

SPIGOLANDO SU CAUSA, DERIVATI, INFORMAZIONE E NULLITÀ*

Di Giuseppe Grisi

SOMMARIO 1. *La migliore dottrina torna a riflettere sulla causa del contratto.* – 2. *L'entrata in scena dei nuovi prodotti finanziari. Ragione mercantile e mercato finanziario.* – 3. *Il peso determinante dell'asimmetria.* – 4. *La P.A. e i derivati: attrazione fatale. Guadagna terreno la nullità nel ventaglio dei rimedi.* – 5. *Il discusso concetto di causa in concreto.* – 6. *L'informazione nell'orbita della fattispecie.* – 7. *Deficit informativo e nullità: le sentenze Rordorf.* – 8. *Oltre le sentenze Rordorf.* – 9. *Regole di comportamento degli intermediari finanziari, informazione/fattispecie e nullità.* – 10. *L'informazione/fattispecie nelle disposizioni del codice del consumo concernenti i diritti dei consumatori nei contratti.* – 11. *L'informazione "contrattualizzata" sul recesso.* – 12. *Nullità e recesso nella disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.*

1. La migliore dottrina torna a riflettere sulla causa del contratto.

Mario Barcellona, giurista di vaglia e scrittore prolifico come pochi, ha di recente dato alle stampe diversi libri importanti, uno dei quali – pregevole come gli altri – sulla causa¹. Il sottotitolo – “Il contratto e la circolazione della ricchezza” – sintetizza efficacemente l'itinerario intellettuale percorso, lascia presagire quale sia l'approdo della riflessione e, se fosse ignoto l'Autore, consentirebbe comunque al cultore della materia di riconoscerlo. Non comune è la sensibilità di Barcellona per l'analisi in prospettiva storica, come pure la consapevolezza – in Lui così matura e radicata –

della relazione stretta che lega la comprensione delle categorie giuridiche alle dinamiche economiche e alle forme dell'economia e ai rapporti di scambio, in particolare: la testimonianza è nelle sue opere, dalla “Inattuazione dello scambio e sviluppo capitalistico”, risalente al 1980², all'imponente “Trattato della responsabilità civile”, qualche anno fa pubblicato³.

* Il presente saggio è frutto della rielaborazione dell'intervento svolto il 29 maggio 2015 a Catania, Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito della Giornata di studi in onore di Mario Barcellona su “Il contratto e la circolazione della ricchezza. Riflessioni sulla causa”.

¹ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Milano, 2015.

² Volume che – val bene precisare – non aveva diretta attinenza con la causa, ma con la disciplina del danno contrattuale. Significativo è il passo col quale, allora, Barcellona dava inizio alla trattazione: “Indubbiamente, per giustificare un'analisi degli enunciati normativi e della loro elaborazione teorica in rapporto alle ideologie giuridiche e alle sottostanti trasformazioni economiche non mancano, oggi, gli argomenti sia di carattere strettamente metodologico che di ordine per così dire storico”. Abbiamo ragione di credere che questo *incipit* sarebbe stato consono ed appropriato anche in esordio del volume sulla causa di cui, qui, si discute: da esso, a tacer d'altro, chiaramente traspaiono la sensibilità e la consapevolezza cui nel testo si è accennato.

³ M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2011.

Causa è ciò che precede, in senso deterministico, un effetto; effetto che, nella sfera contrattuale, rimanda al principio enunciato nell'art. 1372 c.c. secondo cui il "contratto ha forza di legge tra le parti". Barcellona si occupa del tema *ex professo*, in una trattazione densa e di ampio respiro, il cui contenuto – trasfuso in oltre seicento pagine – mal si presta ad essere sintetizzato in poche righe⁴; qualche pillola è, tuttavia, opportuno somministrarla, per dar contezza del quadro di riferimento generale entro cui collocare la riflessione, più specifica, su "causa mercantile" e mercato finanziario.

In quest'opera di ricostruzione del contesto, subito incrociamo due dati, peraltro ben noti. Il primo reca testimonianza del fatto che la causa si muove nell'ambiguità, tra i concetti-sostanza e i concetti-funzione. Chi si proponga di coglierne l'essenza si trova, dunque, di fronte ad un bivio: interrogarsi su cos'è la causa o chiedersi a che cosa essa serva? D'altronde, ambiguo è, in certa misura, anche il codice civile, che nell'art. 1325, con scelta non ineccepibile, la causa ricomprende tra i requisiti del contratto (e, quindi, a quanto pare, tra gli elementi di struttura, quelli integranti la fattispecie) e nell'art. 1321, nel definire la nozione di contratto, ne valorizza la funzione (riconoscendolo diretto a "costituire, regolare o estinguere (...) un rapporto giuridico patrimoniale"). L'altro dato rinvia alle diverse declinazioni della causa, alle svariate letture che nel tempo essa ha ricevuto, tradizionalmente proposte come alternative e ancora, sovente, così prospettate. Possono richiamarsi, al riguardo, il contrasto tra causa soggettiva e oggettiva, quello tra causa concreta e astratta, tra funzione individuale e funzione sociale, tra interesse particolare dei contraenti e interesse generale dell'ordinamento. Qui, Barcellona mira a far chiarezza e compie un'opera meritoria di demistificazione là dove afferma che dette alternative si rivelano ingannevoli, trattandosi in realtà di ambivalenze. Fuori dalle nebbie, quindi, si staglia il polimorfismo della causa, che trova nel momento funzionale un punto di coagulo e aggregazione, rivelando esso chiaro il legame con l'esigenza di controllo sulla circolazione della ricchezza.

L'adagio del filosofo francese Alfred Fouillée «Qui dit contractuel dit juste» non è attendibile, non funziona. Il nudo patto non assicura una circolazione della ricchezza "giusta", nel senso di socialmente razionale. E' la causa che dà risposta a questa istanza, dovendosi rilevare – precisa Barcellona –

⁴ Con maggior respiro, la sintesi è stata svolta, egregiamente, da S. MAZZAMUTO, *A proposito del libro di Mario Barcellona "Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza"*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 469 ss.

che socialmente razionale è ciò che è coerente con i corollari del mercato.

Sono limpidamente eloquenti alcuni passi, tratti dal volume, che – scevri da commenti – riportiamo, qui appresso, integralmente. "Al giudizio causale (...) spetta, storicamente, di verificare che, nel campo dell'agire interessato, la ricchezza, già sul piano virtuale e poi su quello concreto, circoli secondo (quella che, stipulativamente, si può chiamare) la ragione mercantile-utilitaria. (...) Questa ragione viene dalla sovrapposizione al tradizionale pensiero utilitaristico del moderno ordine del mercato"⁵. L'art. "1321 sta ancora lì a ricordarlo, prescrivendo che in tanto l'accordo si può chiamare contratto (...) in quanto costituisca, regoli o estingua un 'rapporto giuridico patrimoniale', ossia una relazione tra le parti che muova la loro ricchezza e che tra esse la faccia circolare secondo la ragione mercantile"⁶; ragione mercantile, dall'Autore ancorata ad un "paradigma utilitario", ovvero sia a ciò che Egli definisce "antropologia utilitaria della società scambista"⁷. La causa – in buona sostanza – si incarica di vincolare a detto paradigma la forma "contratto".

2. L'entrata in scena dei nuovi prodotti finanziari. Ragione mercantile e mercato finanziario.

Dono e "azzardo" presidiano un terreno sottratto all'influenza del paradigma utilitario o – come potrebbe, altrimenti, dirsi – ove detta influenza non è dominante o è appena avvertita: ricorrendo ad espressione sintetica – ma efficace, ancorché approssimativa – può affermarsi che essi, stante la registrata eccentricità rispetto al paradigma utilitario, configurano scambi senza causa, ciò giustificando il trattamento "particolare" che il diritto loro riserva⁸. A dono e "azzardo" Barcellona dedica attenzione, ma sul declino della causa Egli riflette anche osservando gli sviluppi del diritto europeo⁹: il declino – sembra di capire – è reale e tangibilmente rivelato dall'apparizione sulla scena di fenomeni che con il noto paradigma non sono

⁵ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 195.

⁶ M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 197.

⁷ M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 186.

⁸ Trattamento, che per il dono rinvia all'aggravamento dell'enunciazione dello spirito liberale e della forma e, per il gioco (col quale l'azzardo si coniuga), al diniego di azione per il pagamento della vincita.

⁹ Della tensione del "diritto di fonte europea (...) ad emarginare il concetto tutto annegandolo nell'analisi del contenuto contrattuale" parla N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 167.



coerenti, di un mercato “altro”, “non scambista”, strutturalmente aperto alla possibilità che un’appropriazione di ricchezza avvenga “senza dare in cambio alcunché”¹⁰. Si allude al mercato finanziario o, meglio, alla “finanziarizzazione dell’economia”, al luogo in cui – Egli afferma esplicitamente – a getto continuo si escogitano “nuovi prodotti finanziari (...) creando una merce fittizia (i c.d. derivati) la quale introduce una circolazione della ricchezza estranea al paradigma utilitaristico”¹¹.

Questa considerazione porta in evidenza un altro aspetto importante del contesto che stiamo delineando. Non direi che nel mercato finanziario latiti la logica dello scambio, ma è certamente vero che trattasi di un mercato “altro” rispetto a quello “scambista” dianzi evocato. Siamo, qui, al cospetto di una manifestazione della “globalizzazione”? Non ci sentiamo di escluderlo¹² ed, anzi, se la globalizzazione è anche emersione di un nuovo – o, comunque, di un “altro” – pensiero giuridico basato sulla prevalenza della fattualità sulle regole e se, dunque, a contrassegnarlo è il dominio del diritto come operante nei fatti, il diritto spontaneo e refrattario a controlli, frutto di dinamiche sociali ed economiche non riconducibili alla razionalità del mercato, viene naturale riconoscere che il mercato finanziario, così come si è andato strutturando dagli inizi degli anni ’70 del secolo scorso¹³, è figlio di questo contesto. Il fenomeno dei derivati è, invece, rispetto a quest’ultimo, coesistente, se è vero che si è andato via via conformando un meta-mercato “confezionato ad arte per la reificazione dell’universo parallelo dei derivati che ora premeva per addomesticare i consumatori agli effetti della sua cangiante, aggressiva fenomenologia”¹⁴. Quel che è certo, è che nel mercato finanziario circolano

enormi capitali che devono produrre altrettanto cospicui guadagni: denaro dal denaro, tramite regolamenti negoziali costruiti, “per definizione, (...) su elementi estrinseci”¹⁵ o – che dir si voglia – privi “di connessione strutturale con fenomeni di produzione o di circolazione di ricchezza”¹⁶. La “finanzia e la tecnologia hanno fagocitato il mercato, con il diritto che doveva regolarlo, e la politica che doveva indicare fini e obiettivi”¹⁷ e, in questo scenario, forme e strumenti tradizionali rivelano la loro inadeguatezza. Il mercato dei titoli azionari, legato a logiche di crescita dell’economia reale, è asfittico e incapace di assecondare l’esigenza di un ordinamento – quello “finanziario” – in sostanza “autoreferenziale”, dominato dalla speculazione e dall’accentuata asimmetria di posizione nei rapporti contrattuali¹⁸. Quest’ultima si palesa anche in forza dei cambiamenti “epocali” nell’universo dell’intermediazione finanziaria e nel mondo bancario in particolare¹⁹: nasce un vero e proprio sistema bancario ombra fuori bilancio, grazie alle architetture finanziarie di prodotti ad arte congegnati (dematerializzazione e cartolarizzazione ne agevolano la creazione), destinati, nella gran parte, a confluire nel mercato dei derivati: un mercato “altro”²⁰, popolato da strumenti di investimento “fine a sé stesso”, fatto per lucrare

¹⁵ R. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, nei *Quaderni di Banca, borsa e titoli di credito*, Milano, 2014, 46. L’estrinsecamento è dall’A. richiamato per segnalare che essi non esprimono “un investimento, inteso quale impiego capitalistico della ricchezza”.

¹⁶ R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, in *Giust. civ.*, 2014, 1101. Il valore dei derivati – aggiunge l’A. – “è il contratto; il contratto è oggetto di sé medesimo”, *rectius* “non ha fuori di sé nulla” (*op. ult. cit.*, 1130).

¹⁷ G. VETTORI, *op. cit.*, 1191.

¹⁸ Siamo lontani anni luce dalla “cooperazione tra le economie individuali” che G. Venezian – giustamente ricordato da M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, cit., 25 – pone all’origine dell’obbligatorietà del contratto.

¹⁹ Il “sistema bancario si rimodella” e “inizia la produzione industriale della fabbrica dei derivati”: così, nella *Introduzione*, G. DI GASPARE, *op. cit.*, XXIII. Della trasformazione delle banche dà un primo ed immediato riscontro, sul piano normativo, il nostro Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (D. Lgs. 1° settembre 1993, n. 385) con l’estensione dell’attività bancaria, ivi espressa nell’art. 10, ad “ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna” e ad “attività connesse o strumentali”.

²⁰ E – come sottolinea G. DI GASPARE, *op. cit.*, XXVI – difficilmente comprensibile con “le lenti teoriche del mercato efficiente”, sicché in “mercati altamente manipolati, irti di conflitti di interesse e mossi dalla speculazione finanziaria, l’indagine deve ricercare altri percorsi esplicativi”.

¹⁰ M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 298.

¹¹ M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 298, nota 214. Al rapporto tra azzardo e cc.dd. contratti differenziali l’A. ha dedicato altri recenti studi, quali quelli pubblicati con un comune titolo – *I derivati e la causa negoziale* – in due *tranches*, in *Contr. impr.*, 2014, 571 ss. e 881 ss.

¹² Né sembra negarlo G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l’impresa debole*, in *Contr. impr.*, 2012, 1190 s.

¹³ Mille opere, a margine della crisi economico-finanziaria che ancora morde, si sono date cura di illustrarne l’evoluzione. Segnaliamo, per ricchezza di spunti ed efficacia, quella di G. DI GASPARE, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Trento, 2011, *passim* (ed ivi evidenziati, quali passaggi significativi, il superamento dell’accordo di *Bretton Woods*, la deregolamentazione nella circolazione dei capitali, il cambio delle regole del mercato azionario, la creazione di una Borsa globale e di un mercato parallelo e sottratto a vigilanza ove avviene lo scambio di nuovi e sofisticati prodotti svincolati dall’economia reale e non trattati nei mercati ufficiali).

¹⁴ Così, nella *Prefazione*, G. DI GASPARE, *op. cit.*, XVI.



3. Il peso determinante dell'asimmetria.

Misurarsi con la finanza derivata col solo armamentario offerto dal diritto non è consigliabile, ma nessuno può ragionevolmente credere che di quest'ultimo si possa fare a meno. Ciò posto, si sconta inevitabilmente un problema, legato alla diffusa percezione dell'ormai avvenuto superamento del limite di elasticità delle care vecchie categorie civilistiche²¹, ormai ridotte a "moduli di linguaggio che hanno progressivamente perduto il loro significato"²², all'affannosa ricerca di un nuovo e più plausibile senso che all'interprete – chiamato incessantemente ad un'opera di rifondazione del diritto civile – compete scovare. Si può anche dipingere con tinte meno fosche lo scenario²³, ma che l'attrazione esercitata da quelle categorie non sia quella di un tempo è indiscutibile e agevole da osservare proprio guardando al terreno oggetto della nostra indagine. La finanza derivata, dunque, mette a dura prova la resistenza delle tradizionali categorie civilistiche e non si può negare che l'inquadramento in esse del fenomeno sia – sotto molti profili – problematico; e, in parallelo, forte è la tentazione di fughe in avanti, corroborata dal convincimento che esse, ormai inservibili²⁴, vadano relegate in soffitta. Non è questa – a nostro avviso – la cosa da fare. Non si renderebbe, così, un servizio alla comprensione, giacché – a questo fine – non crediamo che della dogmatica ci si possa sbarazzare²⁵. Contratto,

²¹ Del loro persistente valore dubita fortemente N. LIPARI, *op. cit.*, 155, che le ritiene "oggi sempre più destinate ad apparire quali mere sovrastrutture inidonee ad essere in alcun modo di ausilio ai fini dei procedimenti applicativi".

²² N. LIPARI, *op. cit.*, 167. L'A. fa uso di metafore forti e quanto mai esplicite quando associa alle categorie *de quibus* espressioni quali "vecchi abiti" o inutili camicie di forza (*op. cit.*, 220).

²³ Sembra in questo senso orientato F. D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 5, quando segnala che la "crisi delle categorie tradizionali del diritto civile è diventato un vero e proprio *topos*, o – se vogliamo – una dantesca *descensus ad inferos* con tanto di morti (della famiglia, del contratto, ecc.)".

²⁴ E finanche giudicate pericolose, perché atte ad irretire e isterilire la riflessione.

²⁵ Essa – rammenta C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015, 4 s. è "funzionale alla stabilità del sistema" e "stabilità non significa conservazione". L'invito dell'A. a non dimenticare "che l'esperienza giuridica ha il suo *proprium* nella continuità onde il presente si legittima da un'irrisolvibile eredità, necessaria spinta verso quel futuro che non è soltanto

consenso, autonomia privata, responsabilità e via dicendo, in verità, permangono referenti ineludibili, nell'indagine in prospettiva giuridica e nell'opera di definizione delle coordinate di contesto che ci impegna; con gli opportuni adattamenti e aggiornamenti – certo – quelli imposti alle tradizionali categorie dal confronto con una realtà poliedricamente sfaccettata²⁶ e per taluni versi ignota perché mai in passato fronteggiata. Potremmo ricrederci se fossero rigogliosi i frutti della ricerca di criteri ordinanti alternativi e di chiavi di lettura nuove e più congeniali; ma di tanta prosperità non vediamo traccia. Spostare l'obiettivo dal contratto e dai suoi requisiti all'operazione economica e alla funzione che questa assolve²⁷ può giovare ad una più matura e approfondita riflessione, ma a condizione di non tagliare i ponti con il regolamento negoziale, apprezzato in sé, per come strutturalmente congegnato dalle parti, tramite l'impiego del noto strumentario. E si palesa, allora – come poc'anzi accennato – la forte asimmetria di posizione, che di detto regolamento è uno degli elementi caratterizzanti, la quale trova prioritario riscontro sul piano dell'informazione²⁸. "L'asimmetria informativa incide sul contenuto del contratto"²⁹. Ne sono consapevoli le SS.UU. della

degli altri, delle generazioni successive, ma è anzitutto nostro" (*op. cit.*, 9), va certamente accolto.

²⁶ Qual è quella dei derivati, stante anche la dialettica immanente tra la dimensione della fattispecie e quella della contrattazione, ben segnalata, quest'ultima, da S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 401, soprattutto quando fa notare che i "derivati stilizzano un problema di esercizio seriale del potere contrattuale di un intermediario".

²⁷ Come più d'uno propone e, *ex plurimis*, R. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, cit., 33 ss.

²⁸ Parla di "privilegio informativo dell'intermediario" F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010, 37 s., ponendo l'accento sul fatto che i "dati necessari (...) sono in possesso dell'intermediario, il quale di fatto è l'unico in grado di amministrare il rapporto, nelle condizioni di decidere se e come far funzionare il regolamento di interessi, il più interessato ed il solo in grado di investire tempo e risorse nell'aggiornamento, anche tecnico, necessario a cogliere le pur minime fluttuazioni nel mercato e ad interpretarne gli effetti". Ha ragione R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, cit., 1115 a sottolineare che nella "finanza derivata in ragione della estrema complessità e dei particolari caratteri funzionali e strutturali dei suoi prodotti", ciò che più conta nel rapporto contrattuale del cliente con l'intermediario è la fiducia; ma – come lo stesso A. ammette – non per questo va assegnata all'informazione una valenza marginale, giacché è difficile negare che l'informazione sia nutrimento per la fiducia e "condizione essenziale per la funzionalità dei mercati".

²⁹ Così, N. LIPARI, *op. cit.*, 149, notando, in parallelo, come nel mercato strutturato "nella realtà del nostro tempo", il contratto "ha finito per perdere la sua originaria funzione di strumento di

Corte di Cassazione³⁰, le quali, di recente, riflettendo sulle “nuove invalidità sancite per la violazione di norme poste a tutela di soggetti ritenuti dalla legge economicamente più deboli”, hanno evidenziato come “lo squilibrio contrattuale tra le parti” – cui è doveroso reagire per riaffermare “valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art. 41 Cost.) e l’uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art. 3 Cost.)” – sia in grado di alterare “non soltanto i presupposti dell’autonomia negoziale, ma anche le dinamiche concorrenziali tra imprese”. E all’asimmetria dà peso anche la Corte Costituzionale³¹, là dove, con riguardo alla disciplina del mercato mobiliare e dei contratti aventi ad oggetto gli strumenti finanziari derivati di cui al D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, segnala come con essa “il legislatore ha inteso tutelare il mercato stesso, la sua stabilità, nonché i risparmiatori che vi operano”, questi ultimi “considerati alla stregua di contraenti deboli”³². Anche la riflessione sulla figura dell’intermediario e sulla sua posizione nelle diverse forme di contrattazione può aiutare a meglio

comprendere le valenze sistematiche e le implicazioni a più ampio spettro della rilevata asimmetria³³. Comunque, chi guardi ai derivati con l’obiettivo di dire qualcosa di sensato non deve mai dimenticare che essi sono strumenti pericolosi, non tanto per chi li crea, ma per coloro ai quali vengono proposti³⁴.

4. La P.A. e i derivati: attrazione fatale. Guadagna terreno la nullità nel ventaglio dei rimedi.

I derivati non rappresentano un problema solo per i risparmiatori; non sono solo essi ad aver bisogno di protezione. Il quadro di assieme sarebbe mancante di una tessera importante se fosse omesso il richiamo al fatto che, oltre ai privati cittadini risparmiatori, anche – e, direi, soprattutto – enti pubblici, Stato e Pubbliche amministrazioni hanno fatto largo uso di derivati, senza troppe cautele, d’impeto, con avventatezza e slancio talora temerari, con esiti non pari alle attese e, in molti casi, drammaticamente (per noi tutti) deludenti. Chi si chieda il perché di tanta attenzione sui derivati può trovare in ciò una risposta: non è l’unica, ma in un’ideale graduatoria la si dovrebbe collocare in posizione apicale³⁵.

Stime di recente rese note³⁶ confermano una realtà che, con toni allarmati, già tempo fa, nel febbraio 2013, un dossier della Procura Generale della Corte dei Conti evidenziava. Forte era la preoccupazione dei giudici erariali nel registrare la natura patologica del ricorso, esagerato e disinvolto, a derivati e prodotti finanziari similari appetiti per gli alti – ma assai improbabili – rendimenti. Fotografata la situazione, il dossier non si limitava a disincentivare la pratica ammonendo che i “rischi

equilibrio, in termini di sostanziale parità degli interlocutori, della dialettica concorrenziale”.

³⁰ Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26242 e Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, n. 26243, entrambe in www.foroitalliano.it e in www.cortedicassazione.it: su di esse, *ex plurimis*, v. S. PAGLIANTINI, *Spigolando a margine di Cass. 26242 e 2643/2014: le nullità tra sanzione e protezione nel prisma delle prime precomprensioni interpretative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II, 185 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il pragmatismo dei principi: le sezioni unite ed il rilievo officioso delle nullità*, *ivi*, II, 197 ss.

³¹ Si veda Corte Cost. 18 febbraio 2010, n. 52, in www.cortecostituzionale.it, giustamente valorizzata da G. VETTORI, *op. cit.*, 1194 ss. anche in considerazione delle indicazioni utili che offre sul piano ricostruttivo più generale quando, guardando specificatamente alla “disciplina dei derivati finanziari”, sottolinea come essa si collochi “alla confluenza di un insieme di materie, vale a dire quelle relative “ai mercati finanziari”, allo “ordinamento civile” e al “coordinamento della finanza pubblica”.

