ha posto il problema della permanente unitarietà della figura della nullità, o, quanto meno, il problema di un rovesciamento del rapporto regola/ eccezione rispetto a pressoché tutti i profili che connotano l'unica disciplina organica della nullità, che resta ancora quella contenuta negli artt. 1418-1424 c.c. (vale a dire i profili della legittimazione all'azione, della sanabilità, della rilevabilità d'ufficio, della imprescrittibilità dell'azione, ecc.).

Il moltiplicarsi di regolamentazioni «cogenti» (specie nel settore della legislazione consumeristica, come si è avuto modo di osservare nelle pagine precedenti) - alle quali sovente non si accompagna (come si ricordava all'inizio) la previsione di un corrispondente apparato rimediabile - ha fatto esplodere il problema della nullità «virtuale», aggiungendo peraltro alle difficoltà che da sempre la norma dell'art. 1418 comma 1 c.c. pone agli interpreti, l'ulteriore problema relativo alla disciplina a cui assoggettare le nullità in ipotesi dedotte dalla violazione di norme poste a protezione di uno dei contraenti. Ed a chiedersi, quindi, se possa ritenersi ammissibile una nullità virtuale di protezione.

Siccome - questo l'assunto dal quale si prendono le mosse - le disposizioni consumeristiche hanno la valenza di norme imperative di diritto secondario ricorre - si dice - la condizione primaria perché possa operare, in caso d'una loro infrazione, il disposto dell'art. 1418 comma 1 c.c.

In effetti, da una premessa che insiste sull'esistenza di un reticolo di norme imperative di protezione, si può dedurre il corollario che la logica protettiva non integra più «una di quelle eccezioni alla regola generale di cui all'inciso finale dell'art. 1418 c.c.» 176. E siccome la maggior parte di queste previsioni detta degli obblighi di informazione, cioè forme di concretizzazione della clausola generale di buona fede, può maturare la

convinzione che sia possibile configurare una nullità innominata di protezione. Ovvero, secondo una perifrasi di abituale uso, una nullità desumibile ope interpretationis dalla violazione di una regola di correttezza o di trasparenza.

Di fronte al problema di una possibile configurazione di nullità di protezione virtuale va dato atto di una spaccatura, piuttosto nitida, nella dottrina odierna.

Alcuni autori infatti ritengono ammissibile la configurazione di questa categoria. protezione, non possa più reputarsi imperativa; ovvero che la logica di protezione integri sempre una di quelle eccezioni alla regola generale di cui all' " inciso finale dell' " art. 1418 c.c.»)

Gli autori che ammettono la possibilità che le nullità di protezione, oltre che «testuali» siano anche «virtuali» invocano la possibilità di applicare analogicamente il regime delle c.d. «nullità speciali» (sul presupposto che non si tratterebbe più di ipotesi da considerare eccezionali).

Si è osservato, inoltre che alla configurabilità di nullità di protezione virtuali si potrebbe pervenire non già ammettendo il ricorso all' " analogia, bensì piuttosto attraverso una operazione di «riduzione teleologica» della disposizione dell' " art. 1421 c.c., motivata dalla accertata natura «protettiva» della nullità.

Sono ragionamenti che non sembrano convincere del tutto.

Prima di immaginare un sistema ove l' " art. 1418 comma 1, si atteggi a previsione candidata a governare, in mancanza di una diversa previsione testuale, l' " intero apparato rimediabile consumerista, bisognerebbe, quale operazione del tutto preliminare, procedere a scrutinare quelle che in ipotesi sarebbero - della norma - le legittime condizioni d' " uso.

E non pare ch' " esse ricorrano se è vero che, per il principio di necessaria pre-determinazione ex lege di ogni regola di validità, non è dato delineare ipotesi ove una comminatoria di nullità, per contrasto con una regola generale di condotta, risulti affidata al sindacato valutativo del giudice.

E ciò già potrebbe ritenersi argomentazione sufficiente per escludere l' " ammissibilità della nullità virtuale di protezione in quanto essa non potrebbe essere concepibile, senza minare la certezza dei rapporti contrattuali. Questo almeno stando a quella che pare ancora essere la riflessione teorica più appagante.

Se si muove infatti dall'idea che una regola di validità può aver sì un contenuto indeterminato ma deve essere o alternativamente non essere prevista dalla legge, allora, lo stesso concetto di nullità virtuale di protezione si palesa come opaco ed ondivago.

“Mentre l'immaginare una nullità testuale che sia carente di un proprio statuto normativo, pone (soltanto) una questione di ricorso all'argomento analogico, ipotizzare una nullità, per infrazione ad una regola di condotta, quando il legislatore niente dice, equivale a rimettere alla discrezionalità giudiziale l'apprezzamento dell'andamento e del quomodo (della nullità)”.

Nulla questione infatti sulla circostanza che esistano delle regole di condotta tipiche provviste, in caso di infrazione, d'una comminatoria di invalidità. Si pensi, tanto per fare un esempio di riferimento comune, all'annullabilità per dolo o per violenza. E d'altronde, com'è stato fatto incisivamente notare, «tutte le regole giuridiche sono regole di condotta (dell'uomo)» pure quindi le cd. regole di validità.

