

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
Cattedra di Diritto dei Consumatori

**LA VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI INFORMAZIONE E LA
RICERCA DI RIMEDI TRA GIURISPRUDENZA E LEGISLAZIONE.**

RELATORE

Chiar.mo Prof.

Antonio Catricalà

CANDIDATO

Giovanni Uccellatore

Matr. 108003

CORRELATORE

Chiar.ma Prof.ssa

Maria Pia Pignalosa

ANNO ACCADEMICO 2014/2015

INDICE

CAPITOLO I

La tutela del consumatore dal diritto romano al codice del consumo

1.1. Gli obblighi di informazione in età romanistica.....	6
1.1.1. Segue: La rilevanza giuridica del silenzio: il III libro del <i>De officiis</i> di Cicerone.....	8
1.2. La responsabilità precontrattuale nel diritto romano e la successiva elaborazione jheringhiana sulla <i>culpa in contrahendo</i>	13
1.2.1. Segue: Critiche e sviluppi.....	18
1.3. L' unificazione della disciplina a tutela del consumatore con il d.lgs. 206/2005 (il codice del consumo).....	21
1.4. Cenni al dibattito sulla nozione di consumatore nel codice del consumo.....	26
1.5. Le pratiche commerciali sleali nel codice del consumo a seguito della Direttiva 25/2009/CE(.....)	31
1.5.1. Segue: (...) e dei decreti legislativi n. 145 e 146 del 2007 (cenni).....	37

CAPITOLO II

Gli obblighi di informazione nel rapporto tra professionista e consumatore

2.1. Considerazioni preliminari. Il consumatore post-moderno: soggetto consapevole o mero prodotto della società dei consumi?.....	41
2.2. I doveri di informazione come soluzione alle asimmetrie informative del mercato.....	46
2.3. Gli obblighi di informazione nel codice del consumo e interferenze con la disciplina privatistica delle clausole vessatorie.....	52
2.4. L'educazione al consumo e diritto del consumatore ad un'informazione "educata"	57
2.5. Rassegna ragionata della legislazione settoriale.....	64
2.5.1. Segue: la nuova disciplina dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali a seguito della Direttiva 2011/83/UE.....	67
2.6. I contratti di credito ai consumatori: evoluzione pratica e normativa.....	82
2.7. Gli obblighi di informazione nei contratti delle banche, degli intermediari finanziari e di credito al consumo.....	87

CAPITOLO III

Le conseguenze della violazione degli obblighi di informazione tra rimedi contrattuali ed extracontrattuali

3.1. Neoformalismo negoziale e configurabilità della violazione degli obblighi di informazione quale pratica commerciale scorretta.....	95
3.2. La ricerca di rimedi alla luce della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento.....	99
3.3. Segue: Applicazioni giurisprudenziali della questione nel settore dei mercati finanziari.....	107
3.4. Cenni storici sulle origini del dolo come vizio del consenso	120
3.5. I rimedi alla violazione di un obbligo di informazione tra annullamento, risarcimento e vizi del consenso.....	123
Conclusioni.....	141
Bibliografia.....	???

CAPITOLO I

La tutela del consumatore dal diritto romano al codice del consumo

SOMMARIO: §1.1. Gli obblighi di informazione in età romanistica. - §1.1.1. Segue: La rilevanza giuridica del silenzio: il III libro del *De officiis* di Cicerone. - §1.2. La responsabilità precontrattuale nel diritto romano e la successiva elaborazione jheringhiana sulla *culpa in contraendo*. - §1.2.1. Segue: Critiche e sviluppi. - §1.3. L'unificazione della disciplina a tutela del consumatore con il d.lgs. 206/2005 (il codice del consumo). - §1.4 Cenni al dibattito sulla nozione di consumatore nel codice del consumo. - §1.5 Le pratiche commerciali sleali nel codice del consumo a seguito della direttiva 2005/29/CE e dei decreti legislativi 145/2007 e 146/2007.

1. Gli obblighi di informazione in età romanistica.

La ragione della scelta di iniziare la trattazione muovendo dal diritto romano risiede sia nel fatto che un approccio, almeno inizialmente, storico possa sempre rivelarsi un'utile via da percorrere, sia perché, nel caso specifico, il diritto romano si mostra di grandissimo aiuto nel ricostruire l'attuale dibattito sul tema degli obblighi precontrattuali di informazione e sulle conseguenze della loro violazione .

Il tema in questione è di particolare complessità e la dottrina più recente si è soprattutto preoccupata di trovare una soluzione unitaria rispetto ai temi della natura, dei criteri di imputazione e delle conseguenze della responsabilità per violazione degli obblighi informativi, il tutto con risultati poco soddisfacenti. La ragione di ciò può forse essere trovata nell'approccio dato dal diritto romano alla

soluzione di tale problema; manca in questa esperienza giuridica, infatti, il tentativo di ricondurre ad una categoria unitaria la disciplina della violazione degli obblighi di informazione; le varie forme di scorrettezza furono infatti sanzionate in modo diverso secondo il criterio casistico proprio della prima giurisprudenza romana¹.

Nella fase più antica non tutte le ipotesi di violazione degli obblighi di informazione erano sanzionate; il diritto romano arcaico delle XII tavole disciplinava infatti le sole ipotesi di informazioni inesatte e mendaci e per di più limitate alla sola *mancipatio*². Fu quindi proprio la compravendita il primo tipo negoziale in cui è stato possibile ravvisare l'esistenza di veri e propri obblighi di informazione a carico, appunto, del venditore. In questa prima fase allora, il venditore restava vincolato alle qualità del bene promesse o garantite contestualmente al rito mancipatorio; ciò dimostra quindi come in quell'epoca fossero ancora assenti veri e propri obblighi precontrattuali di informazione.

Nel II sec. a.C., però, intervengono gli edili curuli emanando due editti volti a regolare la compravendita di schiavi e di animali e introducendo quindi i primi obblighi informativi a carico dei venditori. L'intervento degli edili si pone come risposta ad un sentito e diffuso disagio verso le condotte commerciali dei venditori di schiavi e di animali: soggetti, questi, perlopiù stranieri e girovaghi che non disdegnavano il ricorso a comportamenti sleali. A norma dei due editti quindi, "il venditore era obbligato a denunciare tutti i difetti fisici non apparenti e, con specifico riguardo agli schiavi, anche alcuni vizi morali (l'inclinazione alla fuga) e

¹ L. SOLIDORO MARUOTTI, *Annotazioni sui precedenti storici degli obblighi precontrattuali di informazione* in *Teoria e storia del diritto privato*, disponibile all'indirizzo <http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cid=139#ftnref1>.

² CICERONE, *De officiis*, 3.15.65.

giuridici (la condizione di *noxam non solutus* in cui si trovava lo schiavo autore di un delitto, con il conseguente rischio a carico del compratore di essere esposto a responsabilità nossale).”³

La pubblicazione degli editti è di fondamentale importanza sotto due profili: innanzitutto segna il passaggio da un onere esclusivamente “auto-informativo” a carico dello stesso compratore, in ossequio al principio *caveat emptor*, ad un vero e proprio obbligo, edittale, di informazione a carico del venditore; il secondo profilo di rilevanza attiene, invece, alle condotte sanzionabili. Non più solo le informazioni inesatte e mendaci sono infatti punite, ma anche la reticenza su alcune circostanze può assurgere a condotta antigiuridica.

1.1 Segue: La rilevanza giuridica del silenzio: il III libro del *De officiis* di Cicerone.

Quella della rilevanza giuridica del silenzio è una questione che, così come interessa enormemente la dottrina odierna, è stata oggetto di dibattito anche nell’esperienza romana. Autorevole dottrina ha però sottolineato come “i numerosi (e vani) sforzi compiuti nel secolo scorso per rintracciare nelle fonti romane un (inesistente) principio-guida generale sulla rilevanza giuridica del *tacere* sono stati accompagnati da un’impostazione troppo parziale, e perciò deviante: l’identificazione del significato giuridico del silenzio in genere con il circoscritto problema del silenzio nella conclusione del contratto.”⁴

³ L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origine storiche e prospettive attuali*, p. 41, Napoli, Satira editrice, 2007.

⁴ Ivi, p.1.

A dimostrazione della attualità del problema anche in quell'epoca sta una parte del terzo libro del *De officiis* di Cicerone (44 a.C.), dedicato al rapporto tra l'“utile” e l'“onesto”; il testo in questione è da alcuni definito addirittura come il primo vero e proprio trattato di responsabilità prenegoziale per violazione degli obblighi di informazione⁵, e ci offre numerosi spunti sulla tematica della reticenza del venditore e in generale sul comportamento da tenere durante le trattative contrattuali, in particolare nel campo della compravendita immobiliare.

Cicerone vede una naturale connessione tra l'utile e l'onesto, da qui, quindi, la necessità di denunciare tutti i vizi della cosa all'atto di vendita è vista come una necessità morale, prima ancora che giuridica: “sia ben chiaro dunque che quanto è immorale non può mai essere utile, neppure quando si consegue ciò che è utile; è difatti dannoso persino lo stimare utile ciò che è immorale”.⁶ Nel corso dell'opera l'Arpinate si serve di alcuni esempi tipici di conflitto tra onestà ed utilità per considerare se vi sia effettivamente contrasto, o se, invece, la prima possa essere identificata con la seconda.

Il primo esempio⁷ addotto è quello di un commerciante di frumento, di un *vir bonus*, che ha appena importato una gran quantità di cereale a Rodi, in un momento in cui la città viveva una grande carestia e in cui i Rodiesi pagavano carissimo il prodotto. Sapendo dell'arrivo dalla città di Alessandria, di altre navi cariche di frumento, qual è il comportamento che il *vir bonus* deve tenere? La risposta è affidata da Cicerone ad un immaginario dialogo tra due personaggi della sua opera,

⁵ Ivi, 42.

⁶ CICERONE, *De officiis*, 3.12.

⁷ Ivi, 3.12.50-53.

Diogene di Babilonia⁸ ed Antipatro di Tarso⁹, suo discepolo. I due hanno idee divergenti: per Antipatro, infatti, l'uomo onesto, il venditore onesto, non deve tacere nulla al proprio compratore; i Rodiesi dovrebbero, quindi, essere informati dal commerciante in quanto l'arrivo di ulteriore frumento comporterà un esponenziale calo dei prezzi e la possibilità per loro di comprare ad un costo ridotto. Diogene, tuttavia, è di diverso avviso e ritiene che il venditore debba rivelare sole le informazioni che le prescrizioni di diritto civile gli impongono; al di fuori di queste ipotesi dovrà esercitare il suo mestiere senza disonestà, ma sempre ricercando il maggior utile possibile e tacere, nel caso di specie, ai Rodiesi l'arrivo di altre navi. "*Aliud est celare, aliud tacere*", così dice Diogene ritenendo differenti le due condotte del "nascondere" e del "tacere", e considerando solo la prima moralmente riprovevole.

A questo punto le conclusioni sono tratte personalmente da Cicerone che non può che sostenere la tesi di Antipatro: "Nascondere non significa, difatti, tacere tutto ciò che sai, ma volere che ignorino quello che tu sai, per tuo guadagno, quanti avrebbero interesse a saperlo. Chi non vede quale sia e caratteristico di quale uomo questo modo di celare? Certo non è proprio di un uomo leale, schietto, nobile, giusto, buono, ma piuttosto di un uomo scaltro, dissimulatore, astuto, ingannatore, malizioso, sagace, furbacchione ed abile. Che utilità c'è a tirarsi addosso tanti ed altri ancor più numerosi appellativi di difetti?"¹⁰, così scrive l'Arpinate, ritenendo quindi il silenzio

⁸ Stoico sostenitore del principio secondo cui è giustificato chi si attiene al proprio utile, perché obbedisce allo spirito di conservazione.

⁹ Anche lui stoico, ma assertore della solidarietà umana, in nome della quale occorre superare l'interesse individualistico, per non danneggiare i proprio simili.

¹⁰ CICERONE, *De officiis*, 3.12.57.

intenzionale riprovevole e avendo sempre in mente come il dovere di informazione del venditore sia un dovere morale, prima ancora che giuridico. Egli riconosce quindi che determinati comportamenti non si pongono direttamente in contrasto con il diritto civile, ma ravvisa comunque la violazione di un altro tipo di legge, la legge di natura, che deve sempre essere rispettata: “il diritto civile non si identifica senz’altro con quello delle genti, ma quello delle genti deve essere anche civile.”¹¹

Da quanto esposto emerge una prima assimilazione tra il silenzio intenzionale e la reticenza, di cui il “*celare*” è una declinazione, consistente in 3 elementi: l’intenzionalità dell’omissione, perseguimento di un proprio utile e lesione dell’altrui interesse a conoscere quella specifica informazione.¹² La giurisprudenza romana dal II sec. d.C. sembra, inoltre, aver recepito tale orientamento consentendo alla parte ingannata dalla reticenza del venditore di esperire l’azione contrattuale per il risarcimento qualora l’errore indotto dal dolo fosse caduto su di una delle qualità essenziali della cosa venduta.¹³

Similmente al diritto romano, le elaborazioni successive in tema di silenzio, hanno seguito un approccio casistico volto alla individuazione della sua rilevanza giuridica caso per caso. Già la scuola del Savigny, richiamata espressamente da Vittorio Scialoja a fine ‘800, propendeva per una qualificazione del silenzio come *quaestio facti*: esso andava cioè considerato come fatto “singolare” da interpretare volta per volta,

¹¹ Ivi, 3.12.69.

¹² Siamo molto vicini alla odierna nozione di reticenza intesa come “silenzio intenzionale su quanto si dovrebbe dire”: G. VISINTINI, *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, p. 205.

¹³ L. SOLIDORO MARUOTTI, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origine storiche e prospettive attuali*, p. 54, Napoli, Satura editrice, 2007.

abbandonando, quindi, i tentativi di individuare un generale principio generale.

La grandissima influenza del diritto romano sul lavoro di Scialoja è innegabile. Egli rintraccia la ragione per cui sono stati rinvenuti testi giurisprudenziali romani in cui l'interpretazione è fondata su principi differenti, nella coesistenza, nel diritto romano appunto, di due categorie di atti giuridici¹⁴ aventi per carattere l'una la volontà come causa direttamente efficace, l'altra la responsabilità come elemento essenziale per gli effetti giuridici della dichiarazione. Proprio perciò, e nonostante fosse un sostenitore del silenzio come *ius singulare*, egli ne individuava tre diverse ipotesi: il silenzio come non-fatto, il silenzio come manifestazione tacita di volontà e il silenzio come volontà espressa. In particolare "il silenzio può essere anche tacita manifestazione di volontà o anche un'espressa dichiarazione di volontà, e questo dipende dalle circostanze concomitanti il silenzio; così se uno si trova in tali circostanze che se non volesse una determinata cosa, dovrebbe necessariamente parlare, evidentemente continuando a tacere, dimostra di avere quella volontà; e siccome le circostanze che possono attribuire questo carattere al silenzio possono essere di diverso genere, può essere che esse siano tali che il silenzio giunga ad essere una volontà espressa [...]; in definitiva il giudicare se nei singoli casi di volontà tacita, tacitamente manifestata, vi sia o no una dichiarazione, è un giudizio di fatto, cioè bisogna vedere caso per caso se esista o no quella logica e necessaria connessione tra il fatto esterno e l'animo dell'agente, sicché lo stesso fatto può darsi benissimo che in

¹⁴ V. SCIALOJA, *Responsabilità e volontà de negozi giuridici, Prolusione al corso di Pandette letta il 12 Gennaio 1885 nell'Università di Roma 1885*, pp 203-228 in *Prolusioni dei civilisti*, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2012.

un caso si possa ritenere manifestazione tacita di volontà e in un altro no, per il variare delle circostanze.”¹⁵

A riprova di ciò egli pone l'esempio della pratica processuale in relazione agli atti giudiziari, in cui uno è espressamente tenuto a dire se vuole una cosa o non la vuole: il suo silenzio implicherebbe automaticamente l'accettazione della situazione di fatto. In conclusione, quindi, per Scialoja il silenzio *quaestio facti est*, e non è possibile predeterminare regole precise e principi generali.

2. La responsabilità precontrattuale nel diritto romano e la successiva elaborazione jheringhiana sulla *culpa in contrahendo*

La storia di Rudolf von Jhering (1818-1892) e quella del diritto romano sono strettamente collegate. Apertamente in contrasto con la dottrina allora dominante, il lavoro di Jhering ha, infatti, il suo maggior spunto proprio nella puntuale rassegna delle fonti romane relative alla responsabilità nella conclusione di un contratto.

Il punto di partenza della ricerca del giurista tedesco è, però, il problema dell'ingiustizia e dell'inadeguatezza sul piano pratico della dottrina allora dominante, la c.d. "Willenstheorie", teoria in base alla quale sono irrisarcibili i danni cagionati da un errore "essenziale" e, in particolar modo, da quel tipo di *error* che secondo la corrente terminologia, siamo soliti definire "ostativo".¹⁶

¹⁵ V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, in *Lezioni dettate nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-93*, Roma, Tipo-litografia Speranza e Martoriati, 1907.

¹⁶ F. PROCCHI, *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto)informazione e la presunzione assoluta di "culpa" in capo al "venditor"*, in *Teoria e storia del diritto privato*,
disponibile all'indirizzo

L'esposizione della teoria di Jhering richiede necessariamente una preventiva analisi della disciplina del diritto romano classico, il quale distingueva tra accordi *stricti iuris* e accordi *bonae fidei*¹⁷. Il fatto che i secondi fossero accordi basati, appunto, sulla buona fede ampliava notevolmente i poteri dei giudici romani i quali (ad esempio in caso di *actio empti*, tipica azione di buona fede) potevano basare la loro decisione non solo sul rapporto obbligatorio esistente tra le parti, ma anche sul comportamento tenuto da queste nella fase di formazione del contratto.

Caso di scuola è quello della vendita di un uomo libero del cui stato di libertà, però, l'acquirente non è a conoscenza e che è stato quindi acquistato in *bona fides*; in questo caso il diritto romano considerava valida tale compravendita ritenendo oggettivamente difficile per il compratore distinguere un uomo libero da uno schiavo. Viceversa, se l'acquirente sapeva che l'uomo che stava per acquistare era un uomo libero il contratto era nullo, e tale nullità (la *stipulatio* del *dare* un uomo libero), era specificamente stabilita.¹⁸

<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cid=246>

¹⁷ A. M. RABELLO, *La base romanistica della teoria di Rudolph von Jhering sulla "culpa in contraendo"*, pp. 2175 ss., in *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, a cura di F.M. D'IPPOLITO, III, Napoli, Satura editrice, 2007.

¹⁸ GAIO, *Institutiones*, 3.97: *Si id, quod dari stipulamur, tale sit ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut si quis hominem liberum quem servum esse credebat, aut mortuum quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum quem putabat humani iuris esse, dari stipuletur.* ("Se ciò che stipuliamo che venga dato sia tale da non potere essere dato, la stipulazione è inutile, come se uno stipuli che venga dato un uomo libero che credeva servo, un morto che credeva vivo, o un luogo sacro o religioso che riteneva fosse di diritto umano").

Nel periodo romano classico, però, era punito solo il *dolus in contraendo*, mediante l'*actio doli*¹⁹. Restavano quindi prive di tutela le situazioni di responsabilità derivante da comportamento scorretto tenuto nella fase precontrattuale.

In età bizantina, e precisamente con Giustiniano, si è provato a dare una soluzione a tale lacuna sanzionando la condotta non più con l'*actio doli*, ma concedendo l'*actio ex contractu*. Emerge da ciò la convinzione che la buona fede contrattuale dovesse essere rispettata anche nel periodo delle trattative, pur in assenza di una azione specifica. Secondo l'autorevole dottrina richiamata²⁰ però, i giuristi bizantini avrebbero interpolato i testi classici, sostituendo con l'*azione contrattuale* le precedenti ipotesi di *actio doli*. Si concedeva allora alla parte danneggiata l'azione del corrispondente contratto, sebbene non concluso.²¹

Ciò che Jhering però vuole sottolineare è che nel diritto romano la protezione della parte danneggiata dal comportamento scorretto tenuto dalla controparte nella fase delle trattative era limitata e solo frammentaria. E proprio qui sta il duplice merito del giurista tedesco: la rivalutata ed attenta analisi delle fonti di diritto romano (approccio ormai abbandonato dalla dottrina moderna) da un lato, e l'impegno di affrontare in maniera estesa, e per la prima volta con una simile profondità, il problema della responsabilità nelle trattative e nella formazione del contratto dall'altro.

¹⁹ K. HELDRICH, *Das Verschuldene beim Vertragsabschluss im klassischen roemischen Recht und in der spaeteren Rechtsentwicklung*, in *Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien*, Leipzig 1924.

²⁰ Vedi nota precedente.

²¹ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, p. 3, Milano, Giuffrè editore, 1963.

Se un soggetto è stato colpevolmente causa della nullità di un contratto, deve risarcire il danno che l'altra parte ha sofferto per aver confidato nella validità del contratto stesso? È questo il quesito cui Jhering vuol dare una risposta nel suo saggio sul tema divenuto ormai celebre.²²

La novità dello studio jheringhiano si comprende appieno se si considera che gli studi precedenti trattavano l'argomento solo con riguardo alle due ipotesi particolari di errore e di dolo.²³ Ma cosa ne è della condotta colposa?

L'analisi della questione, dicevamo, prende il via dallo studio del diritto romano e in particolare da alcuni testi del Digesto relativi alla compravendita di *res extra commercium*, come di un terreno ove si trovi una tomba o di un tempio consacrato (rispettivamente ritenuti *res sacrae* e *res religiosae*).

Sebbene secondo la maggioranza degli studiosi non è possibile possedere una *res extra commercium* in buona fede (a differenza del possesso di uomo libero acquistato nella convinzione del suo status di schiavo), dalla lettura di alcuni passi di Gaio e di Giustiniano sembra però emergere il contrario.

"Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est".²⁴

²² R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jhering Jahrbucher*, 4, 1861 trad. *Culpa in contrahendo ovvero del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*.

²³ L'aderenza alla dottrina giusnaturalistica porta, ad esempio, Pothier a dire che se il contratto è invalido per errore è l'equità che giustifica il nascere di un obbligo di risarcimento del danno sofferto dalla parte danneggiata (in *Traité des obligations*, I, Paris, 1805).

²⁴ ("È pure evidente che non si possono usucapire gli uomini liberi, e le cose sacre e religiose") in GAIO, *Institutiones*, 2.48

Gaio nega che il possesso in buona fede possa legittimare l' *usucapio* (“*Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat non tamen illi usucapio procedit*”) e tra gli esempi addotti riporta appunto la vendita di uomini liberi e di cose sacre o religiose. Tutto ciò sta a dimostrare come la *possessio* di *res sacrae* o *religiosae* fosse considerata giuridicamente alla stregua di quella vista in relazione ad uomo libero.

Altro passo analizzato da Jhering è quello tratto dal quinto libro del *Regularum* di Modestino e riportato nel Digesto giustiniano²⁵.

“Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur, quod interfuit eius, ne deciperetur.”

Dal testo si ricava che, sebbene la compravendita sia invalida, e il contratto quindi nullo, all'acquirente in buona fede è comunque concessa un'*actio ex contractu* volta ad ottenere il risarcimento del *quod interfuit eius ne deciperetur*.

Jhering è consapevole di questa apparente contraddittorietà e ritiene che “la conclusione di un contratto non produca semplicemente un obbligo al risarcimento del danno: l'espressione *nullità* del contratto designa, secondo il linguaggio romano e moderno, soltanto l'assenza di quell'effetto, non in generale di ogni effetto”. Così, la vendita di una *res extra commercium* escluderebbe la possibilità dell'adempimento, ma non l'obbligo del risarcimento che si ricollegerebbe al contratto.²⁶

È indubbio che il danno che la parte ha sofferto per aver confidato nella validità del contratto vada risarcito, ma secondo Jhering al danneggiato non poteva essere concessa né l'*actio doli*, né tantomeno l'*actio legis*

²⁵ D.18.1.62.1

²⁶ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, p.5, Milano, Giuffrè editore, 1963.

Aquiliae, esperibili rispettivamente solo in caso di condotta dolosa e di lesione alla persona o alle cose. Ma qual è allora la fonte di tale obbligo? Il giurista tedesco ritiene che la giustificazione di tale dovere sia da rinvenire proprio nella *culpa* del venditore²⁷, a nulla servendo il fatto che quest' ultimo non sappia che il bene alienato sia una *res extra commercium*. Chi infatti ha intenzione di alienare un bene deve, per Jhering, sempre assicurarsi della presenza di tutti i requisiti di validità della compravendita già prima della formazione del contratto.

Siamo così giunti al capolinea dell'elaborazione jheringhiana. È a questo punto che al giurista tedesco si presenta l'occasione di enunciare un principio di portata generale: se l'obbligo del risarcimento trova la sua fonte legittimante nella condotta colposa tenuta dal venditore durante le trattative precontrattuali, tale obbligo sorgerà, allora, ogni qual volta sia ravvisabile una tale ipotesi di *culpa in contraendo*²⁸.

Risulta adesso chiaro il motivo della portata innovativa di tale teoria; nessuno prima di Jhering aveva seriamente ravvisato l'esigenza di tutelare il contraente danneggiato dalla condotta, anche solo colposa, tenuta dalla controparte. A lui quindi il merito di aver stimolato le successive attenzioni al tema della responsabilità nella fase delle trattative.

2.1 Segue: Critiche e sviluppi.

Sebbene Jhering ebbe una grandissima intuizione, la sua teoria non può però essere ritenuta insuscettibile di critiche.

²⁷ Ivi, p.6.

²⁸ Ibidem.

Invero, un triplice ordine di critiche viene proprio da un suo connazionale, Theodor Mommsen.²⁹

Lo studioso di Garding ritiene, innanzitutto che il sorgere della responsabilità debba dipendere esclusivamente dalla invalidità del contratto successivamente stipulato. La teoria jheringhiana, invece, non prevedendo alcun tipo di limitazione alle sole ipotesi di contratto invalido, poteva addirittura applicarsi a prescindere dalla conclusione stessa del contratto³⁰.

Seconda obiezione volta da Mommsen riguarda la possibilità di far dipendere l'obbligo di risarcimento dalla *culpa* durante le trattative anche in casi in cui una colpa effettiva può addirittura mancare³¹.

L'ultima contraddizione starebbe invece nella previsione di un' *actio ex contractu* esperibile dalla parte danneggiata laddove il contratto è invece nullo³².

Se parte della dottrina è critica nei confronti di Jhering, allo stesso tempo nessuno ha mai negato l'esigenza pratica che ne stava a fondamento, quella, cioè, di dare una risposta chiara alle situazioni di responsabilità precontrattuale per condotta colposa della parte. E proprio su questo si sono soffermati gli studi successivi.

Sebbene tali ricerche giungevano spesso al ricorso di espedienti discutibili³³, le preoccupazioni della dottrina a riguardo hanno

²⁹ Theodor Mommsen (Garding, 1817 – Charlottenburg 1903) è stato un grande storico e giurista tedesco. Anche lui, come Jhering ha dedicato grandissima parte dei suoi studi alla storia romana. Proprio per l'opera *Römische Geschichte (Storia di Roma)* vince il Premio Nobel per la letteratura nel 1902.

³⁰ T. MOMMSEN, *Erörterungen aus dem Obligationenrecht, II, Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen*, p. 16, Braunschweig, 1879.

³¹ Ivi, pp. 12 ss.

³² Ivi, p. 5.

raggiunto con il tempo gli stessi legislatori nazionali. Si è quindi assistito nel panorama europeo alla graduale fioritura di disposizioni³⁴ volte ad imporre un obbligo di risarcimento del danno a carico di chi, colpevolmente, causasse l'invalidità del contratto. In questo modo l'idea della necessaria punibilità di chi versa in *culpa in contraendo* supera la sua natura squisitamente dottrinale e penetra positivamente negli ordinamenti.