³² Come precisa la Consulta, sono “state (...) contemplate regole imperative che attengono essenzialmente alle modalità di conclusione, alla forma e ai contenuti dei singoli contratti e che sono finalizzate a proteggere la sfera giuridica dei soggetti che accedono a tale tipologia di finanziamento, i quali sono considerati alla stregua di contraenti deboli, che si trovano rispetto al professionista che opera nel mercato in una posizione di asimmetria informativa”. Nella distribuzione delle competenze *ex art. 117 Cost.*, ci si richiama all’ordinamento civile se si considera la disciplina, a tutela della parte “debole” del contratto, di “taluni profili specificamente afferenti allo svolgimento di rapporti negoziali che rinvengono la loro fonte in categorie contrattuali che si collocano nell’ambito dei mercati mobiliari”; né va sottaciuto – a giudizio della Corte – “che il titolo di legittimazione dell’ordinamento civile presenta, nello specifico settore in esame, profili di stretta connessione con la materia dei mercati finanziari e tutela del risparmio, in ragione del particolare rapporto che si instaura tra contratto e mercato”.

³³ Interessanti le notazioni, al riguardo, articolate da R. DI RAIMO, *op. ult. cit.*, 1106 ss.

³⁴ Quello dell’intermediario – val bene ribadirlo – è uno “status professionale, espressione di asimmetria informativa, ma prima ancora di preponderanza regolativa nei confronti dell’altra parte” (C. CASTRONOVO, *op. cit.*, 127); preponderanza – aggiungiamo noi – che tracima talora in strapotere, tanto flebile è la voce in capitolo di quest’ultima.

³⁵ E crediamo, sul punto, di trovare concorde R. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, *cit.*, 33, se è vero che il suo studio proprio dall’osservazione del coinvolgimento delle Pubbliche amministrazioni quali controparti prende le mosse; coinvolgimento, che l’A. apprezza rilevante anche perché “rende più delicata la ricostruzione del (...) profilo funzionale dei contratti, implementandone notevolmente le implicazioni in fatto di meritevolezza dell’interesse perseguito” (*op. ult. cit.*, 57).

³⁶ Da fonti accreditate si è avuta, nei primi giorni di settembre del 2015, notizia che vanno calcolate nell’ordine dei quaranta miliardi di euro le potenziali perdite nei bilanci pubblici italiani legate alla massa dei derivati finanziari in passivo.

sono molti e imprevedibili”; prospettava, nel contempo, la via d’uscita, rendendo edotti gli enti, che largo uso hanno fatto dei derivati per ristrutturare il debito o farne di nuovi, della possibilità – ora loro offerta – di beneficiare delle “notevoli aperture” del giudice ordinario (non più parco nel consentire l’accesso alla nullità del contratto per mancanza di causa) e, soprattutto, del giudice amministrativo (orientato a ritenere legittimo l’annullamento d’ufficio in via di autotutela del contratto potenzialmente dannoso per l’ente³⁷). Sicché, un invito esplicito veniva rivolto agli enti interessati, di adottare “doverose iniziative volte alla risoluzione di contratti eccessivamente onerosi”, senza le quali – avvertiva la Corte – “la condotta degli amministratori potrebbe essere censurata sotto il profilo della colpa grave”.

E’, dunque, la via giudiziaria l’ancora di salvezza. Non l’unica, però, come dimostrano le misure legislative adottate per porre un argine al ricorso a derivati da parte degli enti territoriali, in ambito nazionale³⁸ e non solo³⁹; misure, che in

³⁷ Ma v. Cons. Stato, Adun. plen., 5 maggio 2014, n. 13 (massima in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 825 con commento di A. Massera), che, chiamato a pronunciarsi su una controversia insorta a seguito del tentativo di un ente territoriale di rimediare agli effetti patrimonialmente perniciosi di contratti in strumenti finanziari derivati mediante l’esercizio del potere di annullamento in autotutela nei confronti di una delibera di Giunta che aveva autorizzato in via meramente eventuale la stipula di quei contratti a corredo di una emissione obbligazionaria, ha sancito, per la fattispecie, la insussistenza della giurisdizione amministrativa, per la mancanza (come già rilevato dal giudice di primo grado) di una vera e propria procedura di evidenza pubblica e nell’ambito di questa di atti aventi reale carattere provvedimento, quindi stigmatizzando come mero artificio il ricorso all’autotutela amministrativa e per l’effetto rigettando l’appello dell’ente pubblico. Motivi di riflessione, sui quali qui non è dato soffermarsi, emergono, poi, dalla L. 7 agosto 2015, n. 124 (recante “Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”), che ha apportato alcune modifiche alle disposizioni del Capo IV-Bis (aggiunto dall’art. 14 della L. 11 febbraio 2005, n. 15) della L. 7 agosto 1990, n. 241 e che sollecita, per l’effetto, “un importante ripensamento sul potere di autotutela” (M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, n. 17/2015, 13).

³⁸ Si veda, in particolare, l’art. 62, D. L. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2008, n. 133) e successive modifiche (l’ultima – se non erro – apportata dalla L. 27 dicembre 2013, n. 147). La disposizione concerne il “Contenimento dell’uso degli strumenti derivati e dell’indebitamento delle regioni e degli enti locali” e contiene norme “di applicazione necessaria” che “costituiscono principi fondamentali per il coordinamento della finanza pubblica e hanno il fine di assicurare la tutela dell’unità economica della Repubblica ai sensi degli articoli 117, secondo comma, lettera e), e terzo comma, 119, secondo comma, e 120 della Costituzione”.

³⁹ A livello europeo, v. il Regolamento UE n. 648/2012 del Parlamento Europeo e del Consiglio sugli strumenti derivati

questa sede possiamo solo laconicamente rammentare.

Delle summenzionate aperture non ha beneficiato unicamente la P.A. e di ciò non può non tener conto chi – come noi – intenda esaminare, dall’angolo prospettico (per usare un’espressione in voga) del “diritto vivente”, l’attività dei giudici, chiamati a risolvere conflitti concreti che interessano, in carne ed ossa, intermediari finanziari e investitori/risparmiatori in difficoltà. E pure va considerato che detta attività si svolge in un contesto che ha visto, progressivamente, mutare il timore in panico verso i derivati, che definire “tossici” è dir poco. Il conflitto individuale si intreccia con l’allarme sociale, amplificato dalla pesantissima crisi economica e finanziaria, associata – non casualmente – ad una più massiccia offerta di prodotti finanziari altamente “pericolosi” nel mercato. In questo quadro, non desta sorpresa lo sviluppo – lasciato intendere dal citato dossier – della tendenza a battere la via della nullità del contratto, giudicata più confacente all’istanza di tutela di clienti così pesantemente impoveriti. A mali estremi, estremi rimedi. Non era così in precedenza. Nell’ambito considerato, scontata la presenza di regole molteplici e variamente conformate, maggiore era la propensione dei giudici a valorizzare le specificità presenti nei contratti sottoposti al loro esame; stante la vasta gamma di questi ultimi, parimenti ampia e variegata era la rosa dei rimedi apprestati a fronte della violazione di quelle regole, conservativi del contratto e non, talora correttamente applicati ma spesso rispondenti a logiche non proprio chiare ed uniformi, tanto da indurre più d’uno ad associare al caos il quadro venutosi a determinare⁴⁰. Il più categorico tra i

OTC, le controparti centrali e i repertori di dati sulle negoziazioni (in G.U.U.E. del 27 luglio 2012, L. 201/1 ss. e *eur-lex.europa.eu*) – anche brevemente denominato “Regolamento EMIR” (*European Market Infrastructure Regulation*) – adottato il 4 luglio 2012 e formalmente entrato in vigore il 16 agosto 2012, con il quale si è individuata una cornice europea comune in materia di regolamentazione del mercato dei derivati negoziati fuori dai mercati regolamentati, allo scopo di ridurre i rischi sistemici che vi sono connessi. Il regolamento intende, in modo particolare, disciplinare i derivati “OTC” (*over the counter*, cioè negoziati singolarmente tra le due controparti e non scambiati su mercati regolamentati), imponendo a tutti gli operatori del settore nuovi e stringenti obblighi, la cui effettiva entrata in vigore è prevista secondo un calendario che prevede varie scadenze in maniera scaglionata. Da ultimo, il Parlamento Europeo ha approvato (il 7 febbraio 2013) gli *standard* tecnici al regolamento EMIR, destinati ad entrare in vigore 20 giorni dopo la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale dell’Unione Europea.

⁴⁰ All’*ambaradan* registrato da V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l’ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. impr.*, 2005, 896, fa eco il subbuglio denunciato da F. GRECO, *Risparmio*

rimedi invalidatori guadagna spazio anche in reazione al disordine registrato sul fronte della tutela, che fa il paio con la sfiducia montante verso la strategia sinora privilegiata per attenuare gli effetti perversi dell'asimmetria nel rapporto⁴¹. Nell'architettura del contratto – com'è noto – la causa soffre, ma è “troppo presto (...) per sentenziare che (...) è morta”⁴²: sul terreno in esame essa si scopre strumento operativo, sicché frequente è l'appello alla mancanza della causa – o, come ormai diffusamente si sente dire, della causa in concreto – quale chiave di accesso alla nullità. Inevitabile domandarsi se ciò sia, in punto di diritto, ineccepibile.

5. Il discusso concetto di causa in concreto.

Di causa in concreto si fa un gran parlare non da molto⁴³, sicché è diffusa la sensazione che si tratti di una categoria di nuovo conio, forgiata nel crogiuolo dell'esperienza giurisprudenziale, espressione della tendenza in atto a ricercare, fuori dall'orizzonte dominato dalle regole di fattispecie e di procedura, “percorsi e/o strategie (...) che possano consentire

tradito e tutela: il “subbuglio” giurisprudenziale, in Danno e resp., 2007, 562 (in nota a tre decisioni di merito, tra cui App. Milano 19 dicembre 2006, n. 3070).

⁴¹ Il trend si era, peraltro, da tempo manifestato: come nota S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 259, la “idea che la full disclosure fosse l'unico paradigma per rimediare all'asimmetria informativa tra emittenti e investitori è un assunto che già dal 1984 – all'alba, dunque, dei processi di complessificazione degli strumenti finanziari – aveva iniziato a mostrare la corda”. La grave crisi che ancora attanaglia l'Eurozona e il nostro Paese in particolare ha, indubbiamente, impresso un'accelerazione potente, ancor meglio evidenziando – denuncia l'A. – “le deficienze di una libertà esercitata al di fuori di direttrici fissate dal legislatore”, ovvero la mancanza di “un filtro a monte, come avviene nei diritti nazionali in cui la mano eteronoma dell'ordinamento tramite la nullità assoluta stronca *ab initio* l'agire incontrollato dell'autonomia privata” (*op. cit.*, 261). Di fallimento del modello europeo “costruito sui dettami dell'economia neoclassica” e imperniato sull'idea (fallace) che i mercati finanziari fondino “la propria efficienza sull'informazione”, parla R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, cit., 1114.

⁴² Così F. D. BUSNELLI, *op. loc. cit.*, memore delle acute considerazioni diversi anni fa esplicitate da U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, Torino, 2002, 241 ss.

⁴³ E sulla scia di decisioni giurisprudenziali che, in anni recenti, “ad essa fanno riferimento per giudicare la validità del contratto, per interpretarlo, per qualificarlo, per accertarne le connessioni e gli effetti”: così C. M. BIANCA, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 256, il quale, constatato che questo “nuovo corso giurisprudenziale” ha suscitato “critiche che mettono in discussione lo stesso principio della causa concreta”, si propone di “verificarne l'attendibilità”.

(...) di perseguire obiettivi (...) che più avvicinino il contratto e l'obbligazione a livelli e/o soglie di carattere ‘più sostanziale’, perché connessi ad interessi *materiali*, che sono propri, nel fondo, delle condizioni ‘soggettive’ di ciascun contraente e/o debitore o creditore”⁴⁴. Barcellona tiene a chiarire che l'associazione tra concretezza e causa non è una novità, essendo contemplato già nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Re sul Libro del Codice civile “Delle obbligazioni” che, fermo il “concetto di causa astratta e tipica di un contratto (...) in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall'ordinamento giuridico possa veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare”⁴⁵. A Suo parere, dunque, insita nell'idea di causa concreta è “una precisazione assolutamente corretta ma (...) del tutto ovvia”⁴⁶; Egli è, però, consapevole che detta idea, così come delineata negli sviluppi recenti⁴⁷, è in certa misura ambigua giacché rischia, “per (...) altro verso, (...) di estendere il giudizio causale oltre i confini suoi propri”⁴⁸ e di invadere, in definitiva, il terreno (che a quel giudizio deve rimanere estraneo) dei motivi⁴⁹. E avvertito è il

⁴⁴ Il passo riportato è tratto da A. DI MAJO, *Giustizia e “materializzazione” nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedure*, in *Europa dir. priv.*, 2013, 831.

⁴⁵ Abbiamo estratto il passo – ripreso dal n. 80 della Relazione – da M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 70 s., che da esso argomenta la presenza di “un giudizio causale ulteriore esteso a tutti gli atti di autonomia (tipici o atipici che siano) da condurre secondo i parametri della concreta attuabilità del programma contrattuale e dell'abuso in concreto del tipo negoziale”.

⁴⁶ M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 245.

⁴⁷ Alla base dell'elaborazione c'è, fondamentalmente, la registrata obsolescenza della matrice ideologica della causa in astratto (strumento di controllo dell'autonomia privata, esplicitandosi sul piano dell'utilità sociale dell'atto che di detta autonomia costituisce espressione) e la necessità di uscire dall'ambiguità – in qualche modo fomentata dal codice civile – tra la causa-funzione e la causa-requisito. Sicché la causa è attratta nell'orbita funzionale dell'atto (ma funzione “individuale” e “concreta”, a prescindere dal modello, anche tipico, adoperato) e allontanata dallo schema di causa “in astratto”, predeterminata e ancorata alla funzione tipica e sociale del modello contrattuale prescelto. Causa concreta, quindi, come “realtà viva di ogni singolo contratto”, come “ragione concreta del contratto”, come “sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare”, ragione concreta della dinamica contrattuale, per cui la sua mancanza si lega alla inidoneità a perseguire il risultato economico voluto dalle parti.

⁴⁸ M. BARCELLONA, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁹ La distinzione tra causa e motivi deve, secondo M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 242 ss., essere tenuta ferma. All'ordinamento non devono interessare le ragioni per le quali ciascun contraente ha convenuto quel che ha convenuto, per cui è corretto confinare nell'alveo dei motivi – irrilevanti (e solo



rischio di fare del concetto di causa in concreto “un *pass partout* per delegare alle parti un controllo che spetta pur sempre all’ordinamento”⁵⁰.

Sgombrato il campo dall’equivoco, diventa alla fin fine pleonastico aggiungere alla causa le parole “in concreto”, dal momento che è con l’apprezzamento della causa e delle conseguenze invalidanti legate alla sua mancanza che occorre fare i conti. Barcellona non svicola, né segue itinerari impervi: se – come Egli sostiene – il “senso del dispositivo causale è (...) quello di subordinare l’attribuzione all’accordo del ‘valore di legge tra le parti’ alla circostanza che esso si prospetti come un mezzo negoziale strutturalmente atto a produrre conseguenze giuridiche reciproche virtualmente riconducibili allo scopo vicendevole di appropriarsi di un valore d’uso e/o di scambio (del quale si sia privi) in condizioni di previa ponderabilità”⁵¹, logico pensare che la causa manchi ove difetti detta circostanza. Ergo, è privo di causa il contratto che riguarda cose non apprezzabili quali merce, non concepite cioè per il mercato e insuscettibili di essere scambiate contro denaro⁵², come pure il contratto che manchi di dare a ciascun contraente ciò che, sulla base del programma negoziale (e non del programma individuale), è stato convenuto che a lui spetti⁵³. Il difetto della causa priva la fattispecie

fonte di autoresponsabilità) – i c.d. programmi individuali, le aspettative che ciascun contraente matura circa la convenienza del contratto (cioè l’arricchimento che avrebbe procurato l’utilizzazione del bene o del servizio acquisiti dalla controparte). Una cosa è l’inefficienza del contratto, altro è l’inefficienza dei contraenti, la quale ultima non rileva perché i programmi individuali restano fuori dallo scambio e non entrano nel calcolo contrattuale (fintanto che non sono remunerati).

⁵⁰ Così A. DI MAJO, *Il preliminare torna alle origini*, in *Giur. it.*, 2015, 1071 (in nota a Cass., Sez. Un., 6 marzo 2015, n. 4628).

⁵¹ M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 163.

⁵² Il dato così (con un certo grado di approssimazione) riassunto emerge da un’analisi accurata della valenza da riconoscere al paradigma utilitaristico e del problema dello “scambio inutile” (v. M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, 210 ss.). A detta dell’A., “non c’è ricchezza economica senza scambio, (...) ma ciò che costituisce ricchezza e che può essere oggetto di scambio non è deciso dal (singolo) contratto bensì, in forza di quel che dispone lo stesso ordinamento, da un processo evolutivo che si sviluppa sulla base della interazione di immaginario sociale e prassi di mercato” (*op. ult. cit.*, 212); sicché – Egli aggiunge – “il mercato decide ciò che è merce e senza merce il contratto è inutile, e perciò senza causa” (*op. ult. cit.*, 214).

⁵³ Stando così le cose, non può dirsi rispettato il programma negoziale che, reciprocamente, le parti si sono date, ovvero risulta inattuato lo scambio programmato. Da notare, nella vicenda processuale che ha dato luogo ad un pronunciamento recente delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione – trattasi di Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, 299 (con nota di N. Rizzo) e in www.foroitaliano.it – la nullità per mancanza di causa dichiarata con riguardo a contratto costitutivo di rendita

contrattuale di un requisito, ciò che giustifica la nullità; ma si può aderire ad una prospettiva diversa, ove si sia disposti a riconoscere centralità all’apprezzamento in concreto della causa, per giungere a prospettare il distacco della nullità dalla fattispecie, plausibile e da più parti rilevato proprio osservando come “la *ratio* dell’invalidità e dell’inefficienza non si trova più sul piano dell’atto e dei suoi elementi ma nella dimensione del regolamento complessivo ove sono fissati i criteri più idonei alla realizzazione dell’interesse programmato”⁵⁴.

Queste considerazioni, calate sul terreno dei derivati, non perdono senso né ragion d’essere. Certo, per completare e (forse) meglio chiarire il quadro sarebbe necessaria un’informativa – ancorché di massima – su cosa i derivati siano, ma il compito è impari rispetto alle mie forze⁵⁵ e salvifico è il rinvio a quanto altri – meglio di quel che saprei fare io – hanno scritto⁵⁶; per cui, banalizzando⁵⁷ ed ignorando la storia⁵⁸, mi limito a rilevare che – come dalla denominazione si evince – trattasi di prodotti finanziari il cui valore “deriva” dall’andamento di un altro bene (azioni, obbligazioni, valute ecc.) oppure dal verificarsi di un preciso evento (che può essere di qualsiasi natura) e che di derivati ne esistono varie – ma verrebbe di dire infinite – specie⁵⁹, pur essendo essi

vitalizia presentante a favore di una delle parti un grave e profondo squilibrio originario, tale da evidenziare il difetto del requisito essenziale dell’alea.

⁵⁴ Così G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obblig. e contr.*, 2007, 787, richiamandosi a V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 843 ss. (in specie, 849).

⁵⁵ Ma non a quelle di M. Barcellona, come dimostrato dall’opera qui assunta a riferimento (si veda, in particolare, il Capitolo settimo, in larga parte dedicato all’azzardo, ai derivati e alla scommessa) e dai due ampi saggi *supra* segnalati nella nota 11.

⁵⁶ Evitiamo il lungo elenco delle citazioni. Oltre ai lavori – già menzionati – di Barcellona, sulla nozione di contratto derivato nel nostro ordinamento e sui contratti di *interest rate swap*, in particolare, v. la ricognizione operata da L. PONTIROLI, *op. cit.*, 206 ss. Molti utili ragguagli possono trarsi dalla lettura dei saggi raccolti in D. MAFFEIS (a cura di), *Swap tra banche e clienti. I contratti e le condotte*, cit., *passim*.

⁵⁷ “Il fenomeno della finanza derivata è irriducibile a unità. Sono mutevoli molte delle premesse fattuali, le quali presiedono a svolgimenti e conclusioni. Sono numerose altresì le prospettive – tra loro differenti – nelle quali è possibile osservare le premesse fattuali e argomentare svolgimenti e conclusioni” (R. DI RAIMO, *op. ult. cit.*, 1103).

⁵⁸ Parliamo dei derivati come di un fenomeno dell’attualità, avente origini recenti, ma non è così. E anche in questo campo *historia magistra vitae*.

⁵⁹ Vero è che i relativi contratti presentano “un alto grado di standardizzazione”, ma – come sottolinea R. DI RAIMO, *op. ult. cit.*, 1105 – la “loro uniformità riesce a essere esclusivamente formale, pur nell’identità delle clausole, poiché diversi sono i rapporti sottostanti nel collegamento con i quali è soltanto

utilizzati principalmente o allo scopo di ridurre il rischio finanziario di un portafoglio (finalità di copertura)⁶⁰ o per soddisfare l'aspirazione a conseguire un profitto tramite esposizione ad un rischio elevato ma ad alto rendimento (finalità speculativa)⁶¹.

La distinzione appena segnalata, ancorché approssimativa e da prendere con le molle⁶², si rileva utile, giacché i giudici – ci si perdonerà la scarna tassonomia – sono giunti a configurare assente la causa in concreto a fronte di un derivato strutturato in modo da risultare inidoneo all'assolvimento della funzione cui era stato teleologicamente orientato. Ciò si è palesato in ordine ad un derivato di copertura congegnato in maniera tale da non soddisfare tale vocazione, come pure al cospetto di un derivato "speculativo" che poneva il rischio ad esclusivo carico del cliente o che dava modo alla banca di alterare gli equilibri finanziari all'insaputa del cliente⁶³.

6. L'informazione nell'orbita della fattispecie.

possibile cogliere la funzione della relativa operazione economica".

⁶⁰ L'esempio di scuola rimanda all'acquisto di un titolo operato nella ovvia speranza che il suo valore aumenti, controbilanciato dall'acquisto, al tempo stesso, di un derivato sullo stesso titolo che preveda il calo delle sue quotazioni; in tal modo, l'acquirente, anche nella peggiore delle evenienze, non va incontro a perdite rovinose, avrà raggiunto l'obiettivo di depotenziare le incertezze connesse ad eventuali costi/perdite da sopportare.

⁶¹ Nel qual caso, in realtà, un rischio da cui cautelarsi non esiste e l'obiettivo è il lucro atteso o, per meglio dire, sperato. Siamo di fronte ad una sorta di "scommessa" su un avvenimento futuro.

⁶² Si veda R. DI RAIMO, *Dopo la crisi, come prima e più di prima (il derivato finanziario come oggetto e come operazione economica)*, cit., 44 ss.

⁶³ V. Trib. Ravenna, 8 luglio 2013, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 206 (che ha registrato la nullità per assenza di causa in concreto di un'operazione di investimento compiuta attraverso la sottoscrizione di contratto di *interest rate swap* e di successivi contratti collegati conclusi con l'intento di recuperare le perdite dei precedenti, "sia sotto il profilo del mancato assolvimento del contratto alla sua dichiarata funzione di copertura, sia all'eventuale stessa funzione speculativa, per mancanza di alea, essendo pressoché certo il maturare di perdite a danno del cliente e di guadagni a favore della banca"); Trib. Monza 17 luglio 2012, *ivi*, 2013, I, 139 (ov'è emersa la nullità per assenza di causa in concreto con riguardo ad operazione di *interest rate swap* a condizioni economiche contrattuali non rispondenti "alla funzione di copertura del rischio enunciata dalle parti"). Sulle conseguenze penali che pure possono discendere da operazioni finanziarie su derivati, v. Cass. pen. 15 ottobre 2009, n. 43347, in *La resp. civile*, 2010, 426 (con nota di F. R. Fantetti).