Ma il fatto è che ogni regola di validità sempre esprime uno stato di qualificazione del contratto: donde il corollario che il suo coefficiente di indeterminatezza mai può assumere o rivestire il tratto di un nullità senza fattispecie.

Insomma, in virtù del fatto che la distinzione tra regole di validità e regole di correttezza è un portato del principio di legalità, non ha senso accostare nullità (virtuale) di protezione ed obblighi (per lo più documentali) di condotta: per l'elementare ma decisiva ragione che il significato autentico del principio di non interferenza tra le due regole si coglie nell'enucleazione di un divieto di comminare giudizialmente la nullità del contratto che violi una “clausola generale di comportamento”.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Le nullità negoziali di diritto comune, speciali, e virtuali*, a cura di L. Ferroni, Milano, 1998.
- AGRIFOGLIO G. , *Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa*, in *Cont. Impr.*, 2008.
- ALPA G.- PATTI S., *Commentario al Codice Civile (a cura di)*, Giuffrè, 2003.
- ALPA G., *Uno sguardo alla disciplina delle clausole vessatorie in Italia e nel Regno Unito*, in *Nuova giur civ. comm*, 2004.
- ALPA G., *Il codice del consumo*, in *Contratti*, 2005.
- ALPA G. , - ROSSI CARLEO L. (a cura di), *Codice del consumo, Commentario*, Napoli, 2005.
- ALPA G. , *I diritti dei consumatori e il "Codice del consumo" nell'esperienza italiana*, in *Contr. Impr. Europa*, 1, 2006.
- ALPA G. , *Diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006.
- ALPA G. – GAROFOLI R. , *Manuale di diritto civile*, Nel diritto Editore, 2009.
- AMATO G. , *L'interesse pubblico e le attività economiche private*, in *Pol. Dir*, 1970.
- ANDREANI F. M. , *Regresso (azione di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988.
- A. BARBA *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in AA. Vv., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998.
- BARCELLONA P., *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.
- BARCELLONA P., *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.
- BARENGHI A., *I contratti per adesione e le clausole vessatorie*, in LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*.
- BARENGHI A., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice*

civile, Napoli, 1996.

- BASEDOW J. , Freedom of Contract in the European Union, in *European Review of Private Law*, 2008.
- BENATTI F., Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999.
- BETTI E. , Teoria generale del negozio giuridico, in *Trattato del diritto civile italiano*, diretto da F. Vassalli, XV, 2 rist, Utet, Torino, 1952.
- BETTI E. Conversione del negozio giuridico (diritto vigente), in *Noviss. Dig. It*, Utet, 1959.
- BETTI E., Teoria generale del negozio giuridico, Torino, 1960.
- BETTI E. , Teoria del negozio giudico, in *Trat. Vassalli*, XV, 2, Utet, 1961.
- BETTI E. , Teoria generale del negozio giuridico, Napoli, 1994.
- BIANCA C. M. – BUSNELLI F. D. (a cura di), Commentario al Cap. XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore, in *Le nuove leggi civ. comma.*, Padova, 1999.
- BIANCA C. M., *Diritto civile*, III, Il contratto, Milano, 2000.
- BIGLIAZZI ZERI L. , art. 1469-bis – Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore- comma 1°.
- BONFIGLIO G., La rilevazione d'ufficio della nullità di protezione, in *Riv. Dir.civ*, 2007.
- BRECCIA U., Clausole generali e ruolo del giudice, in *Lav. Dir.*, 2007.
- CAMPOBASSO G. F., Regresso (azione di), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1991.
- CAPRIOLI R. , La conferma delle disposizioni testamentarie e delle donazioni nulle, Napoli, 1985.
- CARIOTA-FERRARA L. , *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli.
- CARIOTA-FERRARA L., Annullabilità assoluta e nullità relativa (Un

contributo alla teoria della invalidità dei negozi giuridici), in Studi Scorza, Roma, 1940.

- CASELLA M , Nullità parziale del contratto e inserzione automatica di clausole, Milano, 1974.
- CASTRONOVO C. , Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e Parte II, Prefazione all'edizione italiana. Un contratto per l'Europa, Milano, 2001.
- CASUCCI F., Il principio proporzionale nel diritto privato comunitario, Napoli, 2000.
- CESARO E., Clausole vessatorie e contratto del consumatore, I, Padova, 1996.
- CESARO E., I contratti del consumatore. Commentario al codice del consumo, Padova, 2007.
- CHESSA A., Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali, in Riv. Dir. civ., 2006.
- CHINE" G., Il consumatore, in LIPARI (a cura di), Diritto privato europeo, I, Padova, 1997.
- CIAN G., Il nuovo Capo XIV bis (Titolo II, Libro IV) del codice civile sulla disciplina dei contratti con i consumatori, in Studium iuris, 1996.
- CRESCI G., I contratti di subfornitura, in Vettori, Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti, Padova, 1999.
- CRISCIUOLI G., La nullità parziale del negozio giuridico, Milano, 1959.
- CUFFARO V. (a cura di), Codice del consumo, Milano, 2006.
- D" ADDA A., Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto, Padova, 2008.
- D" AMICO G., "Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996.
- D" AMICO G. , Regole di validità e regole di comportamento nella

formazione del contratto, in Riv. Dir. civ., 2002.