Gli esempi dei codici civili greco ed italiano si discostano però dalla tendenza del periodo³⁵. Essi infatti non si limitano alla mera introduzione di un obbligo di risarcimento del danno, ma introducono una generale regola di comportamento da tenere durante la fase delle trattative.³⁶

Soffermandoci brevemente sul caso del nostro ordinamento notiamo come la risposta data dal legislatore italiano sia stata l'introduzione, nel 1942, dell'art. 1337 del codice civile che testualmente recita: "*Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede*". Si tratta, cioè, dell'introduzione di una clausola generale di buona fede nelle trattative³⁷.

I risvolti giuridici di tale novella sono almeno due. In primo luogo, la *culpa in contraendo* di jheringhiana memoria trova il fondamento

³³ Ad esempio il ricorso all' *actio dolis* o all' *actio legis Aquiliae* (entrambe da respingere per i motivi visti sopra).

³⁴ Vedi art. 198 codice civile greco del 1940; art. 1338 codice civile italiano del 1942.

³⁵ F. BENATTI, *op. cit.*, p. 10.

³⁶ Sulla qualifica dell'art 1337 c.c. come regola di validità o di comportamento si tratterà dettagliatamente in seguito.

³⁷ Per il Pedrazzi l'introduzione dell'art 1337 sarebbe stata superflua in quanto esso "sussisterebbe, come principio, anche senza una statuizione esplicita, perché è nella logica del sistema", in C. PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, p. 204, Milano, Giuffrè editore, 1955.

positivo che le era fin ad allora mancato. In secondo luogo, la clausola generale permette di ricondurre alla responsabilità precontrattuale anche le ipotesi di conclusione di un contratto perfettamente valido.³⁸ Tratteremo più avanti e con più attenzione del generale obbligo di buona fede ex art. 1337 c.c., basti qui aver rilevato come indubbi siano stati i meriti della teoria di Rudolph von Jhering e come questa abbia influenzato gran parte degli ordinamenti europei di *civil law*³⁹.

1.3. L' unificazione della disciplina a tutela del consumatore con il d.lgs. 206/2005 (il codice del consumo).

Negli anni '90 in Italia la tutela del consumatore era frammentaria e affidata perlopiù a leggi speciali che disciplinavano solo alcune specifiche situazioni del rapporto di consumo (come la vendita a distanza, la vendita di prodotti finanziari o la negoziazione dei contratti fuori dei locali commerciali).⁴⁰

Un esempio ulteriore è il d.P.R. 24 maggio 1988, n. 224, relativo alla responsabilità del produttore per danni cagionati da prodotti difettosi e introdotto in attuazione della direttiva comunitaria 25 luglio 1985, n.

³⁸ In tal senso F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè editore, 1963; cfr. anche Cass., 29 settembre 2005, n. 19024 in *Danno e resp.*, 2006, pp. 25 ss. per cui “la responsabilità per violazione del dovere di buona fede durante le trattative, o di più specifici obblighi precontrattuali, non è limitata [...] bensì si estende ai casi in cui la trattativa abbia per esito la conclusione di un contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole per una delle parti.”

³⁹ Nei regimi di *common law*, infatti, il principio generale è quello del *caveat emptor* (“stia attento il compratore”).

⁴⁰ V. d. lgs 385/1993 relativo al credito al consumo o d. lgs 185/1999 relativo ai contratti a distanza.

374. L'importanza della normativa europea in questione sta nell' aver introdotto una figura, quella del danneggiato, considerata da alcuni ⁴¹ l'antesignano dell' odierno "consumatore".

Bisognerà però attendere la legge n. 52 del 1996 relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i professionisti, (anche questa attuativa di una direttiva di origine comunitaria) per poter vedere espressamente introdotta la figura del consumatore nel nostro codice civile.⁴²

In particolare, la soluzione adottata dal legislatore è stata quella di introdurre un apposito capo, il XIV bis, all'interno del libro IV del codice, volto a disciplinare i cc. dd. "contratti del consumatore".

Relativamente alla disciplina delle clausole abusive nei contratti tra professionista e consumatore (artt. 1469 bis e ss.) e alla disciplina della vendita di beni di consumo (artt. 1519 bis e ss.), la tutela di questo soggetto, nuovo per il nostro ordinamento, veniva quindi in un primo momento affidata al codice civile.

Il quadro esposto fin qui cambia tuttavia con l' entrata in vigore del d. lgs 6 settembre 2005, n. 206, meglio noto come codice del consumo. La scelta di adottare un codice settoriale che potesse armonizzare la disciplina a tutela del consumatore, fino ad allora demandata ad un frammentario insieme di leggi speciali, era assolutamente in linea con gli orientamenti comunitari che già dal 1992 ravvisavano l'esigenza di un "livello elevato di protezione dei consumatori, mediante azioni di sostegno e di integrazione della politica svolta dagli Stati membri al

⁴¹ F. CARINGELLA, *Manuale di diritto civile, II, Il contratto*, p.1757, Roma, Dike giuridica editrice, 2011.

⁴² A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, p. 4, Roma, Dike Giuridica editrice, 2013.

fine di tutelare la salute, la sicurezza, gli interessi economici dei consumatori e di garantire loro un'informazione adeguata".⁴³

Nonostante l'intento unificatore europeo però, non tutti gli Stati si sono mossi nella stessa direzione. Se infatti la Francia ha adottato una scelta simile a quella italiana, l'entrata in vigore di un apposito codice, il *Code de la Consommation*, lo stesso non è accaduto altrove.⁴⁴

In Germania il legislatore ha infatti optato per la riformulazione del libro II del BGB, sulle obbligazioni, nell'intento di ricondurre a sistema unitario il diritto tradizionale e il nuovo diritto dei contratti.⁴⁵

Similmente in Olanda, le norme sulla tutela del consumatore sono state inserite nella parte generale del codice civile (il *Burgerlijk Wetboek*), specificatamente, l'apposita disciplina sulla vendita dei beni di consumo è stata introdotta all'interno del libro VII del BW.⁴⁶

La scelta italiana, infine, è stata quella di introdurre una normativa che racchiudesse, e quindi sostituisse, tutte quelle leggi di settore che non consentivano una disciplina complessivamente organica ed unitaria. Utilizzando un paragone artistico, certa dottrina⁴⁷ ha sostenuto che è come se "il legislatore abbia riunito i pezzi di un mosaico sparsi, in quasi 10 anni di legislazione *consumeristica* (dal momento in cui la

⁴³ Trattato di Maastricht sull'Unione europea, Titolo XI, articolo 129 A.

⁴⁴ Per una più approfondita analisi della disciplina francese vedi V. CRESCIMANNO, *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra Code de la Consommation e Code Civil*, pp. 483 ss., in *Europa e dir. priv.*, 2, 2008.

⁴⁵ A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, p. 1, Roma, Dike Giuridica editrice, 2013.

⁴⁶ G. BISAZZA, A. JANNSEN, A. SCHIMANSKY, *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo in Olanda*, in *Europa e dir. priv.*, 2005.

⁴⁷ F. ADDIS, *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbligazioni. e Contratti*, p.873, 2007, 11.

direttiva sulle clausole abusive era entrata a far parte del tessuto codicistico), nel codice civile e soprattutto in leggi complementari a questo”.

L’iter che ha però condotto alla approvazione del nuovo codice non è stato totalmente privo di dibattiti e rallentamenti.

Il principale di questi ha riguardato l’alternativa tra il mantenere le norme sulle clausole abusive e sulla vendita di beni di consumo nel codice civile e il trasportarle nel codice del consumo.⁴⁸

In particolare discordavano, da un lato, il parere del Consiglio del Stato⁴⁹ e, dall’altro, quello dell’ Autorità garante della concorrenza e del mercato (Antitrust).

Per l’organo di giustizia amministrativa, mantenere quelle disposizioni nel codice civile avrebbe comportato una incompleta e solo apparente organicità del progetto di codice del consumo, su cui, appunto, si basava il parere reso.

D’altro canto, l’ Antitrust, sostenendo che *“l’esigenza di fondo cui si ispira la disciplina dei contratti dei consumatori - di garantire la parità sostanziale tra le parti vincolate da un rapporto obbligatorio - ha infatti carattere generale essendo comune a quanti (come i lavoratori, i risparmiatori, ecc.) si trovano nella medesima posizione di strutturale e fisiologica debolezza rispetto ad una controparte contrattuale (anche a causa delle perduranti asimmetrie informative che tuttora si riscontrano nella realtà degli scambi)”*⁵⁰, ritenne che le disposizioni in questione (sui

⁴⁸ Vedi ancora A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, pp. 4-8, Roma, Dike Giuridica editrice, 2013.

⁴⁹ Si tratta del parere 20 dicembre 2004, n. 11602, reso dalla sezione *Atti Normativi* del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo recante il *“Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di consumatori. – Codice del consumo.”*

⁵⁰ Segnalazione del 4 Maggio 2005 in tema di *“Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di consumatori. – Codice del consumo.”*

contratti dei consumatori e sulla vendita di beni di consumo) dovessero permanere nel codice civile, così da non avere un' applicazione limitata alle sole ipotesi in cui parti del contratto siano un consumatore e un professionista.

A prevalere è stata, però, la soluzione proposta dal Consiglio di Stato; lo schema di decreto legislativo è stato quindi modificato e le ipotesi di clausole abusive e di vendita dei beni di consumo sono adesso disciplinate rispettivamente dagli artt. 33 e ss. e 128 e ss. del codice del consumo.

Si poneva a questo punto il problema di raccordare le due discipline, civile e consumeristica. Tale difficoltà è stata risolta dall' art. 1469 bis c.c., articolo di apertura del vecchio capo sui contratti del consumatore, il quale prevedeva che *“le disposizioni del presente titolo si applicano ai contratti del consumatore, ove non derogate dal codice del consumo o da altre disposizioni ad esso più favorevoli”*.⁵¹ Il raccordo con il codice civile è poi completato dalla disposizione dell' art. 38 cod. cons., che recita: *“Per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra consumatore e professionista si applicano le disposizioni del codice civile”*.

Il quadro che compare è allora abbastanza chiaro. Vigè in Italia una normativa di settore che trova applicazione tutte le volte in cui parti del contratto siano un professionista ed un consumatore, venendo così soddisfatta quella stessa esigenza di cui si legge nel parere dell' Antitrust; di tutelare cioè quella parte che, nei confronti dell'altra, si pone in una situazione di debolezza contrattuale. Vigono però allo stesso tempo altre discipline (il codice civile innanzitutto, ma anche altre discipline settoriali) che potrebbero applicarsi ai “contratti dei consumatori”; il criterio che deve allora guidare l'interprete è quello di

⁵¹ Il testo è ora contenuto nell' art. 142 cod. cons.

dare sempre preferenza alle disposizioni del codice del consumo e, in generale, alle disposizioni più favorevoli al consumatore.

1.4 Cenni al dibattito sulla nozione di consumatore nel codice del consumo.

Da quanto esposto fin'ora emerge come il sistema sia interamente incentrato sulla figura del consumatore.

Ciò a cui si è assistito è stato un fondamentale cambio di prospettiva. In particolare si è passati da una logica oggettiva di protezione, concentrata sulle ipotesi di contrattazione squilibrata, in ragione della sostanziale imposizione delle condizioni contrattuali, ad una prospettiva marcatamente soggettiva.

Si sviluppa, in tal modo, intorno al (nuovo) soggetto consumatore una rete di regole intese a proteggerlo dalla fase della semplice pubblicità delle qualità dei prodotti (riconducibile, non senza qualche difficoltà, al rapporto cui si riconnette la *culpa in contrahendo*) sino a quella del consumo vero e proprio, nei casi in cui il difetto del prodotto provochi un danno al consumatore, che chiama direttamente in causa il produttore.⁵²

Tale, innegabile, mutamento ha quindi esteso considerevolmente il raggio di protezione del consumatore⁵³; se prima, infatti, la tutela del

⁵² F. MACARIO, *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obb. e contratti*, p. 873, 11, 2006.

⁵³ "I cerchi concentrici che delimitano l'ambito operativo delle discipline di protezione si sono gradualmente ampliati: le prime direttive riguardavano le singole operazioni economiche [...] in seguito, si è passati a direttive che incidevano dettagliatamente sul contenuto sostanziale di specifici negozi; quindi, con la Direttiva 2005/29/CE, la formazione europea si è estesa anche ai comportamenti",

contraente debole era esclusivamente affidata alle disposizioni sulle condizioni generali di contratto (artt. 1341 e 1342 c .c)⁵⁴, e, quindi, limitata all'analisi del contratto e alle modalità di contrattazione, ad essere ora parametro di valutazione è l'intero rapporto di consumo, dalla fase pubblicitaria ed informativa a quella prettamente contrattuale e di vendita.

Per comprendere appieno il dibattito bisogna innanzitutto premettere che la nozione di consumatore non è unica; il legislatore ha infatti disseminato nella legislazione speciale⁵⁵ all' interno del codice del consumo stesso, diverse definizioni di consumatore.

Per quanto riguarda, in particolare, il d. lgs 206/2005, la prima definizione, di portata generale, è contenuta all' art. 3, co. 1, lett. a) per cui *consumatore* o *utente*⁵⁶ è “la persona fisica che agisce per scopi

così G. ALPA, *Considerazioni conclusive*, p. 366, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di E. MINERVINI, L. ROSSI CARLEO, “*Quaderni di giurisprudenza commerciale*”, Milano, Giuffrè editore, 2007. Sottolinea invece la vastità dell'orizzonte temporale A. ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, pp. 573-590, in AA.VV. *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, CEDAM, 2011, per il quale “ lo spazio applicativo della legge, si distende, così, oltre i confini tradizionali dell'intervento normativo sull'autonomia privata, per abbracciare ciò che sta prima, intorno e fuori del contratto.”

⁵⁴Le ragioni della insufficienza di tali disposizione a tutelare effettivamente il consumatore verranno analizzate in seguito (2.2).

⁵⁵ Vedi art. 2 d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50 sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali: “*consumatore*: la persona fisica che, in relazione ai contratti o alle proposte contrattuali disciplinati dal presente decreto, agisce per scopi che possono considerarsi estranei alla propria attività professionale; art. 1, d.lgs. 22.maggio.1999, n. 185, sui contratti a distanza: “*consumatore*: la persona fisica che, in relazione ai contratti di cui alla lettera a), agisce per scopi non riferibili all'attività professionale eventualmente svolta”

⁵⁶ Sulla natura della figura di *utente* vedi A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *op cit.*, p.16.

estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta"; procedendo nella lettura del codice si incontrano tuttavia diverse figure di consumatore. L'idea del legislatore è stata, quindi, quella di affiancare alla definizione generale altre definizioni speciali relative ai diversi settori del codice (consumatore come soggetto passivo destinatario di informazioni commerciali⁵⁷, consumatore di pacchetti turistici, poi divenuto turista⁵⁸, ecc.).

Chiarito il quadro positivo di partenza, occorre dire che gli sforzi in dottrina si sono soprattutto concentrati sulla possibilità di estendere la nozione di consumatore, in funzione dell'esigenza di protezione del contraente in generale più debole; in particolare, punto di partenza è stato il costante riferimento normativo allo scopo "non professionale" del contratto.

I dubbi principali riguardavano la possibilità di comprendere nella nozione anche gli enti, ossia soggetti diverse dalle persone fisiche, e quella della ricerca di un criterio alla stregua del quale definire cosa si intende per scopo "di consumo", con riferimento anche ai contratti conclusi da chi acquisti beni o si procuri servizi suscettibili di utilizzazione promiscua.

Il primo tema è stato affrontato addirittura dalla Corte Costituzionale, chiamata a risolvere la questione di legittimità costituzionale sollevata

⁵⁷ Vedi art. 5, co. 1, cod. cons. : "Fatto salvo quanto disposto dall' art 3 co. 1, lett. a), ai fini del presente titolo, si intende per consumatore il soggetto o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali."

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 83, lett. c), cod. cons. il consumatore era anche "l' acquirente, il cessionario di un pacchetto turistico o qualunque persona anche da nominare purché soddisfi tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio."

con ordinanza 5 luglio 1999 dal giudice di pace di Sanremo⁵⁹. Secondo quest'ultimo l'art 1469 *bis* c.c. si poneva in violazione dell'art 3 Cost. "nella parte in cui non equipara al consumatore le piccole imprese e quelle artigiane causando un'irragionevole discriminazione tra questi due soggetti"⁶⁰. I giudici della Consulta tuttavia sembrano voler demandare ad altra sede il giudizio effettivo relativo alla disciplina posta dalla fonte primaria⁶¹, rilevando, però, come la scelta di accordare particolare protezione a coloro i quali agiscono in modo non professionale si dimostra "non irragionevole allorché si consideri che la finalità della norma è proprio quella di tutelare i soggetti che secondo *l'id quod plerumque accidit* sono presumibilmente privi della necessaria competenza per negoziare"⁶². L'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale Segue inoltre quello manifestato anche dai giudici della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in una quasi coeva decisione.⁶³

⁵⁹ A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, p. 22, Roma, Dike Giuridica editrice, 2013.

⁶⁰ Ordinanza del 5 luglio 2001, *Style Car s.n.c. c. Grizzly Italia S.p.a.*, in *Giur. merito*, 2002, I, 649.

⁶¹ Corte Costituzionale 22 novembre 2002, n. 469, con commento di C. PERFUMI, *La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze del mercato*, in *Danno e resp.*, 7, 2003, per la quale la Corte "ha voluto, in fondo, ammettere la propria incapacità (ossia, tecnicamente, incompetenza) di incidere legittimamente sul contenuto di una norma di promanazione schiettamente comunitaria."

⁶² A. CATRICALÀ, M.P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 22.

⁶³ Per la Corte di Lussemburgo "la nozione di consumatore, dettata dalla direttiva 93/13/CEE, deve essere interpretata nel senso che essa si riferisce esclusivamente alle persone fisiche", Corte di Giustizia, sez. III, 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99 e C-542/99, con commento di R. CONTI, *La Corte Ce a tutto campo sulla nozione di consumatore e sulla portata della direttiva 93/13/CEE in tema di clausole abusive*; in *Corr. Giur.*, 4, 2002.

Passando al secondo tema dibattuto (individuare lo scopo di “consumo”), interessante è quella pronuncia della Corte di Cassazione⁶⁴ secondo la quale perché ricorra la figura del “professionista” non è necessario che il contratto sia posto in essere nell’esercizio dell’attività propria dell’impresa o della professione, essendo sufficiente che esso venga posto in essere per uno scopo anche solo connesso all’esercizio dell’attività imprenditoriale o professionale.

Questo risulta, peraltro, essere un orientamento ormai consolidato anche nella giurisprudenza europea. Per i giudici di Lussemburgo, infatti, “il concetto di consumatore non individua una nuova classe sociale od un nuovo *status*, ma ciò che rileva nell’ambito contrattuale e nella applicazione della disciplina, è, semplicemente, l’atto di consumo e le concrete modalità con le quali esso è stato concluso.”⁶⁵.

L’interprete dovrà, allora, per verificare l’estraneità dello scopo professionale e qualificare il contratto come “del consumatore” , esaminare la destinazione oggettiva del bene o del servizio.

Per quanto riguarda invece la conclusione di contratti che hanno ad oggetto beni o servizi suscettibili di utilizzazione “promiscua” e, quindi, di più difficile qualificazione interessante risulta la c.d. teoria della “competenza rispetto all’atto”⁶⁶.

Secondo tale teoria ciò che conta è l’utilizzazione del contratto (di “utilizzo” parlava il vecchio testo dell’ art. 1469 bis c.c.) e in base a questa si distinguono due tipologie di atti: “atti della professione”, che sono quelli tramite cui il soggetto esplica la propria attività

⁶⁴ Cass. civ., Sez. III, 23 febbraio 2007, n. 4208, , con commento di N. R. TORREDIPADULA, in *I contratti*, 2007, 12, pp. 1071 ss.

⁶⁵ Corte di Giustizia dell’ Unione Europea, sez. II, 20 gennaio 2005, Causa C-464/01.

⁶⁶ A. CATRICALÀ, M.P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 26-27, che sottolinea però come con l’abrogazione dell’art 1469 *bis* c.c. ne sia venuto meno il fondamento positivo.

professionale e in questo caso va esclusa la qualifica di consumatore⁶⁷; con “atti relativi alla professione” si intendono invece quelli semplicemente collegati e posti in funzione strumentale all’attività professionale. È solo in relazione a questi ultimi che deve essere riconosciuta la qualifica di consumatore e accordare la specifica tutela. Quanto fin qui esposto non ha la pretesa di esaurire il dibattito che, tutt’ora, prosegue attorno alla nozione di consumatore, ma ha il suo scopo più precipuo nel preparare il terreno a quanto si dirà nei successivi capitoli in tema di responsabilità del professionista nei confronti, appunto, del consumatore.

1.5 Le pratiche commerciali sleali nel codice del consumo a seguito della direttiva 2005/29/CE (...).

Sebbene di recente introduzione, il codice del consumo ha già subito diverse modifiche nel corso degli anni, volte a modificarne alcune parti. In ordine cronologico, una delle più rilevanti è stata senza alcun dubbio quella relativa alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori richiesta dalla direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio⁶⁸, e recepita in Italia con il d.lgs. 2 agosto 2007, n.146, già un anno dopo l’entrata in vigore del codice del consumo. Per capire appieno la *ratio* che ha mosso il legislatore comunitario sarà, però, indispensabile una puntuale indagine del testo della direttiva. Punto di partenza è il riconoscimento da parte degli organi comunitari di una situazione di totale incertezza del diritto, all’interno dell’UE, in

⁶⁷ F. MACARIO, *op. cit.*, p. 876.

⁶⁸ Tale direttiva ha modificato la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio.

tema di pratiche commerciali sleali. Causa di tale condizione è stata ravvisata nelle profonde differenze sussistenti tra le leggi degli Stati membri, tali da avere dirette conseguenze sul buon funzionamento del mercato, potendo, in particolare, generare sensibili distorsioni della concorrenza.⁶⁹ Scopo principale, ed esplicitamente dichiarato all'art. 1, di tale intervento è, allora, quello di "contribuire al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori".

In assenza, però, di norme uniformi a livello comunitario, secondo il legislatore l'unica via percorribile, è proprio quella di "imporre" tali norme. Gli scopi della direttiva non potrebbero, infatti, essere conseguiti autonomamente e in maniera sufficiente dagli Stati membri e si richiede allora un intervento a livello comunitario.⁷⁰ Intervento che, guidato dai principi di sussidiarietà e proporzionalità cui si ispira l'esercizio delle competenze all'interno dell'Unione Europea⁷¹, a questo punto, non poteva non esplicarsi che in una direttiva.

In particolare, la scelta del legislatore comunitario è stata quella di porre una clausola generale, specificata dalle disposizioni successive.

Ai sensi dell'art. 5, comma 1, della direttiva, allora "le pratiche commerciali sleali sono vietate". Tale clausola è poi integrata, oltre che da una nozione di pratica sleale al comma 2⁷², da un elenco di ben

⁶⁹ Cfr. direttiva 2005/29/CE, *considerando* 3.

⁷⁰ Cfr. direttiva 2005/29/CE, *considerando* 23.

⁷¹ La delimitazione delle competenze si basa invece sul principio di attribuzione, cfr. Trattato sull'Unione Europea, art. 5.

⁷² "Una pratica commerciale è sleale se: a) è contraria alle norma di diligenza e b) falsa o è idonea a falsare in misura rilevante il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che raggiunge o al quale è diretta o del

trentuno pratiche commerciali, considerate in ogni caso sleali, contenuto nell'allegato I alla direttiva. In tale c.d. *black list* il legislatore ha suddiviso le pratiche commerciali sleali in due categorie; specificatamente, le pratiche ingannevoli e le pratiche aggressive.

L'art 6, comma 1 della direttiva considera ingannevole "una pratica commerciale che contenga informazioni false e sia pertanto non veritiera o in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, inganni o possa ingannare il consumatore medio, anche se l'informazione è di fatto corretta, riguardo a uno o più dei Seguenti elementi⁷³ e in ogni caso lo induca o sia idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso".

Le pratiche aggressive sono invece definite dall'art. 8, a mente del quale: "è considerata aggressiva una pratica commerciale che, nella fattispecie concreta, tenuto conto di tutte le caratteristiche e circostanze del caso, mediante molestie, coercizione, compreso il ricorso alla forza fisica, o indebito condizionamento, limiti o sia idonea a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio in relazione al prodotto e, pertanto, lo induca o sia idonea ad indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

L'intento del legislatore è allora quello di garantire quantomeno la serietà e la completezza dell'accordo, ed in particolare la serietà e

membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori."

⁷³ Si fa riferimento a, tra gli altri, l'esistenza o la natura del prodotto, le caratteristiche principali del prodotto, i diritti del consumatore. (art. 6, co. 1, lett. a), b) e g)).

completezza del processo di formazione della volontà negoziale del consumatore.⁷⁴

A questo punto è utile notare come sia però cambiato nel tempo l'approccio della politica comunitaria a tutela del consumatore. In una prima fase, le intenzioni comunitarie si tradussero essenzialmente in una tutela a carattere individuale e successivo affidata in particolare alla normativa in materia di sicurezza dei beni e dei prodotti⁷⁵. Si è poi tentato di introdurre una tutela contrattualistica degli interessi economici dei consumatori, attraverso una disciplina di carattere orizzontale: la normativa sulle clausole abusive. Nella terza fase è stata invece dedicata più attenzione ai fenomeni di disinformazione dei consumatori; attenzione che si è concretata nell'introduzione della disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa.⁷⁶ La direttiva 2005/29/CE segna però un netto mutamento di prospettiva; leggendo l'art. 3, rubricato "Ambito di applicazione", infatti, si riscontra che la direttiva "si applica alle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori, poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale". Non più, quindi, solo un tutela successiva (come nel caso di risarcimento per danno da prodotto difettoso), o meramente contrattuale. "L'attenzione del legislatore si sposta dal singolo atto (il contratto) alla *attività*, alla *pratica commerciale*, cioè alla condotta

⁷⁴ P. BARTOLOMUCCI, *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio di trasparenza*, p. 262, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, "Quaderni di giurisprudenza commerciale", Milano, Giuffrè editore, 2007.

⁷⁵ Direttiva 2001/95/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla sicurezza generale dei prodotti.

⁷⁶ L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, p. 165, in *Obb. e contratti*, 2011, 3.

dell'impresa"⁷⁷; egli vuole, allora, fare riferimento all'operazione economica intesa nel suo complesso, senza distinguere il momento precedente o quello successivo al perfezionamento del contratto.⁷⁸

Ciò che non va però dimenticato è che la direttiva è stata introdotta non solo per assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori, ma anche, se non soprattutto, per promuovere il mercato interno nella consapevolezza che per la costruzione del mercato unico occorrono regole che incidano sia sull'offerta sia sulla domanda. Si comprende così anche il nesso tra tutela della concorrenza (che pone l'accento sulla offerta) e tutela del consumatore (che pone l'accento sulla domanda) quali "valori strumentali, volti entrambi a costruire uno spazio economico transnazionale".⁷⁹

Prima di andare ad analizzare il recepimento della direttiva nel nostro ordinamento, preme evidenziare una certa contraddittorietà nel ragionamento degli organi comunitari.⁸⁰

Preso atto della situazione di incertezza del diritto che domina le transazioni all'interno e fuori del mercato europeo, e di conseguente disincentivazione degli operatori commerciali all'investimento transfrontaliero di risorse, il legislatore ha allora voluto rimediare tramite una c.d. *full harmonisation* della disciplina.

Se, però, da un lato tale armonizzazione totale è attuata riguardo alle categorie di pratiche commerciali sleali e alla disciplina dei diritti sostanziali del consumatore⁸¹, dall'altro, proprio al momento di

⁷⁷ L. FIORENTINO, *op. cit.*, p. 166.

⁷⁸ A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, p. 247, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, "Quaderni di giurisprudenza commerciale", Milano, Giuffrè editore, 2007.

⁷⁹ L. FIORENTINO, *op. cit.*, p. 166.

⁸⁰ A. COSTA, *op. cit.*, p. 249.