Il cenno, da ultimo operato, al cliente ignaro induce a spostare decisamente l'attenzione sul versante della violazione di regole inerenti la formazione del contratto, in particolare di quelle aventi a che fare con l'informazione circa le caratteristiche essenziali e qualificanti del prodotto "derivato" e il livello di rischio ad esso abbinato. Anche su questo terreno si è ipotizzato operativo il rimedio della nullità del contratto per mancanza di causa, riconoscendosi tale presupposto – in definitiva – sussistente a fronte di un contratto oltremisura squilibrato perché inidoneo a fornire un'informazione adeguata su oggetto della negoziazione e quant'altro.

Della bontà di questa soluzione si è dubitato e perplessità ha suscitato anche il fatto di vederla sovente adottata con troppa disinvoltura: sicché fondato è il sospetto che sia la precomprensione ad ispirare molte decisioni⁶⁴ e che un uso sorvegliato dei concetti avrebbe condotto ad esiti ben diversi⁶⁵.

L'obiezione ha un nucleo di verità. In realtà, la casistica è ampia e differenziata e non si presta ad un uniforme apprezzamento; ciò nondimeno, va evitata la pedanteria, l'eccesso di scrupolo che porti a valorizzare oltremisura particolari anche minimi. E' buon metodo, allora, osservare i dati specifici caratterizzanti le singole ipotesi per enucleare alcune tipologie di riferimento ed associare a ciascuna il rimedio appropriato, che non è detto – né è conveniente – sia sempre la nullità⁶⁶. Salvaguardare l'identità di quest'ultima è doveroso e – stante il suo basso grado di malleabilità – incompatibile con impieghi oltremodo "forzati". E

⁶⁴ Vedasi, *inter alios*, F. DELFINI, *Contratti derivati OTC: problemi di validità e di qualificazione (a margine di un recente libro in tema di Swap)*, in *Contr. impr.*, 2014, 911, il quale sospetta "che l'impiego di tale concetto sia fatto con consapevole funzione 'pretoria', traendo scientemente profitto dall'indeterminatezza del termine [si allude alla causa: *n.d.r.*] per motivare decisioni che appaiono assai spesso frutto di 'precomprensione', in casi che reclamano un riequilibrio di posizioni giuridicamente sperequate (già nella genesi del contratto, oppure nella sua esecuzione)".

⁶⁵ Parla dell'adozione di un "rimedio tuttofare per la trattazione di svariati profili che ben avrebbero giustificato altri rimedi" L. PONTIROLI, *Contratti derivati e scommessa: come l'uso incontrollato di una metafora comprometta i rapporti tra diritto dei contratti e diritto dell'intermediazione finanziaria*, in *Riv. dir. priv.*, 2015, 263.

⁶⁶ In questa chiave, va apprezzato lo studio di S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, cit., 383 ss. Certo – nota l'A. – "una nullità come rimedio totalizzante ha il vantaggio operativo di accorpate fattispecie di danno diverse epperò contigue (...). E tuttavia frammentare all'insegna del *distingue frequenter* non sempre è un *minus*, specie se si ha l'intelligenza di comprendere che il problema sollevato dal derivato sconveniente o pregiudizievole non è limitabile alla sorte del singolo contratto ma all'incidenza che il rimedio giudizialmente comminato ha sulla *contrattazione*" (*op. ult. cit.*, 395 s.).



quando per la nullità v'è spazio, occorre imboccare la via corretta per approdarvi, che potrebbe non essere quella che guarda alla (mancanza o all'illiceità della) causa; e chissà che non si riveli appropriato l'appello al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322, co. 2, c.c., così sottratto al confino cui le letture abrogatrici lo hanno costretto⁶⁷? Registriamo, dunque, una sorta di polimorfismo rimediale – con la prospettazione di soluzioni varie e non inopinabili – di cui non possiamo che prendere atto. Ciò posto, è consigliabile – in questa sede – emarginare i dubbi e limitarsi ad assumere in considerazione alcune delle decisioni che sulla mancanza della causa hanno ritenuto di far leva: ciò, non al fine di valutare l'esattezza della soluzione accolta, ma per dar risalto ad un dato che da esse trapela e che la meticolosa attenzione rivolta alle tecnicità rimediali rischia di oscurare.

Mi pare, infatti, di scorgere – per dirla in breve – una scelta deliberata, nel rilievo decisivo frequentemente associato, più che alla condotta scorretta e/o non irreprensibile della parte professionale, alla presenza di un contratto non chiaro o “reticente” circa la sua reale valenza. Si dà peso, in altri termini, non solo e non tanto all'inadeguata o inesistente informazione relativa a circostanze e dati di essenziale importanza che già nella fase precontrattuale la legge impone di rivelare al contraente “debole”, quanto al fatto che il contratto abbia mancato di veicolare un'informazione corretta. Si fa, da ciò, discendere il richiamo all'assenza di causa quale ragione di nullità, che, lo si consideri o meno conferente, certamente non trovo sorprendente: essendo i riflettori puntati sul requisito causale, che la luce sia

⁶⁷ Questa operazione di recupero è giudicata importante da S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 386, il quale sottolinea come in detto giudizio trovi espressione “l'elementare circostanza che una pura vincolatività del patto è insufficiente a renderlo meritevole, nel senso di coercibile, allorché la sua eseguibilità minaccia o può divenire causa di un pregiudizio ‘nei confronti di un interesse [più] meritevole’”. Si segnala che, in App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459 – in *Le società*, 2014, 441 (con commento di L. Calzolari) e in *I contratti*, 2014, 213 (con nota di M. Indolfi) – la nullità dei contratti di *interest rate swap* è dichiarata “per il rilevato difetto, in concreto, della causa, ai sensi dell'art. 1418, comma 2 c.c., e per la non meritevolezza, in concreto, degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322, comma 2 c.c.”. Anche Trib. Modena, 23 dicembre 2011, in *I contratti*, 2012, 130 (con nota di V. Sangiovanni), a fronte di un contratto di *interest rate swap* con alea a carico di una sola delle parti, associa la tutela alla non meritevolezza degli interessi ai sensi dell'art. 1322, co. 2, c.c. Guardando alla “vicenda dei derivati OTC”, avvertita la necessità di passare “dalla prospettiva stretta della causa come requisito del contratto (...) a quella ben più ampia della funzione dell'operazione economica”, richiama il controllo di meritevolezza, “ben distinguibile rispetto alla liceità”, R. DI RAIMO, *op. ult. cit.*, 80.

concentrata sul contratto, lasciando in ombra il comportamento tenuto dalle parti, sembra logico e naturale.

E' quanto si evidenzia in Trib. Milano, 28 novembre 2014⁶⁸, che ha guardato alla causa in concreto vuoi in relazione alla sproporzione dei derivati rispetto allo scopo di protezione, “vuoi sub specie di impossibilità di ricondurre l'ammontare debitorio globalmente assicurato dai contratti in questione alla reale esposizione della ricorrente nei confronti delle società di leasing”, lamentando così, in definitiva, l'impossibilità di confrontare *per tabulas* l'importo nozionale del derivato con quello nominale del rapporto sottostante.

Altra significativa decisione è Trib. Torino, 17 gennaio 2014⁶⁹, la quale fa riferimento all'addebito di costi impliciti (cioè non adeguatamente indicati) a carico del cliente, tali da evidenziare *ab origine* e all'insaputa di questi le alee rispettivamente assunte dalle parti. Siamo, anche in questo caso, in presenza di una inadeguata informazione nel contratto in ordine all'effettiva alea assunta; perché è lecito che una parte assuma un alea superiore all'altra, ma ciò deve essere frutto di “una libera scelta delle parti e non una conseguenza derivante dai parametri inseriti nel contratto soggettivamente ignota al contraente debole in quanto unilateralmente predisposta dalla convenuta ed in quanto non immediatamente percepibile dalla lettura del contratto, essendo necessarie conoscenze ulteriori”⁷⁰.

Traspare anche, quale elemento di peso nell'economia della decisione, l'asimmetria nel rapporto tra cliente e parte professionale, che si esprime finanche nella unilaterale predisposizione ad opera di quest'ultima del contratto. Che l'alea, stando così le cose, risulti distribuita in modo non equilibrato è, più che un'ipotesi, una certezza. Mentre altra interessante sentenza⁷¹, nell'annoverare il contratto derivato tra le scommesse legalmente autorizzate, ha precisato che l'alea deve essere “razionale” per entrambi gli scommettitori, a prescindere dall'intento di mera copertura o

⁶⁸ In *www.ilcaso.it*.

⁶⁹ In *I contratti*, 2014, 1012, con commento di M. Indolfi.

⁷⁰ Indicativo il passo qui di seguito riportato: “ciò che rileva, in effetti, ai fini della valutazione della sussistenza della causa in concreto, non è tanto lo squilibrio dell'alea rispettivamente assunta, quanto la consapevolezza del contraente debole del differente livello di rischio assunto dalle parti”.

⁷¹ Trattasi di App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, cit. Molti hanno rivolto ad essa attenzione e, tra questi, L. PONTIROLI, *op. cit.*, 203 ss., che da detta sentenza ha preso spunto per una disamina sul fenomeno dei derivati che, critica verso l'atteggiamento di crescente ostilità, si muove in “una prospettiva d'integrazione degli strumenti derivati nel sistema civilistico” (*op. cit.*, 206).

speculativo che ha determinato alla conclusione del contratto. La razionalità – si è precisato – risiede, in pratica, nella misurabilità dell'alea secondo criteri scientifici, pur non essendo richiesto che vi sia equilibrio tra le alee; sicché, “gli scenari probabilistici e le conseguenze del verificarsi degli eventi devono, invero, essere definiti e conosciuti ex ante, con certezza. E così pure devono essere esplicitati nel contratto il valore del derivato, gli eventuali costi impliciti, i criteri con cui determinare le penalità in caso di recesso. Elementi, tutti, che incidono sull'alea che assume la parte contrattuale. Solo così siamo in presenza di un'alea razionale”. E si conclude affermando che “tutti gli elementi dell'alea e gli scenari che da essa derivano costituiscono ed integrano la causa stessa del contratto, perché appartengono alla ‘causa tipica’ del negozio, indipendentemente dalle ricorrenti distinzioni fra scopo cd. di copertura o speculativo tout court”.

Potrebbero utilmente segnalarsi molte altre decisioni⁷². Barcellona lo fa, nel Capitolo VII del volume in esordio citato, operando chiose e commenti mirati là dove opportuno, nel quadro di una lucida riflessione che abbraccia ogni problematica implicata, ivi compreso l'accostamento – un'autentica assimilazione, per molti – alla scommessa dei derivati. A Lui faccio rinvio e mi limito a ribadire – in conclusione – il dato che a me interessa maggiormente evidenziare, anche in relazione ai successivi sviluppi della trattazione. Se è vero che le sentenze richiamate mettono l'accento, non già sulla carenza di informazione *sic et simpliciter*, bensì sull'assenza di un'informazione chiara ed esauriente nel contratto circa le caratteristiche del prodotto, gli “scenari probabilistici” e quant'altro di essenziale, affermare che la mancanza di causa è registrata a fronte del deficit di informazione/comportamento non è propriamente corretto: la nullità è, in realtà, comminata con riferimento a contratto – così viene di dire, sulla falsariga del co. 4 dell'art. 67-*septiesdecies*, c. cons. – ad arte congegnato per “alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche”.

E', quindi, il regolamento contrattuale ad essere implicato: c'è da discutere se apprezzato dal punto di vista interno od esterno al contratto⁷³, ma

⁷² Alcune tra quelle prese in esame da F. DELFINI, *op. cit.*, 910 ss. offrono chiari riscontri.

⁷³ Impieghiamo una terminologia familiare a V. SCALISI, *op. cit.*, 852 s., il quale connette il punto di vista interno all'apprezzamento del regolamento come proiezione della fattispecie, ovvero del contenuto dell'atto “secondo una logica (...) astratta e neutrale, decontestualizzata e prescindente”, e il punto di vista esterno alla “*situazione complessiva*, della quale il singolo contratto è diretta esplicazione o nel cui contesto lo

nell'uno e nell'altro caso, ancorché per vie non coincidenti, l'accesso alla nullità non è precluso. Se si accede al punto di vista esterno, perché – come dottrina autorevole ha affermato – diverrebbero “direttamente rilevanti sul piano della regolare formazione del regolamento (e quindi delle conseguenti invalidità) norme e principi che altrimenti vi resterebbero estranei, tra cui (...) quelli che impongono alle parti di un rapporto particolari obblighi di informazione c.d. ‘estrinseci’ al contratto, in quanto ricadenti nella fase precontrattuale o in quella propriamente esecutiva”⁷⁴; se si adotta il punto di vista interno, per effetto del recupero della tradizionale dialettica nullità/fattispecie.

Echeggiano, nelle sentenze richiamate, temi che rimandano sia al primo che all'altro approccio⁷⁵, ma le tracce di quest'ultimo sembrano più profonde. Difficile negare la crisi della fattispecie⁷⁶, ma evidentemente la fuga da essa non è un esodo e – tutto sommato – è un bene che sia così⁷⁷. L'accento posto sul contratto e sulla sua attitudine decettiva sembra denotare ammiccamento allo schema codicistico classico della nullità che – secondo la

stesso è destinato a interagire”; situazione, avente “valore costitutivo, non soltanto ermeneutico, dell'assetto regolamentare del contratto”.

⁷⁴ V. SCALISI, *op. cit.*, 853. La nullità – precisa l'A. – conseguirebbe “anche a prescindere da una espressa previsione normativa in tal senso”, dovendosi giudicare un “grave vizio ascrivibile a risalente e consolidata tradizione” quello di “continuare a considerare il giudizio di validità siccome riferito solo a vizi di fattispecie non anche a patologie di regolamento”.

⁷⁵ Potendosi in ciò rintracciare testimonianza del fatto che l'ambiguità dianzi registrata nella causa è pure congenita nella nullità, che si destreggia anch'essa tra i concetti-sostanza e i concetti-funzione, senza smarrire il contatto con l'uno e con l'altro. Così, alla rigorosa rappresentazione “strutturale” della nullità operata dalle sentenze Rordorf fa da contrappunto il quadro emergente da due, più recenti, sentenze delle SS.UU. – entrambe del 12 dicembre 2014, distinte con i nn. 26242 e 26243, già citate – le quali, riconosciuta alla nullità la natura di “sanzione ordinamentale conseguente all'irredimibile disvalore assegnato a un valido assetto negoziale”, individuano sul piano della funzione l'essenza della nullità.

⁷⁶ Doveroso il rinvio alle riflessioni riversate da Irti in alcuni saggi recenti (N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 s.; ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 36 s.; ID., *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987 s.) e alle preoccupazioni manifestate da A. CATAUDELLA, *Nota breve sulla “fattispecie”*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 245 ss.

⁷⁷ Si veda S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 383, sensibile alle sollecitazioni irtiane quando nota che nella “esperienza giuridica postmoderna (...)”, il decidere per fattispecie risulta sempre più soppiantato da un giudicare per (od orientato ai) valori”, ma attento a segnalare i limiti e i rischi associati all'adesione disinvolta a “questo nuovo modulo decisivo oltrepassante la fattispecie” (*op. ult. cit.*, 384). Si mostra “fecondo” – a Suo dire – il “tentativo di conciliare *fattispecie* e *valori* alla ricerca di un nuovo modo di governare la complessità” (*op. ult. cit.*, 387).

più comune considerazione – guarda alla struttura dell’atto prestando ossequio alla logica della fattispecie; mentre, nel contempo, pure si spiega l’esigenza di trattenere sullo sfondo l’inosservanza di regole di comportamento, giacché se fossero queste a balzare in primo piano, l’approdo alla nullità sarebbe ostacolato da un dissonante e massimamente autorevole indirizzo giurisprudenziale⁷⁸, che – evidentemente – non si intende sconfiggere, ma provare ad aggirare⁷⁹.

Emergono due piani, l’uno legato all’obbligo precontrattuale di informazione (comportamento), l’altro al contratto e al suo contenuto “informativo” (fattispecie): le sentenze considerate alimentano la tendenza a porre in primo piano quest’ultimo. Necessita, però, verificare – e proveremo a farlo nel prosieguo – se questo spostamento di fuoco sia autorizzato dalle vigenti regole che governano l’agire dell’operatore finanziario. Non prima di aver fatto i conti con l’ostacolo poc’anzi richiamato.

7. Deficit informativo e nullità: le sentenze Rordorf.

E’ delle note sentenze Rordorf – lo si sarà compreso – che dobbiamo occuparci⁸⁰. Superfluo dire che esse, nelle intenzioni votate a normalizzare il caos presente sul terreno dei rimedi⁸¹, non sono

⁷⁸ Tale è la conclusione che verrebbe di trarre alla luce dei principi enunciati in Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n.ri 26724 e 26725 (la prima in *Foro it.*, 2008, I, 784, con nota di E. Scoditti; la seconda in *I contratti*, 2008, 221, con commento di V. Sangiovanni) ed *infra* meglio precisati. A queste sentenze si farà, nel prosieguo, richiamo, individuandole – per brevità e convenienza – come “sentenze Rordorf”, riprendendo il cognome dell’illustre Relatore.

⁷⁹ Di “tentativo della giurisprudenza di merito d’aggirare gli insegnamenti della Corte di Cassazione” parla L. PONTIROLI, *op. cit.*, 274, chiosando App. Milano, 18 settembre 2013, n. 3459, cit. Seguendo detti insegnamenti – lascia intendere R. DI RAIMO, *op. ult. cit.*, 59 – si sarebbe “creato (...) un presidio di stabilità anche per i contratti OTC”.

⁸⁰ Già menzionate nella nota che precede, da esse sono tratti i passi e le espressioni *infra* riportati tra virgolette. Inutile rilevare il gran numero di commenti meritevoli di segnalazione, diversamente orientati, ma concordi nel riconoscere, in dette sentenze, un momento fondamentale nella definizione della tutela attivabile dall’acquirente di prodotti finanziari contro la banca-intermediaria in ipotesi di violazione degli obblighi che su quest’ultima incombono. Tra gli studiosi più attenti dei vari profili implicati nelle sentenze in parola, G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, 104. Per una ricognizione sulla materia, *ante* sentenze Rordorf, v. E. BATTELLI, *L’inadempimento contrattuale dell’intermediario finanziario*, in *I contratti*, 2006, 465 ss. (in commento a Trib. Milano 25 luglio 2005).

⁸¹ G. VETTORI, *Contratti di investimento e rimedi*, cit., 785, prima della comparsa delle sentenze Rordorf, citando Roppo, così scriveva: “In presenza di obblighi di informazione posti

prima facie armonicamente inquadrabili nello sviluppo sin qui tracciato. L’attenzione loro rivolta, peraltro, è doppiamente giustificata, avendo le stesse riguardo a vicende ove erano coinvolte linee di credito per operazioni in valuta e su titoli derivati⁸² e vertenti sulla correttezza o meno della condotta prenegoziale degli istituti di credito verso i clienti⁸³.

Val bene subito rilevare, entrando nel merito delle decisioni, il sostanziale disinteresse verso il requisito della causa. Quanto alla nullità, scartato nella fattispecie ogni contatto con l’art. 1418, co. 2, c.c.⁸⁴, rifacendosi a quanto stabilito da Cass. 29 settembre 2005, n. 19024⁸⁵, esse hanno negato che il rimedio sempre consegua alla violazione di norme imperative e riconosciuto legittimo il richiamo alla nullità (virtuale) ex art. 1418, co. 1, c.c.⁸⁶ solo là

dalla legge a carico dei professionisti, si sono pronunziate per la nullità molte decisioni di giudici di merito, contraddette da altre e da una recentissima sentenza della Cassazione italiana”.

⁸² L’istituto San Paolo Imi S.p.A., in entrambe le sentenze, reclamava da suoi clienti il pagamento relativo ad operazioni finanziarie compiute.

⁸³ Il nucleo duro delle contestazioni mosse dai clienti all’operato delle banche era rappresentato dall’inosservanza dell’art. 6 (recante “Principi generali e regole di comportamento”) dell’allora vigente L. 2 gennaio 1991, n. 1, essendo stati suggeriti “investimenti estremamente rischiosi senza adeguata informazione per il cliente ed in eccesso rispetto alle disponibilità finanziarie del medesimo”. Oggi, in riferimento ad analoghe vicende, il primo referente è l’art. 21 TUF (rubricato “Criteri generali”).

⁸⁴ Solo per ipotesi, in motivazione, le sentenze accennano alla nullità ex art. 1418, co. 2, c.c. del contratto per mancanza dell’accordo delle parti, per giungere a precisare che, pur ammessa la sussistenza di un consenso inquinato per effetto del comportamento sleale dell’intermediario, “appare arduo sostenere che sol per questo il consenso manca del tutto”.

⁸⁵ Essendo tale sentenza (in *Danno e resp.*, 2006, 25, con nota di V. Roppo e G. Afferni) dalle SS.UU. giudicata la sola riguardante questione che “investe specificamente il tema della presente causa”.

⁸⁶ Ricordiamo – mutuando quanto affermato da A. DI MAJO, *La nullità*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, VII, nel *Tratt. dir. priv.* diretto da M. Bessone, Torino, 2002, 40 s. – che la nullità virtuale emerge “in contrapposizione a quella ‘testuale’, testuale perché per questa deve esserci una esplicita previsione normativa (*pas de nullité sans texte*)” e che trattasi di categoria che, come ancora di Majò fa notare, ha sollecitato “infinite discussioni” (per averne contezza, v. A. BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in *Obbligazioni. II. Il contratto in generale*, III, nel *Diritto civile* diretto da N. Lipari e P. Rescigno e coordinato da A. Zoppini, Milano, 2009, 964 ss., nonché la più analitica, ampia disamina di A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, *passim* e, in specie, 96 ss. e, dello stesso A., il più recente saggio dal titolo *Non tutto ciò che è “virtuale” è razionale: riflessioni sulla nullità del contratto*, in *Europa dir. priv.*, 2012, 503 ss.), sospetta e pericolosa e, a detta di dottrina autorevole, recante in sé “una contraddizione in termini” (C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, in C. CASTRONOVO e S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007, 345).



dove detta contrarietà postuli “violazioni attinenti ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto”⁸⁷. Qualora, invece, risultino inadempiti obblighi precontrattuali di informazione, è in gioco l’inosservanza di “norme di comportamento dei contraenti”, che – sulla scorta di quanto tradizionalmente accreditato – vanno tenute distinte dalle “norme di validità del contratto”; sicché “la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può esser causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione e degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incide sulla genesi dell’atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità”⁸⁸.

Sotto osservazione, nelle sentenze in parola, è l’informazione/comportamento, apprezzata

⁸⁷ “Ogni altra condotta pur contraria a norme imperative che non colori tale regolamento non è perciò in grado di incidere sulla validità del contratto, si tratti pure dell’omicidio del concorrente che a una mente malata possa apparire *condicio sine qua non* della stipulazione” (C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*, 344). Ciò fa il paio con l’apprezzamento della nullità come “sanzione che attiene alle patologie riguardanti la *regolamentazione* di interessi che il negozio giuridico esprime (illiceità, immoralità o completezza degli elementi strutturali essenziali)” (G. B. FERRI, *Introduzione alla invalidità*, in AA.VV., *Il contratto in generale*, VII, cit., 17) e dunque – aggiunge l’A. – con la soluzione che “può piacere o non piacere, ma è quella prescelta dal legislatore del 1942”.