- D'ANTONIO A. La modificazione legislativa del regolamento negoziale, Padova 1974.
- DE NOVA G., Il contratto contrario a norme imperative, in Riv. crit., dir., priv.,
- DE NOVA G., Criteri generali di determinazione dell'abusività di clausole ed elenco di clausole abusive, in Riv. Trint. dir. proc. civ. 1994.
- DE NOVA G., Le clausole vessatorie. Art. 25, l. 6 febbraio 1996, n. 52, Milano, 1996.
- DE NOVA G., La subfornitura: una legge grave, in Riv. dir. priv., 1998.
- DE NOVA G., in AA. Vv., I ritardi di pagamento nei contratti commerciali: D. Lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, a cura di G. De Nova e S. De Nova, Milano, 2003.
- DELFINI F., in De Nova, La sub fornitura, Milano, 1998.
- DI CIOMMO F., La rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali tra (artificiosi) limiti processuali ed incertezze della giurisprudenza, in Foro it, 2006.
- DI GIOVANNI F., La regola di trasparenza nei contratti dei consumatori, Torino, 1998.
- DI MAJO A., Il contratto in generale, Tomo II, in Tratt. Dir. priv., diretto da Bessone.
- DI MAJO A., Il contratto in generale, Giappichelli, 2002.
- DI MAJO A., La nullità, in Il contratto in generale, a cura di A. Di Majo – G.B. Ferri – M. Franzoni, nel Tratt. Dir. Priv. , diretto da M. Bessone, Vol. XIII, t. VIII, Torino, 2002.
- DI MARZIO F., Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore, in Giust. Civ., 1996.
- DI MARZIO F., La frode alla legge, in Il Diritto privato nella

giurisprudenza, a cura di P. Cendon, Vol VI, I contratti in generale, Torino, 2000.

- DI MARZIO F, La nullità del contratto, CEDAM Padova, 2008.
- DI MARZIO F., Efficacia del contratto nullo, Cedam, 2008.
- DONA M. , Il codice del consumo. Regole e significati, Torino, 2005.
- FALZEA A, Efficacia giuridica, in ED, XIV, Giuffrè, Milano, 1965.
- FALZEA A, Gli standards valutativi e la loro applicazione, in Riv .dir .civ., 1987.
- FERRARA F., Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano, Libreria, Padova, 1902. 196
- FERRARA F., Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano, Milano, 1914.
- FERRI G. B., Volontà del privato e volontà della legge.
- FERRI G. B, Ordine pubblico (diritto privato), in Enc.dir., XXX, 1038.
- FERRI G. B., Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto, Milano, 1970.
- FERRONI L., Le nullità negoziali, a cura del medesimo.
- FERRONI L., Le nullità negoziali, in Il diritto privato oggi, Giuffrè, Milano, 1998.
- FILANTI G, Inesistenza e nullità del negozio giuridico, Napoli, 1983.
- FILANTI G, Voce Nullità, I) Diritto civile, in Enc. Giur. Treccani, XXI, Roma, 1990.
- FRANCESCHELLI V, in AA. Vv., Subfornitura, a cura di V. Franceschelli, Milano, 1999.
- GABRIELLI E., Poteri del giudice ed equità del contratto, in Contr. Impr., 1991.
- GABRIELLI G., Una singolare nullità, inopponibile in via di eccezione: la conferma legislativa di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, in Riv.

Dir. civ., 2001.

- GABRIELLI E., Il consumatore e il professionista, in GABRIELLI E. – MINERVINI E. (a cura di), I contratti dei consumatori, Tomo I, Torino, 2005.
- GABRIELLI E.-MINERVINI E. (a cura di), I contratti dei consumatori, Torino, 2005.
- GALGANO F., Diritto civile e commerciale.
- GALGANO F., Il contratto, Cedam, Padova, 2007.
- GALGANO F., Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni Unite della Cassazione, in Contratto e Impresa, 2008.
- GAZZONI F., Manuale di diritto privato, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010.
- GAZZONI F., Manuale di diritto privato, Napoli, 2000.
- GENTILI A., De Jure belli, l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni.
- GENTILI A., Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo), .
- GENTILI A., la risoluzione parziale, Napoli, 1990.
- GENTILI A. , L'inefficacia delle clausole abusive, in Riv. Dir. civ., 1997.
- GENTILI A, Le invalidità, nel Trattato del contratto, diretto da P. Rescigno, II ed., Torino, 1999.
- GENTILI A., I contratti usurari: tipologie e rimedi, in Riv. Dir. civ., 2001.
- GIACOBBE G., «Voce» Convalida, in Enc. Dir., X, Milano, 1962.
- GIOIA G., Nullità di protezione: vecchi e nuovi problemi di tutela del contraente debole, in Corr. Giur. 1999.
- GIOIA G., Nuove nullità relative a tutela del contraente debole, in Contr. Impresa, 1999.
- GIORGI G., Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano, VIII, Firenze, 1885.