⁸¹ Vedi *ibidem*.

prevedere le sanzioni e i rimedi conseguenti alla violazione di tali diritti, il legislatore comunitario si è rimesso alla discrezionalità degli Stati membri.

L'art. 13 della direttiva, infatti, affida a questi ultimi il compito di determinare le sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali⁸² adottate in applicazione della direttiva e di intraprendere tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'applicazione. L'unico "aiuto" che viene fornito ai legislatori degli Stati membri è il riferimento ai criteri di effettività, proporzionalità e dissuasione che devono caratterizzare le loro scelte.

Lascia quindi a desiderare la situazione venutasi a creare con il quadro delineato dalla direttiva. Solo parziale è, infatti, l'utilità di una disciplina che nella convinzione di generare un "notevole rafforzamento della certezza del diritto sia per i consumatori sia per le imprese [...] su tutti gli aspetti inerenti le pratiche commerciali sleali"⁸³, non affronti poi in maniera esaustiva il momento sanzionatorio e rimediabile⁸⁴. Agli Stati membri è, dunque, lasciata facoltà di decidere se sottoporre tali pratiche commerciali sleali al giudizio di un'autorità amministrativa

⁸² Nel nostro ordinamento la disciplina è dettata, come vedremo, dagli artt. 18 ss. del codice del consumo, come sostituiti a seguito del d.lgs. 146/2007.

⁸³ Cfr. dir. 2005/29/CE, *considerando* 12.

⁸⁴ Per A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, p. 55 in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III, Padova CEDAM, 2003, "il silenzio è frutto proprio della consapevolezza di ordine sistematico, che deve necessariamente essere valorizzata, circa l'irriducibilità della forma e del formalismo, orientati a protezione delle esigenze di una delle parti del contratto e in vista dell'implicita uniformizzazione dell'attività negoziale, alla forma <<ad substantiam>> cui si ricollega tradizionalmente, nel nostro come anche in altri paesi europei, la sanzione della nullità assoluta dell'atto".

competente a giudicare in merito ai ricorsi oppure a promuovere un'adeguata azione giudiziaria⁸⁵.

In definitiva ci troviamo di fronte ad una disciplina unitaria in relazione solo a taluni degli aspetti inerenti le pratiche commerciali, e che resta, quindi, frammentaria relativamente all'aspetto che più interessa i consumatori e le imprese: quali siano, cioè, le soluzioni che l'ordinamento offre loro e quali le conseguenze che seguono all'attuazione di una pratica sleale⁸⁶.

1.5.1. Segue: (...) e dei decreti legislativi n. 145 e 146 del 2007 (cenni).

Trovandosi nella necessità di dare attuazione alla direttiva 2005/29/CE il nostro legislatore ha emanato i decreti legislativi 2 agosto 2007, n. 145 e 146 con i quali è stato dato recepimento alla direttiva in questione⁸⁷ nel nostro ordinamento. In particolare, il d. lgs. n. 145 dava specifica attuazione all'art. 14 con cui si modifica la

⁸⁵ V. art. 11, comma 2, lett. b) dir. 2005/29/CE.

⁸⁶ Fortemente critico dell'approccio del legislatore comunitario è V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, p. 761, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 4, il quale sottolinea l'importanza di dare una matrice comunitaria (e, quindi, di carattere unificatore) alla disciplina sanzionatoria e rimediabile in quanto "non può essere lasciato al lavoro interpretativo della dottrina e neppure ai legislatori nazionali di scegliere tra i possibili rimedi, perché ciò potrebbe portare ad una grave diversità della legge su una questione che richiede un ragionevole grado di armonizzazione [...] e perché non sarebbe giustificabile che in uno Stato membro il rimedio per la violazione di uno stesso dovere di informazione consista in un termine maggiore per il recesso, in un altro Stato l'annullabilità del contratto e in un altro ancora il risarcimento dei danni."

⁸⁷ La direttiva, si ricorda, modificava le direttive 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE, 2002/65/CE, e il Regolamento (CE) n. 2006/2004.

direttiva 84/450/CE in materia di pubblicità ingannevole e di tutela del professionista.

Frutto di tali interventi è il nuovo titolo III (artt. 18-27) del codice del consumo, destinato a costituire, quindi, la rinnovata disciplina in tema di *“pratiche commerciali, pubblicità e altre comunicazioni commerciali”*.

Il sistema venutosi a creare riproduce lo schema generale fissato dalla direttiva. Norma centrale, attorno a cui ruota l'intera nuova disciplina⁸⁸, è, infatti, l'art. 20, comma 1, cod. cons. secondo il cui disposto *“le pratiche commerciali scorrette sono vietate”*, riprendendo, così, la clausola generale contenuta nell' art. 5 della direttiva.

Al secondo comma, poi, la clausola viene specificata definendo come scorretta la pratica commerciale che è *“contraria alla diligenza professionale del professionista ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori”*.

Avendo riguardo al primo elemento della fattispecie, la diligenza professionale, questa è definita dall'art. 18, comma 1, lett. h) come il *“normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista.”* Per quanto concerne invece la definizione di consumatore medio, questa manca nel codice del consumo e deve essere quindi mutuata proprio dalla direttiva 2005/29/CE. Il considerando 18, in particolare, dispone che,

⁸⁸ C. GRANELLI, *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, p.776, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, 10.

conformemente al principio di proporzionalità, il parametro di riferimento utilizzato ai fini dell'applicazione della tutela è quello del consumatore medio, il consumatore, cioè, che è "normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici".

La pratica commerciale scorretta è, infine, suddivisa in due categorie, individuate dal comma 4 nelle pratiche commerciali ingannevoli (lett. a)) e nelle pratiche commerciali aggressive (lett. b)). Le rispettive nozioni, dettate dagli artt. 21 e 24 cod. cons., riproducono pedissequamente quelle contenute negli artt. 6 e 8 della direttiva. Ulteriore punto di contatto con la disciplina comunitaria è, ancora, la previsione di un elenco di pratiche considerate in ogni caso scorrette. Così come l'allegato I, gli artt. 23 e 26 cod. cons. contengono una *black list* di pratiche considerate in ogni caso rispettivamente ingannevoli e aggressive.

Resta quindi da analizzare come il nostro legislatore abbia deciso di dare risposta a quella sorta di vuoto normativo venutosi a creare a seguito della scelta degli organi comunitari di affidare ai singoli Stati membri la disciplina relativa alle sanzioni e ai rimedi conseguenti una pratica commerciale sleale.

Occorre ricordare che nella valutazione di tale decisione, il legislatore nazionale poteva contare sull'art 3, comma 2 della direttiva ai sensi del quale essa "non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia di un contratto."⁸⁹ Viene pertanto in rilievo la stretta connessione tra le

⁸⁹ Sottolinea il carattere cedevole della direttiva anche all'interno dell'ordinamento comunitario stesso A. COSTA, *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, p. 247, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, "Quaderni di giurisprudenza commerciale", Milano, Giuffrè editore, 2007, per cui

ipotesi di pratiche commerciali ingannevoli e aggressive e la disciplina sui vizi della volontà e consequenziale annullabilità per vizi del consenso.

Proprio su questo, avendo esposto per linee generali il panorama normativo di riferimento, si concentrerà la trattazione nei successivi capitoli. Rivolgendo, in particolare, specifica attenzione alla violazione degli obblighi di informazione nei contratti tra professionista e consumatore e ai relativi rimedi, contrattuali ed extracontrattuali.

“occorre tenere presente, dunque, che la direttiva, stante la sua natura di normativa quadro nell’ambito dello stesso diritto comunitario, presenta carattere di cedevolezza anche nei confronti delle norme che disciplinano altri specifici settori” (arg. ex art 3, comma 4, direttiva 2005/29/CE).

CAPITOLO II

Gli obblighi di informazione nel rapporto tra professionista e consumatore

SOMMARIO: §2.1. Considerazioni preliminari. Il consumatore post-moderno: soggetto consapevole o mero prodotto della società dei consumi? – §2.2. I doveri di informazione come soluzione alle asimmetrie informative del mercato. – §2.3. Gli obblighi di informazione nel codice del consumo e interferenze con la disciplina privatistica delle clausole vessatorie. - §2.4. L'educazione al consumo e diritto del consumatore ad un'informazione "educata". – §2.5. Rassegna ragionata della legislazione settoriale. - §2.5.1. Segue: la nuova disciplina dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali a seguito della Direttiva 2011/83/UE. - §2.6. I contratti di credito al consumo: evoluzione pratica e normativa. – §2.6.1. Segue: Gli obblighi di informazione nei contratti delle banche, degli intermediari finanziari e di credito al consumo.

2.1. Considerazioni preliminari. Il consumatore post-moderno: soggetto consapevole o mero prodotto della società dei consumi?

Già negli anni '70 era stato da alcuni⁹⁰ analizzato e previsto l'imminente passaggio da un'economia dei beni ad un'economia dell'informazione. Non solo ciò è avvenuto, ma il fenomeno è in continua evoluzione, e si evolve in maniera assolutamente non uniforme. In una società di tal

⁹⁰ Vedi D. BELL, *The coming of Post-industrial Society*, New York, 1976, per cui " the new developing society will rely on the economics of information rather than the economics of goods (la nuova società che si sta sviluppando confiderà più sull'economia dell'informazione che sull'economia dei beni)".

tipo, sempre più dominata dal capitalismo e dal consumismo sfrenato, pertanto, l'individuo-consumatore assume un ruolo fondamentale, le politiche di vendita ruotano attorno allo studio dei suoi gusti e delle sue preferenze offrendo (o facendogli credere di offrire) il prodotto che più si confà ai suoi bisogni. Nella maggior parte dei casi, tuttavia, tali bisogni sono creati dalla stessa società, che poi si offre di fornire le soluzioni; in un tale contesto il consumatore è, quindi, al tempo stesso *“promotore di un prodotto e il prodotto che promuove”*⁹¹.

Alla luce di ciò risulta chiara la stretta connessione tra il contesto storico-sociologico in cui viviamo e il problema della consapevolezza delle proprie scelte di consumo: il sociologo e filosofo polacco Bauman parla di una *“rivoluzione consumistica”* per effetto della quale l'uomo (e, quindi, il consumatore) avrebbe addirittura perso la propria capacità di razionale discernimento; egli afferma, in particolare, che *“il consumismo è un attributo della società e affinché una società lo abbia è necessario che la capacità totalmente individuale di volere desiderare e agognare sia alienata dagli individui e reificata come forza estranea che mette in moto la società dei consumatori [...] manipolando le probabilità di scelta e di comportamento individuali”*⁹².

Traslando, dunque, tali preliminari osservazioni sociologiche nel contesto “consumeristico” di cui ci occupiamo, sembrerebbe che il consumatore, appunto, sia in realtà solo apparentemente⁹³ dotato di una consapevolezza tale da riflettersi autenticamente nelle proprie

⁹¹ Z. BAUMAN, *Consumo dunque sono*, p. 9, trad. italiana a cura di M. CUPELLARO, Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.

⁹² Ivi, p. 37.

⁹³ Vedi H MARCUSE, *L'uomo ad un dimensione: l'ideologia di una società industriale avanzata*, p. 26, Torino, Einaudi, 1967, per cui “il consumatore alienato [...] sia, invece, effettivamente munito solo di una falsa coscienza, in senso marxiano, inconsapevole dei processi che incidono sul suo modo d'essere”.

scelte di consumo. Sembra, anzi, che esso sia proprio un prodotto di tale società dei consumi e ciò si riflette, pertanto, nell'inautenticità delle sue scelte: *“il consumatore non sa realmente ciò che vuole, i suoi bisogni sono perlopiù prodotti di un meccanismo che lo induce a desiderare senza saperne la ragione”*⁹⁴. L'aspetto che più colpisce, però, è il modo in cui tale sorta di sudditanza venga subita: inconsapevolmente. L'inerzia del consumatore si spiega facilmente perché essa non è volontaria; egli, infatti, è convinto di esercitare scelte libere e autentiche, ma è *“lo stesso esercizio della libertà a rendere possibile e consolidare le nuove forme di dominazione”*⁹⁵ ed è proprio questa la ragione giustificatrice il comportamento inerte e passivo del consumatore “alienato”. Lapalissiano corollario dell'assetto appena descritto è la debolezza, sul piano contrattuale, del soggetto disinformato, inconsapevole, alienato appunto.

Lasciando per ora da parte l'aspetto sociologico del problema, l'analisi delle regole informative non può prescindere dalla considerazione che ne sta alla base; si tratta, cioè, della teoria dei c.d. “fallimenti del mercato”, intendendo per questi tutte quelle situazioni in cui il libero mercato non è in grado di soddisfare adeguatamente le esigenze degli operatori al suo interno, richiedendo, quindi, necessariamente l'intervento regolatore dello Stato, come le c.d. esternalità, i difetti di adattamento e le decisioni irrazionali. Tale teoria intreccia diversi concetti, economici e giuridici, che entrano in relazione tra di loro: si tratta della libertà dei mercati e della relativa autonomia privata, da un lato, e dei fallimenti del mercato, con la conseguente politica della

⁹⁴ A. PUNZI, *“Ragionevolmente attento ed avveduto”*. Note sulla responsabilità del consumatore nell'economia della conoscenza, p.533, in AA.VV *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, CEDAM, 2011.

⁹⁵ Ivi, p. 536.

regolamentazione, e dei limiti all'autonomia privata dall'altro.⁹⁶ Due sono, però, in particolare i fallimenti del mercato più rilevanti per il diritto europeo dei contratti: la restrizione della concorrenza e le asimmetrie informative. Per alcuni (e, soprattutto, per la scuola c.d. *ordoliberal* di Eucken) il più importante di questi è il primo; proprio questo, in effetti, ha maggiormente interessato le politiche comunitarie, al punto da inserire un'apposita disciplina sulla concorrenza nel Trattato istitutivo della Comunità Europea⁹⁷. La rilevanza di tale fallimento è, d'altronde, proporzionata alla estensione delle sue conseguenze; gli interventi volti ad evitare restrizioni della concorrenza (e, di riflesso, a muoversi verso una concorrenza priva di distorsioni), infatti, costituiscono fine ultimo e priorità indiscussa delle politiche comunitarie in tema di mercato interno dell'UE (e le stesse direttive in tema di protezione dei consumatori ne sono testimonianza⁹⁸). Il secondo fallimento del mercato, poi, quello delle asimmetrie informative, è un problema che si estende a numerosissimi tipi di contratto, non solo, quindi, alle pratiche restrittive della concorrenza. A bene vedere, infatti, *“le informazioni riguardanti ai parametri essenziali sono il presupposto perché il soggetto di volta in volta interessato possa effettuare una scelta razionale di massimizzazione del guadagno, ed è dunque presupposto anche per il funzionamento di quel meccanismo di comando autoguidato che è il*

⁹⁶ S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno, le regole di informazione come strumento*, p.274., in *Eur. dir. priv.*, 2001

⁹⁷ Cfr. artt. 81-86, in particolare l'at. 81 per cui “sono incompatibili con il mercato comune e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto e per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune”.

⁹⁸ Cfr., ad esempio, *considerando 7* Direttiva 83/2011/UE.

mercato”⁹⁹. In tale contesto socio-economico la rilevanza di tale fallimento non può essere sottovalutata, anzi, si pone come una delle prerogative più preminenti per il legislatore comunitario. A ben vedere le situazioni di asimmetrie informative discendono essenzialmente dalla eccessiva diversità di costi che le parti devono rispettivamente sopportare al fine di trovarsi in una situazione di parità informativa¹⁰⁰. Tali costi saranno ovviamente minori per il professionista, o perché opera professionalmente nel mercato, o perché ha creato il prodotto stesso e quindi ne conosce tutte le caratteristiche (e i difetti); motivo per cui si ravvisa l’esigenza che sia quest’ultimo a dover fornire al consumatore tutte le informazioni che gli permettano di prendere una decisione consapevole, in una situazione di totale uguaglianza dal punto di vista informativo.

Alla luce di ciò sempre costante è, pertanto, l’esigenza di avere un sistema che tuteli adeguatamente quel soggetto (soggetto, si badi, che potrebbe anche non essere un consumatore, bensì un altro professionista “quando le rispettive posizioni siano – per le obiettive collocazioni di mercato – significativamente asimmetriche in termini di potere contrattuale”¹⁰¹) che si trova, nei confronti della controparte, in una situazione di fisiologica debolezza derivante dalla oggettiva posizione di mercato da esso ricoperta¹⁰².

⁹⁹ Vedi ancora S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno, le regole di informazione come strumento*, cit., pp. 275-276.

¹⁰⁰ L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, p. 361, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 2

¹⁰¹ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, p. 106, nota 35, III edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011.

¹⁰² Sulla distinzione tra asimmetrie “fisiologiche” e “patologiche” vedi ancora V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, p. 106, nota 35, III edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011, per cui sono “patologiche le asimmetrie di potere contrattuale

Ciò a cui si assiste, dunque, è l'esponenziale crescita della rilevanza dell'informazione durante tutte le fasi del processo di consumo, e, se in un primo momento la previsione di specifici obblighi informativi era prerogativa dei c.d. "contratti dei consumatori", adesso essa "*riguarda tutte le tecniche di negoziazione rispetto alle quali appare necessario un riequilibrio fra le comunicazioni e le informazioni detenute dalla parte che, anche grazie alle nuove tecnologie, opera nel mercato rispetto alla parte che, sia pure professionalmente, partecipa al mercato*"¹⁰³.

2.2. I doveri di informazione come soluzione alle asimmetrie informative del mercato.

Il problema dei doveri di informazione abbraccia sostanzialmente tutti i settori del mercato e, quindi, dell'ordinamento: dai generici obblighi di veridicità delle informazioni a carico dei media; alla tutela della riservatezza; alle banche dati; alla responsabilità di chi divulga informazioni non vere; alla pubblicità ingannevole; ai doveri di informazione in campo medico, nonché più in generale ai doveri di informazione in ambito contrattuale.¹⁰⁴ Esso rileva, inoltre, sotto tutti gli aspetti del processo informativo, dalla produzione alla divulgazione, passando per il controllo e il trasferimento delle informazioni. Tale

determinate da fattori che, ancorché di natura oggettiva, esplicano la loro rilevanza nel momento in cui incidono sulla sfera soggettiva del contraente: come i vizi di volontà. Considero invece fisiologiche le asimmetrie di potere contrattuale risultanti dalle obiettive posizioni di mercato occupate dall'una e rispettivamente dall'altra parte del contratto."

¹⁰³ L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, cit., p. 363.

¹⁰⁴ P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, p.642, in *Riv. dir .civ.*, 2007, 5.

estensione ci permette di capire, quindi, come il diritto all'informazione sia uno dei pilastri su cui deve basarsi non solo una effettiva tutela della parte debole del rapporto, ma anche, e forse, soprattutto, l'intero equilibrio del mercato, laddove questo possa essere minacciato dalla presenza di asimmetrie informative.

L'analisi dei fallimenti del mercato è stato oggetto di interesse già a partire dagli anni '70, e proprio sull'analisi dei mercati governati da informazioni asimmetriche, si è focalizzato lo studio dei tre economisti americani Akerlof, Spence e Stiglitz, al punto da valere loro la vittoria del premio Nobel nel 2001¹⁰⁵.

Emblematico è in particolare lo studio di Akerlof sul mercato dei "bidoni" (cui corrisponde l'americano "lemons"), intendendo per questo il mercato delle macchine usate.¹⁰⁶ È indubbio che in questo tipo di mercato vi sia una parte, il venditore di auto, che sia in possesso di maggiori informazioni relative al mezzo, quali, ad esempio, le non ottime condizioni delle auto immesse nel mercato, e ve ne sia un'altra che, di contro, ignora che l'auto che sta per acquistare sia un "bidone". Tale gap informativo ha un'inevitabile ripercussione sul mercato: l'acquirente sarà disposto a pagare un prezzo medio consapevole di accettare il rischio di acquistare un "bidone"; il venditore, invece, una volta che il prezzo medio sia fissato, ridurrà le vendite delle auto "buone", avendo maggior interesse alla esclusiva vendita di "bidoni".

Le conseguenze sul mercato sono a questo punto chiare: la presenza di asimmetrie informative e la correlata impossibilità di conoscere esattamente le qualità e i difetti delle auto usate che ne scaturisce, conduce *in primis* ad una progressiva riduzione del prezzo medio, alla

¹⁰⁵ Ivi, p. 649.

¹⁰⁶ G. AKERLOF, *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in *The quarterly journal of economics*, 1970, 84.

diminuzione del volume di transazioni in quel mercato poi, e, alla peggio, alla stessa esclusione del mercato¹⁰⁷ (nel nostro caso, del mercato di auto “buone”), generando, così, il fenomeno della c.d. selezione avversa (*adverse selection*)¹⁰⁸ per cui coloro che offrono prodotti o servizi di alta qualità ottengono un prezzo che, nella migliore delle ipotesi, è adeguato per un prodotto o un servizio di media qualità¹⁰⁹.

Alla luce della situazione delineata appare di tutta evidenza apportare dei correttivi che possano porre rimedio a tali asimmetrie. La soluzione più semplice ed immediata, dunque, sembrerebbe quella di prevedere dei doveri di informazione a carico delle parti¹¹⁰. Tale rimedio va però coordinato con la circostanza che, da un punto di vista economico, l'informazione è un bene, ottenuto tramite studi ed investimenti e che, proprio perché bene economico, può essere anche molto costoso per

¹⁰⁷ P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, p.650, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5.

¹⁰⁸ Uno dei primi fenomeni di selezione avversa si è manifestato nel campo assicurativo. Aumentando i prezzi delle polizze, infatti, gli assicuratori hanno visto recedere dai contratti quei soggetti che, ritenendosi poco a rischio rispetto all'evento generatore, hanno preferito il recesso al pagamento di un polizza più cara. La conseguenza è stata, allora, quella di contratti assicurativi stipulati perlopiù dai soggetti più a rischio, e quindi disposti a pagare un prezzo maggiore.

¹⁰⁹ S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno, le regole di informazione come strumento*, cit., p. 276.

¹¹⁰ Dello stesso avviso anche Corte di Giustizia 20/02/1979, causa C-120/78, *Cassis de Dijon*, Racc. 1979, 649 per cui “non si può cionondimeno arrivare fino a considerare la fissazione imperativa del contenuto minimo di alcool come una garanzia sostanziale della lealtà dei negozi commerciali, dal momento che è facile garantire l'adeguata informazione dell'acquirente rendendo obbligatoria l'indicazione della provenienza e della gradazione alcolica sull'imballo dei prodotti”, esprimendo, così, la preferibilità di un dovere di informazione alla fissazione di obblighi cogenti di contenuto.

chi se lo procura. Nasce allora l'esigenza di contemperare gli interessi, da un lato, del consumatore, che ha diritto all'informazione,¹¹¹ e, dall'altro, del soggetto che ha investito tempo e denaro per procurarsi quelle informazioni grazie alle quali si ritrova adesso in una posizione di vantaggio.

Un tentativo era stato fatto nel 1978 dal professor Anthony Kronman¹¹², per il quale il dovere di rivelare le informazioni in proprio possesso trova il suo limite nel costo di tali informazioni. Sussisterebbe, quindi, un *duty of disclosure* relativamente a tutte le informazioni rilevanti, salvo quelle particolarmente costose. Per Kronman, dunque, la parte non sarebbe obbligata a cedere quella posizione di vantaggio che ha ottenuto a caro prezzo¹¹³. L'esempio addotto dal professore statunitense riguardava, in particolare, una compagnia petrolifera che dopo attente ricerche e cospicui investimenti aveva scoperto l'esistenza di un pozzo petrolifero in un terreno che intendeva acquistare. In questo caso per Kronman non sussiste l'obbligo di rendere edotto il venditore riguardo quella specifica informazione che, sebbene indubbiamente rilevante, appartiene oramai alla compagnia che ha effettuato degli investimenti per conseguirla.

¹¹¹ L. ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione nei suoi aspetti privatistici*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II.

¹¹² A. KRONMAN, *Mistake, disclosure, information, and the law of contracts*, in *The journal of legal studies*, pp. 1 ss., 1978, 7.

¹¹³ In senso contrario vedi V. ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, p. 755, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 4, il quale, analizzando la fattispecie dal lato del venditore, ritiene che il fatto che "la nuova informazione gli sia costata tempo e denaro e che rappresenti un progresso della critica d'arte", non è una giustificazione sufficiente per dire che egli non aveva un diritto di informare, e per negare ogni rimedio all'acquirente.

Nonostante tale teoria sia ormai anacronistica e superata, essa ci dà modo di osservare come la ricerca di una soluzione alle asimmetrie informative è un problema che ha sempre interessato gli studiosi, dai giuristi agli economisti. A riprova di ciò è possibile citare un secondo criterio, sviluppato successivamente a quello proposto da Kronman. Questo si basa sulla distinzione tra vizi e difetti del bene venduto, e pregi e qualità positive di quello acquistato¹¹⁴. In base a tale approccio l'obbligo di informare sussisterebbe, pertanto, solo in merito ai difetti del bene venduto e non anche alle qualità positive e ai pregi dello stesso. Caso di scuola è quello della compravendita di un quadro dal valore inestimabile venduto per pochi soldi ad un esperto d'arte da un soggetto che invece ignora l'immenso valore economico dell'opera. Dovrà in questo caso l'esperto acquirente comunicare al venditore circa l'errore in cui sta incorrendo? Come autorevole dottrina ha rilevato, quello della configurabilità di obblighi informativi relativi alle qualità positive del bene, e non quindi solo ai vizi della cosa, è un problema di sensibilità sociale: "così come un tempo venivano risarciti solo i danni alle cose ed alle persone e non anche i danni conseguenti alla lesione del credito o di interessi legittimi, così un tempo venivano configurati doveri di informazione solo con riferimento ai vizi del proprio bene o della propria persona e non anche con riferimento ai pregi o alle qualità positive del bene acquistato"¹¹⁵.

Analizzando tutto quanto detto alla luce della disciplina del nostro codice civile risultano però esserci quantomeno i presupposti per la configurabilità di doveri di informazione, anche relativamente alle

¹¹⁴ P. GALLO, *Errore sul valore, giustizia contrattuale e trasferimenti ingiustificati di ricchezza alla luce dell'analisi economica del diritto*, p. 672, in *Quadr.*, 1992.

¹¹⁵ P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, p. 654, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5.

qualità positive del bene acquistato. In entrambi gli esempi addotti, infatti, (quello del pozzo di petrolio e del quadro), il venditore ricade indubbiamente in quello che l'art. 1429 c.c. definisce "errore essenziale"; egli ha quindi stipulato un contratto che, ai sensi dell'art. 1428 c.c., è causa di annullamento; il cerchio è, infine, chiuso dal disposto dell'art. 1338 c.c. per cui *"la parte che, conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato, senza sua colpa, nella validità del contratto"*. Sotto questo punto di vista interessanti risultano, infine, i progetti di codice europeo dei contratti, nei quali è possibile ravvisare l'intenzione di voler rimediare alle situazioni di asimmetrie informative. Tra questi, i Principi di diritto europeo dei contratti (cc. dd. principi Lando) forniscono preziose indicazioni in merito. L'art. 4:106. (*Informazioni inesatte*) prevede che *"la parte che ha concluso il contratto fidando su informazioni inesatte dell'altra parte ha diritto al risarcimento del danno in conformità con l'articolo 4:117 anche quando le informazioni non abbiano cagionato un errore essenziale ai sensi dell'art. 4:103, salvo che la parte che le ha fornite avesse ragione di credere che le informazioni fossero esatte"*. Proseguendo nella lettura ancora più interessante risulta, in tema di dolo, l'art. 4:107 ai sensi del cui comma 1 *"la parte che sia stata indotta a concludere il contratto dai raggiri usati dall'altra parte, mediante parole o comportamenti o qualsiasi mancata informazione che invece secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto esserle rivelata, può annullare il contratto"*. Il comma 3 dello stesso articolo fornisce poi preziose indicazioni relative ai criteri da utilizzare per capire quando la buona fede e la correttezza impongono ad una parte di rivelare una determinata informazione; occorrerà, dunque, fare riferimento a: (a) la specifica competenza della parte; (b)

il costo al quale ha potuto conseguire l'informazione in questione; (c) la capacità dell'altra parte di acquisire da sé l'informazione; (d) l'importanza apparente dell'informazione per l'altra parte.