⁸⁸ Ricorriamo ad un passo, di esemplare chiarezza, tratto da V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l’ambaradan dei rimedi contrattuali)*, cit., 903 per meglio precisare i termini della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento che – rileva l’A. – il “pensiero civilistico tradizionale ci ha insegnato”: “Le prime dicono se il contratto è valido o invalido; le seconde – sul presupposto che il contratto sia valido, o comunque a prescindere dalla sua validità o invalidità – dicono se una parte ha diritto a sciogliersi dal contratto e/o a chiedere il risarcimento del danno in conseguenza di comportamenti scorretti e lesivi tenuti dall’altra parte”. Si segnala, in dottrina, l’orientamento conforme di G. D’AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I contratti*, 2012, 982, il quale, riflettendo sull’art. 1418, co. 1, c.c., precisa che “a contrastare con la ‘norma imperativa’, ai fini della declaratoria di nullità prevista dalla norma in esame, deve essere *il contratto come tale*, mentre quando oggetto del comando o del divieto previsto dallo *jus cogens* sia il *comportamento* dei contraenti (o di uno di essi) nella fase di formazione del contratto, la violazione di tale prescrizione renderà appunto *illecito il comportamento* (aprendo la strada ad una responsabilità del suo autore, sul piano civile ed eventualmente su quello penale e/o amministrativo), ma non comporterà *come tale* la illiceità del contratto e la sua nullità”. Nel breve (ma denso) saggio qui considerato l’A. dialoga anche con (alcuni tra i) sostenitori della tesi contraria, per cui si può ad esso rinviare per più generali ragguagli sul rapporto tra violazione di regole di condotta e nullità.

nell’ottica del “fondamentale dovere che grava su ogni contraente di comportarsi secondo correttezza e buona fede – immanente all’intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull’art. 2 della Costituzione”⁸⁹.

Invero, le SS.UU. si chiedono “se una regola diversa non viga proprio nello specifico settore del diritto dei mercati finanziari”; ed, evidentemente, sotteso all’interrogativo posto, v’è il riconoscimento che in detto settore qualche anomalia c’è, a testimonianza della “tendenza evolutiva”⁹⁰ al “trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell’atto”. Ma la risposta è negativa, non potendosi in quel “settore (...) assolutamente rinvenire indici univoci dell’intenzione del legislatore di trattare sempre e comunque le regole di comportamento, ivi comprese quelle concernenti i doveri d’informazione dell’altro contraente, alla stregua di regole di validità degli atti”. Le sentenze, dunque, danno poco peso al disposto dell’art. 67-*septiesdecies*, co. 4, c. cons.⁹¹, pur constatando che in esso è prevista la nullità del contratto a fronte di violazione di doveri di comportamento⁹²: si ritiene, infatti, che questa regola sia “sistematicamente isolata nel nostro ordinamento”, presentando “evidenti caratteri di specialità, che non consentono di fondare su di essa nessuna affermazione di principio”.

La conclusione tratta è nota e prende corpo nel “principio per cui 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

⁸⁹ Trovasi, qui, accolto il principio tradizionale che, in ipotesi di violazione della buona fede, richiama in gioco il solo giudizio di responsabilità per danni, escludendo in modo categorico la nullità.

⁹⁰ Che le SS.UU. non negano “sia effettivamente presente in diversi settori della legislazione speciale”.

⁹¹ Disposizione, questa, ricompresa nella disciplina dei “servizi finanziari ai consumatori” commercializzati a distanza, che più nello specifico sarà *infra* oggetto di considerazione.

⁹² Così recita il co. 4: “Il contratto è nullo, 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”.

riguardanti le operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione". Alla configurabilità della responsabilità precontrattuale non osta l'avvenuta conclusione del contratto, ma allo stato delle cose – piaccia o non piaccia – la nullità è bandita, fuori dai casi in cui sia oggetto di previsione normativa⁹³ e, forse, nemmeno v'è spazio per l'annullabilità⁹⁴.

8. Oltre le sentenze Rordorf.

Consensi e critiche sono stati rivolti alle sentenze Rordorf, sia gli uni che le altre non certo immotivati. Tra le ragioni di dissenso l'aver fatto di tutta l'erba un fascio ovvero l'aver considerato tutto alla stessa stregua⁹⁵, l'aver attribuito alla nota distinzione "una valenza dogmatica che nel caso di specie le impedisce d'avvedersi dei valori coinvolti nell'art. 21 TUF"⁹⁶, il non aver dato il giusto peso

alle indicazioni provenienti dal diritto europeo dei contratti in evoluzione⁹⁷; e pure si è giudicata datata l'ispirazione che ha guidato le SS.UU. alla decisione, non potendo più oggi riconoscersi centralità alla questione del rapporto tra regole di comportamento e regole di validità, doppiata com'è dalla "più generale e comprensiva questione (...) del rapporto tra regole di validità e giustizia contrattuale"⁹⁸. Ovvio che non esprima plauso alle sentenze Rordorf chi, con convinzione, affermi che la "logica della fattispecie appare ormai decisamente inadeguata e fuorviante"⁹⁹ e che "la vera partita di una coerente e adeguata disciplina di tutta una serie di operazioni contrattuali si gioca ormai interamente sul piano della costruzione e del governo del regolamento contrattuale"¹⁰⁰. Le SS.UU., evidentemente, assumono come vere altre proposizioni: la fattispecie non è un ferro vecchio e inutile, né ci si può disfare della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, che presidia la certezza dei rapporti contrattuali ed è "fortemente radicata nei principi del codice civile". Difficile credere che le due letture siano armonizzabili, né serve chiedersi se la ragione arrida all'una o all'altra. La prima, indubbiamente, coglie aspetti di novità importanti e asseconda linee di tendenza che in ambito contrattuale vanno con sempre maggiore nettezza manifestandosi¹⁰¹. Le sentenze Rordorf – è vero – sono più legate alla tradizione, ma ciò non è motivo che ne giustifica la censura e, peraltro, sarebbe ingeneroso definirle anacronistiche o insensibili al nuovo.

E' all'informazione/comportamento che esse, paradigmaticamente, guardano¹⁰² e la veduta può

⁹³ Così precisano le SS.UU.: "Si possono ovviamente avere opinioni diverse sul grado di efficacia della tutela in tal modo assicurata dal legislatore al risparmio dei cittadini, che negli ultimi anni sempre più ampiamente viene affidato alle cure degli intermediari finanziari. Ma non si può negare che gli strumenti di tutela esistono anche sul piano del diritto civile, essendo poi la loro specifica conformazione giuridica compito del medesimo legislatore le cui scelte l'interprete non è autorizzato a sovvertire, sicché il ricorso allo strumento di tutela della nullità radicale del contratto per violazione di norme di comportamento gravanti sull'intermediario nella fase prenegoziale ed in quella esecutiva, in assenza di disposizioni specifiche, di principi generali o di regole sistematiche che lo prevedano, non è giustificato".

⁹⁴ Come rileva A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, 2008, 401, affermato "recisamente che i contratti dell'intermediazione finanziaria affetti da violazioni di norme di condotta incidenti sulla loro formazione non sono nulli, i giudici supremi ripetono più volte che sopravvive l'ipotesi che siano almeno annullabili. Dunque lo ricordano; ma non lo dicono, sembrano dirlo, lo lasciano supporre, non lo statuiscano".

⁹⁵ L'addebito più frequente – per dirla con D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *I contratti*, 2008, 403 s. – è di aver ricondotto "le regole inerenti ai contratti di investimento – tutte le regole, indistintamente, come le vacche nere nella notte – ad obblighi di informazione" ed escluso "– per tutte, come le vacche nere nella notte, senza spunti eccezzuativi – il rimedio della nullità".

⁹⁶ R. CALVO, *Nullità e obblighi di informazione*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, 154. Sicché – Egli aggiunge – la "tendenza ad irrigidire il parallelo tra condotta informativa e adempimento di un obbligo impedisce di cogliere l'alto significato assiologico dell'attività cognitiva, la quale si prefigge altresì l'obiettivo di conformare a direttive morali l'azione esplicitanti attraverso il

Vertragsschlussmechanismus, già naturalmente indebolito dalla standardizzazione del suo iter formativo".

⁹⁷ Indicazioni, che – come sottolinea V. SCALISI, *op. cit.*, 855 – avrebbero dovuto indurre a rivedere il principio tradizionale che categoricamente esclude la nullità in ipotesi di violazione della buona fede, se non in ogni caso, almeno là dove "il contegno contrario a buona fede di una parte, indipendentemente dalla fase contrattuale in cui il medesimo si collochi, sia effettivamente e concretamente riuscito a condizionare la conformazione o la efficacia stessa del momento regolamentare del contratto, e di fatto abbia realmente condizionato l'una o l'altra, determinando una significativa e pregiudizievole alterazione o comunque un anomalo funzionamento del regolamento contrattuale in danno della controparte" (V. SCALISI, *op. cit.*, 855).

⁹⁸ V. SCALISI, *op. cit.*, 856.

⁹⁹ V. SCALISI, *op. cit.*, 847. Sicché – deduce l'A. – il "suo oltrepassamento diviene una necessità".

¹⁰⁰ V. SCALISI, *op. cit.*, 848.

¹⁰¹ E – come rileva A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 127 – compito "del giurista non è certo di rifiutare il 'nuovo' nell'ostinata difesa del vecchio ma di individuare le linee di 'lunga durata' (come dicono gli storici francesi) di un fenomeno, per individuare nuove forme organizzative dell'esistente".

¹⁰² Lo rileva anche D. MAFFEIS, *op. ult. cit.*, 404, riconoscendo che le "motivazioni delle sentenze delle Sezioni Unite sono

non a torto essere considerata ristretta; ma l'apprezzamento negativo su questo piano non impone, per coerenza, l'abbandono della distinzione tra regole di comportamento e regole di validità, dalle stesse SS.UU., peraltro, non mitizzata, né apprezzata come verità universale e indiscutibile. Detta distinzione è difesa e tenuta ferma – certo – ma nella malcelata consapevolezza che non è detto che conduca all'individuazione del rimedio più appropriato¹⁰³ e pur captando la presenza di segnali in controtendenza da non sottovalutare, cartine di tornasole di una realtà che “non va considerata immobile e insuscettibile di sviluppi verso approdi diversi e lontani da quello attualmente raggiunto”¹⁰⁴. C'è da guardare un fiume, ma il percorso è appena iniziato e non si può essere certi che l'altra sponda sarà raggiunta: stando così le cose, saggiamente le SS.UU. esortano a non recidere l'ancoraggio al punto di partenza e di qui, correttamente, il rifiuto dell'idea che possasi pervasivamente far ricorso alla nullità ogni qual volta il contratto sia concluso nell'inosservanza dei doveri di correttezza imposti agli intermediari nei contratti di negoziazione di strumenti finanziari¹⁰⁵. Viene, tuttavia, di pensare che sia un passo successivo – e per nulla obbligato – quello che porta a riconoscere che la violazione di obblighi

precontrattuali di informazione unicamente rilevi nella sfera del “comportamento” e non abbia contatto alcuno con quella della “nullità”¹⁰⁶.

L'addebito che, allora, può muoversi alle sentenze Rordorf è di aver concentrato l'attenzione sull'informazione/comportamento e di non aver soppesato adeguatamente il fatto – già allora e da tempo evidente, anche sul piano normativo – che l'informazione doverosamente resa nella fase precontrattuale non resta confinata in quell'ambito ma penetra, soprattutto “per il tramite della forma scritta, nello stesso contenuto del contratto”¹⁰⁷. Questa penetrazione – ebbi modo anch'io di rilevare – dà luogo ad una sorta di contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale¹⁰⁸, che è fenomeno associabile non solo alla circostanza che il contratto si fa veicolo di informazione. A ragione, infatti, quell'espressione può essere richiamata con riguardo alle disposizioni – non nuove pur'esse – che in modo esplicito riconoscono valenza vincolante alle informazioni precontrattuali sancendone l'immodificabilità in via unilaterale: in relazione a ciò, registravo, in capo al professionista, la “responsabilità per inadempimento contrattuale ove le condizioni rappresentate nell'informazione precontrattuale risultino in tutto o in parte inosservate in sede di esecuzione del contratto”¹⁰⁹. Queste disposizioni, presenti all'epoca delle sentenze Rordorf, non sono retaggio del passato:

incentrate sugli obblighi informativi che non si traducono in forme o in contenuti informativi imposti dalla disciplina speciale”.

¹⁰³ Consapevolezza che quanto riportato *supra*, nella nota 89, lascia trapelare.

¹⁰⁴ G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, 617. Sul rapporto, non così piano e lineare, tra buona fede e nullità, v. A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 86 ss.

¹⁰⁵ E' di quest'avviso, invece, F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, 961 s., stante il “contrasto con un interesse fondamentale tutelato dalla norma imperativa violata” (dall'A. rinvenuto nel superamento della “asimmetria informativa in cui versa l'investitore” e nella salvaguardia della trasparenza e della competitività del mercato finanziario) e in “conformità della regola generale secondo la quale il contratto contrario a norme imperative è nullo, salvo che la legge non disponga diversamente”. L'A., infatti, critica le sentenze Rordorf e, aderendo ad un orientamento anche da altri sostenuto, invita a prendere “atto che l'ampia formulazione del primo comma dell'art. 1418, comma 1°, c.c. non consente di per sé di individuare categorie di norme imperative inidonee per loro natura a determinare la nullità del contratto in caso di violazione” (*op. cit.*, 957). In disaccordo con dette sentenze è anche F. SCAGLIONE, *Buona fede in contrahendo e ordine pubblico economico nel sistema del diritto privato del mercato*, in *Giur. it.*, 2008, 11 (dell'estratto), il quale, però, sembra ravvisare, alla base della nullità, l'illiceità della causa, sul presupposto che “il comportamento scorretto nella fase precontrattuale si traduce necessariamente in una struttura squilibrata del contratto” che “non può, per definizione, essere vincolante per l'altra parte”.

¹⁰⁶ E la smentita – come si vedrà – va registrata ben al di là dei casi in cui l'informazione, oggetto di un obbligo in capo al professionista, “deve vestire una certa forma, che però non viene osservata” (C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, cit., 124).

¹⁰⁷ E. CAPOBIANCO, *Impresa e contratto tra diritto comunitario e diritto interno*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Rende, 2004, 71. L'A. esemplifica facendo richiamo a disposizioni *ante* codice del consumo (in larga parte non superate nella sostanza), rilevando, da un lato, come talora sia “prescritta la necessità della redazione per iscritto del contratto e talvolta l'obbligatorietà della consegna di una copia dello stesso al cliente (art. 117, t.u. bancario; art. 23, t.u. finanza; art. 6, d. leg. n. 111 del 1995, in tema di vendita di pacchetti turistici, art. 3, d. leg. n. 427 del 1998 in materia di multiproprietà; “conferma scritta” nella disciplina delle vendite a distanza: art. 4, d. leg. n. 185 del 1999)” e, dall'altro, come “lo stesso contenuto contrattuale è un contenuto vincolato al necessario rispetto di quelle regole di informazione”.

¹⁰⁸ Si vedano G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, cit., 149 ss.; ID., voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2006, 3 e 13 ss.

¹⁰⁹ G. GRISI, *Gli obblighi di informazione*, cit., 152. Erano, allora, presi in esame gli artt. 7 e 9 del D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 111 (recante attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti “tutto compreso”) e l'art. 2, co. 3 del D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427 (che ha dato attuazione alla direttiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili).



ancorché inserite in testi normativi diversi da quelli originari, risultano ancora vigenti, accanto ad altre di tenore analogo o – come vedremo – ancor più esplicite nel testimoniare l’irruzione dell’informazione precontrattuale nel regolamento contrattuale. Nessuno può giurare sul fatto che, se rese oggi, le sentenze Rordorf si sarebbero diversamente indirizzate, ma è certo che esse avrebbero dovuto fare i conti con un alcune significative novità – nel frattempo intervenute – che hanno dato credito e vigore ad un’idea che già all’epoca priva di fondamento non era. Può dirsi, ormai, consolidato il convincimento che la contrattualizzazione nel senso anzidetto rilevi a tutto campo e non solo là dove specifiche disposizioni la contemplino: si fa, infatti, ad essa riferimento, oggi, guardando alle informazioni attinenti al regolamento contrattuale, come ad un “principio cardine dello statuto generale delle regole informative operativo anche al di là dell’esplicita previsione normativa”¹¹⁰. E se vale, sempre e comunque, il principio che è legittimo pretendere ciò che è detto – e, quindi, promesso – in via precontrattuale costituendo ciò oggetto della prestazione contrattualmente dovuta, ancorare, in via esclusiva, l’informazione precontrattuale al comportamento appare, francamente, un azzardo.

9. Regole di comportamento degli intermediari finanziari, informazione/fattispecie e nullità.

L’informazione precontrattuale, dunque, interseca anche il piano della fattispecie ed è tutt’altro che estranea agli elementi intrinseci di quest’ultima relativi alla struttura o al contenuto del contratto. Di ciò si ha immediata percezione proprio osservando le regole di comportamento degli intermediari finanziari. Esse – è vero – sono numerose e assai varie e presentano caratteristiche non omogenee, così da far apparire più che plausibile che dalla loro violazione non sempre e di necessità discenda lo stesso trattamento sul piano rimediabile¹¹¹. Ma in quest’ambito complesso e

articolato, fermo e indiscutibile il peso che riveste la disciplina dell’informazione precontrattuale, proprio in essa è dato cogliere profili ed accenti peculiari¹¹² dai quali, senza eccessive forzature, trarre argomento per affermare che l’informazione *de qua* orbita anche – e, forse, principalmente – intorno alla fattispecie.

L’attrazione esercitata da quest’ultima trova, dunque, credito sul piano normativo¹¹³, al quale fanno capo numerosi provvedimenti che della già rilevata contrattualizzazione dell’informazione precontrattuale recano chiari segnali. T.U.F., codice del consumo e molti altri testi ospitano regole in materia finanziaria¹¹⁴ e, nell’ordito che da queste fonti prende corpo, ciò che nitidamente si percepisce non è il generico riconoscimento dell’importanza primaria dell’informazione, ma l’essenziale rilievo ad essa attribuito nell’intera vicenda contrattuale, nella fase precontrattuale in maggior misura, ma anche nel contratto ed oltre¹¹⁵. Questa copertura ad ampio spettro, d’altronde, ben si accorda con la reale consistenza di molte operazioni finanziarie, che lungi dall’esaurirsi in un unico atto, si articolano in più atti e/o contratti – a monte e a valle – variamente combinati: sicché anche lo schema classico che fa da sfondo al concetto di fattispecie va, di conserva, modulato.

Si staglia, poi, in combinazione col dato ora rilevato, il “connubio della forma con gli obblighi legali di informazione”¹¹⁶. Chiunque abbia posto in essere un’operazione finanziaria sa di aver dato e ricevuto, ancor prima (e/o nell’atto) di compierla, un nutritissimo *set* di informazioni di vario genere, per lo più trasfuso in prospetti, documenti e moduli elaborati dal professionista e sottoposti all’esame e

¹¹² Conferma se ne trae dallo studio di F. GRECO, *op. ult. cit.*, 31 ss. (cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici), nonché dal più agile contributo dello stesso A. dal titolo “La regola dell’informazione nel nuovo regolamento Consob”, in *ilcaso.it*, doc. 82/2007.

¹¹³ Non è, quindi, immotivata la scelta che è alla base del percorso giurisprudenziale *supra* illustrato nel § 6.

¹¹⁴ Regole, che qui ed ora non è possibile prendere in esame nel dettaglio, né sintetizzare senza scontare un alto grado di imprecisione.

¹¹⁵ Nessuno potrebbe ragionevolmente assegnare all’informazione della clientela, fuori e nel contratto, un valore secondario nel complesso delle regole volte a disciplinare – stabilmente e non in via eccezionale o contingente – l’effettuazione di operazioni finanziarie e i rapporti tra i soggetti interessati. Si conferma, qui, un dato da V. SCALISI, *op. cit.*, 851 egregiamente riassunto nel richiamo alla informazione come al “vero principio assiale del nuovo ordine sociale”: essa – aggiunge l’A. – “precede e previene il contratto, è presente nella fase propriamente precontrattuale, accompagna la formazione stessa del contratto e penetra nel suo contenuto, figura anche dopo la conclusione e non risparmia neppure la fase propriamente esecutiva”.

¹¹⁶ S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 218.

¹¹⁰ F. RENDE, *Commento all’art. 48*, in G. D’AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, Milano, 2015, 119. In tal senso l’A. si era espresso anche prima che la Dir. 2011/83/UE ricevesse attuazione: v. F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, Milano, 2012, 106 ss.

¹¹¹ E l’evoluzione normativa – segnala F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell’intermediazione finanziaria*, cit., 99 – “sembra avvalorare questa interpretazione” (l’A. fa leva, in particolare, su disposizioni del Regolamento Consob intermediari che impongono l’astensione dalla prestazione del servizio).



alla sottoscrizione del cliente di turno; ciò accade, non per iniziativa autonoma di una o di entrambe le parti, ma in osservanza di quel che la normativa di settore prescrive. Questo bagaglio di informazioni, dunque, è “formalizzato”¹¹⁷ e ciò, più che essere funzionale alla migliore comprensione sul momento, soddisfa un’esigenza di fissazione statica, certa e definitiva dei suoi contenuti, corrispondenti in sostanza a quelli contrattuali: si punta, principalmente, a rendere (soprattutto) in futuro dette informazioni accessibili, sempre e in modo non difficoltoso. Siamo, perciò, oltre la soddisfazione di una mera esigenza di conoscenza¹¹⁸: ciò che si vuole, in realtà, è che dette informazioni affianchino e – in certo qual modo – completino il contratto, trovino stabile e organica collocazione *a latere* della fattispecie.

La “forma in qualche modo si specifica in funzione del contenuto”¹¹⁹, in ciò rispecchiandosi una tra le manifestazioni del c.d. neoformalismo contrattuale¹²⁰ – anche battezzato “formalismo contemporaneo”¹²¹ – che è fenomeno complesso e variegato, avente particolare presa nell’ambito di nostro interesse. “Non c’è (...) un’unica ispirazione sotto le regole sulla forma”¹²² ed eclettici e per alcuni versi originali sono anche i tratti che quest’ultima assume, irriducibili ad un unico *cliché* e, sovente, non rapportabili a stereotipi, né assimilabili a modelli noti quale quello cui fa riscontro la tradizionale forma scritta *ad*

*substantiam*¹²³: si inquadra in questo contesto lo sviluppo cui dianzi si è accennato.

L’informazione precontrattuale (neo)formalizzata è sospinta a stretto ridosso del contratto: la prima può non trovare materialmente posto nel secondo, ma comunque indissolubile è il legame strutturale e funzionale con quest’ultimo. Verificare l’attendibilità del quadro tratteggiato è agevole: basta far capo – in special modo – ai Regolamenti di attuazione del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, concernenti i mercati¹²⁴, gli emittenti¹²⁵ e gli intermediari¹²⁶, per vedere l’informazione, apprezzata in sé e per sé e nella sua veste “formalizzata”, in primissimo piano¹²⁷. Ove, poi, siano in gioco i cc.dd. “prodotti finanziari complessi”, il rilievo ad essa affidato è, se possibile, ancor maggiore, come – a tacer d’altro – lascia intendere la recente Comunicazione Consob n. 0097996/14 del 22 dicembre 2014 sulla distribuzione di detti prodotti ai clienti retail¹²⁸.

¹²³ Ma non per questo, rispetto ad esso, necessariamente alternativo.

¹²⁴ Regolamento, adottato con delibera n. 16191 del 29 ottobre 2007 (in www.consob.it).

¹²⁵ Regolamento, adottato con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999 (in www.consob.it).