- GIORGIANNI M, Forma degli atti (dir. Priv.), in Enc. Dir., 1968.
- GIROLAMI M. , Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali; Cedam, Padova, 2008.
- GRASSO E., Dei poteri del giudice, nel Comm. cod. proc. civ. Allorio, I, Torino, 1973.
- GRIPPO G., Deliberazioni e collegialità nella società per azioni, Cedam, Padova, 1979.
- IRTI N., L'ordine giuridico del mercato.
- IRTI N., La nullità come sanzione civile, in Contr. Impr. 1987.
- IRTI N., Introduzione allo studio del diritto privato, Padova, 1990.
- IRTI N., Persona e mercato, Riv. Dir. civ., 1995.
- IRTI N., Concetto giuridico di «comportamento» e invalidità dell'atto, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2005.
- IUDICA G., Impugnativa contrattuali e pluralità di interessati, Padova, 1973.
- IURILLI C., Manuale di diritto dei consumatori, Torino, 2005.
- JANNARELLI A., La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori, in Lipari, Diritto privato europeo, II, Padova, 1997.
- LANZILLO R., Regole del mercato e congruità dello scambio contrattuale, in Cont. Impr., 1985.
- LANZILLO R., La proporzione fra le prestazioni contrattuali, Milano, 2003.
- LENER R., Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario, Milano, 1996.
- LENER R., La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori, in Foro it., 1996.
- LIBERTINI M, Ancora sui rimedi civili conseguiti ad illeciti antitrust, in

Danno resp., 2005.

- MACARIO F., Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale, in *Obbl. e contr.*, 2006.
- MAFFEIS D., Sub art. 9, in *Aa. Vv. La subfornitura: legge 18 giugno 1998, n. 192*, a cura di G. De
- Nova, Milano, 1998.
- MAFFEIS D. , Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordi sui termini di pagamento,
- in *Contratti*, 2003.
- MAJELLO U., La patologia discrete del contratto annullabile, in *Riv. dir.civ.*, 2003.
- MANDRIOLI C., *Corso di diritto processuale civile*, I, Torino, 1997.
- MANTOVANI M., Le nullità e il contratto nullo, in *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, V, Milano, 2006.
- MASSETANI G., Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto, in *Foro it.*, 1989.
- MASUCCI S. T. , *La forma del contratto in Diritto Privato Europeo*(a cura di N. Lipari), Padova, 1997.
- MAZZAMUTO S., Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare, in *Contr. Impr.*, 1994.
- MAZZIOTTI DI CELSO A., art. 9 – Abuso di dipendenza economica, in *AA. Vv.*, *La subfornitura – Commento alla legge 18 giugno 1998 n. 192*, a cura Alpa e Clarizia, Milano, 1999.
- MAZZONI G., Invalidità, in *EG Treccani*, XVII, Treccani, Roma, 1989.
- MENGONI L., Spunti per una teoria delle clausole generali, in *Il principio di buona fede*, Milano, 1987.
- MENGONI L., L'argomentazione orientata alle conseguenze, in *Riv. trim.*

dir. proc. civ., 1994.

- MENGONI L., Problemi di integrazione della disciplina dei « contratti del consumatore» nel sistema del codice civile, in Studi in onore di Pietro Rescigno, Vol. III, Milano, 2000.
- MENGONI L., La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie, in Eur dir. priv., 2001.
- MESSINEO F., Voce Annullabilità e annullamento (dir. priv.), in Enc. Dir., II, Milano, 1958.
- MESSINEO F., Contratto plurilaterale, in Enc. Dir., X, 1962.
- MINERVINI E., La tutela del contraente debole (art. 1469 quinquies, comma 4, c.c.), in Resp. Com. e impresa, 1997.
- MINERVINI E., La rescissione, in I contratti in generale, a cura di E. Gabrielli, in Tratt. dei contratti diretto da Pietro Rescigno, Vol. II, Torino, 1999.
- MIRABELLI G., La rescissione del contratto, II ED. Napoli, 1962.
- MIRIELLO C., Contratti di intermediazione finanziaria: forma, nullità virtuale e dintorni. Alcuni punti fermi, in Contratto e Impresa, 2008.
- MONTICELLI S., Contratto nullo e fattispecie giuridica, Padova, 1992.
- MONTICELLI S., Fondamento e funzione della rilevabilità d'ufficio della nullità negoziale, in Riv. dir. Civ, 1990.
- NATOLI R., I rimedi per la violazione delle regole di condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità), Giappichelli, 2010.
- NAVARRETTA E., Buona fede oggettiva, contratti d'impresa e diritto europeo, in Riv. dir. civ., 2005.
- NICOLO R., Voce «Alea», in Enc. dir., I, Milano, 1958.
- NUZZO M., Negozio giuridico, Negozio illecito, in Enc. Giur. Treccani, XX