La disciplina, come si ricava dalla formulazione del comma 1, non si addentra nella previsione di casi tassativi in cui sia configurabile un dovere di informazione, limitandosi a prevedere che è fonte di dolo *qualsiasi mancata informazione che secondo buona fede e correttezza avrebbe dovuto essere rivelata*. D'altra parte autorevole dottrina ha sottolineato come la scelta di optare per una clausola generale abbia il merito di consentire un'evoluzione graduale e spontanea della casistica, in conformità con l'evoluzione della sensibilità sociale nei confronti di questo problema¹¹⁶.

2.2. I doveri di informazione nel codice del consumo e interferenze con la disciplina privatistica sulle clausole vessatorie.

Come anticipato nel precedente capitolo l'attuale disciplina dettata dal codice del consumo è frutto dell'esigenza di tutelare il contraente più debole rispetto alla controparte professionale.

Prima dell'approvazione del codice del consumo e, prima ancora dell'emanazione della direttiva CEE 13/1993 sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la disciplina a tutela del contraente debole era affidata esclusivamente a tre articoli del codice civile, relativi alle condizioni generali di contratto (art. 1341 c.c.), ai contratti conclusi mediante moduli o formulari (art. 1342 c.c.), ed alla c.d. *interpretatio contra stipulatorem* (art. 1370 c.c.).

¹¹⁶ P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, p.661, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5.

Punto di partenza era stato il fenomeno, tipico di una società dei consumi ormai pienamente sviluppata, della c.d. *standardizzazione* dei contratti, della redazione, cioè, di moduli o formulari che rendono identici tra loro tutti i contratti che l'impresa conclude con i suoi clienti (che in questo contesto assumono la qualifica di "contraenti deboli"). Tali contratti sono anche detti *di massa*, perché relativi a prodotti o servizi (somministrazione acqua e gas, attività assicurative o bancarie) destinati, in modo uguale, ad un indeterminato numero di soggetti, o anche contratti *per adesione*, in quanto l'altra parte può solo decidere se aderire o meno, non potendo né discutere i termini né tantomeno modificare le clausole¹¹⁷.

Alla luce di ciò l'art. 1341 c.c. fa dipendere, pertanto, al comma 1, l'efficacia delle condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti (di solito quello più forte e, quindi, l'impresa) dalla loro conoscenza o conoscibilità da parte dell'aderente al momento della conclusione del contratto. Il secondo comma prevede poi che *"in ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria"*.

¹¹⁷ A. BARCA, P. DEL CHIAPPA, *La tutela individuale e collettiva dei consumatori*, p. 124, in AA. VV., *I diritti dei consumatori*, a cura di G. ALPA, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AJANI e G. A. BENACCHIO, vol. III, tomo 1, Giappichelli editore, Torino, 2009.

Il secondo articolo in commento è il 1342 c.c. che al comma 1 regola, invece, le ipotesi di incompatibilità tra le clausole aggiunte al modulo o al formulario e il modulo o formulario stesso, prevedendo la prevalenza delle prime qualora, appunto, incompatibili.

L'ultima disposizione da analizzare è rappresentata dall'art. 1370 c.c. per cui *"le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposte da uno dei contraenti s'interpretano nel dubbio, a favore dell'altro"*. La lettera di tale disposizione suggerisce il suo inquadramento come norma di chiusura del sistema di tutela dell'aderente ex artt. 1341 e 1342 c.c. La sua valenza è, però, perlopiù residuale, in quanto applicabile solo in caso di dubbio ermeneutico.

Le critiche mosse all'assetto come sopra brevemente esposto evidenziano la sua inadeguatezza a tutelare efficacemente il contraente debole, soprattutto perché, come rileva autorevole dottrina,¹¹⁸ gli artt. 1341 c.c. e 1342 c.c., rivolgono la loro attenzione più alla fase di formazione del contratto che a quella della effettiva protezione del contraente debole. In particolare, la principale criticità del sistema viene individuata nel mero controllo formale delle clausole vessatorie inserite nei contratti; controllo per cui basta la specifica approvazione per iscritto ex art. 1341, comma 2 e 1342, comma 2 c.c., per dare efficacia ad una clausola che, sebbene inoppugnabile, continua comunque a mantenere il suo carattere vessatorio¹¹⁹.

Il quadro che ne viene fuori è, dunque, quello di un contratto che, in realtà, assume la sostanza di un regolamento unilaterale¹²⁰, in palese violazione dell'autonomia negoziale delle parti e con una tutela

¹¹⁸ A. DI MAJO, *Condizioni generali di contratto e diritto dispositivo*, pp. 66 e ss., in *Condizioni generali di contratto e tutela del contraente debole*, Milano, 1970.

¹¹⁹ A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 89.

¹²⁰ A. BARCA, P. DEL CHIAPPA, *op. cit.*, p. 128.

dell'aderente relegata all'accettazione per iscritto. Considerando, infine, che le condizioni generali del contratto costituiscono, in buona sostanza, uno strumento mediante il quale realizzare una vera e propria manipolazione del regolamento contrattuale, tutta a vantaggio delle imprese, un intervento legislativo che dettasse una più efficace ed adeguata disciplina a tutela dell'aderente/consumatore era quanto mai auspicato.

Indicazioni in tal senso arrivarono con la disciplina della direttiva CEE del 5 aprile 1993, n. 13, sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori. Il legislatore comunitario, mosso dal timore che le contraddizioni tra le legislazioni nazionali potessero generare distorsioni di concorrenza e quindi minacciare il mercato unico europeo tanto desiderato¹²¹, ha ravvisato l'esigenza di riavvicinare le normative dei singoli Stati proprio in tema di clausole abusive inserite in particolari contratti; specificamente, quelli conclusi tra parti che siano un "professionista", da un lato, ed un "consumatore" dall'altro. La

¹²¹ Sottolinea come la realizzazione del mercato interno, e non la tutela del consumatore, sia il fine ultimo degli interventi comunitari P. SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella discipline generale del contratto*, pp. 793-794, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 5, per cui "se è vero, infatti, che lo stesso Trattato di Maastricht ha introdotto nel Trattato istitutivo uno specifico articolo sulla «protezione del consumatore» (art.153), [...] è vero altresì che, secondo tale disposizione, gli atti legislativi emanati dalla Comunità Europea nel perseguimento dell'obiettivo in questione possono essere costituiti esclusivamente da «misure adottate a norma dell'art. 95 nel quadro della realizzazione del mercato interno» (art. 153, comma 3, lett. a)). Al contrario, eventuali misure di protezione del consumatore, indipendenti dall'instaurazione e dal funzionamento del mercato interno, esulano dalla competenza normativa della Comunità (arg. ex. combinato disposto degli artt. 95 e 14 del Trattato), e sono ammesse esclusivamente in quanto si limitino al sostegno, all'integrazione ovvero al controllo della politica svolta dagli Stati membri, come statuisce espressamente l'art. 153, comma 3, lett. a)".

direttiva in questione è stata successivamente recepita in Italia con la legge 6 febbraio 1996, n.52, la quale ha novellato il codice civile ivi inserendo gli artt. 1469 *bis* ss., per poi definitivamente confluire, come visto precedentemente¹²², negli artt. 33 ss. cod. cons.

Giunti a questo punto è utile una rapida comparazione tra le due discipline a tutela del contraente debole, privatistica e consumeristica.

In primo luogo, ai sensi dell'art. 38 cod. cons. "*per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le norme del codice civile*". È reso evidente, in questo modo, come la disciplina di settore non sia stata concepita per sostituire quella civilista, quanto per integrarla e aggiungersi ad essa.

Passando ora agli articoli sopra commentati, si nota come, sotto il profilo oggettivo, la tutela fornita dalla nuova disciplina consumeristica sia al tempo stesso più e meno ampia di quella ex artt. 1341 e 1342 c.c.; questi ultimi trovano infatti applicazione nei soli contratti *unilateralmente* predisposti dal professionista tramite, come già visto, condizioni generali e moduli o formulari, mentre gli artt. 33 e ss. si applicano a tutti i contratti, in qualunque modo formati, purché conclusi tra un professionista ed un consumatore. Se, però, gli interventi in senso estensivo della tutela auspicati dalla dottrina sono stati realizzati sotto il punto di vista oggettivo, sotto quello soggettivo la tutela contenuta nel codice del consumo risulta più circoscritta rispetto a quella civilistica, applicandosi solo quando parti del contratto siano, appunto, due soggetti specifici: professionista e consumatore.

¹²² Vedi *supra*, 1.3.

2.3. L'educazione al consumo e diritto del consumatore ad un'informazione "educata".

Da quanto detto fin'ora risulta chiaro che una effettiva tutela per i consumatori non può risolversi nella semplice enunciazione di obblighi informativi. Ciò, infatti, renderebbe tale assetto basato su di una tutela esclusivamente "formale",¹²³ e il consumatore non risulterebbe mai effettivamente ed efficacemente protetto. Quello cui bisognerebbe, allora, aspirare è un sistema di tutela polivalente e, soprattutto, antecedente la stessa conclusione del contratto.

In tale contesto assume, pertanto, fondamentale rilievo la nozione di "educazione" del consumatore, entrata nel nostro ordinamento con il d.lgs. 146/2007¹²⁴ (di recepimento della Direttiva 2005/29/CE) il quale è intervenuto sulla Parte II del Codice del consumo, adesso rubricata "*Educazione, informazione, pratiche commerciali, pubblicità*"¹²⁵.

In realtà già leggendo le numerose direttive emanate sul tema, nonché le comunicazioni relative alle "strategie della politica dei consumatori", è possibile notare la forte volontà del legislatore comunitario di fornire

¹²³ "Risulta, pertanto, evidente che il diritto di sapere non riguarda solo il diritto ad ottenere una massa indecifrabile di informazioni, che finirebbero con l'esonerare da una serie di responsabilità la parte «forte»[...]"; così L. ROSSI CARLEO, *Art 4. Educazione del consumatore*, p.120, in AA. VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005.

¹²⁴ Vedi *supra* 1.5.1.

¹²⁵ Già a metà degli anni '70, tuttavia, si parlava di educazione del consumatore: la Risoluzione del Consiglio della Comunità Europea sui diritti dei consumatori del 14 aprile 1975 individuava, infatti, tra i principali obiettivi delle iniziative comunitarie in favore dei consumatori, l'informazione e l'educazione. Pubblicata in *Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea*, n. C 92/1, 1975.

al consumatore una tutela che vada oltre la semplice previsione di obblighi informativi e che favorisca, invece, proprio lo sviluppo della sua “coscienza consumeristica”.¹²⁶ Nella comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 7 maggio 2002¹²⁷, ad esempio, si rinvia la strategia che ha guidato le istituzioni europee nel periodo 2002-2006 nella pianificazione delle politiche relative ai consumatori. Tra gli obiettivi dichiarati si fa riferimento all’educazione del consumatore (oltre che all’informazione), nonché alla promozione delle organizzazioni dei consumatori e il contributo di queste ultime all’elaborazione della politica dei consumatori. Successivamente, con la comunicazione del 2007 (relativa, questa, al periodo 2007-2013), la via intrapresa viene confermata, essendo gli obiettivi fissati per il Seguito intervallo sostanzialmente gli stessi¹²⁸: miglioramento della normativa concernente la tutela dei consumatori; miglioramento dell’informazione e dell’educazione dei consumatori, ad esempio, rafforzando il ruolo dei centri europei dei medesimi¹²⁹; miglioramento del controllo dei mercati di consumo e delle politiche nazionali a favore dei consumatori.

Educare un consumatore significa, pertanto, renderlo consapevole dell’importanza delle sue scelte di consumo. Si tratta, infatti, di scelte che possono avere un impatto anche su aspetti che, durante l’ordinario processo di acquisto, non sono conosciuti dal consumatore, o perché con colpa da questo ignorati, o, come avviene nella maggior parte dei

¹²⁶ L. ROSSI CARLEO, *op. ult. cit.*, p. 118.

¹²⁷ COM (2002) 208 def. Pubblicata in *Gazzetta ufficiale*, n. C137/2 del 08.06.2002.

¹²⁸ Cfr. COM(2007) 99 def. Non pubblicata nella *Gazzetta ufficiale*.

¹²⁹ A tal fine specifico la Commissione si propone di continuare a finanziare le azioni volte a migliorare l’informazione dei consumatori, come la rete dei centri europei dei consumatori (rete CEC) e le campagne d’informazione nei nuovi Stati membri.

casi, per una lacuna educativa-informativa. Mi riferisco, ad esempio, all'impatto che scelte disinformate e "male educate" possono avere sull'ambiente, in un momento, peraltro, in cui, il contributo dell'uomo ad uno sviluppo sostenibile è più che mai fondamentale, o alle possibili conseguenze sulla stessa salute del consumatore qualora le informazioni siano relative al valore nutritivo degli alimenti.¹³⁰

A tal proposito rilevante risulta quanto è emerso dal World Summit on Sustainable Development (WWSN) tenutosi a Johannesburg nel 2002¹³¹: il PCS (Produzione e Consumo Sostenibili) è stato identificato per la prima volta come uno dei principali obiettivi per lo sviluppo sostenibile e prevede un impegno internazionale per l'implementazione di programmi a livello nazionale e/o regionale che coinvolga tutti i soggetti interessati per la promozione di sistemi di produzione e di consumo maggiormente eco-compatibili. In particolare, sono state istituite sette Task Force, ognuna con compiti differenti, e presiedute da altrettanti Paesi che hanno deciso di collaborare volontariamente.¹³² Particolarmente interessante, tra gli argomenti

¹³⁰ Interessante un'inchiesta condotta negli Stati Uniti e riportata da G. ALPA, *Consumatore, Tutela del* in *Enc. Treccani*, 1992, in cui i consumatori furono sottoposti a un test che riguardava il valore nutritivo degli alimenti. I risultati furono assai deludenti in ordine alla consapevolezza delle proprie scelte da parte degli intervistati: nessuno di loro, nella scelta, si era informato sul valore nutritivo dei prodotti posti a confronto. Un ulteriore risultato fu che l'informazione con questi contenuti poteva essere assimilata se offerta in codice, cioè con un linguaggio semplificato e omogeneo.

¹³¹ E. CANCELILA, *Produzione e consumo sostenibile: dalle leggi del marketing verde all'educazione al consumo*, pp. 932-933, in *Ambiente e sviluppo*, 2007, 10.

¹³² Gli argomenti affrontati dalle Task Force, e i relativi Paesi ospitanti, sono: edilizia e costruzioni sostenibili (Finlandia); stili di vita sostenibili (Svezia); acquisti pubblici sostenibili (Svizzera); prodotti sostenibili (Regno Unito); turismo sostenibile

trattati, è quello relativo all'educazione al consumo, presieduto proprio dall'Italia. Vi è, infatti, la consapevolezza che l'educazione ad un consumo sostenibile vada integrata nei sistemi educativi a più livelli: essa viene intesa come un processo che copre tutta la vita dell'uomo e che scaturisce da due diverse fonti, una "formale" (scuole, università), ed un'altra "informale" (mass media ecc.). Per l'Unione Europea l'educazione al consumo sostenibile risulta, quindi, un tassello aggiuntivo e di collegamento tra le Politiche Integrate di Prodotto già attuate e promosse tra gli Stati membri quali il *Green Procurement*, la diffusione delle tecnologie pulite e degli strumenti volontari, l'uso di indicatori, l'applicazione di strumenti economici, ecc.¹³³

Tornando, adesso, all'aspetto normativo della questione, sulla scia degli interventi comunitari il nostro legislatore è intervenuto, come dicevamo, dedicando all'educazione l'art 4 del nuovo codice del consumo ai sensi del cui comma 1 "*l'educazione dei consumatori e degli utenti è orientata a favorire la consapevolezza dei loro diritti e interessi, lo sviluppo dei rapporti associativi, la partecipazione ai procedimenti amministrativi, nonché la rappresentanza negli organismi esponenziali.*" Consumatori ed utenti devono pertanto essere messi in condizione di poter confidare in associazioni che tutelino effettivamente i loro interessi, in quanto un consumatore isolato, da un lato, ha difficilmente la consapevolezza dei propri diritti, e, dall'altro, sarà più restio ad agire in giudizio per difenderli.¹³⁴

A riprova di ciò, il secondo comma dell'art. 4 cod. cons. con il riferimento ai "*soggetti pubblici o privati*", cui è demandato l'esercizio

(Francia); cooperazione con l'Africa (Germania); educazione al consumo sostenibile (Italia).

¹³³ E. CANCELILA, *op. cit.*

¹³⁴ A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 39.

delle attività destinate all'educazione dei consumatori, si riferisce essenzialmente alle associazioni dei consumatori e, in generale, a quelle formazioni sociali che abbiano per scopo statutario esclusivo la tutela dei diritti e degli interessi dei consumatori¹³⁵. La disposizione in commento, tuttavia, non si limita ad individuare i soggetti istituzionalmente tenuti alle attività di educazione; essa, infatti, sottolinea altresì le finalità delle suddette attività: finalità non promozionali, ma *“dirette ad esplicitare le caratteristiche di beni e servizi e a rendere chiaramente percepibili benefici e costi conseguenti alla loro scelta”*, prendendo in particolare considerazione le categorie di consumatori maggiormente vulnerabili, magari proprio perché meno in grado di inserirsi in circuiti associativi.

Dall'esegesi dell'articolo emerge, quindi, un rapporto di strumentalità tra informazione ed educazione con l'immediata conseguenza che l'informazione cui il consumatore ha diritto deve avere specifiche qualità, deve essere un'informazione “educata”, mirata e mai sovrabbondante: un eccesso di informazioni, nell'intento di aiutare il consumatore a decidere consapevolmente, avrebbe, infatti, l'effetto opposto, di tramutare il diritto all'informazione in una mera formalità. L'esigenza di una tale informazione di qualità, poi, è ancor più sentita in quei settori di mercato caratterizzati da un contenuto particolarmente tecnico, come quello dei servizi finanziari e dei relativi contratti¹³⁶.

¹³⁵ L. ROSSI CARLEO, *op. ult. cit.*, p. 116.

¹³⁶ Vastissima la dottrina e la giurisprudenza in materia. Vedi, tra gli altri, V. SANGIOVANNI, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *I contratti*, 2006, 12, pp. 1133-1143; Cass., 29 Settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 1, pp. 25-36, con commento di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *I contratti*, 2006, 5, pp. 446-459, con commento di F. POLIANI, *La responsabilità*

Proprio in quest'ottica si inserisce, infatti, l'art. 124 del testo unico bancario, il cui comma 5 prevede che il finanziatore o l'intermediario del credito forniscano al consumatore *chiarimenti adeguati*, così da ottenere un prospetto informativo che sia modellato sulle specifiche esigenze finanziarie del consumatore e non affidato esclusivamente a informazioni standardizzate.

La necessità, quindi, di garantire al consumatore un'informazione di qualità ha avuto dirette conseguenze sul *modus legiferandi* del legislatore: la "riaggregazione sistematica" cui si è proceduto, e di cui parla la Rossi Carleo¹³⁷, ha portato con sé un approccio simultaneo su due fronti. Agli interventi di carattere generale contenuti nel codice del consumo, si è, infatti, affiancata una variegata disciplina settoriale destinata a realizzare gli obiettivi generali negli specifici settori di mercato in cui le asimmetrie informative e l'elevata tecnicità impongono una maggiore attenzione al contenuto delle informazioni e ai mezzi e alle modalità con cui esse vengono fornite al consumatore¹³⁸. A tutto ciò si aggiunge, inoltre, l'acquisita consapevolezza del legislatore che anticipare la tutela del consumatore a tutte le fasi che precedono la transazione commerciale vera e propria si pone come un'esigenza improcrastinabile. La tecnica di armonizzazione della disciplina a tutela del consumatore è proprio frutto di tale consapevolezza: il legislatore si è infatti basato su particolari riferimenti teorici fondamentali, che guardano, appunto, all'intero

precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, parte prima, pp. 897-916; In ottica comparatistica vedi invece V. CRESCIMANNO, *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra code de la consommation e code civil*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 2, pp. 483-497.

¹³⁷ L. ROSSI CARLEO, *op. ult. cit.*, p. 120.

¹³⁸ L'analisi delle singole discipline speciali sarà oggetto dei paragrafi seguenti.

processo d'acquisto e di consumo, elaborati in ambiti disciplinari quali il *marketing management* ed il *consumer behaviour*.

L'esigenza, dunque, di anticipare le azioni di *consumer protection* si pone sulla base di almeno due considerazioni, tra di loro strettamente connesse. Innanzitutto sta il diritto del consumatore, enunciato altresì in numerose direttive comunitarie, ad un'informazione tale da renderlo consapevole della sua scelta¹³⁹. Tale consapevolezza deve, quindi, alla luce dei riferimenti teorici di cui sopra, consentire al consumatore di scegliere un prodotto avendo sufficiente conoscenza dei suoi attributi e delle eventuali alternative individuabili a seguito di una comparativa analisi del mercato. È, pertanto, a questo punto, che entra in rilievo la seconda considerazione. La ricerca di alternative nel mercato è un'attività che deve, infatti, essere resa facilmente accessibile al consumatore, senza un eccessivo e sproporzionato (rispetto alla controparte professionale) aggravio economico. Tale esigenza di contenimento dei costi rende, dunque, necessario anticipare temporalmente la tutela della parte debole dalle canoniche fasi di garanzia delle prestazioni successive all'acquisto, alla fase precedente la stessa conclusione del contratto: è durante quest'ultima, infatti, che hanno luogo i processi valutativi più importanti per il consumatore¹⁴⁰.

La conclusione che si deve trarre, pertanto, è che solo fornendo al consumatore gli strumenti idonei a decidere consapevolmente si può, da un lato, tutelarlo efficacemente favorendo la propria autodeterminazione, e, dall'altro, ridurre quel gap informativo dovuto

¹³⁹ Cfr. direttiva 2005/29/CE, *considerando* 14, in cui si parla di scelta *consapevole ed efficiente*.

¹⁴⁰ M. COSTABILE e F. RICOTTA, *Il diritto all'educazione nella prospettiva aziendalistica*, p. 113, in AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005.

soprattutto ai costi da sopportare per il reperimento di tutte quelle informazioni che, viceversa, per il professionista hanno un costo ridotto in quanto costituiscono attività stessa dell'impresa.

L'educazione svolge, pertanto, e ripeterlo non è mai vano, un ruolo fondamentale, soprattutto se si considera che la mera previsione di obblighi informativi non è sufficiente a colmare quelle asimmetrie valutative strutturali, tipiche di quei prodotti ad elevato contenuto tecnico, che rischiano, come dicevamo, di tramutare il diritto ad essere informati in una mera formalità. Ecco, allora, che l'educazione assume la veste di un diritto nuovo, complementare a quello dell'informazione, e la cui rilevanza, sebbene non tramutata in regole specifiche, è unanimemente riconosciuta e condivisa, soprattutto quale *“antecedente indispensabile al fine di sviluppare strutture cognitive idonee alla valutazione delle informazioni dovute, anche con riferimento alla capacità elaborativa delle informazioni disponibili e dalla loro univocità interpretativa, tenuto conto che più l'informazione è ampia, più si può prestare a diverse interpretazioni”*¹⁴¹.

2.4. Rassegna ragionata della legislazione settoriale.

La scelta di procedere con interventi settoriali e frammentari è stata una costante degli interventi comunitari a tutela del consumatore, almeno fino al 1999, anno in cui è entrato in vigore il Trattato di Amsterdam, recante modifiche al Tratto istitutivo della Comunità europea.

¹⁴¹ G. ALPA, G. CONTE, L. ROSSI CARLEO, *La costruzione del diritto dei consumatori*, p. 9, in AA. VV., *I diritti dei consumatori*, a cura di G. ALPA, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AJANI e G. A. BENACCHIO, vol. III, tomo 1, Giappichelli editore, Torino, 2009.

La svolta che ne è seguita trova la sua origine propulsiva nel nuovo articolo 153(ex articolo 129 A), ai sensi del cui comma 1: “al fine di promuovere gli interessi dei consumatori e ad assicurare un livello elevato di protezione la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi.”

Autorevole dottrina rintraccia la vera portata innovativa precisamente nelle prime due affermazioni della disposizione in commento, relative alla *promozione* degli interessi e all'assicurazione di un *livello elevato* di protezione. Per essa infatti “l'espressione *promuovere* lascia intendere che la Comunità non si accontenta di fissare le regole di protezione, ma assume un comportamento propulsivo, per far sì che gli interessi dei consumatori siano effettivamente tutelati e protetti [...] e che l'impegno ad assicurare un *livello elevato* di protezione è una scelta di campo molto netta, dal momento che nelle numerose Direttive del settore¹⁴² l'indirizzo precedentemente seguito dal legislatore comunitario consisteva nel pretendere il rispetto di un livello minimale di protezione, affidando agli Stati membri l'opzione di elevarlo.”¹⁴³

L'impressione che ne segue sembra essere, dunque, quella di una Comunità europea che fa della effettiva tutela del consumatore uno dei

¹⁴² Vedi, ad esempio, quelle riguardanti la pubblicità e l'informazione (Direttiva 97/55/CE), i contratti di credito (Direttiva 87/102/CEE), la responsabilità civile (Direttiva 85/374/CEE).

¹⁴³ G. ALPA, G. CONTE, L. ROSSI CARLEO, *La costruzione del diritto dei consumatori*, p. 55, in AA. VV., *I diritti dei consumatori*, a cura di G. ALPA, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AJANI e G. A. BENACCHIO, vol. III, tomo 1, Giappichelli editore, Torino, 2009.

suoi compiti istituzionali di maggior rilievo,¹⁴⁴ e ciò dovrebbe, almeno in linea di principio, avere una diretta conseguenza sulla qualità della legislazione: non più esclusivamente settoriale e programmatica, ma anche di carattere generale e percettivo.

Occorre in questa sede ricordare che già la Risoluzione del Consiglio della Comunità Europea sui diritti dei consumatori del 14 aprile 1975 individuava, in realtà, tra i principali obiettivi delle iniziative comunitarie in favore dei consumatori l'informazione e l'educazione; la differenza fondamentale sta, però, nel fatto che alla "Protezione dei consumatori" è adesso dedicato un apposito Titolo del Trattato, il XIV (ex Titolo XI).

La frammentarietà dell'*acquis communautaire* si è, ovviamente, riversata anche nell'ordinamento italiano, essendo il legislatore obbligato a recepire le varie Direttive di volta in volta emanate dalle istituzioni europee con il conseguente riassetto della disciplina consumeristica.

In particolare, partendo dall'analisi delle disposizioni contenute nel Titolo II del codice del consumo, "Informazione dei consumatori", e, nello specifico, nei Capi II e III, rispettivamente "Indicazione dei prodotti" e "Indicazione dei prezzi", autorevole dottrina ha sottolineato come tale "riaggregazione sistematica non ha inteso solo determinare l'inserimento dell'intera normativa in materia di etichettatura o in materia di indicazione dei prezzi, quanto, piuttosto, ha inteso inserire nel Codice quelle regole per così dire residuali, di carattere orizzontale,

¹⁴⁴ A riprova di ciò il comma 2 dell'art 153 prevede che "nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività comunitarie sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori." Il che si traduce nell'impegno della Comunità a considerare la politica di tutela dei consumatori come una delle principali politiche istituzionali, da coordinare, quindi, con quelle altre politiche dell'Unione che potrebbero porsi in una situazione di conflittualità (come, ad esempio, la politica della concorrenza e la politica agraria).

che risultano, poi, integrate, negli specifici mercati di riferimento, da una disciplina complessa e analitica”¹⁴⁵. In definitiva, il Codice del consumo, nato come disciplina speciale applicabile ai soli contratti conclusi tra consumatore e professionista, assurge a disciplina generale, contenente principi destinati a trovare applicazione in tutti i “contratti del consumatore”.