¹²⁶ Regolamento, adottato con delibera n. 16190 del 29 ottobre 2007 (in www.consob.it), a seguito della modifica delle regole di condotta poste a carico degli intermediari finanziari, apportata dal D. Lgs. 17 settembre 2007, n. 164 in attuazione di direttive comunitarie di settore (Dir. 2004/39/CE – più nota come “MIFID” – e Dir. 2006/73/CE): v., in tema, V. SANGIOVANNI, *La nuova disciplina dei contratti di investimento dopo l’attuazione della MIFID*, in *I contratti*, 2008, 173 ss. I nuovi standard comportamentali evidenziano un alto livello di duttilità, essendo variamente graduati in considerazione delle diverse tipologie di clienti e della differente natura dei servizi prestati, in modo da assicurare agli investitori, specie quelli privi di adeguata esperienza in materia finanziaria, un adeguato bagaglio di conoscenze, utili ad indirizzare verso consapevoli scelte di investimento o di disinvestimento, senza nel contempo far gravare sugli intermediari oneri eccessivi e/o oltremisura onerosi.

¹²⁷ Lo si tocca con mano, in particolare, nei Regolamenti emittenti e intermediari. Nel primo, grande spazio è riservato alle informazioni – contenute in prospetti, comunicazioni o documenti vari – da fornire agli investitori per consentire loro di comprendere la natura e i rischi connessi all’emittente, al garante e ai prodotti finanziari loro offerti. Nel secondo, è per noi importante soprattutto il Libro III – concernente la prestazione dei servizi e delle attività di investimento e dei servizi accessori – incentrato sull’informazione, sia quella promozionale e pubblicitaria, sia quella destinata a confluire nel contratto, che va redatto per iscritto e consegnato in copia al cliente (v., in particolare, l’art. 37), sia quella funzionale alla valutazione in termini di adeguatezza e appropriatezza delle operazioni da effettuare e alla strategia di esecuzione degli ordini.

¹²⁸ La comunicazione – come è dato leggere in www.consob.it, ove essa è pubblicata – richiede agli intermediari di attenersi nelle fasi di ingegnerizzazione e distribuzione di prodotti finanziari, alle indicazioni delle *Opinion* già emanate nel 2014 dall’Esma (*European Securities and Markets Authority*) in

¹¹⁷ In linea con quanto voluto dal legislatore europeo, il quale – a detta di R. DI RAIMO, *Categorie della crisi economica e crisi delle categorie civilistiche: il consenso e il contratto nei mercati finanziari derivati*, cit., 1117 – registrata “l’impossibilità di fondare sul consenso effettivo l’efficacia di contratti connotati da squilibrio strutturale, da asimmetria informativa e da modalità di conclusione spersonalizzate o comunque da assenza di trattative, (...) ricorre a sistemi di presunzioni basate sul rispetto di oneri formali e procedurali”.

¹¹⁸ Esigenza, peraltro, nella realtà destinata a rimanere molto spesso delusa, per via del fatto che le informazioni *de quibus* sono sovrabbondanti, sin troppo dettagliate e (anche a chi in materia profano non sia) poco comprensibili.

¹¹⁹ N. LIPARI, *op. cit.*, 174. “Non è più dunque un mero contenitore, ma un riflesso di ciò che le parti intendono disporre e di come si supportano fra di loro nella peculiarità della pattuizione”.

¹²⁰ Si vedano, al riguardo, S. PAGLIANTINI, voce *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali IV*, Milano, 2011, 772 ss.; ID., *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, *passim*; L. MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, *passim*.

¹²¹ Da N. LIPARI, *op. cit.*, 173.

¹²² A. GENTILI, *La forma*, in *Lezioni sul contratto*, raccolte da A. Orestano, Torino, 2009, 75.



Segnali meno eloquenti – ma non insignificanti – provengono dal T.U.F., dove, in generale, la fase precontrattuale è connotata da un formalismo piuttosto accentuato; fa riscontro, quanto al contratto relativo alla prestazione dei servizi di investimento, la centralità data all’obbligo per gli intermediari di redigerlo per iscritto, a pena di nullità che solo il cliente può far valere, e di consegnarne un esemplare alla controparte (art. 23)¹²⁹. Del codice del consumo – che pure si occupa della materia finanziaria – diremo poi.

Chi osservi questo quadro può essere portato a credere che, per via della valorizzazione del rilevato contatto dell’informazione con il piano della fattispecie, possano diradarsi alcuni dubbi che la tendenza giurisprudenziale a far appello alla nullità del contratto per mancanza di causa nell’ambito ora considerato continua a suscitare. C’è da chiedersi, peraltro, se i dati dianzi squadernati non debbano – in alternativa – indirizzare verso altro genere di invalidità o, sul presupposto dell’esistenza di deficienze strutturali della fattispecie, verso altra nullità rilevante *ex art.* 1418, co. 2, c.c., diversa da quella poc’anzi richiamata¹³⁰; e, infine, tratta conferma del fatto che quello qui ipotizzato è uno tra i percorsi suscettibili di approdo alla nullità,

materia di prodotti complessi e strutturati e fornisce raccomandazioni sui comportamenti da tenere in riferimento alla distribuzione di alcune tipologie di prodotti a complessità molto elevata. Rispetto alla comunicazione *de qua*, sono accessibili nel sito suddetto, nella forma di Q&A, chiarimenti applicativi in relazione a taluni aspetti trattati.

¹²⁹ Salvo, poi, verificare – sul punto non v’è concordia [v. V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l’ambaradan dei rimedi contrattuali)*, cit., 899 ss.] – se la prescrizione di forma (e, conseguentemente, la nullità per difetto) riguardi il solo “contratto quadro” o anche i singoli contratti di acquisto a valle. Sono nulli – secondo D. MAFFEIS, *op. ult. cit.*, 405 – “anche i singoli ordini, non perché questi siano meri atti esecutivi del contratto quadro, ma perché alla banca è vietato dal TUF eseguire ordini se prima un contratto normativo non è stato sottoscritto e consegnato in copia al cliente; e la sanzione per la violazione del divieto di prestare *quell’attività* è la nullità ai sensi dell’art. 1418 comma 1 c.c.”.

¹³⁰ Si veda A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit., 401 s., a detta del quale il “contratto frutto di disinformazione potrebbe essere annullabile per l’errore essenziale indotto dalla controparte. Ma potrebbe essere nullo per asimmetria informativa e quindi mancanza di accordo (informato)”. Dal momento che – come nota F. GRECO, *op. ult. cit.*, 97 – nel settore dell’intermediazione finanziaria, il deficit di informazione incide sulla formazione del consenso, “non ci si trova di fronte ad un contratto sconveniente, ma innanzi ad un contratto che, addirittura, vigendo una situazione di disinformazione, non avrebbe dovuto essere stipulato”: sicché, nella disomogeneità che a parere dell’A. caratterizza il quadro rimediale, può ben palesarsi appropriato (oltre che utile) il ricorso all’invalidità, *sub specie* di nullità e non solo di annullamento (*op. ult. cit.*, 97 ss.).

giova verificare se alla stessa destinazione non sia possibile giungere seguendo una traiettoria – forse meno impervia e accidentata – che non incrocia il co. 2 dell’art. 1418 c.c., bensì il comma precedente. Quale che sia la via intrapresa, per quanto chiaro sia che ruota intorno alla fattispecie la mancata informazione del cliente, rimane difficile negare che quest’ultima resti ascrivibile a condotta scorretta tenuta dal professionista: sicché è ragionevole pensare che percorrere il tragitto che porta alla nullità del contratto concluso dal cliente non informato non significhi perdere di vista la regola di comportamento tenuta in così alta considerazione dalle sentenze Rordorf.

10. L’informazione/fattispecie nelle disposizioni del codice del consumo concernenti i diritti dei consumatori nei contratti.

Si sono appena sollevati interrogativi che reclamano risposta. Anche il codice del consumo dà conferma chiara che le regole di comportamento degli intermediari aventi a che fare con l’informazione precontrattuale non sono avulse dalla dimensione della fattispecie. Dati eloquenti sono presenti nella parte attinente la materia finanziaria, ma ad essi dedicheremo poi attenzione. Ora, di detto codice, è opportuno esaminare l’ambito delle disposizioni concernenti i diritti dei consumatori nei contratti: una di esse – in particolare – offre indicazioni non prive di rilievo anche per ciò che a noi principalmente interessa.

Stiamo, dunque, considerando le regole più direttamente e in maggior misura legate alle novità introdotte dal D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, che ha dato attuazione alla Dir. 2011/83/UE sui diritti dei consumatori¹³¹.

¹³¹ Sulla recente riforma, *ex plurimis* v. G. D’AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, cit., *passim*; AA.VV., *D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutele per i consumatori*, in *Corr. giur.*, 2014, *Speciale allegato al fascicolo n. 7*, *passim*; E. BATTELLI, *L’attuazione della direttiva sui consumatori tra rimodernizzazione di vecchie categorie e “nuovi” diritti*, in *Europa dir. priv.*, 2014, 927 ss.; V. CUFFARO, *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d. lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. giur.*, 2014, 745 ss.; A. M. GAMBINO e G. NAVA (a cura di), *I nuovi diritti dei consumatori. Commentario al d. lgs. n. 21/2014*, Torino, 2014, *passim*; S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d. lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *I contratti*, 2014, 796 ss. V. anche R. ALESSI, *I diritti dei consumatori dopo la direttiva 2011/83/UE*, in R. ALESSI – S. MAZZARESE – S. MAZZAMUTO (a cura di), *Persona e diritto. Giornate di studio in onore di Alfredo Galasso*, Milano, 2013, 315 ss.

C'è, nel codice del consumo "riformato", un'articolazione della disciplina delle informazioni precontrattuali che non era prima contemplata: ora, compresa nel Capo I intitolato "Dei diritti dei consumatori nei contratti", campeggia la distinzione tra le informazioni relative a contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali (art. 48) e quelle riguardanti detti contratti (art. 49 ss.)¹³², entrambe oggetto di un obbligo per il professionista. La nuova disciplina, sul piano generale, estende il raggio di detto obbligo e ne rafforza il peso nei contratti del consumatore¹³³. Ma ciò che più importa rilevare è che nei due ambiti poc'anzi individuati vigono regole non omogenee¹³⁴ e che quelle riferite ai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali¹³⁵ chiaramente delineano "a mo' di contrappunto al catalogo che si legge nell'art. 48, il contenuto e la forma di un obbligo informativo

specifico *a statuto forte*"¹³⁶. Se poi si guarda nel dettaglio, si scopre che a rendere forte il predetto statuto è – tra gli altri dati – il dettato, *ex novo* introdotto, del co. 5 dell'art. 49. E' questa la disposizione cui prima si è alluso. Essa – stabilendo che le informazioni precontrattuali "formano parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con accordo espresso delle parti" – dà corpo e sostanza normativa all'informazione/fattispecie: può, dunque, vedersi rispecchiata, nel combinato disposto dei commi 1 e 5 dell'art. 49 c. cons., la dialettica¹³⁷ tra il piano dell'informazione oggetto di un obbligo di comportamento e il piano dell'informazione costituente parte integrante della fattispecie contrattuale.

Una previsione come quella dell'art. 49 non è contemplata nell'art. 48, ciò che sollecita a rimeditare sulla portata della regola che vuole vincolante e impegnativa l'informazione prenegoziale: si potrebbe, infatti, essere portati a credere che per le informazioni precontrattuali oggetto dello "statuto debole" ivi stabilito detta regola non valga, ma buoni argomenti inducono a ritenere che non sia così¹³⁸.

Ma c'è dell'altro. Va ben soppesato, nell'art. 49, il valore dell'assorbimento nel contratto di detta informazione e, a questo fine, anche il silenzio sul punto dell'art. 48 è foriero di utili indicazioni.

Certamente, non siamo al cospetto di una clausola di stile, né di un retorico espediente volto ad enfatizzare l'importanza dell'informazione precontrattuale; e men che mai può pensarsi che sia dovuta al caso la presenza di siffatta disposizione nel testo normativo¹³⁹. La verità è che trattasi di una regola consapevolmente e doverosamente introdotta dal legislatore nazionale¹⁴⁰, in vista della produzione di effetti significativi nell'ambito – da ritenersi circoscritto¹⁴¹ – di riferimento e, forse,

¹³² Prima, nel Capo I (dedicato a "Particolari modalità di conclusione del contratto"), in sezioni autonome erano disciplinati i contratti negoziati fuori dei locali commerciali e i contratti a distanza – ora tributari di un trattamento normativo unificato – con regole distinte e differenziate in ordine all'informazione.

¹³³ L'attuale Sezione I, concernente "Informazioni precontrattuali per i consumatori nei contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali", non c'era. Confronta il vecchio e il nuovo assetto V. CUFFARO, *op. cit.*, 746, notando – tra l'altro – come, "seppure con differenti modulazioni, le regole sulle informazioni precontrattuali, e non solo queste, acquistano ora una valenza generale per ogni contratto del quale sia parte il consumatore": come dire, che la portata dell'obbligo in questione abbraccia ora i contratti del consumatore, *lato sensu* considerati, attiene – per dirla con F. RENDE, *Commento all'art. 48*, cit., 109 – "sostanzialmente, ad ogni rapporto di consumo sfornito di autonoma disciplina".

¹³⁴ Sicché G. D'AMICO, *Introduzione*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, cit., 7, da un lato, registra la "generalizzazione della tecnica degli obblighi di informazione", dall'altro riconosce ad essa "significato e (...) portata (...) più limitati di quanto, a prima vista, potrebbe sembrare", giacché di generalizzazione della disciplina non è consentito parlare. Tra l'altro – come segnala M. ASTONE, *Diritti dei consumatori e obblighi di informazione tra direttiva 25-10-2011 n. 83 e D. Lgs. 21-2-2014 n. 24. Ambito applicativo: i contratti standard di servizi e di assistenza legale*, in *Europa dir. priv.*, 2015, 679 s. – nell'art. 48, a differenza dell'art. 49, "l'informazione prescritta non appare inderogabile, considerato che le informazioni sono dovute ove 'non siano già apparenti dal contesto', o potremmo dire non siano 'desumibili secondo l'ordinaria diligenza'; né sono prescritte regole in tema di forma, al pari di quelle contenute negli articoli 50 e 51 cod. cons."

¹³⁵ V. CUFFARO, *op. loc. ult. cit.*, vede ricomprese queste informazioni in una "lista tassativa"; avverte, tuttavia, F. RENDE, *Commento all'art. 49*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, cit., 127 che il "corposo elenco (...) non può (...) considerarsi sempre esaustivo".

¹³⁶ S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 797. Ciò, in linea con la Dir. 2011/83/UE, configurante perciò una "armonizzazione a doppia velocità" (P. OCCHIUZZI, *Gli obblighi informativi*, in AA.VV., *D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutele per i consumatori*, cit., 13).

¹³⁷ Già *supra* registrata nel § 6.

¹³⁸ Sul punto, v. F. RENDE, *Commento all'art. 48*, cit., 118 ss.

¹³⁹ La dice lunga il fatto che essa, dov'è ora, *ante* D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 non c'era.

¹⁴⁰ Essendo prevista, nell'identico tenore letterale, nell'art. 6, co. 5 della Dir. 2011/83/UE.

¹⁴¹ Nell'art. 49, co. 5 sono presenti due proposizioni e la lettera della prima orienta in tal senso giacché l'espressione "formano parte integrante" è chiaramente riferita al "contratto a distanza" o a quello "negoziato fuori dei locali commerciali". Come precisa P. OCCHIUZZI, *op. loc. cit.*, gli elementi informativi di cui all'art. 48 "non integrano il regolamento contrattuale, come

oltre¹⁴². Per individuarli, è mestieri interrogarsi sulla *ratio* che presiede a questa innovazione.

Occorre, al fine, appurare se la regola in esame valga a conformare la disciplina del contenuto contrattuale o sia, invece, attinente a piano diverso e solo funzionale alla corretta e trasparente informazione del consumatore¹⁴³. Il problema non è nuovo¹⁴⁴ e – a nostro avviso – mal si presta ad essere risolto in maniera *tranchant*, tagliando completamente fuori una delle due alternative. Entrambe portano alla luce interessi implicati nella norma *de qua*, ma in diversa misura, dal momento che la lettera milita nel senso della necessaria – e, a quanto pare, automatica – integrazione del regolamento e del contenuto contrattuale¹⁴⁵, di guisa che tra le due tesi prospettate un fondamento più solido sembra sia da riconoscere alla prima¹⁴⁶; ciò nondimeno sarebbe sbagliato accreditare

previsto per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali”.

¹⁴² Parla di una “disposizione di forte ma problematico impatto sistematico” G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 921.

¹⁴³ “Delle due infatti l’una: o il disposto dell’art. 49, comma 5 esprime una qualità dell’informazione, senza però che dall’attributo riconosciuto della contrattualità sia ricavabile il risultato di un’informazione riversata nel contenuto della *lex contractus* oppure si valorizza l’atteggiarsi del prospetto informativo a quid consustanziale al regolamento contrattuale” (S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 807).

¹⁴⁴ Si riaffaccia, infatti, sulla scena una dibattuta *quaestio* già emersa a margine della disciplina dei servizi turistici – quando questa era ricompresa nel codice del consumo – con riferimento agli artt. 85 ss. attinenti al contratto di vendita di pacchetti turistici: v. G. VETTORI (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, 714 s.

¹⁴⁵ Se sussiste automatismo, è plausibile ritenere che i contenuti *de quibus* abbiano accesso al contratto anche in caso di mancata riproduzione e/o in assenza di qualsivoglia rinvio. Come rileva S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 806, “con un *modus operandi* dimensionato come se si avesse un art. 1339 c.c., parrebbe qui assistersi al formalizzarsi di una species – comunitaria – di integrazione automatica dell’informazione precontrattuale, nella veste cartacea od elettronica degli artt. 50 e 51, col qualificativo ad indicare un’integrazione operante anche in assenza e non solo in sostituzione delle clausole difformi”. E precisa V. CUFFARO, *op. cit.*, 749 che le informazioni precontrattuali, ove se ne registri la difformità rispetto a quelle trasfuse nel contratto, “prevalgono, nel senso che integrano di diritto il contenuto, sostituendosi alle clausole difformi, a meno che la modifica non sia stata espressamente pattuita”; sicchè – nota F. RENDE, *Commento all’art. 49*, cit., 131 – ciò che si registra è la “cristallizzazione, in fase prenegoziale, di una porzione del futuro regolamento contrattuale”. Su queste letture, cfr. G. D’AMICO, *Introduzione*, cit., 13, nota 30; per considerazioni utili sul piano più generale, v. F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, cit., 253 ss.

¹⁴⁶ Come rileva F. RENDE, *Commento all’art. 49*, cit., 135, “l’art. 49, comma 5, cod. cons., sembra atteggiarsi quale norma imperativa non meramente proibitiva, ma *conformativa* del regolamento contrattuale”.

indifferenza rispetto all’interesse alla corretta e trasparente informazione del consumatore, che invece positivamente risente degli effetti della “trasfusione” operata nel corpo del contratto. Le considerazioni che seguono varranno – spero – a meglio chiarire senso e portata di questa ambivalenza, ma quel che ora va sottolineato è il fatto che l’informazione precontrattuale deborda dall’argine presidiato dalle regole di comportamento e non solo entra nell’orbita della fattispecie ma si immedesima in quest’ultima, integra il contratto e perciò si insedia nel medesimo terreno ove – nella ricostruzione operata nelle sentenze Rordorf – pure staziona il rimedio della nullità¹⁴⁷. Avremmo, così, identificato la *ratio* della disposizione in esame: traghettare l’informazione precontrattuale – quella di cui al co. 1, assunta nella sua oggettività¹⁴⁸ – nella sfera degli elementi intrinseci della fattispecie negoziale.

Non siamo al cospetto di una novità assoluta. Qualcosa che ricorda, ma molto alla lontana, il dato emergente dal combinato disposto dei commi 1 e 5 dell’art. 49 c. cons., lo si può ravvisare nella disciplina precedentemente in vigore relativa ai contratti a distanza, la quale – si vedano gli artt. 52 e 53 – prevedeva la conferma scritta (o su altro supporto duraturo), “prima od al momento della esecuzione del contratto”, delle informazioni da rendere nella fase precontrattuale. L’accostamento è, invece, pertinente tra l’art. 49, co. 5 e una disposizione già esistente nel codice del consumo *ante* D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 e tuttora presente: trattasi, in ambito di multiproprietà, dell’art. 72, co. 4¹⁴⁹, dal tenore letterale assai simile¹⁵⁰, meglio precisato nella sua effettiva valenza nel comma successivo ove si evidenzia la necessità che il contratto contenga le informazioni

¹⁴⁷ Prendendo in esame la Dir. 2011/83/UE, a questa conclusione era giunto G. VETTORI, *Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l’impresa debole*, cit., 1211, rilevando emergente “un legame stretto fra informazione e contenuto del contratto con esiti molto importanti per quanto concerne la conseguenza della violazione”.

¹⁴⁸ Spogliata, cioè, del riferimento al comportamento del professionista obbligato a renderla. Il co. 5 dell’art. 49 fa, infatti, riferimento alle “informazioni di cui al comma 1” e non alle informazioni effettivamente rese dal professionista ai sensi di detto comma: come dire, che v’è necessità che le informazioni di cui al co. 1 formino “parte integrante del contratto”, anche là dove l’obbligo di fornirle in sede precontrattuale risulti inosservato.

¹⁴⁹ L’articolo integra la disciplina della multiproprietà, ma l’impiego del termine è una sineddoche, atteso che il Capo I del Titolo IV del codice del consumo, oltre che ai contratti di multiproprietà, ha riguardo ai contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, ai contratti di rivendita e ai contratti di scambio.

¹⁵⁰ Ma non identico, tanto da indurre G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 941 a segnalare una distinzione “sotto due profili cruciali”.

che l'operatore è tenuto a fornire nella fase precontrattuale¹⁵¹. Nell'uno e nell'altro caso, dunque, l'informazione precontrattuale, già oggetto di un obbligo imposto alla parte professionale, entra nella struttura del contratto, partecipa al suo contenuto.

Una ricognizione dettagliata dell'art. 49 c. cons., dei suoi vari aspetti e problemi applicativi, esula dagli scopi del presente studio¹⁵² e così pure l'individuazione puntuale dei rimedi che il codice del consumo *post* novella specificamente appresta a tutela dei diritti di informazione precontrattuale del consumatore nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali¹⁵³. Interessa, invece, soffermarsi sulle conseguenze scaturenti dalla inosservanza di quanto disposto nei commi considerati, visto che la Dir. 2011/83/UE lascia agli Stati membri di determinare le sanzioni da irrogare¹⁵⁴ e che il legislatore italiano si è ben guardato dal precisarle¹⁵⁵. Alcune peculiari misure

sono – a dire il vero – previste a fronte di specifiche violazioni dell'obbligo informativo¹⁵⁶ e, riguardo ad esse, *nulla quaestio*. Il problema si pone negli altri casi e non può certo trovare soluzione nella semplice riaffermazione, a beneficio della parte lesa, della possibilità di recedere dal contratto. Non pare così difficile risolvere il quesito: se non è in dubbio la natura imperativa delle norme interessate e se la violazione certamente attiene – per dirla con le sentenze Rordorf – “ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura o al contenuto del contratto”, far discendere da essa la nullità del contratto *ex art.* 1418, co. 1, c.c. è più che plausibile¹⁵⁷. Le differenze che, anche in ordine al profilo indagato, esistono tra l'art. 49, co. 5 e l'art. 72, co. 4, c. cons.¹⁵⁸ non inficiano la conclusione raggiunta, riferibile ad entrambi.

è destinata ad innestarsi in ordinamenti alquanto diversi l'uno dell'altro, il che costituisce motivo sufficiente a sconsigliare (quasi sempre) la ‘imposizione’, in relazione alle diverse normative che si vanno introducendo, di *specifici* rimedi (invalidità in una delle sue varie forme, risoluzione, recesso, ecc.)”.