- NUZZO M. , *Utilità sociale ed autonomia privata*, Milano, 1978.
- ORESTANO A., *L'inefficacia delle clausole vessatorie: «contratti del consumatore» e condizioni generali*, in *Riv. Crit. Dir. priv.*, 1996.
- ORIANI R., *Voce Eccezione*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. civ., VII, 1991.
- OSTI G., *Voce «Contratto»*, in *Nov.mo dig. It*, IV, Torino, 1959.
- PAGLIATINI S., *Nullità virtuali di protezione?* in *I Contratti*, fasc. 7, 2001.
- PALADIN L., *Ordine pubblico*, in *NDI*, XII
- PALAZZI M., *Il contratto di franchising e la nuova disciplina delle clausole vessatorie*, in *Le nuove leggi civ. com.*, 1997.
- PALMIERI A., *Transazione e rapporti eterodeterminati*, Milano, 2000.
- PANDOLFI V. , *La nullità degli accordi «gravemente iniqui» nelle transazioni commerciali*, in *Contratti*, 2003.
- PARDOLESI R., *Clausole abusive (nei contratti dei consumatori): una direttiva abusata?*, in *Foro it.*, 1994.
- PASSAGNOLI G., *Le nullità speciali*, Milano, 1995.
- PASSAGNOLI G., *Commento sub art. 1469-quinquies, comma 1, 3 e 5*, in *Vettori, Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999. 201
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*.
- PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2000.
- PIAZZA, *La convalida nel diritto privato*, Milano, 1973.
- PIAZZA, *La convalida tacita nel diritto*, Milano 1980.
- POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.
- PROSPERETTI M., *Mercato e rescissione*, in *Riv. dir. Comm.*, 1999.
- PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*.

- PUCCINI G., Studi sulla nullità relativa, Milano, 1967.
- PUTTI P.M., La nullità parziale, Napoli, 2002.
- RESCIGNO P., Appunti sulle «clausole generali» in Riv. dir. comm. 1998.
- RIZZO V., Le "clausole abusive, nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria, Napoli, 1994.
- RIZZO V., Commento all'art. 1469 bis, comma 1, in Cesaro, Clausole vessatorie e contratto del consumatore, Padova, 2001.
- ROMAGNOLI G., Clausole vessatorie e contratti di impresa, Padova, 1997.
- ROMANO S., Autonomia privata, Milano, 1957.
- ROPPO V., La definizione di clausola "vessatoria" nei contratti dei consumatori, in contratti, 2000.
- Roppo V., in Il contratto, in Tratt. dir. priv. diretto da G. Iudica-P. Zatti, Milano, 2001.
- ROSSI CARLEO L., Il codice del consumo: prime riflessioni fra critiche e consensi, in Contr. Impr. Europa, 1, 2006. 202
- SACCO R. , Voce «Nullità e annullabilità», Nov.mo dig. it, VIII, Torino, 1965.
- SANTORO PASSARELLI F., Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1971.
- SANTORO PASSARELLI F., Dottrine generali del diritto civile, IX ed., Napoli, 1983.
- SANTORO-PASSARELLI F., Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1989.
- SCALISI V., Voce Inefficacia (dir. priv.), in Enc. Dir., XXI, 1971.
- SCALISI V., Nullità e inefficacia nel diritto europeo dei contratti, IN Eur. dir. priv., 2001.
- SCALISI V., Invalidità e inefficacia. Modalità assiologia della negozialità,

in Riv. dir. Civ. 2003.

- SCALISI V., Il contratto e l'invalidità, in Riv. dir. civ., Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una nuova riforma?, 2006.
- SCALISI V., Diritto europeo dei rimedi: invalidità ed inefficacia, in Riv. dir. Civ., 2007.
- SCALISI V., Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione, in Studi in onore di Cesare Massimo Bianca, Vol. III, Milano, 2009
- SCHLESINGER P., L'autonomia privata e i suoi limiti.
- SCHULZE, I Principi Acquis. Situazione attuale e prospettive future della ricerca, in AA.VV., I «Principi» del diritto comunitario dei contratti, a cura di G. De Cristofaro, Torino, 2009.
- SCOGNAMIGLIO R. , Contributo alla teoria del negozio giuridico, 1969, Napoli.
- SCOGNAMIGLIO R., Contratti in generale, nel Tratt. Grosso, Santoro-Passarelli, Milano, 1972.
- SCOGNAMIGLIO R., Contributo allo studio del negozio giuridico, Napoli, 2008.
- SCOGNAMIGLIO R., Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi, in Europa dir. priv., 2008.
- SCOZZAFAVA O. T., Il problema dell'adeguatezza negli scambi e la rescissione del contratto per lesione, in Riv. trim. dir. Proc. Civ., 1978.
- SICCHIERO G., Regresso, in Dig. Disc. Priv., Sez. civ., XVII, Torino, 1997.
- STANZIONE-SCIANCELEPORE G. , Commentario al codice del consumo, Milano, 2006.
- STELLA RICHTER M., L'interpretazione dei contratti dei consumatori, in Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1997.

- TAMPONI G., Contributo all'esegesi dell'art. 1419 c.c., In Riv. Trim. dir. Proc. Civ., 1978.
- TARUFFO M., La giustificazione delle decisioni fondate su standards, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1989.
- TENREIRO, The Community Directive on Unfair Terms and National Legal Systems, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 1995.
- THON A, *Reschtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen rechtslehre*, Weimer, 1878 (prima traduzione in italiano a cura di A. LEVI, *Norma giuridica e diritto soggettivo. Indagini di teoria generale del diritto*, Padova, 1939.
- TOMMASINI R., Invalidità, in ED XXXII, Giuffrè, Milano, 1972.
- TONDO S., Voce Invalidità e inefficacia del negozio giuridico, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, Torino, 1962.
- TONDO S., Voce «Invalidità e inefficacia del negozio giuridico», in *Nov.mo dig. it.*, VIII, Torino, 1964.
- TORRENTE A., SCHLESINGER F., *Manuale di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2010.
- TRABUCCHI A., *Istituzioni di diritto civile*, Cedam, Padova, 2005.
- TROIANO, Gli enti pubblici come “professionisti” e come “consumatori”, in Bianca-Busnelli (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1999.
- TROIANO, Buona fede e contratti standard: riflessioni sull'impiego della clausola generale nel diritto privato comunitario, in *Contratti*, 2006.
- TUCCI G., L'equità del codice civile e l'arbitrio di equità, in *Contr. Impr.*, 1998.
- VALLE L., L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo, in *Contr. Impr.*, 2006.