2.4.1. Segue: la nuova disciplina dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali a seguito della Direttiva 2011/83/UE.

La disciplina dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali era, fino al 2011, affidata a due distinte direttive, rispettivamente la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e la direttiva 85/577/CEE del Consiglio. Tale distinzione è sembrata anacronistica ed inopportuna al legislatore del 2011; esse sono state così sostituite da un’unica direttiva, la 2011/83/UE, il cui recepimento nel nostro ordinamento è stato affidato ad una novella, introdotta con il d.lgs. 21/2014, che ha totalmente riscritto gli artt. da 45 a 67 del Codice del consumo.

La *ratio* di tale intervento risulta chiaramente dal considerando 2, ai sensi del quale “la presente direttiva dovrebbe stabilire norme standard per gli aspetti comuni dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali distanziandosi dall’approccio di armonizzazione minima di cui alle precedenti direttive e consentendo, al contempo, agli Stati membri di mantenere o adottare norme

¹⁴⁵ L. ROSSI CARLEO, *Art 4. Educazione del consumatore*, p.120, in AA. VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005.

nazionali relative a taluni aspetti”¹⁴⁶. Il legislatore comunitario ammette, dunque, di volere procedere ad una “armonizzazione completa” della disciplina, consapevole che questa “dovrebbe aumentare la certezza giuridica per i soggetti coinvolti nella contrattazione e completare il mercato interno in questo settore”¹⁴⁷ e che, viceversa, “disparità fra le singole discipline nazionali possono creare barriere importanti nel mercato interno con ripercussioni sui professionisti e sui consumatori”¹⁴⁸.

A dire il vero, nonostante tali tentativi unificatori del legislatore comunitario, quest’ultimo si è lasciato sfuggire una ghiotta occasione: quella di prevedere, esplicitamente e, direi, finalmente, un impianto sanzionatorio in caso di trasgressione degli obblighi posti dalla nuova disciplina. Sulla scia dell’inerzia che ha caratterizzato il legislatore del 2005, si è preferito, ancora una volta, lasciare l’arduo compito di individuare le sanzioni irrogabili ai singoli Stati membri. L’art. 24, comma 1, della Direttiva 2011/83/UE prevede, infatti, che “gli Stati membri determinano le disposizioni relative alle sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali [...] e adottano tutte le misure necessarie per la loro applicazione. Le sanzioni devono essere effettive, proporzionate, e dissuasive.” Viene così inserita una formula, insoddisfacente, che riproduce pedissequamente quella dell’art. 13 della Direttiva 2005/29/CE. La ratio unificatrice è, inoltre, lapidariamente chiarita all’art. 4 della Direttiva, simbolicamente rubricato “*Livello di armonizzazione*”, e che pone un divieto a carico degli Stati membri di inserire a livello nazionale disposizioni divergenti da quelle della Direttiva, siano esse meno o più severe.

¹⁴⁶ Direttiva 2011/83/UE, *considerando* n. 2.

¹⁴⁷ Direttiva 2011/83/UE, *considerando* n. 7.

¹⁴⁸ Direttiva 2011/83/UE, *considerando* n. 6.

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione della disciplina, il riformato art. 46 cod. cons. riproduce fedelmente, nella prima parte del comma 1, il disposto dell'art. 3 della Direttiva prevedendo che le disposizioni si applicano a qualsiasi contratto concluso tra professionista e consumatore. A dispetto, tuttavia, della vastità suggerita dalla lettera della norma, il raggio di azione della disciplina non è in realtà così onnicomprensivo.

In primo luogo, essa si applicherà sicuramente ai contratti di vendita e ai contratti di servizi, come definiti rispettivamente dall'art. 45, lett. e) ed f), oltreché ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento (art. 46, comma 1, seconda parte). Nondimeno, in secondo luogo, l'art. 47 prevede, riproducendo in questo caso il contenuto dell'art. 3, comma 3 della Direttiva, un lungo elenco di contratti che restano estranei alla novella, o perché, ad esempio, già oggetto di disciplina separata (lett. g) e h))¹⁴⁹, o per il loro oggetto (lett. e), f) ed l))¹⁵⁰, ovvero perché stipulati con l'intervento di un pubblico ufficiale.

Passando adesso all'aspetto che più ci interessa, ovvero sia gli obblighi informativi posti a carico del professionista e le relative tutele a favore del consumatore, il legislatore comunitario ha distinto due diverse

¹⁴⁹ Sono quindi esclusi i contratti che rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti tutto compreso di cui agli articoli da 32 a 51 del d.lgs. 79/2011, c.d. codice del turismo, (art. 47, comma 1, lett. g) cod. cons.) ed i contratti di multiproprietà, i contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e quelli di rivendita e di scambio, in quanto già oggetto della separata disciplina di cui agli artt. da 69 a 81-bis del Codice del consumo (art. 47, comma 1, lett. h) cod. cons.).

¹⁵⁰ Si tratta dei contratti che hanno ad oggetto rispettivamente la creazione di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti su beni immobili, la costruzione di nuovi edifici e la fornitura di alimenti e bevande.

ipotesi, confluite di riflesso anche nel Codice del consumo. In particolare, le due disposizioni in questione sono gli artt. 48 e 49 cod. cons. (artt. 5 e 6 nella Direttiva 2011/83/UE) riguardanti rispettivamente gli obblighi di informazione nei “contratti diversi” dai contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali e gli obblighi di informazione nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali.

La prima fondamentale novità apportata dalla Direttiva è proprio rappresentata dall'imposizione in positivo di specifici obblighi precontrattuali di informazione anche a carico dei professionisti che concludono “contratti diversi”, non qualificabili né come contratti a distanza né come contratti negoziati fuori dai locali commerciali¹⁵¹. Prima della novella, infatti, gli unici obblighi informativi che gravavano (e che comunque continuano a gravare) su tali professionisti erano quelli previsti dai commi 2 e 3 dell'art 5 cod. cons. ai sensi dei quali il contenuto essenziale dell'obbligo informativo, da adempiere in modo chiaro e comprensibile, è quello riguardante la sicurezza, la composizione e la qualità dei prodotti e dei servizi, non prevedendo però l'articolo un relativo impianto sanzionatorio che non fosse quello azionabile in caso di configurazione di una pratica commerciale scorretta. A seguito della novella, invece, adesso i professionisti che concludono uno dei contratti di cui all'art. 48 cod. cons. sono soggetti ad un fitto elenco di obblighi informativi che vanno dalle caratteristiche principali del bene o del servizio (art. 48, comma 1, lett. a)) alla durata del contratto e alle condizioni di risoluzione dello stesso (lett. f). Vero è

¹⁵¹ G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, p.919, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, 5.

anche, tuttavia, che, come recentissima dottrina sottolinea¹⁵², la novella lascia senza risposta una lunghissima serie di interrogativi. Si tratta, in particolare, di tutte quelle ipotesi in cui il professionista ometta di fornire le informazioni di cui all'art. 48 cod. cons., o, ancora, le fornisca ma queste siano poco chiare, incomprensibili o addirittura non corrette. Altri dubbi sorgono poi per quelle ipotesi che trovano, invece, una risposta nella disciplina dei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, ma non altrettanto nel caso di contratti "diversi" dal momento che mancano, nell'art. 48 cod. cons., alcune corrispondenti disposizioni contenute, invece nell'art. 49 cod. cons. A titolo esemplificativo basti ricordare, il caso in cui il professionista, nella conclusione di un contratto "diverso", non adempia all'obbligo informativo sulle spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali ex art. 48, comma 1, lett. c): potrà in questo caso il consumatore essere esente da tali costi, pur in assenza di una previsione analoga a quella di cui all'art. 49, comma 6, cod. cons. dettata, appunto, per i contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali?¹⁵³ La risposta non

¹⁵² C. GRANELLI, "Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del Codice del consumo, p.60-61, in *I Contratti*, 2015, 1.

¹⁵³ Ancora, *quid iuris* nel caso in cui le informazioni obbligatorie ex art. 48, comma 1 vengano rese in sede precontrattuale ma non altrettanto ribadite in sede contrattuale. Potranno comunque essere ritenute contrattualmente vincolanti, pur in assenza di una previsione analoga a quella ex art. 49, comma 5, cod. cons. per cui "le informazioni di cui al comma 1 fanno parte integrante del contratto a distanza o del contratto negoziato fuori dai locali commerciali"? Per 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?)*, p. 806, in *I Contratti*, 2014, 8, "l'art. 48 non riconosce alle informazioni *de quibus* l'attributo di parte integrante del contratto: di talché, laddove il consumatore dovesse provare lo scarto tra quanto promesso e la *lex contractus*, verranno a dischiudersi i rimedi dell'annullamento ex art. 1439 c.c. o del risarcimento ex art. 1440 c.c."

potrà di certo essere trovata nella novella, che fornisce all'interprete, come unico appiglio, la clausola di salvezza di cui all'art. 67 cod. cons. ai sensi del quale "per quanto non previsto dalle Sezioni da I a IV del presente Capo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di validità, formazione ed efficacia dei contratti".

Nonostante la diversità dell'oggetto, tuttavia, i due articoli in esame condividono l'incipit "*prima che il consumatore sia vincolato da un contratto*", sottolineando in tal modo la valenza anticipatoria dell'obbligo rispetto alla stessa conclusione del contratto, in linea con la generale esigenza, riconosciuta dal legislatore, di anticipare la tutela già alle prime fasi di contatto tra le parti¹⁵⁴. Ciò per cui, però, l'art. 48 cod. cons. differisce dall'articolo successivo è la chiusa "*qualora esse non siano già apparenti dal contesto*", alludendo in tal modo ad una sorta di "autoresponsabilità, parametrata su di una figura di consumatore vulnerabile perché la sua libertà negoziale è *disqualifìe*"¹⁵⁵. Il fatto che al consumatore si chieda un certo grado di diligenza nel riconoscere le informazioni, quindi, non è di poco conto in quanto ciò potrebbe incidere sia sulla valutazione della gravità dell'inadempimento del professionista ex art. 1455 c.c., sia sull'ammontare di un eventuale

¹⁵⁴ Lo stesso art. 55 cod. cons., in tema di effetti del recesso, prevede che l'esercizio del diritto pone termine agli obblighi delle parti anche nei casi di semplice offerta al consumatore.

¹⁵⁵ 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?)*, p. 801, in *I Contratti*, 2014, 8. Di avviso contrario è, però, G. DE CRISTOFARO, *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, p. 925, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, 5, per il quale "sembra tuttavia scontato – se non altro per ragioni di coerenza sistematica – che occorra fare riferimento al "consumatore medio", mediamente informato e ragionevolmente avveduto, esplicitamente richiamato nella Direttiva 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali".

risarcimento che, ai sensi dell'art. 1227 c.c., andrebbe ridotto in ragione dell'entità del concorso colposo del creditore. Ben poco di nuovo è invece possibile rintracciare sul piano delle tutele a favore del consumatore, se non un mero rinvio agli artt. da 6 a 12 del Codice del consumo (art. 48, comma 5) costituenti il Capo II, relativo al contenuto e alle modalità delle indicazioni che i prodotti e le confezioni dei prodotti destinate al consumatore devono riportare. A ben vedere, di queste norme solo una, l'art. 11 cod. cons., prevedendo un generale divieto di commercio di qualsiasi prodotto che sia privo delle indicazioni imposte dalla legge, sembrerebbe atteggiarsi a rimedio posto a tutela del consumatore, rimedio che potrebbe assumere, per alcuni, i connotati della nullità (di protezione)¹⁵⁶.

Nonostante il grande rilievo della novità normativa appena descritta, ancora maggiore è l'importanza della nuova disciplina sul recesso dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali o conclusi a distanza. Si tratta in particolare di varie disposizioni inserite dal legislatore lungo tutta la nuova disciplina in maniera abbastanza ruvida, asportando *sic et simpliciter* le vecchie regole e innestando nel codice le nuove di origine europea¹⁵⁷. Tutto ciò non fa che portare alla considerazione che sia la stessa figura del recesso a mutare funzione; non più esclusivo strumento di protezione del consumatore, ma anche, e forse soprattutto, mezzo per dare maggiore certezza giuridica alle operazioni commerciali transfrontaliere, eliminando quegli ostacoli derivanti dalla

¹⁵⁶ C. GRANELLI, "Diritti dei consumatori" e tutele nella recente novella del Codice del consumo, p.60, in *I Contratti*, 2015, 1.

¹⁵⁷ Per M. FARNETI, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, p. 959, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, 5, il motivo di tale scelta sta nel fatto che l'intento di armonizzazione completa del legislatore europeo e, quindi, la obbligatorietà della Direttiva hanno "in sede di recepimento della direttiva reso ancora più timido, pigro e superficiale il nostro legislatore".

frammentazione normativa derivante da interventi di armonizzazione solo minima, e provando a completare quella crescita del mercato interno che, anche ai sensi del considerando 7 della Direttiva 2011/83/UE, è da sempre finalità essenziale degli interventi unificatori provenienti dall'Unione.

Quanto appena detto, riguardo l'esigenza di completamento del mercato unico, non ostacola di certo, tuttavia, alla considerazione che in tali tipi di contrattazione la posizione di debolezza contrattuale del consumatore è acuita proprio dalle particolari modalità con cui la contrattazione stessa ha luogo; in ragione di ciò il nuovo recesso si pone come espediente per riequilibrare la disparità nei confronti del professionista¹⁵⁸. Indubbio è, infatti, che in queste particolari fattispecie il consumatore meriti un particolare trattamento: nel caso dei contratti a distanza perché egli non ha la possibilità di avere un contatto diretto né con il professionista né con lo stesso oggetto del contratto (che sia esso un bene o un servizio), le cui caratteristiche non potranno *de visu* essere verificate; nel caso dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, invece, la posizione di debolezza è creata dallo stesso luogo di contrattazione, non essendo questo il tipico "negozio"¹⁵⁹, ma, ad esempio, il posto di lavoro o il domicilio stesso del consumatore¹⁶⁰, quest'ultimo potrebbe subire eventuali pressioni dal

¹⁵⁸ Ivi, p. 962.

¹⁵⁹ Ai sensi del *considerando* 47 della Direttiva 2011/83/UE "per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni il consumatore dovrebbe solo manipolarli e ispezionarli nello stesso modo in cui gli sarebbe consentito farlo in un negozio", ciò a riprova del fatto che la contrattazione così come avviene in un "negozio" è elevata a parametro di riferimento qualora il consumatore si trovi, invece, a contrattare in una delle particolari ipotesi di cui all'art. 49 cod. cons.

¹⁶⁰ Cfr. *considerando* 21 Direttiva 2011/83/UE.

professionista concludendo un contratto senza la ponderazione necessaria per giungere ad una scelta consapevole.¹⁶¹

Proprio alla luce dei profili appena esposti il legislatore comunitario, nel prevedere una nuova disciplina del recesso, non ha comunque inciso sulle caratteristiche peculiari dell'istituto. La priorità fondamentale resta, infatti, quella di garantire adeguata protezione ai consumatori durante le loro operazioni commerciali, transfrontaliere e non. Specificamente per queste ragioni, pertanto, anche il recesso della Direttiva 2011/83/UE assume *in primis* i connotati di un diritto vero e proprio (e la stessa rubrica dell' art. 9 Direttiva ne è testimonianza), attribuito ad uno solo dei contraenti, quello fisiologicamente più "debole", il quale è libero di scegliere se esercitarlo o meno e, in caso di scelta affermativa, di esercitarlo (quasi sempre) senza alcun costo aggiuntivo.¹⁶² La ragione della gratuità, e delle altre differenze con le ipotesi di recesso contenute nel codice civile¹⁶³, risiede essenzialmente

¹⁶¹ Quanto sopra esposto è brillantemente riassunto nel *considerando 37* della Direttiva 2011/83/UE ai sensi del quale "poiché nel caso delle vendite a distanza il consumatore non è grado di vedere i beni prima di concludere il contratto, dovrebbe godere di un diritto di recesso. Per lo stesso motivo, al consumatore dovrebbe essere consentito di testare e ispezionare i beni che ha acquistato nella misura necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni. Per quanto riguarda i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, il consumatore dovrebbe disporre del diritto di recesso in virtù del potenziale elemento di sorpresa e/o di pressione psicologica. Il recesso dal contratto dovrebbe porre termine all'obbligo delle parti contraenti di eseguire il contratto."

¹⁶² M. FARNETI, *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, p. 966, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, 5, parla di "diritto irrinunciabile, libero, unilaterale, gratuito, temporaneo e formale."

¹⁶³ In tali ipotesi codicistiche, infatti, l'esercizio del diritto è sempre accompagnato da controprestazioni di vario genere. Ai sensi dell' art. 1671 c.c. in tema di appalto, ad esempio, il committente può sempre recedere dal contratto, anche se è stata

nella precipua finalità del “recesso consumeristico”: quella cioè, come sopra anticipato, di controbilanciare il gap informativo che il consumatore è costretto a subire nei rapporti con la controparte professionista, esigenza, questa, che, invece, non emerge in maniera così preminente nelle ipotesi codicistiche.

Procedendo adesso all’analisi prettamente normativa della nuova disciplina, nucleo centrale è il nuovo art. 52 cod. cons. ai sensi del cui comma 1 “fatte salve le eccezioni di cui all’art. 59 il consumatore dispone di un periodo di quattordici giorni per recedere da un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali senza dover fornire alcuna motivazione e senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all’articolo 56, comma 2, e all’art. 57”, proprio in tale disposto risiede una delle “novità più rilevanti rispetto al sistema previgente”¹⁶⁴. Si tratta, da un lato, dell’ampliamento del termine per recedere, dai dieci giorni previsti dal vecchio art. 64 cod. cons., agli attuali quattordici, e, dall’altro, dell’applicabilità del medesimo termine a entrambe le ipotesi di contratti a distanza e negoziati fuori dei locali commerciali. Per quanto riguarda in particolare quest’ultima circostanza, occorre dire che il legislatore italiano aveva per un verso già anticipato l’intervento unionale introducendo un termine unico

iniziata l’esecuzione dell’opera, purché tenga indenne l’appaltatore delle spese sostenute; e ancora, ex art. 2227 c.c., il committente può sempre recedere dal contratto (di lavoro autonomo) tenendo indenne il prestatore d’opera delle spese, del lavoro eseguito e del mancato guadagno.

¹⁶⁴ *Relazione illustrativa* governativa allo “Schema di decreto legislativo di attuazione della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori”, p. 5., disponibile all’indirizzo http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.aspx?file=0059_F001.pdf&leg=XVII.

valevole per entrambi i regimi contrattuali già con il d.lgs. 6 settembre 2005, n. 26 (c.d. codice del consumo).

La scelta di introdurre un termine unico¹⁶⁵, e relativamente breve¹⁶⁶, valevole per tutti gli Stati membri ha, ovviamente, il beneficio di rafforzare la certezza giuridica delle operazioni transfrontaliere, minata altrimenti dalla differenza di regime tra i vari ordinamenti con il conseguente scoraggiamento dei professionisti a concludere contratti che sarebbero troppo instabili finché esposti alla possibilità di recesso da parte del consumatore europeo.

Sebbene il termine per recedere sia unico, diversi sono, però, i termini di decorrenza; in particolare il comma 2 dell'art. 52 cod. cons. opera una *summa divisio* tra contratti di *servizi*, il cui *dies a quo* corrisponde a quello di conclusione del contratto (lett. a)), e contratti di *vendita*, relativamente ai quali, invece, il termine per recedere decorre invece dal acquisizione del possesso fisico del bene da parte del consumatore (lett. b)).¹⁶⁷ La *ratio* di tale diversità è empiricamente rintracciabile nella possibilità di restituzione delle prestazioni eventualmente eseguite in pendenza del termine per recedere: nel caso di contratto di vendita, infatti, il consumatore ben potrà restituire al professionista i beni ricevuti senza arrecare a quest'ultimo pregiudizi di alcun genere,

¹⁶⁵ Cfr. art. 9 Direttiva 2011/83/UE.

¹⁶⁶ È indubbio che, sebbene sia stato allungato, un termine di quattordici giorni resti poco favorevole per il consumatore "debole".

¹⁶⁷ L'art. 52, comma 2, lett. c) estende il trattamento dei contratti di servizi anche ai contratti per la fornitura di acqua, gas o elettricità, quando non sono messi in vendita in un volume limitato o quantità determinata, di teleriscaldamento o di contenuto digitale non fornito su un supporto materiale. A mente del *considerando* 19 della Direttiva, tali contratti, detti di "quasi-servizi", "non dovrebbero essere considerati ai sensi della presente direttiva né un contratto di vendita né un contratto di servizi".

nel caso dei servizi, invece, tale restituzione non sarà materialmente possibile, essendo il servizio un'attività non produttiva di beni che si consuma già al momento stesso della sua esecuzione e il pregiudizio economico per il professionista sarà inevitabile.

L'esercizio del diritto di recesso, onde essere effettivamente garantito, deve essere preceduto da un'adeguata informazione, per questo motivo parte del lunghissimo elenco contenuto nell'art. 49, comma 1, è dedicata alle informazioni relative a modalità, procedure, termini di esercizio recesso (lett. da h) ad m)). Tra queste particolarmente rilevante è l'informazione obbligatoria ex art. 49, comma 1, lett. h) cod. cons. ai sensi del quale il consumatore deve essere informato della stessa sussistenza del recesso e delle condizioni, termini e procedure per il suo esercizio, nonché della possibilità di servirsi dell'apposito modulo tipo. Qualora egli decidesse di recedere dal contratto avrà, ai sensi dell'art. 54 cod. cons., due opzioni di scelta: o avvalersi del nuovo modulo di recesso standard, o di manifestare la sua intenzione di recedere con una qualsiasi altra dichiarazione esplicita. Tale alternativa, peraltro, risulta interessante sotto due profili: da un lato, l'introduzione di un modulo tipo risponde a quell'esigenza di contenimento dei costi, derivanti dalle differenze nel modo in cui il diritto di recesso è esercitato negli Stati membri e sostenuti dai professionisti che vendono a livello transfrontaliero¹⁶⁸; dall'altro, la possibilità di manifestare il recesso tramite "qualsiasi altra dichiarazione esplicita"¹⁶⁹ spazza via quel vecchio impianto formalistico in accordo col quale il consumatore doveva procedere con l'invio di una comunicazione scritta alla sede del professionista

¹⁶⁸ Cfr. Direttiva 2011/83/UE *considerando* 44.

¹⁶⁹ Purché la dichiarazione con cui il consumatore esplicita la sua volontà di recedere sia inequivocabile (*considerando* 44 della Direttiva).

mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento¹⁷⁰. Significativa è, infine, la ripartizione dell'onere probatorio prevista dall'art. 54, comma 4, cod. cons. per cui *“l'onere della prova relativa all'esercizio del diritto di recesso conformemente al presente articolo incombe sul consumatore”*: graverà su di esso, pertanto, il rischio derivante della scelta di recedere tramite una mera dichiarazione e di non avvalersi, viceversa, di un supporto durevole, come lo stesso considerando 44 suggerisce.

L'effettività dell'esercizio del recesso è poi corredata da ulteriori garanzie che scattano al momento di un eventuale inadempimento informativo da parte del professionista. In via generale l'art. 53, comma 1, cod. cons. prevede, infatti, che *“se in violazione dell'art. 49, comma 1, lett. h), il professionista non fornisce al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale, come determinato a norma dell'articolo 52, comma 2.”* La portata innovativa di tale disposizione si apprende a pieno non appena la si confronta con il vecchio regime previsto dall'art. 65, comma 3 il quale distingueva tra contratti a distanza e contratti negoziati fuori dai locali commerciali, prevedendo, in caso di inadempimento del professionista un allungamento del tempo di ripensamento rispettivamente di 60 e 90 giorni. Diversa è invece la conseguenza nella differente ipotesi, considerata dal comma 2 dell'art. 53, in cui l'obbligo del professionista è adempiuto tardivamente, ma comunque entro dodici mesi dal *dies a quo* di cui all'art. 52, comma 2; in questo caso i quattordici giorni decorreranno dal giorno in cui il consumatore riceva le informazioni.

La più immediata conseguenza alle ipotesi di non adempimento dell'obbligo informativo sul diritto di recesso, insomma, si risolve in un

¹⁷⁰ Cfr. art. 64 cod. cons., (vecchio testo).

ampliamento dello *spatium deliberandi* a disposizione del consumatore; dal lato del professionista, invece, la portata sanzionatoria è data dal prolungamento dello stato di instabilità giuridica cui quel determinato contratto soggiace finché perdura il termine di ripensamento (nella peggiore delle ipotesi un anno e quattordici giorni).

Se, allora, da un lato la nuova disciplina sembra essere stata modificata *in melius* per il consumatore, dall'altro lato essa solleva numerosi profili critici. *In primis* l'art. 49, comma 4, prevede che “*le informazioni di cui al comma 1, lettere h), i) ed l) nelle istruzioni tipo sul recesso di cui all'allegato I, parte A*”. Già da sola questa prima parte dell'articolo in commento evidenzia delle criticità in merito alla effettiva consapevolezza che il consumatore medio può avere rispetto a tali informazioni qualora esse siano inserite in quei moduli o formulari standardizzati che nella prassi non sono mai oggetto di profonda attenzione. La seconda parte dell'articolo, poi, dispone che “*il professionista ha adempiuto agli obblighi di informazione di cui al comma 1, lettere h), i) e l), se ha presentato dette istruzioni al consumatore, debitamente compilate*”, riducendo sostanzialmente l'onere probatorio a carico del professionista alla semplice dimostrazione di aver fornito il formulario con le indicazioni richieste e non, invece, di aver reso “*edotto il consumatore in maniera completa e priva di lacune sull'esistenza del diritto di recesso e sui contenuti minimi attinenti all'esercizio di siffatta prerogativa del contraente debole*”¹⁷¹. Ora, se è vero che questa modalità di informazione è una

¹⁷¹ V. D'ANTONIO, G. G. CODIGLIONE, *Art. 53. Non adempimento dell'obbligo di informazione sul diritto di recesso*, in AA.VV., *I nuovi diritti dei consumatori: commentario al d.lgs. n. 21/2014*, a cura di A. M. GAMBINO e G. NAVA, Giappichelli editore, 2014.

mera facoltà¹⁷² per il professionista, non è men vero che nella prassi della contrattazione a distanza e negoziata fuori dai locali commerciali, è quantomeno ricorrente il ricorso a moduli o formulari standardizzati. Ciò a cui si è in buona sostanza assistito è quasi un'involuzione della disciplina in commento. Sull'esigenza di garantire maggiormente la protezione del consumatore ha prevalso, infatti, l'interesse ad evitare che il mercato delle contrattazioni di massa potesse essere minacciato da quella instabilità giuridica derivante dalla coesistenza di un elevato numero di contratti la cui perdurante efficacia dipendesse dalla possibilità (appunto non contemplata dalla novella) per il consumatore di recedere *ad nutum* in caso di inadempimento del professionista. Alla luce della scelta fatta, invece, dal legislatore, decorso il termine complessivo di un anno e quattordici giorni, il consumatore vedrà caducata irreversibilmente la facoltà di esercizio del diritto di recesso¹⁷³.

¹⁷² Stando alla lettera della norma tali informazioni “*possono essere fornite*” mediante l’inserimento in moduli standard.

¹⁷³ Dubbi sulla effettività di un termine così ridotto ai fini di protezione del consumatore erano già stati sollevati dalla Corte di giustizia europea nel caso C-481/99, *Georg Heininge e Helga Heininge c. Bayerische Hypo- und Vereinsbank*. In quell’occasione i giudici di Lussemburgo pronunciandosi sulla compatibilità di una normativa di recepimento con la corrispondente direttiva 85/577/CEE sulla tutela dei consumatori nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali affermavano che “la direttiva 85/577/CEE osta a che il legislatore nazionale applichi un termine di un anno dalla stipulazione del contratto per l’esercizio del diritto di recesso istituito dall’art. 5 di tale direttiva, qualora il consumatore non abbia beneficiato dell’informazione di cui all’art. 4 della suddetta direttiva.” Evidentemente il loro appello non è stato accolto e conseguentemente normativamente tradotto dal legislatore comunitario.