¹⁵⁶ Talune riguardano il recesso – o, per meglio dire, lo *ius poenitendi* – e saranno *infra* considerate. Si aggiunga l'art. 49, co. 6, c. cons., che manda esente il consumatore da spese o costi aggiuntivi in ipotesi di mancata informazione riguardante alcune tra le circostanze elencate nel co. 1 dello stesso articolo.

¹⁵⁷ In tal senso, peraltro, già V. ROPPO, *op. ult. cit.*, 69 s. si era pronunciato nell'illustrare le conseguenze del mancato rispetto dei “vincoli di forma/contenuto per i contratti di vendita di pacchetti turistici” imposti dall'art. 7 del D. Lgs. 17 marzo 1995, n. 111 che ha in passato disciplinato la materia dei viaggi, vacanze e circuiti “tutto compreso” [poi trasfusa negli artt. 82 ss. del codice del consumo e, successivamente, deviata nel Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo – attualmente vigente – costituente l'Allegato 1 al D. Lgs. 23 maggio 2011, n. 79, in uno con quella che V. CUFFARO, *Un codice “consumato” (codice del consumo, credito ai consumatori e codice del turismo)*, in *Corr. giur.*, 2011, 1193 ha definito “grave ed evidente amputazione inferta al Codice del consumo con l'abrogazione integrale degli artt. da 82 a 100”].

¹⁵⁸ La forma scritta del contratto è imposta a pena di nullità – e “su carta o altro supporto durevole” – solo in ordine ai contratti di multiproprietà ed affini (v. art. 72, co. 1, c. cons.), mentre i requisiti formali che gli artt. 50 e 51 c. cons. prevedono per i contratti, rispettivamente, negoziati fuori dei locali commerciali e a distanza – nota S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d. lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, cit., 808 – attengono più alla forma dell'informazione, che alla forma del contratto; sicchè, aggiunge l'A., mentre ciò che gli articoli da ultimo citati “contemplano sono delle formalità modali in sequenza, raggruppabili intorno al concetto di *Vertragsanbahnung*, ossia di avviamento al contratto, in vista di una decisione negoziale informata e consapevole”, il contratto “potrà essere, a sua volta, scritto od amorfo” [eccezione fatta per il contratto a distanza concluso per telefono che – l'A. sottolinea (*op. ult. cit.*, 810 s.) – va redatto per iscritto *ex art.* 51, co. 6, c. cons.]. Forse, è anche a ciò dovuta l'assenza, nell'art. 49 c. cons., di una previsione che, analogamente a quella esistente nell'art. 72, sottolinei la necessità che le

¹⁵¹ Parla di “vincolo di trasparenza/completezza” V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011, 69, sebbene con riferimento all'art. 3, co. 2, D. Lgs. 9 novembre 1998, n. 427, recante la previgente normativa in tema di multiproprietà.

¹⁵² Per ciò, può comunque rinviarsi a F. RENDE, *op. ult. cit.*, 126 ss. (e ai numerosi contributi dottrinali ivi citati).

¹⁵³ V., a questo proposito, C. GRANELLI, “Diritti dei consumatori” e tutele nella recente novella del Codice del consumo, in *I contratti*, 2015, 59 ss.

¹⁵⁴ La sola indicazione data dalla direttiva, in linea con quanto anticipato nel considerando (57), è nell'art. 24, a norma del quale le “sanzioni devono essere effettive, proporzionate e dissuasive”.

¹⁵⁵ Alludiamo alle conseguenze sul piano civilistico: precisazione doverosa, dovendosi ora fare i conti con il nuovo testo dell'art. 66 c. cons. che ad esse “affianca la previsione di una tutela di tipo amministrativo (affidata alla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), nonché di una tutela giurisdizionale di tipo ‘collettivo’ (rimessa all’iniziativa delle associazioni dei consumatori) o anche azionata (in presenza di ‘diritti individuali omogenei’) secondo le modalità di cui all’art. 140-bis (c.d. azione di classe)” (G. D’AMICO, *op. ult. cit.*, 25). Sulla (dubbia) idoneità delle “tutele dal legislatore volute a difesa del mercato (...) a garantire altresì, e contestualmente, un’efficace e generalizzata ‘copertura’ per i diritti individuali del consumatore”, riflette C. GRANELLI, *op. cit.*, 66 ss. La logica rimediale può forse valere a spiegare la “pigrizia” del legislatore (v. S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 170 ss.), il quale, tuttavia, del tutto silente non è stato, come dimostra l'art. 67 c. cons. – disposizione “gravida di implicazioni sistematiche” a detta di S. PAGLIANTINI, *Commento all’art. 67*, in G. D’AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, cit., 436 – ed, ivi, in special modo, il co. 2 che, per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del Capo I, impone di applicare “le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti”. D'altronde – segnala G. D’AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, cit., 977 – “è raro che il legislatore europeo preveda un rimedio specifico”: secondo l'A., “che il legislatore europeo lasci sovente ‘in bianco’ (rimettendone la determinazione ai singoli legislatori nazionali) il profilo dei ‘rimedi’ si spiega (...) abbastanza agevolmente, in considerazione del fatto che la norma europea

Seppur delimitata, può dirsi ampia la portata del citato art. 49 e ciò accresce il peso della novità con esso introdotta nel codice del consumo¹⁵⁹. Quest'ultima non coinvolge solo l'aspetto formale del contratto e la sua completezza, né si lega semplicemente ad un'istanza di trasparenza; emerge, infatti, un dato che ha valenza sostanziale, giacché, trasfusa nel contratto, l'informazione resa prima della sua conclusione fuoriesce dalla sfera del "comportamento", si fissa e si immedesima nell'atto quale "parte integrante" del suo contenuto. Viene, in pratica, qui a palesarsi l'informazione/fattispecie, che guarda alla strutturazione del contratto più che alla soddisfazione di un'esigenza informativa: e non è arduo raccordare il materiale trascinarsi dell'informazione precontrattuale nel contratto alla c.d. contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale cui già si è fatto cenno. L'impiego della tecnica della norma imperativa fa il resto¹⁶⁰, consentendo al più rigoroso dei rimedi invalidatori di operare. Persuade, dunque, l'inquadramento nell'art. 1418, co. 1, c.c.¹⁶¹, che non preclude la considerazione della nullità di cui trattasi – che rimanda alla nullità-fattispecie, per come è

informazioni precontrattuali siano contenute nel contratto; ed è anche da notare – evitando, però, di sopravvalutare il dato – come queste ultime siano "parte integrante e sostanziale" del contratto, stando all'art. 72, e solo "parte integrante" alla luce dell'art. 49. Tirando le somme, potrebbe allora convincere l'idea che le informazioni di cui all'art. 72 debbano risultare, nel documento contrattuale, espressamente presenti, al contrario di quelle richiamate nell'art. 49; tesi, questa, sostenibile, ma non da tutti accolta se è vero che, con riguardo all'art. 72, ci si è chiesti, lasciando aperta la risposta, "se nel contratto debbano (...) essere nuovamente inserite tali informazioni ovvero se sia sufficiente un espresso richiamo ad esse ed al relativo modulo già fornito al consumatore" [*Commento all'art. 72*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo*, Milano, 2012, 515]. Problema che, forse, in ordine alle informazioni di cui all'art. 49, non si pone, essendovi da tener conto dell'automatica integrazione cui si è accennato *supra*, nella nota 145.

¹⁵⁹ E, visto che la disposizione in parola ricalca fedelmente il testo dell'art. 6, co. 5 della Dir. 2011/83/UE, c'è da chiedersi se non si sia qui in presenza di un segnale – da verificare se ulteriore o nuovo – che testimonia l'attenzione alla (o, come taluno preferirebbe dire, la "riscoperta" della) "fattispecie" da parte del diritto europeo.

¹⁶⁰ E bene fa S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 142 a sottolineare come tale tecnica, largamente utilizzata dal legislatore europeo, lungi dal comprimere o mortificare l'autonomia privata, è "funzionale alla creazione di scelte consapevoli da parte del consumatore" e a questi "restituisce (...) quello spazio di libertà entro il quale si muove un'autentica autonomia del soggetto privato".

¹⁶¹ Nessuna delle ipotesi di nullità elencate nell'art. 1418, co. 2, c.c., ancorché la nota polisemia dei termini "causa" e "oggetto" associati al "contratto" possa indurre a qualche riflessione, pare possa – per il caso nostro – rappresentare un referente.

caratterizzata – alla stregua di una nullità strutturale¹⁶².

La nullità – come si è visto – è fuori dall'orizzonte delle sentenze Rordorf, al pari del co. 5 dell'art. 49 che all'epoca in cui esse sono state rese non c'era¹⁶³. Viene spontaneo segnalare una distonia tra dette sentenze e la costruzione delineata alla luce del comma considerato, ma forse è più appropriato dire che la seconda è oltre le prime, non essendo queste ultime né ripudiate, né riposte nel dimenticatoio. Ribadiamo che l'emergere dell'informazione/fattispecie non determina la perdita di rilievo dell'informazione/comportamento e, dunque, della condotta scorretta del contraente nella fase precontrattuale¹⁶⁴; la disposizione in esame, prescrivendo che le informazioni precontrattuali abbiano accesso nella fattispecie negoziale per costituirne "parte integrante", lascia solo intendere che, in presenza di detta condotta, è la validità della fattispecie medesima a risultare compromessa. Questo è il fine precipuo della norma: ancorare al piano della fattispecie il rimedio, ove il contratto non abbia il contenuto informativo che avrebbe dovuto possedere stante l'inadempimento del professionista che ha mancato di fornire al consumatore le informazioni dovute. A *latere*, sapere che non tutto si gioca sul terreno delle regole di comportamento può costituire, per la parte professionale, un incentivo forte a rendere l'informazione precontrattuale: sicché può affermarsi che non è estraneo alla disposizione in parola l'obiettivo di rafforzare la protezione del diritto del consumatore ad essere informato – come recita l'art. 49, co. 1, c. cons. – prima di trovarsi "vincolato da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali o da una corrispondente offerta"¹⁶⁵.

¹⁶² L'estraneità all'art. 1418, co. 2, c.c. non rende inconferente il richiamo alla nullità strutturale, se per quest'ultima si intende – per dirla con A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, in *Europa dir. priv.*, 2011, 105 ss. e in S. MAZZAMUTO (a cura di), *Le tutele contrattuali e il diritto europeo. Scritti per Adolfo di Majo*, Napoli, 2012, 691 – quella che "trova (...) spiegazione (...) nell'interna struttura dell'atto".

¹⁶³ Ed è difficile dire, se ci fosse stato, quale influenza avrebbe potuto esercitare. Modesta, verosimilmente, non essendo l'art. 49 c. cons. direttamente implicato nei casi in dette sentenze trattati; ma – osiamo pensare – non *in toto* assente.

¹⁶⁴ A parte la limitata sfera di copertura applicativa dell'art. 49 c. cons., non può dirsi – in definitiva – che per effetto del co. 5 di detto articolo, il mancato rispetto della disciplina dell'informazione precontrattuale a beneficio del consumatore più non configuri un comportamento contrario a regole di condotta, fonte di responsabilità. Tutta da verificare la possibilità di far appello all'art. 1338 c.c.

¹⁶⁵ D'altronde, dar vigore e maggiore efficacia alla tutela è pienamente giustificato alla luce dell'art. 2, co. 2, c. cons., che fa rientrare l'adeguata informazione del consumatore e la

La richiamata invalidità potrebbe manifestarsi *sub specie* di annullamento del contratto¹⁶⁶, ma v'è da dubitare che qui tutto graviti intorno all'integrità del consenso e alla tutela di un interesse particolare; anche ammesso che quest'ultimo sia implicato nel caso di specie, in primo piano c'è un interesse generale da salvaguardare¹⁶⁷ e ciò fa sì che la nullità si palesi rimedio più congruo¹⁶⁸, perché ne sussistono i presupposti e in quanto trattasi di ristabilire "oltreché la giustizia del caso singolo l'efficienza del mercato"¹⁶⁹. Né sarebbe il solo caso in cui la nullità è comminata in vista del ripristino di condizioni di corretta funzionalità del mercato concorrenziale¹⁷⁰. Il consumatore è particolarmente

vulnerabile ed esposto ad abusi ove l'asimmetria informativa sia fuori controllo e un contratto concluso in queste condizioni non può che essere nel modo più aperto disapprovato dall'ordinamento. Ergo, la *ratio* del co. 5 di cui si discute meglio si apprezza in connessione con l'intento del legislatore di approntare uno schema utile a disincentivare (la diffusione di) comportamenti giudicati particolarmente riprovevoli e contrari anche all'interesse generale¹⁷¹ e – se così è – è legittimo identificare nella nullità la forma di invalidità più efficace in relazione all'obiettivo da conseguire.

Nell'alternativa tra nullità assoluta e "relativa", quest'ultima è apparsa "più coerente"¹⁷²; l'adesione alla diversa opzione, tra l'altro, renderebbe colui che ha dato causa all'invalidità del contratto – ovverosia il professionista, inadempiente all'obbligo di informazione – arbitro della validità del negozio. E se di nullità relativa si tratta – la si cataloghi o no quale nullità "di protezione"¹⁷³ –

correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali tra i diritti fondamentali dei consumatori.

¹⁶⁶ "Gli obblighi di informazione si collocano, infatti, sul limitare della incerta e sottile linea che distingue le problematiche legate ai vizi del volere da quelle concernenti la responsabilità precontrattuale" (F. PROSPERI, *op. cit.*, 939).

¹⁶⁷ A detta di F. PROSPERI, *op. cit.*, 937, il "diritto del consumatore all'informazione risulta (...) palesemente rivolto a tutelare nel contempo un interesse privato e un interesse pubblico: quello del singolo contraente ad operare scelte consapevoli e quello al funzionamento ottimale del mercato". Ed è – precisa l'A. – "il buon andamento del mercato" che "richiede una tutela rafforzata della parte contrattualmente debole nella conclusione di contratti caratterizzati da distribuzione asimmetrica del potere negoziale" (*op. cit.*, 963).

¹⁶⁸ Peraltro, se "la stessa distinzione tra interessi generali-particolari sovente non regge al confronto del diritto applicato, perché la stessa tutela di un interesse particolare può assurgere a fine generale di una normazione e, in tal modo, giustificare la nullità" (A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 83), crediamo sia, in linea di principio, da escludere che dall'inosservanza di una norma posta a tutela di un interesse generale possa farsi discendere l'annullabilità dell'atto ad opera dell'interessato.

¹⁶⁹ A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, cit., 402; nel ricorso a questi fini alla nullità, peraltro, l'A. ravvisa l'espressione di un "trend legislativo". Come nota F. SCAGLIONE, *op. cit.*, 8 (dell'estratto), "l'annullamento del contratto è oggi un rimedio che non tiene conto, sul piano concettuale, della profonda compenetrazione dell'interesse privato della parte con l'interesse pubblico alla efficienza del sistema economico di mercato, che si realizza, *in primis*, attraverso il diritto delle obbligazioni e dei contratti". "L'ordinamento non può accettare un atto di consumo abusivo perpetrato a danno del consumatore e concretamente lesivo del suo interesse, non tanto (o non solo) perché parte debole del contratto da difendere, quanto perché consentendo l'abuso pregiudizievole verrebbe minacciata la correttezza dello scambio e, quindi, la stessa idea di libertà del mercato" (S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 229 s.). Anche F. GRECO, *op. ult. cit.*, 80 richiama la segnalata duplicità degli obiettivi (e degli interessi in gioco), dalla quale fa discendere i limiti delle "tradizionali tecniche di tutela contrattuali (...) incapaci di rispondere a bisogni di tutela così differenti rispetto a quelli su cui poggia il diritto comune che postula una condizione paritaria tra i soggetti e condizioni normali di contrattazione".

¹⁷⁰ Riflettendo sull'art. 2, L. 10 ottobre 1990, n. 287, M. FRANZONI, *Il contratto nel mercato globale*, in *Contr. impr.*, 2013, 74 rileva che "la concorrenza nel mercato è diventata di interesse generale al punto che, per garantirne il funzionamento,

l'ordinamento ha scelto di impiegare il rimedio della nullità, ossia un rimedio contro l'atto, e non il risarcimento o l'inibitoria, vale a dire un rimedio contro il comportamento del suo autore".

¹⁷¹ Si è già fatto cenno, d'altronde, all'art. 24 della Dir. 2011/83/UE, che testimonia l'esigenza che la sanzione sia "dissuasiva". La "deterrenza di ogni abuso in danno del contraente debole" è apprezzata quale "bene primario" che va imprescindibilmente tutelato da Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit. E "invalidare i contratti assicura un efficiente governo privato del mercato finanziario, per i suoi effetti deterrenti e correttivi" (A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 397).

¹⁷² Così A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 402. Il giudizio è espresso avendo riferimento "alle esigenze di giustizia del caso singolo, alla funzione di regolazione del mercato e tutela di interessi generali (qui di *private enforcement* della correttezza ed efficienza del mercato finanziario)". Che la legittimazione ristretta non comporti "alcuna riqualificazione in termini soltanto privatistici o personalistici dell'interesse (pubblicistico) tutelato dalla norma attraverso la previsione della invalidità" è chiarito da Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit. Molto semplicemente può dirsi che, vertendosi in materia di contratti strutturalmente caratterizzati da asimmetria informativa o da asimmetria di potere contrattuale, appare giustificato – sulla falsariga di quanto è disposto in altri casi ben noti – che la legittimazione all'azione solo spetti al consumatore.

¹⁷³ Come sottolinea A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 401, non è dato giudicare le ipotesi di nullità relativa – o di protezione o, che dir si voglia, "speciale" – espressione "di sparse norme eccezionali, come tali inestensibili (...), se solo si considera che i casi che sia il diritto privato europeo sia il diritto interno hanno introdotto negli ultimi anni sono tutti concordemente riconosciuti espressioni di un principio di ordine pubblico economico". Esplicito F. SCAGLIONE, *op. cit.*, 12 (dell'estratto) nel riconoscere nella "nullità relativa di protezione (...) una regola generale posta a tutela dell'efficienza dei contratti e del mercato concorrenziale". La consacrazione ultima del fatto – ormai incontrovertibile (v., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, A. GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., 77 ss. e 663) – che le nullità di protezione (meglio impiegare il plurale, non trattandosi di una categoria unitaria) non sono un corpo alieno, estraneo al sistema nostro, proviene da Cass.,



troverà applicazione “una disciplina giuridica in cui è possibile riscontrare profili, come la legittimazione riservata o ristretta ad agire, che rinviano all’annullabilità”¹⁷⁴.

Mi si accuserà di formalismo notando il recupero, nello sviluppo qui descritto, della nullità-fattispecie¹⁷⁵, ma chi ha mai potuto seriamente pensare al tramonto di quest’ultima? Continuiamo a credere che ad essa competa un posto centrale nel paradigma disegnato negli artt. 1418-1424 c.c.¹⁷⁶ e, se così è, detto sviluppo dimostra che i movimenti registrati intorno alla categoria della nullità da

SS.UU., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit., che ne hanno promosso la rilevazione officiosa (su sollecitazione del solo contraente debole che, tuttavia, conserva la facoltà di non avvalersi della nullità rilevata), evidenziandone la “precipua natura ancipite, siccome funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l’integrità e l’efficienza del mercato, secondo l’insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti)”; e se così è – nota S. PAGLIANTINI, *I derivati tra meritevolezza dell’interesse ed effettività della tutela: quid noctis?*, cit., 398, proprio a margine di dette sentenze – se “tutelando l’interesse del singolo investitore è garantita la protezione di un interesse generale, trasfuso per di più in valori costituzionalmente rilevanti, ci vuol poco a comprendere che il periodare restituisce l’immagine di una nullità virtuale di protezione ex art. 1418, c. 1 c.c. avente più di una ragion d’essere”.

¹⁷⁴ A. ARDUINI, *La nullità di protezione tra legittimazione relativa all’azione e rilevanza d’ufficio condizionata*, in *Obblig. e Contr.*, 2012, 691. Ciò nondimeno – come Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, n. 26242, cit. precisa – va privata del “rilievo che parte della dottrina ha cercato di attribuirvi, la nozione di nullità relativa intesa come realizzazione di una forma di annullabilità rafforzata (di cui è traccia nel non condivisibile *decisum* di questa Corte, nella sentenza 9263/2011) anziché come *species* del più ampio *genus* rappresentato dalla nullità negoziale”.

¹⁷⁵ Che potrebbe lasciar intendere adesione ad un approccio strutturale alla nullità e, trovare, quindi, perplesso chi quest’ultimo non condivide sul presupposto – anche a mio avviso indiscutibile – che mai “la legge commina la nullità (...) per astratte ragioni di imperfezione” (A. GENTILI, *op. ult. cit.*, 105 e 691). Il dato normativo col quale ci confrontiamo rivela sì l’esistenza di “ragioni di imperfezione” strutturali, che però “astratte” non sono, rispecchiandosi in esse un contratto che, stante il deficit informativo, non è giudicato idoneo a produrre effetti. Il solco tra “struttura” e “funzione”, tra “forma” e “sostanza”, quindi, esiste, ma non è poi così profondo e non è detto che l’abbandono dell’ottica strutturale sia il prezzo da pagare per avere accesso alla prospettiva funzionale.

¹⁷⁶ Un paradigma, peraltro, al proprio interno composito, atteso che – come precisa A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 40 s. – alla nullità-fattispecie si affianca la nullità-sanzione e, ancora, la nullità-conseguenza, quest’ultima correlata all’art. 1418, ult. co., c.c., “liberamente manovrabile (dal legislatore)”. Ergo – conclude l’A. – “volendo riflettere sul modello di nullità che sembra emergere dal codice sembrerebbe conseguente affermare che esso è in realtà un *non-modello* e/o sicuramente un modello carico di elementi tra loro diversi ed eterogenei”. Anche secondo A. GENTILI, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell’interpretazione dei contratti*, II, Torino, 2015, 632 s. riconoscere nell’impianto codicistico della nullità uno statuto è “discutibile”.

diversi decenni a questa parte, di quel paradigma non hanno determinato l’emarginazione. Diciamo, allora, che alla nullità del codice fanno contorno numerose nuove forme di nullità¹⁷⁷ che – sia corretto o meno definirle “speciali” – sono sovente distanti “anni luce da quelle forme tradizionali di nullità, che si sono definite ‘strutturali’, perché intrinseche al contratto”¹⁷⁸. Ma deve anche ammettersi – e le considerazioni sopra svolte ne danno conferma – che non c’è un unico segno nei mutamenti che hanno interessato la nullità e che, volendo assumere a riferimento le cc.dd. nullità speciali, “ciascuna (...) sembra andare per conto proprio, sicché dall’insieme di esse non si riescono neppure ad enucleare le linee di un coerente paradigma alternativo”¹⁷⁹. La verità è che la nullità è entrata nel circuito rimediabile finendo, fatalmente, per elasticizzarsi, per acquistare fluidità. Sicché, lontano è il tempo in cui, sulla categoria, signoreggiava – unico ed incontrastato *dominus* – il legislatore; piaccia o non piaccia, è l’interprete – e il giudice *in primis* – ad avere sempre più voce in capitolo, ora¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Il tutto a comporre un panorama vasto e articolato anche all’interno delle figure che lo compongono, come rivelano i saggi raccolti in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, cit., *passim*. A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 130 colloca le nullità di protezione tra le “nullità nuove”, nel sistema apprezzabili quale “forma di nullità *alternativa* a quella della *nullità-sanzione* e più vicine alla *nullità-rimedio* (in favore dell’un contraente)”.

¹⁷⁸ A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 128. L’A. registra, in esse, “la negazione della fattispecie”. Sul punto, con notazioni critiche, A. GENTILI, *Le “nullità di protezione”*, cit., 104 ss. e 690 ss., a conferma del fatto che è controverso il rapporto tra le nuove ipotesi di nullità e quelle tradizionali facenti capo al codice civile.