- VENOSTA F., *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, I, Milano, 2004.
- VENUTI M. C. , *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto: profili della nuova disciplina dei ritardi di pagamento*, Padova, 2004.
- VETTORI G., *Codice del consumo*, Padova, 2007.
- VITUCCI P., *La rescissione*, nel *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, Vol. IV, I rimedi, a cura di A. Gentili, Milano, 2006.
- ZACCARIA A., *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Stadium iuris*, 2001.
-
-

• **GIURISPRUDENZA**

- Cass 7 maggio 1948, n. 675.
- Cass. 29 luglio 1950, n.2156.
- Cass., 18 aprile 1953. N. 1036.
- Cass., 2 febbraio 1957, n. 406 .
- Cass., 22 giugno 1961, n. 1277.
- Cass., 14 febbraio 1962, n. 294.
- Cass., 26 settembre 1964, n. 2437.
- Cass., 30 maggio 1969, n. 1915.
- Cass., 6 marzo 1970, n. 578.
- Cass., 18 aprile 1970, n. 1127.
- Cass. 19 febbraio 1971n. 435.
- Cass., 24 marzo 1972, n. 1516.
- Cass. Sez. Un. 21 agosto 1972, n. 2697.
- Cass., 10 aprile 1973, n. 1016.
- Cass., 20 dicembre 1973, n.3443.

- Cass., Sez. un., 11 novembre 1974, n. 3508.
- Cass. 20 maggio 1976, n.1808.
- Cass., 7 luglio 1977, n. 3024.
- Cass., 16 novembre 1978, n. 5295.
- Cass., 10 marzo 1980, n. 1592.
- Cass., 17 marzo 1981, n. 1553.
- Cass., 23 aprile 1981, n. 2413.
- Cass., 7 ottobre 1981, n. 5261.
- Cass. 24 ottobre 1981, n. 5571.
- Cass., 9 novembre 1981, n. 5924.
- Cass., 9 marzo 1982, n. 1475.
- Cass., 16 dicembre 1982, n. 6935.
- Cass., 23 marzo 1985, n. 2081.
- Cass., 3 giugno 1985, n. 3302.
- Cass., 27 giugno 1985, n. 3845.
- Cass. Sez. un., 9 dicembre 1985, n. 6180.
- Cass. 25 febbraio 1986, n. 1180.
- Cass., 15 maggio 1987, n. 4469.
- Cass., 30 maggio 1987, n. 4822.
- Cass., 25 luglio 1987, n. 6480.
- Cass., 11 marzo 1988, n. 2398.
- Cass., Sez. Un., 25 marzo 1988, n. 2572.
- Cass., 9 febbraio 1989, n. 899.
- Cass., Sez. un., 24 novembre 1989, n. 5070
- Cass. 22 maggio 1990, n. 4630.
- Cass., 23 giugno 1990, n. 6358.
- Cass., 16 novembre 1990, n. 1100.
- Cass., 26 aprile 1991, n. 4559.

- Cass., 5 ottobre 1991, n. 9374.
- Cass., 27 aprile 1993, n. 4926.
- Cass. 24 maggio 1993, n. 5827.
- Cass., 9 febbraio 1994, n. 1340.
- Cass., 28 giugno 1994, n. 6204.
- Cass., 18 luglio 1994, n. 6710.
- Cass., 27 luglio 1994, n. 7017.
- Cass., 9 febbraio 1995, n. 1453.
- Cass., 14 febbraio 1995, n. 1574.
- Cass., 1 marzo 1995, n. 2347.
- Cass., 19 aprile 1995, n. 4368.
- Cass., 22 aprile 1995, n. 4607.
- Cass., 25 maggio 1995, n. 5747.
- Cass., 30 maggio 1995, n. 6050.
- Cass., 19 marzo 1996, n. 2294.
- Cass., 29 novembre 1996, n. 10681.
- Cass., 2 aprile 1997, n. 2858 .
- Cass., 12 ottobre 1998, n. 10083.
- Cass., 3 dicembre 1998, 12253.
- Cass., 3 febbraio 1999, n. 937.
- Cass., 8 gennaio 2000, n. 123.
- Cass., 11 gennaio 2000, n. 338.
- Cass., 22 novembre 2000, n. 15101.
- Cass., 11 gennaio 2001, n. 314.
- Cass., 1 giugno 2001, n. 7436.
- Cass., 24 luglio 2001, n. 10086.
- Cass., 25 luglio 2001, n. 10127.
- Cass., 1° agosto 2001, n. 10498.