2.5. I contratti di credito al consumo: evoluzione pratica e normativa.

Ai sensi dell' art. 121, comma 1, lett. c) del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (contenuto nel d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385) si intende per contratto di credito ai consumatori "*il contratto con cui un finanziatore concede o si impegna a concedere a un consumatore un credito sotto forma di dilazione di pagamento, di prestito o di altra facilitazione finanziaria*". Se questa è la lettera della disposizione che attualmente definisce la fattispecie in analisi, occorre, prima di procedere all'analisi della disciplina normativa della fattispecie, dar conto dell'evoluzione strutturale che questa ha subito nel corso degli anni.

Al momento della sua comparsa il credito al consumo soddisfaceva l'esigenza di acquistare beni c.d. "durevoli", come i mezzi di trasporto o gli apparecchi radiotelevisivi, anche per somme eccedenti la possibilità finanziaria dell'acquirente¹⁷⁴, e il mezzo di finanziamento tipico attraverso cui si erogava il credito era la dilazione di pagamento, concessa tramite la vendita con riserva di proprietà (la c.d. vendita a rate), la cui disciplina è contenuta negli artt. 1523 ss. c.c. Per quanto riguardava, poi, la ripartizione dei rischi e delle responsabilità, questa era affidata agli artt. 1525 e 1526 rispettivamente afferenti all'importanza dell'inadempimento del compratore legittimante la risoluzione del contratto e agli effetti della risoluzione stessa qualora

¹⁷⁴ G. CARRIERO, P. GAGGERO, *I servizi finanziari*, p. 557, in AA. VV., *I diritti dei consumatori*, a cura di G. ALPA, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AJANI e G. A. BENACCHIO, vol. III, tomo 2, Giappichelli editore, Torino, 2009.

ricorressero i presupposti. Le parti coinvolte erano, quindi, essenzialmente due: l'acquirente e il venditore, il quale in prima persona erogava il credito sotto forma, appunto, di dilazione di pagamento.

Lo schema appena delineato, tuttavia, era necessariamente destinato a cambiare a seguito della crescita dei consumi e della maggiore propensione all'indebitamento. Nel nostro paese, in particolare, è soprattutto a partire dalla metà degli anni '90 che il ricorso al credito al consumo si propaga tra i consumatori italiani, aiutato anche dalla sempre più ampia diffusione dell'automobile, passata da bene di lusso a vero e proprio bene di consumo¹⁷⁵. Tale incremento del fenomeno poneva pertanto sia problemi di adeguamento della disciplina, sia complicazioni al momento della stessa erogazione del credito: di fronte alle sempre maggiori richieste degli acquirenti era evidente, infatti, che i venditori non potevano più farsi carico in prima persona di finanziamenti di siffatto volume, e, per questo motivo, sempre più spesso i crediti venivano concessi da terzi, nell'ambito della loro attività d'impresa (banche, istituti finanziari ecc..) e, quindi, non più solamente tramite lo strumento della vendita a rate¹⁷⁶. L'ingresso di un terzo soggetto nel rapporto contrattuale ha, però, posto problemi di coordinamento delle discipline, problemi generati dal fatto che, a fronte di un'unica operazione economica (l'acquisto di un bene di consumo tramite erogazione del credito), si instauravano due o tre diverse relazioni contrattuali: il contratto di fornitura del bene o del servizio

¹⁷⁵ A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, p. 138, Roma, Dike Giuridica editrice, 2013

¹⁷⁶ G. CARRIERO, P. GAGGERO, *I servizi finanziari*, p. 558, in AA. VV., *I diritti dei consumatori*, a cura di G. ALPA, in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da G. AJANI e G. A. BENACCHIO, vol. III, tomo 2, Giappichelli editore, Torino, 2009.

tra il cliente e il fornitore, il contratto di finanziamento tra il cliente e il finanziatore, e, infine, l'accordo di esclusiva tra il finanziatore e il fornitore, per cui quest'ultimo s'impegna a presentare i propri clienti al finanziatore e il primo a concedere loro il credito¹⁷⁷. Conseguenza immediata di tale scomposizione del rapporto è l'inopponibilità al finanziatore delle eccezioni opponibili al venditore¹⁷⁸, così da determinare l'aggiramento della norma di cui agli artt. 1525 e 1526 c.c. Alla luce di ciò, la soluzione, suggerita dalla disciplina civilistica, e prospettata dalla maggior parte della dottrina¹⁷⁹ è quella di ricorrere alla teoria del collegamento negoziale, dal momento che queste diverse relazioni contrattuali sono funzionalmente interdipendenti¹⁸⁰. Di tale specifica problematica si è occupata in diverse occasioni la giurisprudenza; nella maggior parte di queste pronunce, tuttavia, ciò

¹⁷⁷ A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *op. cit.*, p. 139.

¹⁷⁸ G. CARRIERO, P. GAGGERO, *op. cit.*, p. 558.

¹⁷⁹ Vedi, tra gli altri, G. D'AMICO, *Credito al consumo e principio di relatività degli effetti contrattuali (considerazioni "inattuali" su collegamento negoziale e buona fede)*, in *I contratti*, 2013, 7, pp. 712 ss; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione <<completa>> delle disposizioni nazionali concernenti <<taluni aspetti>> dei <<contratti di credito ai consumatori>>*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 255 ss; G. LENER, *Profili del collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè editore, 1999; F. MACARIO, *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito*, in *Foro it.*, 1994, I.

¹⁸⁰ Sul collegamento negoziale vedi Cass. civ., Sez. III, 19 luglio 2012, n. 12454, p. 307 con nota di R. PALUMBO, *Un'occasione mancata per chiarire alcuni (tra i tanti) dubbi in materia di collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, per cui esso è "un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico complesso, che viene realizzato, non attraverso un autonomo e nuovo contratto, ma attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è concepito, funzionalmente e teleologicamente, come collegato con gli altri, cosicché le vicende che investono un contratto possono ripercuotersi sull'altro".

che i giudici si trovano di fronte è sì un contratto di finanziamento con un soggetto diverso dal fornitore, ma nella forma di un mutuo di scopo, e non di credito al consumo¹⁸¹. Sulla differenza tra i due istituti si rimanda ai dibattiti sorti in dottrina¹⁸², anche perché ciò che qui interessa è l'evoluzione disciplinare del credito al consumo, restando in ogni caso fermo che la peculiarità del mutuo di scopo è proprio il comune interesse delle parti a che il finanziamento venga destinato a uno specifico scopo.

Tornando, dunque, al collegamento negoziale, se, in un primo momento¹⁸³, questo era subordinato all'esistenza di un accordo di

¹⁸¹ *Leading case* in materia è sicuramente Cass., Sez. II, 20 gennaio 1994, n. 474, in *Nuova Giur Comm.*, 1995, I, 302, con nota di FERRANDO, in cui viene espressamente riconosciuto che il contratto di mutuo di scopo è da considerarsi funzionalmente collegato al contratto di vendita, con la conseguenza che il mutuante possa esperire l'azione restitutoria delle somme erogate direttamente nei confronti del venditore.

¹⁸² Sottolineano le differenze tra i due istituti G. FERRANDO, *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, p. 607, in *Riv. dir. comm.*, 1994 I, il quale afferma che “*nel credito al consumo la finalizzazione dell'operazione, diversamente dal mutuo di scopo, è attuata direttamente dal creditore e non è affidata al debitore*” e M. GORGONI, *Il credito al consumo*, p. 179, Milano, Giuffrè editore, 1994, per cui “*nel credito al consumo il fine perseguito è solo quello di consentire al consumatore di realizzare un acquisto che, altrimenti, non potrebbe compiere, non già di far conseguire, mediante il fine perseguito, al finanziatore un maggior rendimento del servizio finanziario*”.

¹⁸³ Ai sensi del. considerando 21 della Direttiva 87/102/CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986, relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati Membri in materia di credito al consumo, infatti, “*per quanto riguarda i beni e servizi che il consumatore ha sottoscritto per contratto di acquistare a credito, il consumatore, almeno nelle circostanze sotto definite, deve godere, nei confronti del creditore, di diritti che si aggiungono ai suoi normali diritti contrattuali nei riguardi di questo e del fornitore di beni o servizi; che le circostanze di cui sopra sussistono quando tra il creditore e il fornitore di beni o servizi*

esclusiva tra il finanziatore ed il fornitore, con la successiva Direttiva 48/2008/CE¹⁸⁴ il legislatore comunitario ha eliminato tale presupposto, conscio anche della difficoltà per il consumatore di provare l'esistenza di un accordo di esclusiva tra le parti professionali, fornendo all'art. 3, lett. n) una nuova nozione di contratto di credito collegato per cui non è più richiesta la presenza di tale accordo, essendo sufficiente che *“il credito in questione serva esclusivamente a finanziare un contratto relativo alla fornitura di merci specifiche o alla prestazione di servizi specifici (i)”*; e che *“i due contratti costituiscono oggettivamente un'unica operazione commerciale (ii)”*. La necessità di un successivo intervento del legislatore era quanto mai auspicabile: in ragione del livello minimo di armonizzazione operato dalla direttiva 87/102/CEE e della sua lacunosità, si era creato, infatti, uno stato di disparità significative tra le legislazioni degli Stati membri nel settore del credito alle persone fisiche in generale, soprattutto con riferimento al credito al consumo, con la conseguenza che *“gli Stati membri utilizzano una serie di meccanismi di tutela dei consumatori, che si aggiungono a quanto previsto dalla direttiva 87/102/CEE, a causa delle diverse situazioni economiche o giuridiche a livello nazionale”*¹⁸⁵.

Con il recepimento della dir. 48/2008/CE, tramite il d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, il legislatore ha anche proceduto ad una risistemazione complessiva della materia, modificando il testo unico bancario,

esiste un precedente accordo in base al quale il credito è messo da quel creditore a disposizione esclusivamente dei clienti di quel fornitore per consentire al consumatore l'acquisto di merci o di servizi da tale fornitore”. Il recepimento di tale Direttiva con la legge comunitaria del 1991 (legge 19 febbraio 1992, n. 142), ha sancito l'ingresso nel nostro ordinamento della disciplina del credito al consumo.

¹⁸⁴ Relativa ai contratti di credito ai consumatori, che abroga la direttiva 87/102/CEE.

¹⁸⁵ Cfr. direttiva 48/2008/CE, considerando 3.

novellato agli artt. 121-126 (contenuti nel Titolo IV, Capo II, *Credito ai consumatori*), e il codice del consumo, di cui sono stati abrogati gli artt. 40, 41 e 42, (Titolo II, Capo II, Sezione I, *Credito al consumo*).¹⁸⁶ Ne risulta, pertanto, che adesso l'intera materia del credito al consumo, in forza del rinvio di cui all'art 43 cod. cons., è disciplinata dal testo unico bancario, di cui al d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385.

2.7. Gli obblighi di informazione nei contratti delle banche, degli intermediari finanziari e di credito al consumo.

La disciplina del credito al consumo, dicevamo, è adesso contenuta all'interno del Capo II del Titolo VI del t.u.b., relativo alla "*Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*"; tale titolo raccoglie in un unico corpo le previgenti disposizioni contenute nelle leggi 17 febbraio 1992, n. 154 e 19 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria per il 1991), rispettivamente relative alla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari e al credito al consumo, nel tentativo di operare una sistematizzazione delle discipline¹⁸⁷. Il problema di coordinamento tra i due plessi normativi è stato risolto dall'art. 115, comma 3 del t.u.b., il quale, sancendo un rapporto di specialità delle disposizioni sul codice al consumo rispetto

¹⁸⁶ Sull'analisi dei profili critici della direttiva 48/2008/CE vedi i contributi di G. CARRIERO, *Brevi note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*; G. DE CRISTOFARO *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo* e S. PAGLIANTINI *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, tutti in F. MACARIO (a cura di), *Credito al consumo e servizi di pagamento nella Comunitaria 2008*, in *I contratti*, 2009, 12, pp. 1145 ss.

¹⁸⁷ R. RAZZANTE, *La "trasparenza bancaria" entra nell'ordinamento*, p. 37, in *Le società*, 2004, 1.

a quelle sulla trasparenza bancaria¹⁸⁸, dispone che queste ultime, “*a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito di cui al Capo II*”. Gli artt. 121-126 t.u.b., però, non si occupano del fenomeno dal punto di vista meramente di tutela del consumatore nella conclusione del singolo contratto, bensì da quello precipuo della regolamentazione dell’attività bancaria e creditizia, sia per i suoi aspetti pubblicistici, sia per garantire la correttezza delle operazioni e delle condotte dei soggetti coinvolti¹⁸⁹. A tal fine il legislatore, consapevole dell’elevato tecnicismo delle operazioni in questione, ha posto una serie di obblighi a carico degli operatori del settore finanziario.

Occorre innanzitutto chiarire che ai sensi dell’art. 67-ter cod. cons.¹⁹⁰ si intende per servizio finanziario “*qualsiasi servizio di natura bancaria, creditizia, di pagamento, di investimento, di assicurazione o di previdenza individuale*” (lett. b)). Tale nozione, valida ai fini della sezione IV bis cod. cons., deve però convivere con le altre definizioni di servizio finanziario presenti in altri testi normativi, come il d.lgs. 58/1998 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria); ai sensi dell’art. 1, comma 5, del T.U.F., infatti, si intendono per servizio di investimento, quando hanno ad oggetto strumenti

¹⁸⁸ G. CARRIERO, P. GAGGERO, *I servizi finanziari*, p. 579, in AA. VV., *I diritti dei consumatori*, a cura di G. ALPA, in *Trattato di diritto privato dell’Unione europea*, diretto da G. AJANI e G. A. BENACCHIO, vol. III, tomo 2, Giappichelli editore, Torino, 2009.

¹⁸⁹ C. CACCAVALE, *Art. 43, Rinvio al testo unico bancario*, in AA. VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005.

¹⁹⁰ Il d.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221 ha novellato il codice del consumo inserendo la Sezione IV bis sulla “*Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori*”, comprendente gli artt. 67-bis – 67-vicies bis.

finanziari, una serie di attività come l'esecuzione di ordini per conto dei clienti, consulenza in materia di investimenti e la gestione di sistemi multilaterali di negoziazione (rispettivamente lett. b), f) e g)). Nonostante dal confronto tra le due disposizioni si ricavi che la nozione di servizio finanziario sia sicuramente più ampia di quella di servizio di investimento, dal momento che la prima comprende anche servizi di natura bancaria e creditizia, caratteristica comune delle operazioni finanziarie, siano esse bancarie, di investimento o creditizie, è il loro elevato tecnicismo, ragione questa che ha portato il legislatore a imporre stringenti obblighi di chiarezza, comprensibilità e trasparenza già dalla fase precontrattuale del rapporto. La conseguenza più immediata di tale tecnicismo è, infatti, una situazione di grave asimmetria informativa a discapito di qualsiasi utente che, nei rapporti con la controparte, assume la veste di parte debole e, dal momento che più la materia è tecnica e complessa, maggiori tendono ad essere le asimmetrie, nei settori assicurativo, bancario e finanziario, l'informazione al consumatore è quantomeno fondamentale per ridurre tale gap¹⁹¹. Già leggendo l'art. 5, comma 3, cod. cons. si percepisce la necessità, riconosciuta quindi dallo stesso legislatore, di modulare le modalità e i contenuti delle informazioni in modo tale da essere adeguate alla *“tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore”*.

Per ciò che riguarda, quindi, gli specifici obblighi del settore, rilevanza centrale assume l'art 124 t.u.b., rubricato, non a caso, *“Obblighi precontrattuali”*, e ai sensi del cui comma 1 *“il finanziatore o*

¹⁹¹ SANGIOVANNI V., *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Diritto dell'Internet*, p. 401, 2008, 4.

l'intermediario del credito forniscono al consumatore [...] le informazioni necessarie per consentire il confronto delle diverse offerte di credito sul mercato, al fine di prendere una decisione informata e consapevole in merito alla conclusione di un contratto di credito". La funzione di tale obbligo, dunque, non è semplicemente quella di informare il consumatore, bensì di far maturare in lui una consapevolezza tale da fargli prendere la scelta migliore avendo riguardo alla sua situazione finanziaria; proprio in tale ottica il comma 5 dispone che *"il finanziatore o l'intermediario del credito forniscono al consumatore chiarimenti adeguati, in modo che questi possa valutare se il contratto di credito proposto sia adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria, eventualmente illustrando le informazioni precontrattuali"*. Da quest'ultima disposizione deriva, dunque, che il rapporto tra professionista e consumatore è un rapporto interattivo e continuativo, che non si esaurisce nel mero adempimento degli obblighi pubblicitari di cui all'art. 123 t.u.b., ai sensi del quale il fornitore o l'intermediario devono indicare *in forma chiara, concisa, graficamente evidenziata e con l'impiego di un esempio rappresentativo* una serie di determinate informazioni come il tasso d'interesse (lett. a)), l'importo totale del credito (lett. b)) e il tasso annuale effettivo globale, il c.d. TAEG (lett. c))¹⁹², ma prosegue anche successivamente, dando la possibilità al consumatore, cui tali informazioni di base non dovessero bastare, di chiedere, appunto, chiarimenti adeguati¹⁹³.

¹⁹² Cfr. Art. 4, Direttiva 2008/48/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008, relativa ai contratti di credito ai consumatori e che abroga la Direttiva 87/102/CEE.

¹⁹³ Tale disposizione è perfettamente in linea con quanto previsto dal considerando 27 della Direttiva 2008/48/CE a mente del quale *"nonostante le informazioni precontrattuali che gli devono essere fornite, il consumatore può ancora aver bisogno di ulteriore assistenza per decidere quale contratto di credito, tra quelli proposti, sia il*

Le informazioni precontrattuali che il professionista è tenuto a comunicare non si esauriscono, però, in quelle ex art. 124 t.u.b. Tra le novità più rilevanti della Direttiva 2008/48/CE sul credito al consumo vi è, infatti, la previsione di un modulo contenente le cc.dd. “Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori” riportato nell'allegato II della direttiva stessa; tali informazioni sono suddivise in cinque categorie che comprendono: identità e contatti del creditore/intermediario del credito; descrizione delle caratteristiche principali del prodotto di credito; costi del credito; altri importanti aspetti legali; informazioni supplementari in caso di commercializzazione a distanza di servizi finanziari. Dal tipo di informazioni che devono obbligatoriamente essere rese note al consumatore notiamo come queste abbiano il loro nucleo centrale in tutto ciò che riguarda il costo del finanziamento; ciò non deve stupire dal momento che questo è sicuramente determinante del consenso e quindi assicurare la sua chiarezza ed intelligibilità deve essere una priorità al fine di garantire la scelta consapevole per il consumatore¹⁹⁴. La previsione di un prospetto informativo comune per tutte le ipotesi di credito ai consumatori nel territorio dell'Unione ha l'indubbio vantaggio di evitare situazioni di disparità tra i flussi informativi imposti dai singoli Stati membri e conseguenti ipotesi di distorsioni della concorrenza. Occorre ribadire, infatti, che l'adeguata informazione da fornire al consumatore deve permettere a quest'ultimo di prendere decisioni consapevoli e con “cognizione di causa” (Art. 5 Direttiva 2008/48/CE), in modo tale da permettergli di

più adatto alle sue esigenze e alla sua situazione finanziaria. Pertanto, gli Stati membri dovrebbero far sì che i creditori forniscano tale assistenza sui prodotti creditizi che offrono al consumatore”.

¹⁹⁴ G. CARRIERO, P. GAGGERO, *I servizi finanziari*, cit., p. 592.

operare un raffronto tra le varie offerte che il mercato mette a disposizione onde scegliere quella più vantaggiosa e rispondente alle sue specifiche esigenze: la *ratio* sottostante all'obbligo informativo contemplato dal §1 dell'art. 5 risiede, dunque, primariamente nella tutela del mercato, essendo le informazioni precontrattuali essenzialmente finalizzate ad evitare che il consumatore compia scelte irrazionali, omettendo di optare per le offerte oggettivamente migliori e più convenienti¹⁹⁵. Non bisogna dimenticare, infatti, che gli adempimenti informativi sono, nel settore dei servizi finanziari, più importanti che in altri: non solo per la loro funzione di protezione del consumatore in un terreno elevatamento tecnico (funzione "privatistica"), ma anche per assicurare il corretto funzionamento dei mercati finanziari e la fiducia dei consumatori nell'efficiente funzionamento degli stessi (funzione "pubblicistica")¹⁹⁶.

L'attuazione di molte delle disposizioni contenute nel Titolo VI del t.u.b.¹⁹⁷ era poi demandata all'azione congiunta della Banca d'Italia e del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio (CICR): nel 2003 sono intervenute entrambe le istituzioni con due provvedimenti collegati: si tratta, in particolare, della deliberazione 4 marzo 2003 del

¹⁹⁵ G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione <<completa>> delle disposizioni nazionali concernenti <<taluni aspetti>> dei <<contratti di credito ai consumatori>>*, p. 271, in *Riv. dir. civ.*, 2008.

¹⁹⁶ SANGIOVANNI V., *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Diritto dell'Internet*, p. 401, 2008, 4.

¹⁹⁷ Vedi ad esempio l'articolo 116, comma 3, del t.u.b., che attribuisce al CICR il potere di dettare disposizioni in materia di pubblicità delle operazioni e dei servizi, l'articolo 117, comma 2, del t.u.b., che attribuisce al CICR il potere di dettare disposizioni in materia di forma dei contratti e l'articolo 123, comma 3 del t.u.b. che demanda alla Banca d'Italia la specificazione delle modalità di calcolo del TAEG.

CICR e del relativo provvedimento attuativo del Governatore della Banca d'Italia del 25 luglio 2003 contenenti la disciplina della trasparenza delle condizioni contrattuali delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Le finalità degli interventi sono esplicitate già nel preambolo del testo interministeriale in cui si ravvisa l'esigenza di fornire alla clientela *“un'informazione chiara ed esauriente in merito alle caratteristiche e alle condizioni dei servizi offerti”*, dal momento che *“favorire la comparabilità tra le diverse offerte favorisce l'efficienza e la competitività del sistema finanziario”*: la stretta connessione tra la disciplina della trasparenza e la disciplina della concorrenza è d'altronde evidenziata dalla stessa Banca d'Italia laddove ribadisce, nelle disposizioni generali delle Istruzioni di vigilanza per le banche, che sono esclusi dall'ambito di intervento i servizi di investimento e i servizi di consulenza in materia di investimenti in strumenti finanziari previsti dall'art. 1, comma 6, lett. f) del T.U.F.¹⁹⁸, tracciando così una linea di confine tra la competenza della Banca d'Italia e quella della Consob, alla cui disciplina della trasparenza sono soggette le suddette tipologie di servizi. Per quanto riguarda invece gli strumenti attraverso i quali deve esplicitarsi l'informativa questi sono elencati al §1 della Sezione II delle Istruzioni (*“Pubblicità e informazione precontrattuale”*) e sono precisamente quattro: l'avviso, contenente le principali norme di trasparenza; il foglio informativo, contenente informazioni analitiche sulle banche e su altri dettagli dell'operazione; la copia del contratto, che può essere richiesta dal cliente anche prima della conclusione del contratto, e il documento di sintesi delle principali condizioni contrattuali, da allegare al testo del contratto.

¹⁹⁸ La disposizione in commento definisce, infatti, “servizi accessori”, tra gli altri, *“la ricerca in materia di investimenti, l'analisi finanziaria o ogni altro tipo di raccomandazione generale riguardanti operazioni relative a strumenti finanziari”*.

È quindi attraverso i sopraindicati strumenti, chiamati “strumenti di pubblicità delle operazioni e dei servizi offerti e delle relative condizioni contrattuali”, che si mira a realizzare quella *trasparenza documentale*¹⁹⁹ che, coprendo entrambe le fasi del rapporto, precontrattuale e contrattuale, assicura al consumatore la piena conoscibilità delle informazioni e costituisce uno strumento utile a garantire la conseguente consapevolezza della sua scelta.

¹⁹⁹ G. ALPA, *Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, p. 1047, in *I Contratti*, 2003, 11.

CAPITOLO III

Le conseguenze della violazione degli obblighi di informazione tra rimedi contrattuali ed extracontrattuali

SOMMARIO: §3.1. Neoformalismo negoziale e configurabilità della violazione degli obblighi di informazione quale pratica commerciale scorretta - §3.2. La ricerca di rimedi alla luce della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento. - §3.3. Segue: Applicazioni giurisprudenziali della questione nel settore dei mercati finanziari. - §3.4. Cenni storici sulle origini del dolo come vizio del consenso. - §3.5. La responsabilità per la violazione di un obbligo di informazione e i vizi del consenso. §3.5. I rimedi alla violazione di un obbligo di informazione tra annullamento, risarcimento e vizi del consenso.

3.1. Neoformalismo negoziale e configurabilità della violazione degli obblighi di informazione quale pratica commerciale scorretta.

Principio fondamentale del nostro diritto codificato in materia contrattuale è quello della libertà della forma. Ai sensi dell'art. 1325 c.c., infatti, la forma è requisito essenziale del contratto esclusivamente quando ciò sia prescritto dalla legge a pena di nullità (basti pensare, ad esempio, alla forma scritta richiesta per tutti gli atti di cui all'art. 1350 c.c., come gli atti che trasferiscono la proprietà di beni immobili). Tali ipotesi hanno alla base l'esigenza di tutelare le parti del contratto, così da permettere loro di valutare attentamente il contenuto e i termini del

contratto, ma rispondono anche alla, forse più sentita, necessità di porre i soggetti terzi rispetto al contratto al riparo da eventuali vizi relativi alla circolazione del bene²⁰⁰. La forma in senso stretto è, però, cosa diversa dal formalismo negoziale; riferendosi quest'ultimo, infatti, *“a talune specifiche manifestazioni che possono sia precedere sia seguire la conclusione dell'atto di autonomia, riguardando in particolare tanto la fase procedimentale che conduce alla stipula dell'atto, quanto la gestione di talune specifiche situazioni che intervengono nel corso del rapporto contrattuale: in entrambi i casi, a differenza della forma, la funzione fondamentale del formalismo è di tutelare i diretti protagonisti sia della contrattazione sia del rapporto scaturito dal contratto”*²⁰¹.

Il tema che qui si vuole porre all'attenzione è quello della recente diversa valorizzazione e della forma e del formalismo, soprattutto alla luce degli ultimi interventi legislativi di origine comunitaria. Come già constatato, ad esempio, tramite l'analisi suesposta delle discipline dei contratti di credito al consumo, dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali o dei contratti a distanza, le prescrizioni formali imposte dalle direttive comunitarie sono tutt'altro che legate ad esigenze di pubblicità legale; esse sono piuttosto caratterizzate da una finalità di protezione che il mercato non può autonomamente perseguire. Il circuito informativo creato dal diritto comunitario, se da un lato giova alle parti deboli del rapporto contrattuale, svantaggiati dalle asimmetrie informative che costituiscono uno dei fallimenti del mercato, dall'altro giova al mercato stesso in quanto mira alla

²⁰⁰ Tipica ipotesi di forma scritta che assolve queste funzioni è quella della trascrizione.

²⁰¹ A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, p. 49 in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III, Padova CEDAM, 2003.

costruzione di un sistema più trasparente, concorrenziale e, quindi, efficiente. Palese riscontro di quanto appena affermato viene dalle stesse direttive comunitarie, laddove si afferma che interventi in direzione unificatrice mirano a favorire la realizzazione del mercato interno. In quest'ottica si spiega anche il diverso contesto in cui si collocano il diritto codificato e il diritto comunitario. Il primo, infatti, è inserito in un sistema in cui il mercato è già esistente e perfettamente operante, per cui, ad esempio, il caso di violazione del formalismo nell'atto negoziale, configurando una lacuna del regolamento contrattuale, può essere affidato al ricorso a norme suppletive. Tali norme, peraltro, non comportano nemmeno una compressione dell'autonomia privata in quanto la soluzione adottata è quella dettata dal mercato già operante²⁰². È chiaro quindi che nel diritto comunitario l'assenza di norme suppletive è giustificata dal fatto stesso che manca un mercato già completo ed efficiente ed è, perciò, impossibile attingere da questo per colmare eventuali lacune.