¹⁷⁹ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., 11. Significativamente Cass., SS.UU., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, cit., giudicano il sistema delle nullità speciali “più adatto ad una valutazione caso per caso, attesa la molteplicità delle ipotesi di nullità relativa offerte dal dato normativo, in relazione al diverso aspetto funzionale di ciascuna norma”.

¹⁸⁰ Sono diversi e percepibili da vari punti di osservazione gli indici rivelatori di questo *trend*, nell’attualità particolarmente avvertito. Conferente è il richiamo alle nuove nullità, quelle – per dirla con A. DI MAJO, *op. ult. cit.*, 129 – il cui carattere “speciale” finisce “per attingere a contenuti che si pongono persino in contrasto con la forma della *nullità-fattispecie*, perché destinati ad attuarsi in giudizi altamente discrezionali su circostanze ‘esterne’ al contratto”. Ma già nella sistematica del nostro codice civile del 1942 – come l’A. bene segnala – era riscontrabile un “*quid novi* delle regole sulla nullità (...) nell’enunciazione secondo cui la nullità è altresì ‘conseguenza’ della contrarietà del negozio a *norme imperative*, salvo che la legge diversamente disponga (art. 1418, 1° co.)” (*op. ult. cit.*, 40): l’allusione alla c.d. nullità virtuale è chiara e – checché se ne dica – già essa mina la signoria del legislatore sulla nullità, poiché, anche ad ammettere che “la questione della nullità ex art. 1418, comma 1°, c.c., si pone in presenza di una norma di condotta già esistente e posta dal legislatore” [G. D’AMICO,

11. L'informazione "contrattualizzata" sul recesso.

Le considerazioni appena svolte si attagliano all'ipotesi – che potremmo definire paradigmatica – di contratto che non integri le informazioni di cui al co. 1 dell'art. 49 c. cons., nemmeno rese dal professionista nella fase precontrattuale¹⁸¹. Ma, alla luce dei postulati accolti¹⁸², è pure prospettabile il caso che le informazioni, non fornite in detta fase, risultino, poi, contenute nel contratto: in tale evenienza – salve le puntuali regole riferite a specifici casi di inadempimento dell'obbligo precontrattuale di informazione – ha senso chiedersi se il contratto sia nullo¹⁸³ o se debba, invece, operare la regola di responsabilità¹⁸⁴.

Il testo dell'art. 49, co. 5, c. cons. è chiaro e fa riferimento alle "informazioni di cui al comma 1" senza distinzione, ma è lecito chiedersi se sotto il profilo applicativo e sul piano dei rimedi sia irrilevante il fatto che talune hanno riguardo a

Nullità virtuale – Nullità di protezione (variazioni sulla nullità), in S. PAGLIANTINI (a cura di), *op. ult. cit.*, 11], in assenza di chiare indicazioni testuali, è all'interprete che compete identificarle in concreto (v. N. LIPARI, *op. cit.*, 186, che in ciò rinviene una manifestazione del c.d. diritto giurisprudenziale e perciò vede nella nullità "una categoria concettuale non assunta a priori come involucro, bensì acquisita a posteriori all'esito del procedimento ricostruttivo"). Il rischio che si annida in questa china – lo strapotere dei giudici – è evidente ed è al fondo delle "infinite discussioni" cui si è accennato *supra*, nella nota 85, sicché al dato di realtà poc'anzi registrato bene si abbina l'esigenza – giustamente rilevata da C. CASTRONOVO, *La responsabilità precontrattuale*, cit., 344 – di "restringere al massimo l'ambito nel quale la sanzione della nullità, mediante la qualificazione di imperatività della norma, finisce con l'essere rimessa alla valutazione dell'interprete".

¹⁸¹ Ove l'informazione di cui al co. 1 dell'art. 49 sia debitamente fornita, se vale l'automatismo cui dianzi si è accennato (v., in specie, la nota 145), il dettato del co. 5 è comunque rispettato.

¹⁸² V., nel paragrafo che precede, soprattutto la nota 148.

¹⁸³ Non pare questa la risposta corretta, giacché la fattispecie contrattuale presenta – in tal caso – il contenuto "informativo" che la norma vuole che abbia. Torna protagonista l'informazione/comportamento e, allora, sentenze Rordorf *docent*. Inoltre, qui è in gioco, non una totale assenza dell'informazione dovuta, ma un'informazione "monca", non appieno corrispondente a quella che il legislatore giudica adeguata: e se a beneficio del consumatore "disinformato" è data la nullità, ben si giustifica l'adozione di un rimedio di natura diversa – potremmo dire "conservativo" – a tutela del consumatore che l'informazione ha ricevuto, sia pure non nei tempi e modi stabiliti. L'idea che la nullità si attagli alle ipotesi più gravemente deprecabili porta, legittimamente, ad escluderla là dove meno intensa sia la censura.

¹⁸⁴ Va abbinata a quest'ultima la tutela attivabile, secondo G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 944, in caso di mancato o inesatto adempimento degli obblighi informativi contemplati dal co. 1 dell'art. 49 c. cons..

natura ed elementi intrinseci del contratto, mentre altre attengono a circostanze ad esso esterne¹⁸⁵.

L'interrogativo non trova facile risposta, ma il dato normativo sembra dar credito all'affermativa e legittimo è far appello ad esso per contestare l'obiezione di chi paventa che la nullità possa rivelarsi "inconferente" ed eccedente lo scopo nel caso in cui l'informazione precontrattuale manchi in relazione solo ad alcune voci – magari, nemmeno rientranti fra quelle più rilevanti – indicate nel co. 1 dell'art. 49 c. cons.¹⁸⁶: una volta ritenuta operante la tutela d'invalidità, diventa assai complicato ammettere che l'interprete possa giustificarne in qualche caso la disapplicazione, senza contare, poi, che esistono disposizioni dalle quali chiaramente evincere che la nullità del contratto, nella sua interezza, ben può correlarsi anche alla omissione di una singola clausola¹⁸⁷.

Qualche dubbio può insorgere – ed orientare per la risposta negativa – ove si consideri la disciplina dell'informazione sul recesso (di pentimento) dato al consumatore¹⁸⁸, che non saprei se incasellare nell'una o nell'altra delle categorie poc'anzi delineate¹⁸⁹, ma che certamente è destinata anch'essa a formare "parte integrante del contratto".

Non è qui il caso di tornare a riflettere sulla reale valenza e sul ruolo assegnati al diritto di recesso nell'economia della normativa a protezione del consumatore¹⁹⁰, né pare opportuno ribadire che la

¹⁸⁵ Sul problema, v. F. RENDE, *op. ult. cit.*, 139 ss.

¹⁸⁶ L'obiezione è formulata da S. PAGLIANTINI, *voce cit.*, 783.

¹⁸⁷ Può prendersi ad esempio, proprio nel codice del consumo, l'art. 67-septiesdecies, co. 4.

¹⁸⁸ Recesso, che – val bene ribadirlo, anche per sgombrare il campo da equivoci indotti dalla lettera dell'art. 46, co. 1, c. cons. e dall'infelice riferimento, ivi contenuto, a "qualsiasi contratto" – trova spazio in relazione ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali o a distanza e non oltre: lo rileva G. D'AMICO, *Introduzione*, cit., 5 s. e, a ragione S. PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 276, nota 6 conclude "nel senso di una settorialità degli artt. 52-59, senza una qualche loro vis espansiva". Per una panoramica sulle diverse tesi prospettate circa l'ambito applicativo della nuova disciplina alla luce del dettato dell'art. 46 c. cons., v. T. RUMI, *Commento all'art. 46*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, cit., 74 ss.

¹⁸⁹ Noto che anche F. RENDE, *Informazione e consenso nella costruzione del regolamento contrattuale*, cit., 122 ss. e 165 ss., in uno studio diversamente ispirato ed impostato rispetto a quello qui condotto, intento ad evidenziare il rapporto stretto tra informazione e razionalità delle scelte di consumo (presupposto di regolamenti efficienti), conferisce all'informazione sul recesso un'autonoma collocazione rispetto a quelle riguardanti elementi interni e esterni al contratto.

¹⁹⁰ Su questi temi mi sono – in altra sede – intrattenuto: supero l'imbarazzo dell'autocitazione e rinvio a G. GRISI, *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, 587 ss. e in *Scritti in memoria di Giovanni Cattaneo*, II, Milano, 2002, 1291 ss., cui *adde* ID., *voce Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir.*, cit., 614 ss. Senza

fenomenologia ad esso legata “è assai variegata nel diritto italiano di fonte comunitaria”¹⁹¹; se dedichiamo ancora ad esso attenzione, è perché la “contrattualizzazione” che lo riguarda presenta taluni profili peculiari, meritevoli di considerazione.

A latere della previsione *supra* riferita, l’art. 49, co. 4 enuncia una regola, non vincolante, attinente al modo in cui l’informazione in parola può essere fornita nella fase precontrattuale: si fa, infatti, richiamo alle “istruzioni tipo sul recesso di cui all’allegato I, parte A”, per affermare che il “professionista ha adempiuto (...) se ha presentato dette istruzioni al consumatore, debitamente compilate”¹⁹². In pratica, le informazioni di cui al co. 1, lett. h), i) e l) dell’art. 49 c. cons – trattasi, per l’appunto, delle informazioni riguardanti il diritto di recesso, ove sussistente – siano o no “formalizzate” in un documento *ad hoc*¹⁹³, sono fatte oggetto di “contrattualizzazione”, nel senso anzidetto. Un modulo tipo di recesso, riportato nell’allegato I, parte B), è utilizzabile *ex art.* 54 dal consumatore per informare il professionista della sua decisione di esercitare il diritto¹⁹⁴: si fa riferimento pure a tale modulo nella lett. h) poc’anzi citata.

Un altro dato da segnalare – anch’esso nuovo perché legato alla recente riforma del codice del consumo – interessa la regola applicabile là dove non sia adempiuto l’obbligo di informazione sul diritto di recesso. Trattasi di *quaestio* dibattuta¹⁹⁵, che può trovare – almeno in parte – soluzione nelle considerazioni svolte nel paragrafo che precede. Sul punto, infatti, assecondando *in toto* la Dir. 2011/83/UE che ha mirato a portare ordine in un quadro confuso e dominato dalla pluralità di

indugio, invece, segnale, perché degno di nota, lo studio di S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 275 ss.; mentre, per una ricognizione sulla disciplina vigente – che ricalca, pressoché fedelmente, quanto in merito previsto nella Dir. 2011/83/UE – può rinviarsi a M. GRANDI, *Lo jus poenitendi nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori*, in *Contr. impr. Europa*, 2013, 45 ss. e al più recente contributo di M. FARNETI, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dei locali commerciali e a distanza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 959 ss.

¹⁹¹ S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 223.

¹⁹² Si tratta, dunque – a giudizio di C. CONFORTINI, *Il recesso di pentimento*, in AA.VV., *D.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21: nuove tutele per i consumatori*, cit., 21 – di una previsione volta “ad agevolare l’assolvimento dell’onere della prova”.

¹⁹³ Quello che il citato co. 4 suggerisce – e, implicitamente, raccomanda – al professionista di utilizzare.

¹⁹⁴ Come si evince dall’art. 54, co. 1, c. cons., l’impiego del modulo non è obbligatorio, potendo il consumatore – così si legge nel considerando (44) della Dir. 2011/83/UE – “restare libero di recedere con parole proprie, purché la dichiarazione con cui esplicita la sua decisione (...) sia inequivocabile”.

¹⁹⁵ Per una sommaria ricognizione sulle tesi prospettate, v. F. RENDE, *op. ult. cit.*, 154 ss.

soluzioni adottate nei vari ordinamenti¹⁹⁶, il nostro legislatore, in sede di attuazione, modificando la disciplina esistente, ha stabilito, nell’art. 53, che nella sola ipotesi di inadempimento in violazione dell’art. 49, co. 1, lett. h)¹⁹⁷, il periodo di recesso termini dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale¹⁹⁸ e che, se le informazioni sono date in questo intervallo di tempo, “il periodo di recesso termina quattordici giorni dopo il giorno in cui il consumatore riceve le informazioni”. *Ergo*, il diritto di recesso si estingue, trascorso un certo lasso di tempo, nonostante il professionista persista nel non fornire le informazioni di cui all’art. 49, co. 1, lett. h)¹⁹⁹.

Dunque, l’omessa informazione precontrattuale su condizioni, termini e procedure per l’esercizio del recesso non pregiudica la validità del contratto, ma ne accresce – non però *sine die* – la precarietà²⁰⁰: non è questo l’unico effetto derivante dalla violazione²⁰¹, ma è certo il più significativo.

¹⁹⁶ Per ragguagli, v. S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d. lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, cit., 812 s.; altre indicazioni possono trarsi da F. RENDE, *Commento all’art. 53*, in G. D’AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, cit., 202 ss. Più in dettaglio, sulle soluzioni adottate in Spagna e Germania a tutela del consumatore non informato, v. Corte di Giustizia, 17 dicembre 2009, causa C-227/08 e Corte di Giustizia 10 aprile 2008, causa C-412/06 (entrambe in *curia.europa.eu*).

¹⁹⁷ Non sono, quindi, interessate tutte le informazioni riguardanti il recesso, applicandosi l’art. 53 unicamente là dove non siano fornite le informazioni relative alle condizioni, ai termini e alle procedure per esercitare il diritto di recesso, “conformemente all’art. 54, comma 1”. La disposizione sembra riferibile al solo inadempimento assoluto del professionista e non al caso di un’informazione incompleta o erronea, ma – a detta di S. PAGLIANTINI, *L’ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, cit., 281 – va assecondata “la pratica di un’interpretazione estensiva del lemma ‘non adempimento’, supponendo pragmaticamente che nel più ci stia il meno”.

¹⁹⁸ Periodo, determinato in quattordici giorni, a norma dell’art. 52, co. 2, c. cons.

¹⁹⁹ Il “recesso si ha per estinto” a giudizio di S. PAGLIANTINI, *La riforma del codice del consumo ai sensi del d. lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, cit., 812, il quale, tuttavia, non mostra di apprezzare tale soluzione, ritenuta di dubbia utilità sul piano dell’efficienza economica e non in linea con “la strategia generale di un’effettiva deterrenza verso il proliferare di condotte negligenti delle imprese” (*op. ult. cit.*, 813). Ciò nondimeno, è agli occhi dell’A. manifesta la “precomprensione ideologica sottintesa alla norma *de qua* (...): un recesso *endlos* o *sine die* appanna la certezza dei rapporti contrattuali, intralcia i traffici pregiudicando così l’efficienza di un mercato concorrenziale” (S. PAGLIANTINI, *L’ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, cit., 277). La verifica della praticabilità di soluzioni diverse, forse ancor oggi prospettabili ai sensi del co. 2 dell’art. 67 c. cons., è operata – ma senza tangibili risultati – da F. RENDE, *op. ult. cit.*, 208 ss.

²⁰⁰ Una certa simmetria è, innegabilmente, ravvisabile con quanto disposto dall’art. 73, co. 3, c. cons., anche se di totale

Non c'è recesso senza contratto²⁰² e la conclusione di quest'ultimo costituisce presupposto anche della disciplina dell'art. 53 c. cons., che pure sembra aver solo riguardo all'inadempimento dell'obbligazione del professionista di rendere, nella fase precontrattuale, l'informazione di cui al co. 1, lett. h) dell'art. 49. Detta informazione, dunque, va data "prima che il consumatore sia vincolato" dal contratto e, comunque, come prevede il co. 5 dell'art. 49, non può non integrare il contenuto del contratto medesimo. Se in quest'ultimo l'informazione compare²⁰³, *nulla quaestio*: troveranno applicazione le disposizioni degli artt. 52 ss. Ma cosa accade se l'informazione *de qua* non è invece presente? Viene spontaneo chiamare in ballo l'art. 53 e risolvere il quesito facendo capo alla disciplina *supra* illustrata, che punta a conservare in vita il contratto; ma i conti vanno fatti anche con il co. 5 dell'art. 49²⁰⁴, la cui violazione – certamente sussistente nell'ipotesi in esame – dovrebbe orientare in tutt'altra direzione la tutela del consumatore e, cioè, nel senso della nullità del contratto²⁰⁵. Quale tesi preferire? A sostegno di ambedue militano buoni argomenti, ma quelli che accreditano la prima sembrano più convincenti.

L'art. 53, in realtà, è tra le poche specifiche disposizioni dirette a collegare a particolari violazioni dell'obbligo informativo conseguenze diverse da quelle d'ordinario derivanti. Se ne può, dunque, rinvenire la *ratio* nell'esigenza di sottrarre l'ipotesi ivi contemplata all'attrazione dei rimedi, altrimenti applicabili, a tutela contro l'inadempimento dell'obbligo precontrattuale di informazione e – nel caso nostro – per far sì che non operi la nullità del contratto. Il legislatore, evidentemente, ha ritenuto opportuno, sotto questo profilo, svincolare l'informazione sul recesso da quella "generale" riguardante il contratto e i suoi

termini: scelta comprensibile, d'altronde, atteso che, nell'ipotesi al vaglio, profilandosi un consumatore tutt'altro che disinformato sull'operazione negoziale che lo interessa²⁰⁶, è in fin dei conti accettabile che la sua protezione si associ alla dilatazione del termine entro cui esercitare il diritto di recesso, mantenendo fermo e valido il contratto. C'è da credere, però, che l'inadempimento dell'obbligo di informazione resti e non sia sanato e, se così è, diventa plausibile ritenere che, ove un danno sia derivato, residui spazio per il risarcimento²⁰⁷.

Non essendo implicate nell'art. 53 c. cons. le altre informazioni concernenti il recesso elencate nell'art. 49 c. cons. – quelle ivi non contemplate *sub* lett. h) – per stabilire cosa accada ove siano esse a non essere fornite non resta che far capo alle considerazioni già svolte: queste informazioni, d'altronde, sono tra quelle che "formano parte integrante del contratto". Può discutersi se non sia il caso di sottrarre al trattamento uniforme l'informazione di cui all'art. 49, co. 1, lett. m)²⁰⁸, che estranea al recesso non è, ma non attenendo all'esistenza e alle modalità di esercizio del diritto, potrebbe con qualche ragione considerarsi a sé stante, non confondibile con le altre informazioni sul recesso presenti nell'art. 49, co. 1: riconosciamo che non è agevole la risposta²⁰⁹, ma aiuta – anche qui – ad orientarsi il dettato normativo dal quale si evince che la peculiarità poc'anzi registrata non ha ricadute significative sul piano della disciplina²¹⁰.

²⁰⁶ V. la nota che precede. Per altro verso, se immaginiamo un consumatore che ignora il diritto di recesso a lui spettante e che comunque contrae, che la vicenda abbia esito nell'intangibilità del contratto pare acconcio.

²⁰⁷ V., al riguardo, M. GRANDI, *op. cit.*, 67 ss.

²⁰⁸ Parliamo dell'informazione, per così dire, "negativa" sul recesso: quella che il professionista è tenuto a dare nei casi – più numerosi di quelli *ante* novella elencati nell'art. 55 – in cui il recesso è escluso a norma dell'art. 59 e che concerne – per l'appunto – la insussistenza del diritto o "le circostanze in cui il consumatore perde il diritto di recesso".

²⁰⁹ Per ragguagli sulla problematica, si rinvia a F. RENDE, *Commento all'art. 49, cit.*, 143 ss.

²¹⁰ E' vero che manca, nell'art. 49, una disposizione che abbia riguardo all'informazione di cui trattasi, analoga – *mutatis mutandis* – a quella del co. 4, ma da ciò a giustificare l'applicazione di una disciplina *ad hoc* ce ne passa. Il dato induce ad altra riflessione: se il comma appena citato è volto a far sì che l'informazione meglio veicolata, viene logico evincere che l'informazione "positiva" sul recesso è tenuta in maggior conto rispetto a quella "negativa" e ciò, a ben vedere, rafforza l'idea – già ventilata in altra sede (G. GRISI, *voce ult. cit.*, 617) – che il recesso, lungi dall'essere "al servizio, pressoché esclusivo, della formazione di un consenso reale e consapevole", sia in realtà funzionale alle ragioni del mercato che, per espandersi e svilupparsi, ha necessità che la conclusione di contratti sia incentivata (serve allo scopo riconoscere il diritto di recesso al consumatore e far sì che egli di ciò sia reso edotto, come pure – ancorché in diversa misura – evitare di dar eccessivo risalto all'insussistenza del diritto medesimo). Si può aderire all'idea che il recesso abbia carattere

allineamento – come fa notare S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 278 – non è il caso di parlare.

²⁰¹ C'è anche da considerare che, "stando al disposto dell'art. 57, comma 2°, il consumatore recedente non risponde del deprezzamento del bene se il professionista ha ommesso di informarlo" (S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 281). E può aggiungersi il richiamo a quanto disposto nel co. 4 dello stesso articolo.

²⁰² Sia consentito rinviare a G. GRISI, voce *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali IV*, cit., 616.

²⁰³ E, se opera l'automatismo già più volte richiamato (v., in specie, la nota 145), perché ciò si constati basta che l'informazione *de qua* sia debitamente resa nella fase precontrattuale.

²⁰⁴ Il quale richiama tutte le "informazioni di cui al comma 1°" e, quindi, anche quelle riportate nella lett. h).

²⁰⁵ Stiamo, ovviamente, ipotizzando il caso che solo l'informazione di cui alla lett. h) del co. 1 dell'art. 49 non risulti riportata nel contratto per farne "parte integrante", perché la mancanza estesa ad altre informazioni elencate nel co. 1 di detto articolo renderebbe, comunque, nullo il contratto.

Dare accesso alla nullità, peraltro, appare – nel caso in questione – tutt’altro che irragionevole²¹¹.

Teniamo a mente i rilievi ora svolti, per raffrontarli con quelli che *infra* articoleremo con riguardo all’informazione sul recesso da contratti relativi a servizi e attività di investimento.

- 164 Risulteranno evidenziate diversità di un certo peso, che vanno certamente apprezzate per quello che sono, ma che forse anche rivelano un dato di più ampio spessore e di ben altra valenza: il discorso richiederebbe un’analisi più approfondita per scongiurare il rischio di giungere a conclusioni affrettate, ma sembra doversi ammettere che la specificità della materia finanziaria trova uno dei riscontri più significativi nella sfera dell’intermediazione, dove i tratti peculiari e le regole “dedicate” – diversamente conformate rispetto a quelle d’ordinario applicabili – sono di tale rilievo e in numero così cospicuo da autorizzare a credere nell’esistenza di un *corpus* normativo a sé stante, di un sistema rispondente a logiche non sempre sovrapponibili a quelle dominanti all’esterno. Le conferme più eloquenti non vengono certo dal codice del consumo, che può però considerarsi una tessera, tra le tante²¹², di un mosaico esteso e ricco che quel dato lascia emergere nitidamente. La specificità, tuttavia, non deve far pensare ad un totale isolamento: proprio sul fronte dell’informazione incontriamo regole legate a *rationes* condivise, tratti di disciplina che rispondono a logiche “di sistema” in senso ampio e linee di tendenza pure registrabili al di fuori della materia finanziaria.

ibrido o una “doppia anima”, ma buone ragioni inducono ad assegnare al *favor mercatorum* un peso prevalente.

²¹¹ Se immaginiamo un consumatore che contrae confidando, erroneamente (causa la mancata informazione sul punto), nell’esistenza del diritto di recesso, che operi la tutela di invalidazione del contratto non è inconferente. La conoscenza della circostanza non rivelata, né in sede precontrattuale, né nel contratto, non è certo irrilevante ai fini della conclusione del contratto. Il fatto che da quest’ultimo il consumatore non possa recedere non ne legittima la persistente validità, perché può darsi che alla conclusione di quel contratto mai egli sarebbe addivenuto se quella circostanza – nel rispetto di quanto previsto nei commi 1 e 5 dell’art. 49 – si fosse palesata. Anche in tal caso, poi, emerge l’esigenza di ristabilire – come direbbe Gentili (v. *supra*, nota 169) – “oltretché la giustizia del caso singolo l’efficienza del mercato”.