Nullità dei contratti di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori

- Cass., 28 agosto 2001, n. 11282.
- Cass., 5 novembre 2001, n. 13628.
- Cass., 26 agosto 2002, n. 12482.
- Cass., 14 gennaio 2003, n. 435.
- Cass., 18 luglio 2003, n. 11256.
- Cass., Sez. Un., 1° ottobre 2003, n. 14669.
- Cass., 11 agosto 2004, n. 15561.
- Cass., 22 marzo 2005, n. 6170.
- Cass., 24 maggio 2005, n. 10920.
- Cass. Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128.
- Cass. 29 settembre 2005, n. 19024.
- Cass., 14 ottobre 2005, n. 19903.
- Cass., 2 dicembre 2005, n: 26257.
- Cass., 20 gennaio 2006, n. 1112.
- Cass., 13 giugno 2006, n. 13643.
- Cass., 6 ottobre 2006, n. 21632.
- Cass., 18 settembre 2007, n. 19366.
- Cass., Sez. Un. 23, ottobre 2007, n 26724.
- *Cass., 19 dicembre 2007, n. 26725.*

Nullità dei contratti di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori

Abstract tesi

NULLITA' DEI CONTRATTI DI COMMERCIALIZZAZIONE A DISTANZA DEI SERVIZI FINANZIARI AI CONSUMATORI

Il presente lavoro di tesi nasce dalla necessità di risolvere alcune problematiche sorte dalla interpretazione degli artt. 67septiesdecies e 67octiesdecies del codice del consumo. Per dare risposta a dette problematiche approfonditamente individuate nel primo capitolo, è stato indispensabile effettuare, nel secondo capitolo una riflessione più ampia sulla categoria della nullità ed in particolare sulle nuove e più complesse funzioni che il *nomen juris* ha acquisito negli ultimi tempi rispetto alla tradizione. Infatti sempre più la nullità da categoria logico sistematica direttamente discendente dai principi generali in tema di autonomia privata è diventata “*un prodotto del diritto positivo che non segue astratte geometrie logiche, ma detta regole variabili in relazione alle specifiche esigenze di protezione degli interessi in gioco.*”²²⁹

Tutto ciò non è mai fine a sé stesso ma ha importanti rilievi pratici: infatti si dibatte in dottrina con riferimento ai limiti dell'applicabilità della disciplina generale della nullità come riflesso della necessità di tutela differenziata dei contraenti in relazione alle loro qualità soggettive o alle oggettive esigenze di protezione del mercato in cui esse operano, spingendo a prestare sempre maggiore attenzione alle regole operative.

Proprio la presenza di regole operative diverse per il caso di violazione di norme poste a tutela di interessi generali o invece a tutela dell'interesse di una sola delle parti, pone necessariamente il problema dell'individuazione di un nucleo di regole comuni ad entrambe le ipotesi e che sia perciò idoneo a giustificare l'uso del *nomen juris* nullità²³⁰. A tal fine si sono ricostruite primariamente le ragioni che hanno condotto il legislatore del 1942 a dare alla materia dell'invalidità negoziale l'assetto normativo previsto nel

²²⁹ Così NUZZO, *Riflessioni in tema di nullità speciali*, in *Liber amicorum per F. D. Busnelli*, Milano, 2008, pag. 233.

²³⁰ In argomento *ex multis v.*, SCALISI, *Nullità ed inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 489-490, ove si afferma per le patologie contrattuali vi è un prima ed un dopo, dove il prima è rappresentato dal tranquillo e statico mondo delle previsioni codicistiche, e il dopo, invece, dalle molteplici, eversive e spesso irriducibili statuizioni di derivazione comunitaria; GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005, 210 ss., e più recentemente COLANGELO, *La nullità come rimedio antitrust: effetti e problemi*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, 503.

codice civile. In secondo luogo si sono approfondite le origini del fenomeno della nullità speciale e le ragioni della disciplina “particolare” in relazione agli interessi tutelati e la sua evoluzione. A tal proposito si è affermato che la nullità deve considerarsi oggi come un istituto potenzialmente adattabile alle moderne dinamiche del mercato: si è evidenziato, infatti, come il legislatore ha proceduto sempre di più a plasmare tale figura modificandola sotto diversi aspetti, sia per quanto attiene alle cause sia per quanto attiene agli effetti, al fine di dare tutela e protezione all'interesse di volta in volta tutelato. Per tali ragioni la categoria della nullità di protezione ha assunto una valenza sistematica propria che la porta ad essere qualificata quale forma di nullità “anomala”, che conserva i connotati della inefficacia e rilevabilità d'ufficio ma che se ne differenzia per la legittimazione relativa che consente al contraente debole di decidere della sorte del contratto o nella sua interezza o in alcune sue clausole. La nullità relativa non può essere considerata, dunque, semplicemente una deviazione autorizzata da canoni tradizionali, ma per la complessità dei problemi che comporta, anche in ragione della sua crescente diffusione, assume un rilievo sistematico del tutto autonomo tra le invalidità negoziali che spinge buona parte della dottrina a definirla come una “*nuova figura di invalidità negoziale accolta dal nostro ordinamento*”²³¹.

Dopo aver ricostruito la categoria giuridica della nullità di protezione, nel terzo capitolo si sono affrontate le problematiche poste nel primo capitolo attinenti alle nullità contenute negli articoli *67octiesdecies* e *67septiesdecies* Cod. Cons..