La costruzione di un mercato interno trasparente ed efficiente, dicevamo, è il fine ultimo delle direttive comunitarie in materia: conseguenza immediata è, allora, che la forma si sposa necessariamente con il formalismo, abbandonando la sua funzione tradizionale per assolvere quella, nuova, di informare e di consentire di verificare il rispetto del contenuto informativo del contratto.

L'analisi del fenomeno del "*neoformalismo*"²⁰³, di cui ci stiamo occupando, non può però, a parere di chi scrive, prescindere dalla

²⁰² .Ivi, p. 58.

²⁰³ Vedi N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, p. 80, Padova, CEDAM, 1997, il quale inquadra tale fenomeno come una rinnovata tendenza del legislatore ad attribuire rilevanza giuridica a certi atti solamente in quanto realizzati nelle forme previste dalla legge.

circostanza che le moderne modalità di contrattazione seguono oramai lo schema della contrattazione seriale, o di massa. Sembra questa essere, infatti, la via migliore per soddisfare le esigenze sia di gruppi di consumatori sia delle controparti professionali: per queste ultime, infatti, innegabile è il beneficio derivante dalla speditezza nella conclusione dei contratti tramite siffatte modalità: d'altronde *“solo l'esistenza di forme contrattuali fisse e standardizzate può dare sicurezza al ceto commerciale”*²⁰⁴. A dire il vero un'affermazione del genere, se fatta prima del 1942, data di entrata in vigore del codice civile e, quindi, della sua unificazione con il codice di commercio, avrebbe fatto storcere il naso ai più, convinti che l'imposizione di forme contrattuali era da considerare un ostacolo alla rapidità del commercio. Adesso, però, soprattutto nel contesto comunitario, è innegabile come il ricorso a prescrizioni formali sia tutt'altro che di ostacolo al commercio ovvero espressione di un atteggiamento paternalistico del legislatore nei confronti del consumatore. Piuttosto tali prescrizioni mirano, da un lato, ad assicurare che il consumatore abbia a disposizione quel contenuto minimo informativo che gli possa consentire una scelta consapevole, e, dall'altro, tramite la predisposizione di una griglia di clausole per diverse categorie di contratti, assicura che i vari professionisti ottemperino in maniera uniforme alle prescrizioni, favorendo così un mercato più trasparente.

Il fatto che il testo negoziale venga a configurarsi quale esclusivo luogo in cui l'informazione deve essere fornita e, di conseguenza, può essere attinta da parte del consumatore²⁰⁵, comporta l'esigenza di una

²⁰⁴ R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, p. 7, Milano, Giuffrè editore, 1996.

²⁰⁵ Ivi, p. 56.

necessaria regolamentazione per le ipotesi in cui il contenuto informativo minimo prescritto dalla legge non sia presente o non sia adeguatamente chiaro e comprensibile.

Orbene, è indubbio che una fattispecie del genere potrebbe integrare gli estremi della pratica commerciale scorretta, definita dall'art. 20 cod. cons. come quella pratica che è "*contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta ad un determinato gruppo di consumatori*". In queste ipotesi, la reazione prevista dal codice del consumo è quella di affidare la pratica all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la quale, soprattutto a seguito di una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato²⁰⁶, ha competenza esclusiva in materia. In particolare l'Autorità ha il potere di inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e di eliminarne gli effetti (art. 27, comma 2 cod. cons.), nonché di disporre la sospensione provvisoria qualora sussista particolare urgenza (comma 3) e di applicare, con lo stesso provvedimento con cui vieta la pratica commerciale scorretta, sanzioni amministrative pecuniarie il cui importo deve tener conto della gravità e della durata della violazione²⁰⁷ (comma 9).

²⁰⁶ Consiglio di Stato, sez. VI, decisione del 5 marzo 2015, n. 1104.

²⁰⁷ Si pensi, ad esempio, alle ipotesi prevista dall'art. 21, commi 3 e 4 cod. cons., rispettivamente relative ad azioni ingannevoli riguardanti la commercializzazione di prodotti suscettibili di porre in pericolo la salute e la sicurezza dei consumatori e di pratiche che, in quanto suscettibili di raggiungere bambini ed adolescenti, possono minacciare la loro sicurezza, e nei confronti delle quali il legislatore prevede una sanzione pecuniaria minima di 50.000,00 euro.

Dalla recente Relazione annuale sull'attività svolta, pubblicata dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 31 Marzo 2015, emerge come il raggio di intervento sia molto vasto, riscontrandosi provvedimenti in diversi settori come quello creditizio, dei trasporti, agroalimentare.

Emerge, dunque, come il sistema di tutela approntato dalla disciplina consumeristica sia esclusivamente di carattere pubblicistico e collettivo²⁰⁸; non vi è infatti, come evidenziato nei paragrafi precedenti, nessun riferimento alle conseguenze di diritto privato e, quindi, delle ricadute sul rapporto contrattuale tra il professionista e il singolo consumatore. Ma, d'altronde, questo è anche l'approccio seguito dal legislatore comunitario, laddove, invece di prevedere un impianto rimediale, lascia liberi gli Stati Membri di disciplinare le conseguenze della violazione.

Problema, quest'ultimo, che sarà oggetto dei paragrafi seguenti.

3.2. La ricerca di rimedi alla luce della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento.

Tra i vari momenti che scandiscono il rapporto contrattuale quello della formazione del contratto è sicuramente quello che ha risentito maggiormente dei cambiamenti sociali verificatisi con l'avvento della c.d. "società dei consumi"²⁰⁹ sia sul piano dell'organizzazione degli

²⁰⁸ C. T. SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, p. 777, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 10.

²⁰⁹ Z. BAUMAN, *Consumo, dunque sono*, trad. italiana a cura di Cupellaro M., Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.

scambi, sia sul piano dei risvolti giuridici. La tradizionale trattativa precontrattuale, svolta individualmente e contraddistinta dal dialogo tra le parti, reso possibile dalla presenza fisica di entrambe, è infatti sostituita dalle pubblicità commerciali, caratterizzate da un flusso “unidirezionale” di informazioni, dalle contrattazioni a distanza, favorite dallo sviluppo delle tecnologie informatiche, nonché dalle contrattazioni di massa.

In un siffatto contesto l’attenzione del legislatore, di larga parte della dottrina e della giurisprudenza, si è focalizzata, quindi, sulla fase precontrattuale del rapporto. All’interno del dibattito che è sorta questione a dir poco considerevole ha riguardato, appunto, il rapporto tra le regole “di validità” e le regole “di comportamento”²¹⁰. Il motivo per cui la questione è ultimamente tornata alla ribalta è altresì costituito dalla più recente legislazione comunitaria, che ha introdotto una nutrita serie di obblighi informativi a carico dei soggetti professionali nel tentativo di ridurre quelle asimmetrie informative che dominano le contrattazioni tra professionisti e consumatori. Così procedendo, però, si è assistito ad un progressivo allontanamento della normativa di derivazione comunitaria dal modello del codice civile che

²¹⁰ Tra gli interventi si segnalano, senza pretesa alcuna di esaurire i contributi: G. D’AMICO, *“Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996; A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in www.comparazionedirittocivile.it, 2010; G. PERLINGIERI, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013; G. SCHIAVONE, *La violazione degli obblighi di informazione tra “regole di comportamento” e “regole di validità”* in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, 11, pp.918-927; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 2, pp. 241-254.

ha portato la dottrina e la giurisprudenza a cercare una sorta di equilibrio tra i due sistemi: equilibrio difficilmente raggiungibile, tenuto conto del fatto che la disciplina codicistica presume che le contrattazioni avvengono in un contesto già “informato”, mentre nelle ormai sempre più diffuse contrattazioni di massa, si parte dal presupposto che il consumatore non sia in grado di decifrare quanto la sua controparte gli abbia comunicato²¹¹.

Orbene, principio indiscusso, perlomeno fino a qualche tempo fa, è quello ai sensi del quale tra le due serie di regole sussista un rapporto di autonomia e di non interferenza per cui mai la violazione di una regola di comportamento²¹² (rappresentata per antonomasia dal principio di buona fede ex art. 1337 c.c.) può incidere sul piano della

²¹¹ È questo il motivo per cui il contratto assume quella nuova funzione di veicolo di informazioni, espressione del “neoformalismo” di cui si è detto sopra. Cfr. ad esempio l’art. 94, comma 2 del T.U.F. ai sensi del quale “*il prospetto contiene, in una forma facilmente analizzabile e comprensibile, tutte le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dell'emittente e dei prodotti finanziari offerti, sono necessarie affinché gli investitori possano pervenire ad un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale e finanziaria, sui risultati economici e sulle prospettive dell'emittente e degli eventuali garanti, nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti*” Vedi anche A. MUSIO, *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, p. 10, in www.comparazionedirittocivile.it, 2010, per il quale “*è come se il legislatore speciale, non fidandosi dello spontaneo adempimento del dovere di correttezza, avesse sentito l'esigenza di tipizzare uno schema al quale le parti devono obbligatoriamente attenersi nello svolgimento della fase precontrattuale*”.

²¹² Diversamente, G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, pp. 20 ss, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, per il quale “*ogni norma è strumento di valutazione del comportamento [...] quindi anche le cc.dd. regole di validità, in quanto sintetizzabili in un dover essere, ossia in prescrizioni di obblighi od oneri di condotta, integrano regole di comportamento*”.

validità del contratto, potendo al massimo legittimare una pretesa risarcitoria. Altri sono, infatti, i criteri in base ai quali si predica l'invalidità dell'atto, rispetto a quelli in base ai quali si predica la responsabilità di una parte in ragione dei comportamenti da questa tenuti²¹³.

Tale principio affonda le sue radici nella stessa storia del codice civile. Sotto il vigore del codice del 1865, infatti, mancava una norma *ad hoc* che stabilisse un dovere di condotta secondo buona fede nella fase precontrattuale (ciò che adesso è invece rappresentato dall'art. 1337 c.c.). L'unico riferimento alla buona fede era, infatti, quello previsto dall'art. 1124 c.c., con riferimento all'esecuzione del contratto. È vero, come notava la dottrina di allora²¹⁴, che erano espressamente previste delle sanzioni per le ipotesi di comportamento in mala fede, ma di certo *a particolare non valet consequentia*, motivo per cui non era possibile dedurre da tali regole un generale principio di correttezza e buona fede nella fase delle trattative. Ciò consentiva quindi di affermare la persistente validità dell'atto, pur in presenza di una condotta scorretta di uno dei contraenti, riferibile al periodo precontrattuale²¹⁵.

Le regole di validità del contratto, dunque, attengono ad elementi intrinseci dello stesso, riguardanti la sua struttura e il suo contenuto; sono quelle regole il cui rispetto è necessario ai fini della stessa produzione di effetti giuridici e della vincolatività per le parti. Si spiega così, pertanto, come la disciplina di tale assetto debba essere demandata a una rigida formalizzazione affidata al legislatore.

²¹³ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, p. 81, III edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011.

²¹⁴ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, CEDAM, 1937.

²¹⁵ M. MANTOVANI, "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, p. 6, Torino, Giappichelli editore, 1995.

Viceversa, ammettere che ipotesi di invalidità possano ricavarsi dalla violazione di una clausola generale (qual è quella di buona fede) e da conseguenti criteri extra legali, farebbe venire meno l'esigenza di quella formalizzazione di cui si è appena detto²¹⁶. Come autorevole dottrina evidenzia e rileva, ciò non significa, tuttavia, che *valutazioni di ordine equitativo o di tipo etico* (o comunque extra legali) *siano completamente estranee al mondo delle regole di validità (i vizi del consenso ad esempio, soprattutto il dolo e la violenza, reprimono delle tipiche condotte «scorrette» di uno dei contraenti); vuol sottolinearsi, però, che questo tipo di valutazioni rileva (solo) in quanto (e nella misura in cui) sia stato esplicitamente «formalizzato» (dal legislatore) attraverso la configurazione (e la disciplina) di una figura di invalidità*²¹⁷. Si tratta, quindi, di capire se, ed entro che limiti, alla violazione del generale obbligo di comportamento secondo buona fede possa seguire l'invalidità del contratto.

A tal proposito si è in particolare espressa la Suprema Corte²¹⁸, chiamata a pronunciarsi, nel caso di specie, sulla validità di una

²¹⁶ In senso contrario vedi G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, p. 24, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, per il quale *“l'invalidità può conseguire sia da clausole generali diverse dalla buona fede, come l'ordine pubblico e il buon costume, sia da principi costituzionale che, in quanto tali, rappresentano regole di comportamento [...] si pensi ad un contratto d'impresa lesivo della sicurezza, della libertà o della dignità umana (art. 41 cost.), ad un contratto fonte di disparità di trattamento irragionevoli (art. 3 cost.)*.

²¹⁷ G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, p. 44, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1.

²¹⁸ Mi riferisco a Cass. Civ. Sez. III, sent. 2 novembre 1998, n. 10926, con commento di A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1992.

clausola inserita in un contratto di leasing finanziario, con cui si addossava sull'utilizzatore finale il rischio della mancata consegna del bene da parte del finanziatore stesso. A dire il vero, la questione andrebbe affrontata tenendo anche conto dei diversi orientamenti della Corte di legittimità in merito alla qualificazione giuridica da attribuire allo stesso contratto di leasing²¹⁹. Rispetto ai precedenti, però, con la sentenza 10926/1998 la Cassazione si è spinta oltre, affermando *in primis* che la clausola che prevede l'inversione del rischio "viola il principio dell'esecuzione del contratto in buona fede", per precisare successivamente che "la nullità di tali clausole deriverebbe dal contrasto in cui le stesse si pongono rispetto all'obbligo del concedente di eseguire in buona fede il contratto (art. 1375 c.c.) e quindi di salvaguardare l'interesse dell'utilizzatore".

Orbene, con tale pronuncia la Suprema Corte ha affermato in maniera inequivoca che se una clausola di un contratto viola i principi di correttezza e di buona fede contenuti negli artt. 1175, 1337 e 1375 c.c., essa deve ritenersi nulla, non realizzando interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico²²⁰. La pronuncia in esame sembrava, dunque, aver spianato la strada per il definitivo completamento di quel

²¹⁹ Una prima tesi, riconducibile a Cass. civ. n. 4367/1997, considerava il contratto di leasing un'operazione di mero finanziamento basata su tre distinti contratti, per cui il concedente, acquistando il bene dal fornitore per conto dell'utilizzatore, non era vincolato né all'obbligazione di consegna del bene né alla garanzia per i vizi della cosa. Una tesi intermedia è invece proposta da Cass. civ. n. 6412/1998, per cui, pur essendo riconosciuto il collegamento negoziale tra le due funzioni del contratto (di finanziamento e di scambio), poiché "è l'utilizzatore a prescegliere, oltre al bene, la persona che dovrà direttamente fornirglielo, è valida la clausola del contratto di leasing che fa gravare sull'utilizzatore medesimo il rischio della mancata consegna".

²²⁰ A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1992.

fenomeno che certa dottrina definisce “*di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell’atto*”²²¹. La clausola generale di buona fede viene, pertanto, elevata ad inderogabile principio limitativo dell’autonomia privata, la cui violazione comporta, in base all’art. 1418, comma 1 c.c., la nullità o, comunque, l’inefficacia del contratto ovvero, a norma dell’art. 1419 c.c., di singole sue clausole²²². Proprio su queste norme, viepiù, si fondano le argomentazioni di chi sostiene il principio di autonomia tra le regole di validità e quelle di buona fede²²³. Argomentazioni che trovano altresì conferma e riscontro in un’altra pronuncia della S.C., a proposito di società di capitali. Nel caso di specie si trattava il tema dell’abuso del voto da parte della maggioranza, che aveva deliberato lo scioglimento anticipato della società al solo scopo di liberarsi di un socio sgradito, per poi proseguire la medesima attività sociale per il tramite di un’altra società²²⁴. Il caso è risolto dai supremi giudici facendo ricorso alla

²²¹ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, p. 82, III edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011.

²²² Vedi sempre A. RICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all’autonomia contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1992.

²²³ Vedi, fra tutti, F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e Impresa*, 1993, 2; M. MANTOVANI, “*Vizi incompleti*” del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, Giappichelli editore, 1995, G. PERLINGIERI, *L’inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013, per quest’ultimo, in particolare, l’eventuale distinzione tra le due regole ha senso solo se mirata a “*sancire la differenza tra norme imperative alle quali dovrebbe ricollegarsi sempre un rimedio demolitorio e norme, pure sempre imperative, alle quali dovrebbe conseguire un rimedio diverso, per lo più risarcitorio*”.

²²⁴ Cass. Civ. 26 ottobre 1995, n. 11151, con commento di F. GALGANO, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, pp. 1 ss., in *Contratto e Impresa*, 1996, 1.

disciplina generale del contratto, e, in particolare, all'art. 1375 c.c., relativo all'esecuzione del contratto in buona fede: *“le determinazioni prese dai soci durante lo svolgimento del rapporto associativo debbono essere considerate, a tutti gli effetti, come veri e propri atti di esecuzione, perché preordinati alla migliore attuazione del contratto sociale”*, con queste parole il Supremo Collegio riconosce al voto dato in assemblea natura esecutiva, non valendo ad escludere tale qualificazione il fatto che esso costituisca atto di volontà, e dichiara quindi invalida la deliberazione resa in mala fede. Nel voto dato in mala fede, pertanto, il rimedio è l'annullabilità, operando la disciplina speciale sulle invalidità delle deliberazioni assembleari; quando, però, dovesse mancare una norma di legge che *“disponga diversamente”*, la conseguenza alla violazione di norma imperativa deve essere la nullità, quale forma generale di invalidità ex art. 1418, comma 1 c.c.²²⁵. Orbene, dichiarare invalida una clausola o un contratto per la contrarietà al principio di buona fede significa (come d'altronde ha già fatto la Cassazione in alcune sue pronunce) elevare l'art. 1337 c.c. a norma imperativa, legittimando così l'operare della nullità *“virtuale”* ex art. 1418, comma 1 c.c.

A ben guardare, già nella stessa disciplina del codice del consumo è possibile ravvisare una certa contaminazione tra le regole di validità e le regole di correttezza. Ai sensi dell'art. 33 cod. cons., ad esempio, la buona fede è criterio alla stregua del quale va valutata la vessatorietà di una clausola. La formula infelice adottata dal legislatore (*malgrado la buona fede*) è stata oggetto di diverse interpretazioni. Una tesi minoritaria sostiene che quel *“malgrado”* andrebbe preso alla lettera, significando, l'inciso, *“che una clausola comportante un significativo*

²²⁵ F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e Impresa*, 1993, 2.

*squilibrio contrattuale è reputata vessatoria “anche se” al proponente non fossero imputabili comportamenti contrari alla buona fede precontrattuale*²²⁶. Ragionando diversamente, infatti, si ammetterebbe l'ingresso nel nostro sistema di un concetto di buona fede estraneo alla dogmatica del nostro diritto privato, il quale “*non ammette e comunque non conosce l'idea di un controllo affidato alla buona fede in funzione (caducatoria e) correttiva dell'atto di autonomia*”²²⁷. Tuttavia, secondo la dottrina maggioritaria (da condividere a parere di chi scrive), la disposizione andrebbe intesa nel senso che la clausola è vessatoria quando il significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi è contrario a buona fede. Così, l'accertamento della vessatorietà, generata da una condotta contraria a buona fede, sarebbe presupposto per dichiarare la nullità (di protezione) delle clausole ai sensi dell'art. 36 cod. cons.

3.3. Segue: Applicazioni giurisprudenziali della questione nel settore dei mercati finanziari.

Il principio di non interferenza tra regole di validità del contratto e regole di correttezza dei contraenti, è stato oggetto, soprattutto a partire dagli anni '90, di una copiosa giurisprudenza. Il campo applicativo più ricorrente, in particolare, è stato quello dei contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari. È, inoltre, nota la rilevanza che a questo settore contrattuale è stata recentemente data sia dal legislatore comunitario che da quello nazionale; in questo campo sono, infatti, in

²²⁶ L. MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, *Obbligazioni e contratti*, p. 543, Milano, 1998, 2.

²²⁷ D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, p. 50, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1.

gioco vari interessi, da quelli pubblicistici di tutela del mercato e della sua integrità e trasparenza, a quelli privatistici di tutela del consumatore/risparmiatore.

Sul finire del secolo scorso l'Italia è stata protagonista degli scandali finanziari concernenti i *bond* argentini e le obbligazioni Cirio e Parmalat che hanno causato danni ingentissimi ai risparmiatori che in quelle obbligazioni avevano investito. A seguito dei copiosi ricorsi da questi presentati, la giurisprudenza di merito è stata più volte chiamata ad esprimersi.

Le pretese dei risparmiatori/investitori si fondavano, nella specie, sulla asserita nullità dei contratti di intermediazione ex art. 1418, comma 1, sostenendo la responsabilità degli intermediari, colpevoli di aver disatteso le prescrizioni imperative imposte sia dal testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria (d.lgs. 24 febbraio 1998 n.58), sia dal relativo Regolamento Consob 1 luglio 1998, n. 11522, attuativo del primo.

Proprio dal T.U.F. si ricavano i più consistenti obblighi a carico degli intermediari. Ai sensi dell'art. 21 essi devono innanzitutto *comportarsi con diligenza, correttezza e trasparenza, per servire al meglio l'interesse dei clienti e per l'integrità dei mercati* (lett. a). Già da questa disposizione si coglie la duplice rilevanza, pubblicistica e privatistica di cui si è detto sopra. Allo stesso tempo gli intermediari devono *acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati* (lett. b). Ecco allora che è possibile distinguere i doveri di informazione in *attivi* e *passivi*. Tra quest'ultimi rientra la c.d. *know your customer rule* che impone all'intermediario di ottenere tutte le informazioni necessarie sul cliente, dalla situazione finanziaria alla sua propensione al rischio; sul lato dei doveri attivi,

invece, si pone la *suitability rule*²²⁸ che obbliga gli intermediari a fornire tutte le informazioni e i chiarimenti necessari, nonché ad astenersi dalle sollecitazioni di investimenti ed operazioni non adeguate al proprio cliente.

Su queste premesse si è mossa la maggior parte della giurisprudenza di merito, nonostante ciò, però, si è assistito al proliferare di un variegato ventaglio di rimedi: dalla nullità per vizio di forma²²⁹, alla nullità per contrasto con norme imperative²³⁰, passando per la risoluzione ed il risarcimento del danno²³¹. Ciò fa comprendere come la questione, nonostante la connotazione marcatamente finanziaria, abbia complesse implicazioni sul piano civilistico e conseguenti ricadute proprio nel cuore del diritto civile: il contratto ed i rimedi contrattuali²³².

È utile qui ricordare due sentenze di merito, entrambe emesse nel febbraio 2005 dal tribunale di Ferrara, numeri 216 e 217²³³, a seguito delle quali due istituti bancari sono stati condannati alla restituzione delle somme impiegate da piccoli investitori per l'acquisto di obbligazioni Parmalat, Cirio e Del Monte.

Nella fattispecie il tribunale emiliano ha riscontrato che le violazioni degli obblighi di comportamento si sono verificate sia nella fase delle

²²⁸ P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, p. 657, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5.

²²⁹ Tribunale di Genova 18 aprile 2005.

²³⁰ Tribunale di Venezia 22 novembre 2004, Tribunale di Mantova 18 marzo 2004 e Tribunale di Ferrara 25 febbraio 2005, nn. 216 e 217.

²³¹ Tribunale di Genova 22 aprile 2005.

²³² V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l' "ambaradan" dei rimedi contrattuali)*, p. 898, in *Contr. e impr.*, 2005, 3.

²³³ Quest'ultima con commento di POLIANI F., *Obblighi di informazione e acquisto di obbligazioni Parmalat*, in *I contratti*, 2006, 1, pp. 12 ss.

trattative, sia nella fase del perfezionamento, sia, infine, in quella di esecuzione del contratto di investimento.

In primis, per ciò che riguarda il momento precontrattuale, ai sensi del combinato disposto degli artt. 21, comma 1, lett. a) del T.U.F. e 28, comma 1, lett. b) del Regolamento 11522/1998, l'intermediario ha l'obbligo (in ossequio alla c.d. *know your customer rule*) di acquisire informazioni sul cliente chiedendo, in particolare, all'investitore *notizie circa la sua esperienza in materia di investimenti in strumenti finanziari, la sua situazione finanziaria, i suoi obiettivi di investimento, nonché circa la sua propensione al rischio*. A tal proposito il Tribunale rileva come non risulti che *“la banca abbia mai, prima della (eventuale) stipulazione del contratto relativo alla prestazione di servizi di investimento o prima della prestazione del relativo servizio, chiesto all'investitore notizie circa la sua esperienza e situazione finanziaria, obiettivi di investimento e che le stesse siano state ottenute, ovvero rifiutate per iscritto”*. Ulteriore negligenza riscontrata dai giudici, sempre nella fase precontrattuale, è poi costituita dal fatto che *“mai la banca ha fornito informazioni (specifiche) adeguate sulle obbligazioni de quibus prima delle operazioni (specifiche) per cui è causa, ex art. 28, comma 2 Reg. cit., (né la banca ha offerto di provare alcunché in proposito, capitolando solo sull'avvertenza relativa alla rischiosità della concentrazione su un solo o pochi titoli, che è concetto diverso dalla informazione sull'emittente o sullo specifico titolo)*.

Andando avanti, e precisamente nella fase della conclusione del contratto, i giudici di merito riscontrano altresì l'inosservanza della prescrizione relativa alla stipula per iscritto dei contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento: prescrizione, quest'ultima, per la cui violazione è lo stesso T.U.F. a prevedere la nullità all'art. 23, comma 1.

In definitiva il Tribunale si pronuncia con una declaratoria di nullità dei contratti e di condanna alla restituzione della somma a suo tempo utilizzata per l'acquisto dei titoli comprensiva degli interessi legali fino al saldo, fondando la sua decisione sulla avvenuta violazione di norme di carattere imperativo essendo, le disposizioni invocate dall'investitore, *"poste a tutela del risparmio, bene di sicuro rilievo costituzionale"*. All'interno della sentenza, però, c'è ancora spazio per una precisazione: i giudici emiliani, infatti, pur decidendo, come visto, per la nullità dei contratti, riconoscono, da un lato, che eventuali omissioni informative successive alla conclusione delle operazioni sfocerebbero nella risoluzione del contratto per inadempimento e/o nel risarcimento del danno, e mai nell'invalidità dello stesso e, dall'altro, che gli stessi comportamenti su cui sono stati chiamati a pronunciarsi e sopra specificamente descritti, *"da un punto diverso da quello della nullità potrebbero comunque costituire fonte di responsabilità contrattuale o precontrattuale, con simmetriche conseguenze"*²³⁴. Il Tribunale, pertanto, prospetta, parallelamente alla soluzione dell'invalidità, la diversa ricostruzione delle violazioni in termini di inadempimento delle obbligazioni discendenti dal contratto o dalla trattative, fonti dunque, rispettivamente di responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c. e di *culpa in contrahendo*²³⁵.

Si diceva all'inizio dell'intenso coinvolgimento della giurisprudenza sul tema degli obblighi informativi e della responsabilità degli intermediari nel settore dei mercati finanziari. Le numerose e complesse implicazioni, nonché i riflessi sulla disciplina generale del contratto,

²³⁴ La diversa natura della responsabilità e le relative conseguenze saranno analizzate nelle pagine successive.

²³⁵ POLIANI F., *Obblighi di informazione e acquisto di obbligazioni Parmalat*, p. 15, in *I contratti*, 2006, 1.

hanno richiesto, più di una volta, l'intervento della Corte di Cassazione di cui qui si segnalano segnatamente 3 pronunce, una del 2005²³⁶ e due, "gemelle", del 2007²³⁷.