²¹² L’ultima – per quanto consta – può raccordarsi al D. L. 27 giugno 2015, n. 83 (convertito, con modificazioni, nella L. 6 agosto 2015, n. 132), che ha introdotto nella legge fallimentare una nuova tipologia di accordo di ristrutturazione del debito, ove questo veda interessati intermediari finanziari. Si è, così, inserito, nel testo del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, l’art. 182-*septies* per disciplinare in modo diverso dall’ordinario l’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria. L’art. 10 del citato D.L. ha anche previsto, in modifica della l. fall., l’applicazione di alcune disposizioni penali all’accordo e alla convenzione.

12. Nullità e recesso nella disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

Non si può dar torto a chi rilevi che gli artt. 49 e 72 c. cons. non hanno a che fare con la tutela del consumatore – si fa per dire – di “derivati” e, quindi, con il tema che ha sollecitato la riflessione riversata nel presente studio²¹³. Ciò nondimeno, è bene averli assunti in considerazione, perché può sempre servire operare raffronti con quanto accade in aree contigue²¹⁴ e perché ne possa trarre giovamento l’interprete, il quale – chiamato a riempire i vuoti di disciplina di frequente presenti nelle disposizioni – può far conto su un dato che non è certo isolato nel panorama normativo e che anzi, probabilmente, rivela e rafforza una linea di tendenza destinata ad ulteriore consolidamento: quella che esprime apertura, almeno là dove vi sia corrispondenza con uno “statuto forte” dell’obbligo informativo che risulti violato, alla tutela invalidatoria *sub specie nullitatis*. La chiave di volta – rivelatrice di detto statuto – è, in quei casi e non solo, nella rilevanza normativa affidata all’informazione/fattispecie.

Va ora verificato se la contrattualizzazione, nel senso anzidetto, abbia qualche spazio e rilievo nell’ambito delle disposizioni del codice del consumo aventi a che fare con la materia finanziaria. Incrociamo, allora, gli artt. 67-*bis* ss. riguardanti la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, il cui raggio applicativo è piuttosto ampio ricomprendendo – giusta il dettato dell’art. 67-*ter*, co. 1, lett. b) – “qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di

²¹³ Chiaro è l’art. 47 c. cons. nell’affermare che le disposizioni delle Sezioni da I a IV del Capo I del codice del consumo non si applicano ai contratti “di servizi finanziari”, questi ultimi riferendosi – come si evince dalla definizione, assai lata, contenuta nell’art. 45, lett. n), c. cons. – a “qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, assicurativa, servizi pensionistici individuali, di investimento o pagamento”. Per l’effetto – nota T. RUMI, *Commento all’art. 47*, in G. D’AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, cit., 97 – a differenza del passato, devono ritenersi non soggetti alle nuove disposizioni pure i contratti relativi a servizi finanziari negoziati fuori dei locali commerciali.

²¹⁴ D’altronde – nota F. GRECO, *op. ult. cit.*, 6 – “non può essere messo in dubbio (...) che anche la disciplina dell’intermediazione finanziaria sia stata in buona misura ‘consumerizzata’, allo scopo di mettere le parti in una posizione contrattuale di partenza non asimmetrica”; ciò che non autorizza, però, ad “adagiarsi sull’idea che lo ‘status’ di consumatore si attagli perfettamente al risparmiatore” (*op. ult. cit.*, 7).

pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale²¹⁵.

Il testo degli articoli citati porta a dare una risposta negativa: non c'è, infatti, previsione che esplicitamente consenta il rinvio alla predetta contrattualizzazione. Ovviamente, non manca – anche in quest'ambito – una disciplina dell'informazione precontrattuale²¹⁶, ma non troviamo, nella Sezione IV-Bis del Capo I del Titolo III del codice del consumo, una disposizione analoga all'art. 49, co. 5; solo si evince dall'art. 67-undecies, co. 1, c. cons. che tutte le condizioni contrattuali e le informazioni precontrattuali vanno comunicate al consumatore a distanza di servizi finanziari “su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, disponibile e accessibile (...) in tempo utile, prima che lo stesso sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta”. Ma è, altresì, stabilito che il contratto, concludendo o già concluso²¹⁷, sia affiancato da un “supporto” informativo adeguato, certo quanto ai contenuti e di agevole impiego²¹⁸, che non può essere costituito – o surrogato – da una comunicazione orale²¹⁹. Non siamo, dunque, al cospetto di una disciplina

dell'informazione/fattispecie accostabile a quella dianzi considerata, ma né può dirsi che l'informazione rilevi sul mero piano del comportamento.

E' eloquente un ulteriore dato. L'art. 67-undecies, co. 1 va letto tenendo conto di quanto dispongono i commi 3 e 4 dell'articolo successivo. Stando al co. 3, il termine per esercitare il recesso dal contratto (d'ordinario di 14 gg.) decorre: a) dalla data della sua conclusione, purché in quel momento il consumatore abbia ricevuto le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all'art. 67-undecies; b) dalla data della ricezione delle condizioni contrattuali e delle informazioni di cui sopra, qualora detta data sia successiva a quella in cui il contratto è stato concluso. Ergo, il termine per il recesso non decorre se manca l'informazione²²⁰: come dire che il primo in assenza della seconda può sempre essere esercitato²²¹. E non basta, giacché – come recita il co. 4 dell'art. 67-duodecies – se sono implicati contratti relativi a servizi di investimento²²², la loro efficacia è sospesa durante la decorrenza del termine previsto per l'esercizio del recesso²²³.

²¹⁵ Tale definizione sostanzialmente riproduce quella cui si è fatto cenno *supra*, nella nota 213. T. RUMI, *Commento all'art. 45*, in G. D'AMICO (a cura di), *La riforma del codice del consumo. Commentario al D. lgs. n. 21/2014*, cit., 66 ne registra la non casuale discordanza rispetto alla “terminologia riscontrabile nel t.u.f. dove si fa riferimento agli ‘strumenti finanziari’ ed alle ‘attività e servizi di investimento’”.

²¹⁶ Che, anzi – come nota V. CUFFARO, *Dopo il codice del consumo: la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contr. impr.*, 2007, 270 (assumendo a riferimento le disposizioni del D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 190 regolanti la materia prima dell'inserimento della medesima nel codice del consumo) – “è oggetto di una indicazione tanto minuziosa quanto ridondante”.

²¹⁷ Il co. 2 dell'art. 67-undecies c. cons. prevede, infatti, la possibilità che il fornitore ottemperi all'obbligo di cui al comma precedente (non prima, ma) “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 ai sensi del comma 1”. V. SANGIOVANNI, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *I contratti*, 2009, 415 giudica la “disposizione (...) per certi versi sorprendente in quanto consente la conclusione di un contratto di cui il consumatore non conosce appieno il contenuto”.

²¹⁸ Il co. 3 dell'art. 67-undecies c. cons., peraltro, riconosce al consumatore, a richiesta, il diritto a ricevere, in “qualsiasi momento del rapporto contrattuale (...) le condizioni contrattuali su supporto cartaceo” e di “cambiare la tecnica di comunicazione a distanza utilizzata, a meno che ciò non sia incompatibile con il contratto concluso o con la natura del servizio finanziario prestato”.

²¹⁹ Come rileva esplicitamente V. SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 414. L'espressione “supporto cartaceo” – nota V. CUFFARO, *op. ult. cit.*, 273 – sconta “la necessità di confrontarsi con la nuova realtà tecnologica”, ma in definitiva surroga quella “forse più ovvia ma certo più corretta, ‘per iscritto’”.

²²⁰ Sicché – nota V. SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 412 – qui il recesso mira “non tanto a tutelare il consumatore dall'effetto-sorpresa, quanto piuttosto ad assicurarli un ampio spazio di riflessione sulla sensatezza del contratto che ha concluso”; e – egli aggiunge (*op. cit.*, 414) – “solo alla presenza di un'appropriata informazione il consumatore può decidere con cognizione di causa se recedere”.

²²¹ Come rileva V. SANGIOVANNI, *op. loc. ult. cit.*, la “legge crea (...) nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, un forte incentivo in capo al fornitore alla comunicazione di condizioni contrattuali e informazioni. In assenza di tale comunicazione, il consumatore può sempre recedere dal contratto. La disposizione scoraggia fortemente comportamenti reticenti del fornitore” (*op. loc. ult. cit.*). Echeggia la soluzione “talebana” prospettata nel caso *G. e H. Heiningler /Bayerische Hypo-und Vereinsbank AG* (Corte di Giustizia, 13 dicembre 2001, causa C-481/99, in *curia.europa.eu*, in *Foro it.*, 2002, IV, 57 con nota di A. Palmieri e in *Corr. giur.*, 2002, 869 con commento di R. Conti).

²²² Come V. SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 415 precisa, infatti, “questa disposizione non concerne tutti i contratti aventi a oggetto servizi finanziari, bensì i soli contratti d'investimento”. Il dato si ricava anche dall'art. 67 ter, co. 1, lett. b), c. cons. Grande evidenza – com'è noto – hanno i servizi e le attività di investimento nell'ambito del D. Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, recante il T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria.

²²³ Analoga – ma non identica – previsione è contenuta nell'art. 30 T.U.F. concernente l'offerta fuori sede di strumenti finanziari e di servizi e attività di investimento. Il co. 6, infatti, sospende l'efficacia dei contratti “per la durata di sette giorni decorrenti dalla data della sottoscrizione da parte dell'investitore”, riconoscendo a quest'ultimo la facoltà, entro lo stesso termine, di “comunicare il proprio recesso senza spese né corrispettivo al promotore finanziario o al soggetto abilitato” (in tema, per qualche ragguaglio, v. G. LIACE, *Il diritto di recesso nei contratti di intermediazione finanziaria nella giurisprudenza e nei recenti interventi legislativi*, in *Dir. banca*



La previsione di un recesso *sine die* non è isolata²²⁴. Abbiamo, qui, un contratto concluso, ma precario – e in certi casi inefficace – sino a che non sia decorso il quattordicesimo giorno successivo alla ricezione delle condizioni contrattuali e delle informazioni preliminari su supporto cartaceo o su altro supporto durevole. *Medio tempore*, i contratti relativi a servizi finanziari possono essere sciolti per volontà insindacabile del consumatore che eserciti il recesso e, tra essi, il contratto riguardante servizi di investimento vede sospesa la sua efficacia e non è, quindi, vincolante²²⁵.

Alla luce di ciò, pure aderendo all'idea che l'informazione preliminare non sia "contrattualizzata", considerarla per ciò estranea alla fattispecie negoziale sembra proprio inaccettabile: essa, in realtà, per via del rapporto stretto con l'esercizio del recesso²²⁶, entra nella sfera del contratto e ne condiziona le sorti. Bisogna, quanto meno, ammettere che viene, in tal modo, a concretizzarsi una sorta di "contrattualizzazione" in senso debole. In generale, se l'informazione non è resa, sul contratto pende in permanenza la spada di Damocle del recesso, dal consumatore esercitabile in qualsiasi momento – come recita l'art. 67-*duodecies*, co. 1 – "senza penali e senza dover indicare il motivo"²²⁷. Per i contratti relativi ai

e merc. finanz., 2014, 515 ss., a margine di Cass., Sez. Un., 3 giugno 2013, n. 13905, in *I contratti*, 2014, 42, con commento di R. Natoli e in *Corr. giur.*, 2014, 241, con nota di S. Cicchinelli). L'efficacia sospesa – nota S. PAGLIANTINI, *L'ibridazione del nuovo recesso di pentimento*, cit., 280, nota 23 – "rileva in modo intermittente, con una *praesentia* negli artt. 30, comma 6°, T.U.F. e 67 *duodecies* c. cons. alla quale corrisponde una sicura *absentia* nell'art. 125 *ter* T.U.B. mentre, per quanto attiene all'art. 14, § 6 della direttiva 17/2014, tutto dipende da quale tecnica di declinazione il legislatore deciderà di adottare".

²²⁴ Lo rileva S. PAGLIANTINI, *op. ult. cit.*, 279, ricordando "che il combinato disposto degli artt. 125 *ter* e 125 *bis*, comma 1°, T.U.B. annovera un prolungamento del termine di 14 giorni dal momento in cui il consumatore abbia ricevuto tutte le informazioni e le condizioni di legge, senza prevedere un qualche *dies ad quem*"; l'A. pure menziona "l'art. 14, § 6 della direttiva 17/2014/UE, sul credito ipotecario ai consumatori, a proposito del termine di sette giorni per il periodo di riflessione o di recesso utile a che sia presa una decisione informata".

²²⁵ E, forse, anche in considerazione di ciò la lettera dell'art. 67-*undecies*, co. 1, c. cons., nell'imporre la comunicazione delle condizioni e informazioni *de quibus*, specifica il "tempo utile" riferendosi a prima che il consumatore "sia vincolato da un contratto a distanza o da un'offerta".

²²⁶ "Checché se ne dica, la fattispecie non è stata detronizzata, ma è ancora viva e lo rivela, in modo eloquente, proprio se si guarda ad istituti – il recesso è tra questi – la cui struttura e giustificazione, senza di essa, non si riuscirebbe a cogliere e descrivere" (G. GRISI, *voce ult. cit.*, 616).

²²⁷ Sembra, dunque, che il recesso entri, qui, in una dimensione rimediabile, che, d'ordinario, gli è estranea. Il suo modo di essere e la sua valenza mutano a seconda che sia rispettato o violato il disposto del co. 1 dell'art. 67-*undecies* c. cons.

servizi di investimento, non è azzardato dire che l'informazione è il contratto, dal momento che quest'ultimo, finché l'informazione latita, è inefficace.

Ma i richiami alla precarietà e all'inefficacia non sono esaurienti. C'è la regola scolpita nell'art. 67-*vicies semel*, co. 1, c. cons. che fa gravare sul fornitore l'onere della prova anche relativo allo "adempimento agli obblighi di informazione del consumatore". C'è la sanzione amministrativa pecuniaria che, salvo che il fatto costituisca reato, è tenuto a pagare il fornitore che contravviene alle norme della Sezione IV-*Bis*, ovvero che ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore ovvero non rimborsa le somme che questi abbia eventualmente pagate (art. 67-*septiesdecies*, co. 1, c. cons.)²²⁸. E, soprattutto, c'è da considerare il co. 4 dell'articolo da ultimo citato, a norma del quale il "contratto è nullo, 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"; nullità, che – come precisa l'ultimo comma dell'articolo in esame – solo il consumatore può far valere.

Sulla invalidità or ora registrata non c'è molto da aggiungere²²⁹. Anche le sentenze Rordorf l'avevano apprezzata come "una particolarità per l'ordinamento giuridico italiano"²³⁰, sul presupposto che quest'ultimo nega che la nullità sia in comunicazione con la sfera dell'informazione/comportamento. Che sul punto si rimediti o meno, sta di fatto che qui il contatto è

²²⁸ Ma – osserva P. LAZZARA, *Art. 67-septiesdecies. Sanzioni*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le modifiche al codice del consumo*, Torino, 2009, 478 – "si pone il dubbio sulla sanzionabilità immediata dei soli comportamenti specificati (ostacolo al diritto di recesso e mancato rimborso delle somme pagate) oppure di qualsivoglia infrazione alle regole della Sezione IV-bis".

²²⁹ Prende in esame partitamente le tre cause di nullità considerate V. SANGIOVANNI, *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. giur.*, 2008, 1470 ss. Anche qui può notarsi – non casuale – una qualche somiglianza con quanto previsto, a proposito dell'offerta fuori sede, dall'art. 30 T.U.F., il cui co. 7 associa alla "omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari" la nullità dei contratti, "che può essere fatta valere solo dal cliente"; parla di previsioni dal "tenore analogo", C. CONFORTINI, *op. cit.*, 22.

²³⁰ Ad esprimersi così, in relazione al co. 4 dell'art. 67-*septiesdecies*, è, tuttavia, V. SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 1472. Evidentemente – aggiunge l'A. – il legislatore considera "il dovere d'informazione del consumatore, nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, talmente importante che la sua violazione determina la nullità del contratto".



attivato ad opera della previsione normativa, in modo espresso ed esplicito²³¹, ancorché non in via automatica, dovendo il giudice valutare nell'*an* e nella misura e qualità l'alterazione lamentata²³². Difficile ammettere che una regola analoga a quella in parola possa operare al di fuori della disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari²³³. Il tenore letterale del co. 4 dell'art. 67-*septiesdecies* non è formalmente ineccepibile e non brilla per chiarezza²³⁴, ma non crediamo possa

revocarsi in dubbio che le richiamate "caratteristiche" vadano riferite al servizio finanziario commercializzato o – come altrimenti può dirsi – al contratto²³⁵.

Venendo al sodo, dunque, si profilano due tipologie di violazione degli obblighi di informazione precontrattuale: la prima è di ordine generale, si associa alla mancata ricezione *sic et simpliciter* delle condizioni contrattuali e informazioni preliminari e lascia sempre aperta al consumatore la facoltà di recedere; la seconda è più specifica e diversamente strutturata, giacché connessa alla nullità del contratto che il giudice può dichiarare solo se sia stata significativa l'alterazione che la violazione ha prodotto sulla rappresentazione da parte del consumatore delle caratteristiche del servizio commercializzato. Ben può darsi che i presupposti per l'applicazione dell'una e dell'altra tipologia coesistano: il consumatore potrà, allora, scegliere quale strada imboccare, consapevole che decidere nell'un senso o nell'altro non è indifferente, né in relazione agli itinerari da percorrere, né quanto agli effetti. Se il consumatore recede – via più semplice e spedita – l'art. 67-*terdecies*, co. 1, c. cons. pone a suo carico il pagamento del solo "importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore conformemente al contratto a distanza"²³⁶, mentre se è dichiarata la nullità le parti sono obbligate – a norma dell'art. 67-*septiesdecies*, co. 5 – "alla restituzione di quanto ricevuto"²³⁷. La disposizione da ultimo citata, nel far salvo in ipotesi di nullità "il diritto del consumatore ad agire per il risarcimento dei danni", rende incerta la spettanza di tale diritto anche al consumatore che il recesso abbia esercitato a cagione della mancata ricezione delle condizioni contrattuali e delle informazioni di cui all'art. 67-*undecies* che il fornitore era obbligato a fornire.

allorquando il consumatore sia indotto in errore essenziale: una causa di annullamento, dunque, dirottata verso la nullità.

²³⁵ Si veda il *Commento al codice del consumo. Sub art. 67 septiesdecies*, in P. CENDON (a cura di), *Commentario al codice civile*, Milano, 2010, 678; v. pure E. M. TRIPODI – C. BELLÌ, *Codice del consumo. Commentario del D. Lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Santarcangelo di Romagna, 2008, 411 s. Circa la "nozione di 'caratteristiche del contratto' va preferita un'interpretazione ampia che tenga conto di tutti gli elementi che vanno a costituire il contratto" (V. SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 1474).

²³⁶ Pagamento che – a norma del co. 3 dello stesso articolo – il fornitore può, però, esigere solo se è in grado "di provare che il consumatore è stato debitamente informato dell'importo dovuto, in conformità all'art. 67-*septies*, comma 1, lett. a)".

²³⁷ "La differenza risiede in definitiva in ciò, che: 1) nel caso di recesso, il corrispettivo per i servizi finanziari prestati va pagato dal consumatore e, se già pagato, non deve essere restituito; 2) nel caso di nullità, il corrispettivo per i servizi finanziari prestati non va pagato dal consumatore e, se già pagato, deve essere restituito" (V. SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 1471).

²³¹ A differenza di quanto constatato *supra*, con riguardo agli artt. 49, co. 5 e 72, co. 4, c. cons.

²³² Perciò – fa notare V. SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 1474 – "non ogni omissione informativa né ogni informazione non completa, non corretta o non veritiera basta per ottenere la nullità del contratto. Bisogna invece osservare gli effetti che tale condotta del fornitore produce" onde verificare se l'alterazione cui la norma fa cenno esista e sia "significativa", cioè importante e/o grave. La tecnica qui adottata – per dirla con S. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 142 – esemplifica quella "nota al diritto europeo dei rimedi incentrata sull'aggiramento della *fattispecie*", giacché esprime "un radicale allontanamento dalla descrizione di quel *fatto* o da quei fatti cui la norma giuridica ricollega determinati *effetti* giuridici".

²³³ E' d'ostacolo il fatto che l'art. 67-*septiesdecies*, co. 4, c. cons. identifica un'ipotesi di nullità legata alla violazione di una regola di condotta affidata al sindacato valutativo del giudice: lo rileva S. PAGLIANTINI, *voce cit.*, 779 s., scrupoloso nel segnalare aporie ed opacità nel concetto di nullità virtuale di protezione. V'è, tuttavia, chi ha prospettato possibile l'estensione in via analogica di ipotesi di nullità testuale (di protezione) a fattispecie di violazione di norme imperative che non rechino precisata la sanzione [v. G. D'AMICO, *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, cit., 985] e – a quanto pare – questa strada è stata giudicata percorribile da U. SALANITRO, *Violazione delle norme di condotta nei contratti di intermediazione finanziaria e tecniche di tutela degli investitori: la prima sezione della cassazione non decide e rinvia alle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1008 (in nota a Cass., ord. 16 febbraio 2007, n. 3683), proprio assumendo a riferimento la disciplina previgente in tema di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari e cioè l'art. 16, co. 4, D. Lgs. 19 agosto 2005, n. 190 – il cui tenore letterale, peraltro, non differisce da quello del co. 4 dell'art. 67-*septiesdecies* – cui l'A. riconosce "una portata rilevante, quasi dirompente, sul piano sistematico", ancorché largamente depotenziata in considerazione del fatto che la nullità in ipotesi di violazione degli obblighi di informativa precontrattuale, ivi contemplata, non sarebbe raccordabile "al mancato assolvimento degli obblighi di informazione sulla natura dei prodotti finanziari o sui rischi delle singole operazioni di investimento". Potrebbe, se ci si pone in questa prospettiva, rinvenirsi nella regola di cui al comma da ultimo menzionato il trattamento da adottare nel caso – già *supra* prospettato – di mancata informazione precontrattuale limitata ad alcune tra le voci di cui al co. 1 dell'art. 49 c. cons., considerando quindi la nullità del contratto operativa solo là dove detta violazione sia causa di ignoranza e/o disinformazione "significativa".

²³⁴ Il problema più delicato, che il dettato della disposizione non aiuta a risolvere, è stabilire quando la rappresentazione delle caratteristiche del contratto possa dirsi alterata "in modo significativo": a tal proposito V. SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 1473 precisa che tale alterazione sussiste, in definitiva,

Va pure considerato, infine, che, per ragioni facilmente intuibili e per lo più legate alle caratteristiche che l'oggetto commercializzato può presentare²³⁸, in numerosi casi il diritto di recesso qui considerato non sussiste: lo testimonia l'elencazione delle esclusioni operata dall'art. 67-
168 *duodecies*, co. 5²³⁹. La via d'uscita della nullità resta, in queste ipotesi, praticabile, sempreché l'alterazione significativa – conseguenza della violazione degli obblighi di informativa precontrattuale – risulti dimostrata.



²³⁸ Ed, in certa misura, anche all'esigenza di far sì che il recesso non diventi "uno strumento di cui il consumatore abusa per trarre vantaggi ingiustificati" (V. SANGIOVANNI, *Il diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, cit., 416).

²³⁹ Sulle quali, v. V. SANGIOVANNI, *op. ult. cit.*, 416 ss. L'A. rileva, guardando a quella prevista nella lett. a), "una *ratio* simile a quella che giustifica una disposizione come l'art. 30 comma 8 d.lgs. n. 58 del 1998" (*op. ult. cit.*, 417).