L'individuazione della *ratio* di tali previsione normativa di nullità non è fine a sé stessa ma è funzionale ad individuare in concreto la disciplina applicabile in tutti quegli ambiti che la novella del codice del consumo non ha previsto e non ha disciplinato: ad esempio in tema di applicabilità dell'art. 1419 c.c. o della “necessaria parziarietà” dell'art. 36 codice del consumo. A tal fine si è sostenuto che nei casi previsti dall'art. *67Septiesdecies* Cod. Cons., non è possibile applicare la regola della nullità parziale necessaria dal momento che le cause che comportano detta sanzione non attengono alla fattispecie contrattuale e alle sue clausole ma attengono esclusivamente a fattispecie esterne che precedono (violazione degli obblighi di informativa precontrattuale) seguono il contratto (ostacola il diritto di recesso o non rimborsa le somme da questo

²³¹ PERLINGIERI, *Funzione notarile e clausola vessatoria. A margine dell'art. 28 l. 16 febbraio 1913*, n. 89 in *Rass. Dir. Civ.*, 2006, pag. 819.

eventualmente pagate). Pertanto in tali casi il contratto è irrimediabilmente nullo nella sua interezza non potendo, per scelta del legislatore, stare in piedi neanche in una sua piccola parte.

Il secondo problema affrontato attiene innanzitutto alla generale previsione, contenuta nell'art. 67*octiesdecies* cod. cons., della indisponibilità della tutela prevista dalla sezione *Ivbis*. . La formulazione dell'articolo induce l'interprete a ritenere che, trattandosi di una normativa posta dal legislatore a protezione dell'interesse generale, essa sia sottratta alla disponibilità non solo del professionista ma anche del consumatore sia a livello individuale che collettivo. Tuttavia effettuando un ragionamento di più ampio respiro, si è evidenziato come tali nullità abbiano una legittimazione attiva relativa; pertanto spetta in concreto al soggetto nel cui interesse il legislatore prevede la nullità la scelta se mantenere in piedi il contratto e renderlo produttivo di effetti, oppure chiedere al giudice l'accertamento della sua invalidità. In tal modo, però, la tutela apprestata dal legislatore sembrerebbe un po' meno indisponibile. Pertanto si è sostenuto che, se è concessa al consumatore la possibilità di tenere in piedi il contratto affetto da nullità, potrebbe altresì essere concesso a quest'ultimo anche di effettuare una transazione o un qualsiasi atto dispositivo relativamente al contratto di commercializzazione di strumenti finanziari affetto da nullità.

Infine ulteriore importante problematica che è stata affrontata è se all'interno della fattispecie di nullità prevista all'art. 67*spetiesdecies* cod. cons. prevalgano gli elementi di specialità riferiti alle modalità di negoziazione a distanza, o se invece in essa possano intravedersi profili di non eccezionalità. Detta riflessione ha preso le mosse dalle considerazioni effettuate dalla Suprema Corte che in tema di nullità virtuali ha sintetizzato la concezione tradizionale della contrapposizione tra regole di condotta e regole di validità nelle seguenti proposizioni: *“(...)E' possibile che una tendenza evolutiva in tal senso sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale, ma - a parte la considerazione che molte delle disposizioni invocate a sostegno di questo assunto sono posteriori ai fatti di causa, e non varrebbero quindi a dimostrare che già a quell'epoca il legislatore avesse abbandonato la tradizionale distinzione cui s'è fatto cenno - un conto è una tendenza altro conto è un'acquisizione. E va pur detto che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna*

legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni. . E va pur detto che il carattere sempre più frammentario e sempre meno sistematico della moderna legislazione impone molta cautela nel dedurre da singole norme settoriali l'esistenza di nuovi principi per predicarne il valore generale e per postularne l'applicabilità anche in settori ed in casi diversi da quelli espressamente contemplati da singole e ben determinate disposizioni. D'altronde, non si è mai dubitato che il legislatore possa isolare specifiche fattispecie comportamentali, elevando la relativa proibizione al rango di norma di validità dell'atto, ma ciò fa ricadere quelle fattispecie nella già ricordata previsione del terzo (non già del comma 1) del citato art. 1418. Si tratta pur sempre, in altri termini, di disposizioni particolari, che, a fronte della già ricordata impostazione del codice, nulla consente di elevare a principio generale e di farne applicazione in settori nei quali analoghe previsioni non figurano, tanto meno quando - come nel caso in esame - l'invocata nullità dovrebbe rientrare nella peculiare categoria delle cosiddette nullità di protezione, ossia nullità di carattere relativo, che già di per sè si pongono come speciali.”²³²

Tuttavia nonostante l'orientamento della Suprema corte continua a permanere

il dubbio se nella fattispecie di nullità prevista all'art. 67^{spetiesdecies} cod. cons. prevalgano gli elementi di specialità riferiti alle modalità di negoziazione a distanza, e quindi se tale sanzione sia giustificabile solo in ragione delle caratteristiche delle operazioni a distanza, o se invece in essa possano intravedersi profili di non eccezionalità in ragione del fatto che l'ambito di applicazione della norma abbraccia tutti i servizi finanziari e tutti i doveri di condotta imposti agli intermediari anche per le operazioni concluse *inter presentes*.

²³² Così Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007 n. 26725.