Nella sentenza 29 settembre 2005, n. 19024, il Supremo Collegio affronta, nel tentativo di mettere ordine in uno scenario abbastanza confuso e contraddittorio, temi caldissimi quali la nullità virtuale per contrarietà a norme imperative, il principio di autonomia tra regole di validità e regole di comportamento, nonché l'area coperta dalla responsabilità precontrattuale e l'entità del danno risarcibile

I supremi giudici colgono l'occasione per chiarire, innanzitutto, i confini di operatività della nullità "virtuale" ex 1418, comma 1 c.c., affermando che tale rimedio postula che la contrarietà a norme imperative "*attenga ad elementi "intrinseci" della fattispecie negoziale, che riguardino, cioè, la struttura o il contenuto del contratto (art. 1418, comma 2 c.c.). I comportamenti tenuti dalla parte, invece, rimangono estranei alla*

²³⁶ Cass. Civ., Sez. I, 29 Settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 1, pp. 25-36, con commento di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *I contratti*, 2006, 5, pp. 446-459, con commento di F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, parte prima, pp. 897-916, con commento di E. PASSARO, *"Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria"*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, parte prima, pp. 897-916.

²³⁷ Cass., Sez. Un., 19 Dicembre 2007, n. 26724 e 26725, con commento di F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, pp. 546-551 con commento di V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria) dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, pp. 525-551, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, 2, pp. 104-108.

fattispecie negoziale e s'intende, allora, che la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto; a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore"²³⁸. La S.C. non vuole di certo negare il carattere imperativo delle norme contenute nel T.U.F. e nel Regolamento Consob, tuttavia, manifestandosi la violazione nella fase precontrattuale, non può legittimare la pretesa della nullità del contratto. Ciò che in tal modo viene implicitamente riaffermato è il principio di autonomia e di distinzione tra regole di validità, relative ad elementi intrinseci del contratto, quali la sua struttura e il suo contenuto, e regole di correttezza; la chiara presa di posizione della Corte di Cassazione pone finalmente un punto all'annoso dibattito relativo alla possibilità di commistione tra i due ordini di regole: solo la violazione delle prime può, dunque, legittimare il ricorso alla nullità.

Orbene, nonostante, i lodevoli passaggi della sentenza, qualche dubbio sulle conseguenze della massima sorge spontaneo. Si afferma, in particolare che la violazione della norma imperativa debba riguardare elementi *attinenti la struttura e il contenuto del contratto* (ad esempio illiceità della causa, o del motivo comune, determinante, o dell'oggetto del contratto), *a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore*. Ci si chiede, pertanto, quale sia il residuo spazio di operatività della nullità "virtuale", dal momento che nel primo caso è indubbio l'operare dell'art. 1418, comma 2 c.c., e nel secondo, trattandosi di nullità testuale, troverà applicazione il comma 3 dello

²³⁸ La pronuncia della Suprema Corte si pone, pertanto, in netto contrasto con quei suoi stessi precedenti in cui, invece, aveva ammesso la configurabilità della nullità del contratto per contrasto con regole di buone fede (Cass. Civ., Sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151 e Cass. Civ., Sez. III, 2 novembre 1998, n. 10926)

stesso articolo. A tale domanda non può trovarsi, di certo, risposta nella lettera della sentenza in commento, dalla quale la nullità virtuale esce senza alcun margine di autonoma esistenza²³⁹, occorrerebbe, invece, studiare quella dottrina civilistica che si è occupata del tema. Vi è, pertanto, chi non ravvisa questo fenomeno di erosione dello spazio operativo della nullità rilevando, da un lato, che *“l’art. 1418, co. 1, c.c., è comunque in grado di assolvere la funzione, a esso storicamente assegnata dai suoi compilatori, di norma generale di chiusura volta a disciplinare le conseguenze della violazione di divieti legali privi di un’espressa comminatoria circa la sorte del contratto vietato, attraverso la previsione di una «ragione autonoma» di nullità, diversa da quelle già riconducibili ai concetti di illiceità della causa e/o dell’oggetto”*²⁴⁰ e, dall’altro che *“il contrasto con norme imperative può riguardare anche altri elementi del regolamento contrattuale come ad esempio avviene nel caso in cui le parti abbiano violato un divieto soggettivo di contrarre che proibisca un determinato assetto negoziale non in termini assoluti, ma solo in quanto ad esso prendano parte soggetti privi di determinati requisiti ed abilitazioni”*²⁴¹: evento, questo, che potrebbe, ad esempio, ricorrere nel caso di conclusione di contratti conclusi da intermediari finanziari privi di autorizzazione²⁴². Ancora, altra dottrina, afferma

²³⁹ ROPPO V. e AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, p. 30, in *Danno e Resp.*, 2006, 1.

²⁴⁰ A. ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell’attività d’intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, p. 109, in *Corr. Giur.*, 2008, 1, pp. 107-122, ma anche la stessa Corte di Cassazione a Sezioni Unite si esprimerà nello stesso senso nella sentenza 19 dicembre 2007, n. 26724.

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² Il regime autorizzativo nel rispetto del quale soggetti determinato posso operare nel mercato finanziario è contenuto negli artt. 18 e 19 del T.U.F.

l'autonomia della nullità "virtuale" appellandosi allo stesso *jus positum*:
"il codice civile, infatti, ricollega al contratto nullo perché illecito effetti
differenti da quelli previsti in ordine al contratto nullo perché
semplicemente illegale e, ancor prima, distingue i regimi giuridici
all'interno dello stesso art. 1418: mentre il contratto illecito è senz'altro
nullo, il contratto contrario a norma imperativa è generalmente nullo,
salvo che la legge disponga diversamente"²⁴³.

Ulteriore passaggio della sentenza degno di nota è quello relativo al
risarcimento dei danni. La Suprema Corte respingendo i rilievi del
ricorrente per il quale, quando il contratto è validamente concluso, solo
la nullità è rimedio idoneo a tutelare i suoi interessi, affermano, infatti,
richiamando un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, che
"l'ambito di rilevanza dell'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi di rottura
ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido o
comunque inefficace, rilevando, altresì, in caso di conclusione di un
contratto valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del
comportamento scorretto (art. 1440 c.c.)". Validità ed efficacia del
negozio, allora, non sono di ostacolo all'operatività della tutela ex art.
1337 c.c. qualora questa trovi il suo fondamento, non
nell'inadempimento derivante dal contratto, bensì nel comportamento
scorretto della parte durante le trattative²⁴⁴.

L'estensione dell'elaborazione jheringhiana sulla *culpa in contrahendo*,
ha necessari riflessi anche sulla quantificazione del danno risarcibile. Il
risarcimento da responsabilità precontrattuale è, infatti, comunemente

²⁴³ E. PASSARO, "Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi:
validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria", p. 906, in *Nuova giur.
civ. comm.*, 2006, parte prima.

²⁴⁴ F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere
di informazione*, p. 454, in *I contratti*, 2006, 5.

limitato al c.d. “interesse negativo”, commisurato, perciò, alle spese sostenute per trattative rivelatesi inutili e alle perdite subite per non aver usufruito di altri potenziali affari, il tutto generato dall'affidamento della parte nella positiva conclusione dell'affare. Orbene, è chiaro che in ipotesi del genere, in cui il contratto è sì sconveniente per la parte, ma è comunque stato validamente concluso, il ricorso al criterio dell'interesse negativo non può aver luogo (né può, tantomeno aver luogo il ricorso all'“interesse positivo”, così da commisurare il danno al pregiudizio derivante dalla mancata esecuzione del contratto). Ne consegue che l'entità del risarcimento dovrà essere ragguagliata al “minor vantaggio” o al “maggior aggravio” economico causato alla vittima del comportamento scorretto della controparte.

Concludendo, pertanto, sembrava che la pronuncia della Suprema Corte abbia chiarito quei dubbi interpretativi che attanagliavano la dottrina contemporanea, soprattutto con riferimento ai confini applicativi della nullità virtuale e della distinzione tra regole di validità e regole di comportamento. Evidentemente, però, così non è stato poiché nel 2007 la Sez. I della Corte di Cassazione ha ritenuto opportuno rimettere la questione (che riguardava la nullità della compravendita di prodotti finanziari conclusa nell'inosservanza degli obblighi informativi gravanti sull'intermediario) alle Sezioni Unite con ordinanza 3683/2007, sostenendo la sussistenza di un contrasto tra gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in merito alla configurabilità o meno della nullità virtuale per violazione degli obblighi di informazione. Le SS. UU. si sono in definitiva pronunciate con le due sentenze 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725²⁴⁵.

²⁴⁵ Cass. Civ., Sez. I, 29 Settembre 2005, n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, 1, pp. 25-36, con commento di V. ROPPO e G. AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in*

La decisione della Cassazione assume come punto di partenza la sentenza 19024/2005, analizzata in precedenza, confermando sostanzialmente quanto da questa affermato. Viene pertanto riaffermata la tradizionale distinzione tra regole di validità e di comportamento e ribadito che *unicamente la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinare la nullità e non già la violazione di norme, anch'esse imperative, riguardanti il comportamento dei contraenti la quale può essere fonte di responsabilità [...] e questo perché il dovere di buona fede e i generali doveri di comportamento sono troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite.*

Leggendo la motivazione, tuttavia, si nota come in alcuni passaggi la S.C. si discosti dal precedente emesso dalla I sezione; in particolare relazione con gli *elementi intrinseci del contratto, relativi alla sua struttura e al suo contenuto* (cui solo la sentenza 19024/2005 ricollega la nullità virtuale) in questa decisione la Corte risponde a chi²⁴⁶ si chiedeva che margine di operatività restasse alla nullità virtuale a

genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale, in *I contratti*, 2006, 5, pp. 446-459, con commento di F. POLIANI, *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, parte prima, pp. 897-916, con commento di E. PASSARO, *“Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, parte prima, pp. 897-916.

²⁴⁶ Cfr. ROPPO V. e AFFERNI G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, pp. 29 ss., in *Danno e Resp.*, 2006, 1.

seguito della pronuncia poc'anzi citata. Bene, le Sezioni Unite rilevano come a bene vedere *l'area delle norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto in conformità al disposto dell'art. 1418, comma 1 c.c. è in effetti più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto delle medesime. Vi sono comprese sicuramente quelle norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizione oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto.* La Cassazione, dunque, introduce in tal modo il principio per cui fra norme comportamentali e contenutistico-strutturali *tertium datur*: e si tratta appunto di quelle norme imperative che riguardano elementi estrinseci del contratto, senza peraltro implicare doveri di comportamento²⁴⁷.

La pronuncia in esame, tuttavia, sembra presentare ad una più attenta analisi, dei rilievi criticabili.

Innanzitutto, per quanto riguarda il passaggio in cui si dice della impossibilità per il dovere di buona fede e i generali doveri di comportamento di assurgere a requisiti di validità in quanto *“troppo immancabilmente legati alle circostanze del caso concreto”* si potrebbe obiettare che, a bene vedere, anche in presenza di chiare regole di invalidità testuale si pone l'immane esigenza di guardare al caso concreto; non è infatti possibile prescindere dalla concretizzazione e dal controllo di conformità del rimedio rispetto all'interesse che tale rimedio deve soddisfare²⁴⁸.

²⁴⁷ V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria) dopo la sentenza Rordorf*, p. 540, in *Danno e resp.*, 2008, 5.

²⁴⁸ In questo senso vedi G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, p. 36 ss, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

La Suprema Corte, per di più, se da un lato afferma che la violazione di una regola di comportamento non può mai comportare l'invalidità virtuale, dall'altro ammette che constatare l'imperatività di una norma *non è di per sé sufficiente a dimostrare che la violazione di una o più tra dette norme comporta la nullità*, e, ancora, che *è ovvio che la loro violazione non può essere, sul piano giuridico, priva di conseguenze, ma non è detto che la conseguenza sia necessariamente la nullità del contratto*²⁴⁹. Non sembra, così, esclusa del tutto la possibilità che la violazione di una regola di comportamento dia luogo a nullità, anzi dal tenore delle parole dei giudici tale possibilità sembra implicitamente riconosciuta²⁵⁰.

Orbene, dalla rassegna della giurisprudenza cui si è proceduto emerge come il problema degli obblighi di informazione sia tutt'altro che lineare e definito. Sebbene le pronunce citate facciano esclusivo riferimento al settore dell'intermediazione finanziaria si è visto, da un lato, come la questione abbia ricadute sulle disciplina generale del contratto e, dall'altro, come in questo specifico settore non sia possibile riscontrare un principio diverso, magari in virtù della sua natura specialistica, rispetto a quello della distinzione tra norme di comportamento e di validità. Concetto, quest'ultimo, ribadito altresì dalla citata sentenza delle Sezioni Unite laddove si afferma che *"in detto settore non è dato assolutamente rinvenire indici univoci 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"*. Sebbene tale pronuncia sia di

²⁴⁹ Cass., Sez. Un., 19 Dicembre 2007, n. 26725.

²⁵⁰ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, p. 33, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

grande importanza per il dibattito sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, proprio per l'autorità, ed autorevolezza, dell'organo da cui proviene, si riscontra forse una sterilizzazione dello stesso dibattito; la dottrina sempre più recente, infatti, poggia le proprie argomentazioni sulla sentenza, confidando forse nella intrinseca bontà della decisione stessa.

Dopo il panorama di opinioni appena esposto, relativo al dibattito sul principio di non interferenza tra regole di validità e di comportamento, occorre adesso analizzare, alla luce della disciplina generale del contratto, le implicazioni della violazione degli obblighi informativi sulle norme relative ai vizi del consenso e sulla ricerca dei rimedi.

3.4. Cenni storici sulle origini del dolo come vizio del consenso.

Come già visto in precedenza, uno dei principali problemi della disciplina di origine comunitaria in tema di protezione del consumatore, è il non avere espressamente previsto un sistema rimediabile specifico in caso di pratica commerciale sleale. Il legislatore comunitario ha, nell'occasione²⁵¹, preferito lasciare "carta bianca" ai vari legislatori nazionali, richiedendo esclusivamente il carattere effettivo, proporzionato e dissuasivo della sanzione.

²⁵¹ Cfr. art. 13, Direttiva 2005/29/CE, a mente del quale *"gli Stati membri determinano le disposizioni relative alle sanzioni da irrogare in caso di violazione delle norme nazionali [...] e adottano tutte le misure necessarie per la loro applicazione"*, nonché l'art. 24, Direttiva 2011/83/UE, sui diritti dei consumatori, che riproduce pedissequamente la disposizione anzidetta.

Orbene, nonostante ciò anche il legislatore nazionale è rimasto inerte, motivo per cui la ricerca deve necessariamente spostarsi in sede di disciplina generale del contratto²⁵² e nei rimedi ivi previsti.

Si ha già avuto modo di chiarire il perché dell'inadeguatezza del rimedio della nullità e, altresì, degli orientamenti giurisprudenziali sul tema. Occorre, pertanto, adesso, ricondurre tali fattispecie all'interno dei meccanismi di protezione previsti dal nostro ordinamento nell'ambito dell'annullabilità e dei vizi del consenso, con particolare attenzione alla categoria del dolo²⁵³.

Prima di proseguire, però, mi sembra opportuno affrontare l'*excursus* storico che ha portato il dolo ad essere considerato un vero e proprio vizio del consenso. Storicamente, infatti, il dolo non è sempre stato inteso in tal senso, o, perlomeno, non nell'accezione e con le conseguenze attualmente condivise. Nel diritto romano classico, infatti, il dolo era considerato, al pari della violenza, essenzialmente un delitto, e come tale era perseguito. La *actio de dolo*, volta a sanzionare la condotta illecita dell'autore del raggio, consisteva nella comminazione di una pena pecuniaria, corrispondente all'interesse del danneggiato, ed era solo un'azione sussidiaria, esperibile, quindi, esclusivamente in

²⁵² Ai sensi dell'art. 3, comma 2, Direttiva 2005/29/CE, infatti, "la presente direttiva non pregiudica l'applicazione del diritto contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità ed efficacia di un contratto".

²⁵³ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, p. 238, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO, "Quaderni di giurisprudenza commerciale", Milano, Giuffrè editore, 2007.

assenza di altro rimedio specifico; il fine riparatorio del rimedio era pertanto solo mediato e indiretto²⁵⁴.

È, allora, solo a partire dal diritto giustiniano che inizia ad affiorare quella concezione di dolo come vizio del volere che era già insita nello stesso periodo classico (basti pensare che il dolo era rilevante solo quando avesse influenzato l'altrui volere), ma che faticava ad emergere completamente. Si assiste, dicevamo, in epoca giustiniana, all'attenuazione del principio di sussidiarietà dell' *actio doli* e all'estensione dell'ambito di applicabilità ad ogni condotta disonesta e sleale che avesse cagionato un danno patrimoniale alla parte, sintomi, questi, della nuova evoluzione del dolo quale vizio del consenso. Ancora, assumendo che siano due le direttive da seguire per valutare altresì l'evoluzione dei rimedi contro il dolo (tutela della volontà del raggirato e repressione della mala fede del *deceptor*)²⁵⁵, si ravvisa nel diritto giustiniano una grande rilevanza della prima, tuttavia questa non è evidentemente ancora tale da prevedere un principio generale che permetta di dichiarare l'invalidità sostanziale dei negozi solenni per effetto di dolo o di violenza.

L'evoluzione del dolo, poi, trova un momento fondamentale nel periodo dei Glossatori. È, infatti, con il lavoro della Glossa che la *restitutio* del bene viene elevata a rimedio generale (e non sussidiario) di riparazione della lesione, operando così uno stravolgimento rispetto al diritto romano classico, laddove il fine riparatorio era solo mediato ed indiretto. Orbene, di fronte, ad un'*actio doli* privata del suo carattere

²⁵⁴ M. MANTOVANI, "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, p. 39, Torino, Giappichelli editore, 1995.

²⁵⁵ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, p. 205, Padova, CEDAM, 1937.

prettamente penale e applicabile ai contratti *bona fidei*²⁵⁶, il passo successivo compiuto dai giuristi medievali è stato quello di stabilire nuovi presupposti per l'esercizio dell'azione, tra cui quel nesso di causalità tra la condotta dolosa e gli effetti sul contratto da cui ha origine la distinzione tra *dolus causam dans* e *dolus incidens*. Il definitivo inquadramento del dolo come vizio del volere, tuttavia, arriverà solo più tardi; in particolare, con la teoria del giusnaturalismo di Ugo Grozio e, ancora più incisivamente, con la Scuola del diritto naturale, di cui Pufendorf, Thomasius ed Eneccio sono stati i maggiori esponenti. Nella nuova concezione ciò che più interessa il giurista è l'indagine relativa alla libertà e alla spontaneità del consenso prestato, nonché al grado di lesione di quest'ultimo a seguito del raggiro. Riemerge con prepotenza, dunque, la tradizionale dicotomia tra *dolus causam dans* e *dolus incidens* con le diverse conseguenze, ad essa collegata, della rescindibilità o della semplice riparazione del danno²⁵⁷. Concludendo qui l'exkursus storico, si può senz'altro sostenere, pertanto, che è rispettivamente al progressivo affievolirsi del carattere penale dell' *actio doli*, accompagnato dall'accentuarsi del rimedio restitutorio nonché dalle influenze giusnaturaliste e di diritto naturale, che si deve l'elaborazione del moderno sistema dei vizi del volere e dei rimedi posti a tutela della libera formazione della volontà.

3.5. I rimedi alla violazione di un obbligo di informazione tra annullamento, risarcimento e vizi del consenso.

²⁵⁶ M. MANTOVANI, "Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio, p. 42, Torino, Giappichelli editore, 1995.

²⁵⁷ Ivi, p. 63.

Constatata l'assenza nel nostro ordinamento di un apposito sistema rimediale, che faccia discendere dalle ipotesi di violazione di un obbligo informativo una sanzione tipica, la ricerca della soluzione è inevitabilmente lasciata all'interprete.

Orbene, in un contesto del genere, la dottrina (ma anche, come visto in precedenza, la giurisprudenza) si è sbizzarrita dando vita ad un ventaglio di ipotesi, da taluno definito come l'"*ambaradan* dei rimedi contrattuali"²⁵⁸.

Punto di partenza di qualunque ricerca in merito, però, deve necessariamente essere la consapevolezza di ciò cui il rimedio deve, appunto, "rimediare". Mi riferisco alla situazione di asimmetria informativa tra professionista e consumatore cui consegue una posizione di debolezza in termini di potere contrattuale (debolezza necessariamente fisiologica, e non, invece patologica, date le obiettive collocazioni di mercato)²⁵⁹, dell'ultimo nei confronti del primo. Da tale gap tra le parti conseguono, pertanto, tutte quelle ipotesi in cui il professionista, sfruttando la sua posizione vantaggiosa, violi le prescrizioni ad esso imposte, o perché non comunica determinate informazioni al consumatore, o, ancora, perché le informazioni comunicate sono false ovvero incomplete; in ogni caso il professionista tiene una condotta che è *falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio*²⁶⁰, inducendolo ad assumere una decisione che non avrebbe altrimenti preso²⁶¹.

²⁵⁸ V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l' "ambaradan" dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, 3.

²⁵⁹ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, pp. 106 ss., III edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011.

²⁶⁰ Art. 20, comma 2 cod. cons.

²⁶¹ Per A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, p. 76 in N. LIPARI (a cura di), *Trattato di diritto privato*

In tutti questi casi, dunque, il comportamento del professionista ha delle necessarie ricadute privatistiche sul piano del singolo rapporto contrattuale e compito dell'interprete sarà allora quello di trovare il rimedio più adeguato alla singola vicenda negoziale.

Chi sostiene la nullità del contratto, o, comunque, propende per un rimedio demolitorio, lo fa, dicevamo, appellandosi alla c.d. nullità virtuale ex art. 1418, comma 1 c.c.; sostenendo pertanto il valore imperativo della norma violata. Numerosi dubbi, tuttavia, possono essere sollevati in ordine a tale soluzione, la quale potrebbe portare a conseguenze irragionevoli. Il consumatore, infatti, perderebbe del tutto l'occasione economica, trovandosi costretto a restituire quelle prestazioni eventualmente già ricevute anche nell'ipotesi in cui avesse ancora interesse al perseguimento dell'obiettivo contenuto nel contratto. È, ad esempio, per ovviare a questo problema che il legislatore ha previsto all' art. 36 cod. cons. la nullità, c.d. di protezione, delle clausole vessatorie²⁶², contraddistinta dai caratteri di relatività e di necessaria parzialità²⁶³. In merito a quest'ultimo aspetto, è chiara la *ratio* della disciplina laddove dispone che *le clausole sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto*; al contrario, infatti, si

europo, vol. III, Padova CEDAM, 2003, "al giorno d'oggi la costruzione del mercato è chiamata ad affrontare, non solo una situazione di opacità dovuta alla carenza di informazione, ma anche ad una frantumazione del circuito concorrenziale causata da un eccesso di informazioni che sono poste in essere dagli operatori economici professionali e che hanno come destinatario il pubblico dei possibili interlocutori contrattuali".

²⁶² Ai sensi dell'art. 33 cod. cons., "si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto".

²⁶³ A. CATRICALÀ, M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, p. 100, Roma, Dike Giuridica editrice, 2013.

determinerebbe una frustrazione dell'interesse del consumatore alla conservazione del contratto²⁶⁴. Quanto al primo carattere (quello della relatività), invece, la conseguenza è che la clausola manterrà la sua efficacia vincolante nei soli confronti del professionista, il quale non potrà opporre la nullità al consumatore²⁶⁵. Ne deriva che qualora si propenda per la tesi della nullità, questa dovrà preferibilmente essere intesa come nullità di protezione.

Come sottolinea autorevole dottrina, però, al fine della individuazione della sanzione, non è sufficiente accertare la natura imperativa della norma, ma occorre anche valutare *la ragionevolezza del rimedio applicabile in relazione agli interessi applicati*²⁶⁶; come si tenterà di spiegare più avanti, infatti, vi sono ipotesi in cui anche il mero risarcimento del danno è idoneo a soddisfare le pretese del consumatore.

Orbene, guardando con attenzione la disciplina degli obblighi di informazione, può dirsi che essa ruota intorno al concetto di errore, inteso, non come vizio del consenso, bensì come la situazione di fatto in cui si sia trovata la parte al momento della conclusione del contratto:

²⁶⁴ Ivi, p. 102.

²⁶⁵ E questo nemmeno confidando nella rilevabilità d'ufficio prevista dall'art. 36, comma 3 cod. cons., in quanto anche tale disposizione va interpretata alla luce delle esigenze di protezione del consumatore; è questo il motivo della *"particolare conformazione del potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità, che può essere esercitato a solo vantaggio del consumatore*, così M. NUZZO, *Art. 38, Rinvio*, p. 267, in AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di G. ALPA e L. ROSSI CARLEO, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005.

²⁶⁶ G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, p. 86, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

situazione caratterizzata da una falsa rappresentazione della realtà²⁶⁷. Occorre pertanto distinguere le ipotesi in cui la parte sia spontaneamente caduta in errore da quelle in cui, invece, vi sia stata indotta dalla controparte, al fine di individuare i rimedi ad essa disponibili, quali, ad esempio, l'annullamento del contratto e/o il risarcimento del danno; per proseguire in tale direzione, pertanto, un ruolo fondamentale è svolto dal requisito della colpevolezza.

Gli scenari che si presentano all'interprete sono a questo punto quattro²⁶⁸.

Nel primo scenario l'errore è scusabile e non riconoscibile utilizzando la normale diligenza²⁶⁹. Nessuna delle due parti potrà qui essere

²⁶⁷ G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, p. 162, Torino, Giappichelli editore, 2008.

²⁶⁸ G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, pp. 736 ss., in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da Visintini G., Padova, CEDAM, 2009.

²⁶⁹ Ai sensi dell'art. 1431 c.c., l'errore è riconoscibile quando *in relazione al contenuto, alle circostanze del contratto ovvero alle qualità dei contraenti, una persona di normale diligenza avrebbe potuto rilevarlo*. Sullo stretto nesso che lega il requisito di riconoscibilità al principio di tutela dell'affidamento, vedi M. MANTOVANI, *Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, pp. 202-203, Torino, Giappichelli editore, 1995, per la quale *"se infatti la regola di riconoscibilità trova la sua ratio nell'esigenza di accordare protezione all'affidamento del destinatario della dichiarazione, tale esigenza viene meno ove quest'ultimo, pur potendolo, non abbia saputo rilevare l'errore. L'equazione in tal modo stabilita tra riconoscibilità e conoscenza ha poi condotto ad accentuare le assonanze con l'art. 1338 c.c., fino a configurare a carico di chi riceve la dichiarazione non tanto un onere di diligenza quanto un vero e proprio dovere di rilevare l'errore riconoscibile, la cui violazione troverebbe sanzione sul piano dell'annullamento oltre che su quello risarcitorio (ex art. 1338 c.c.)"*.

considerata in colpa; le conseguenze negative, pertanto, dovranno ricadere su ciascuna di esse, in forza del principio di autoresponsabilità per il quale *ubi commoda, ibi incommoda*.

Nel secondo scenario l'errore è inescusabile e non riconoscibile. Anche in questo caso la non riconoscibilità dell'errore impedisce all'errante di chiedere l'annullamento del contratto (art. 1428 c.c.); l'ordinamento infatti tutela l'affidamento della controparte, che non poteva riconoscere l'errore, nella validità del contratto.

Nella terza ipotesi entrambe le parti sono colpevoli in quanto l'errore è inescusabile e riconoscibile dalla controparte. L'errante potrà in questo caso domandare esclusivamente l'annullamento ex art. 1428 c.c., e non anche il risarcimento del danno, che viene suddiviso tra le due parti.

L'ultima ipotesi, infine, è quella in cui l'errante è assolutamente incolpevole. L'errore è infatti scusabile e riconoscibile; in questo caso, quindi, oltre che l'annullamento del contratto, la parte potrà chiedere altresì il risarcimento del danno in forza dell'art. 1338 c.c., ai sensi del quale *“la parte che conoscendo, o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte è tenuta a risarcire il danno da questa risentito per aver confidato senza sua colpa nella validità del contratto”*. Tutte le conseguenze negative dovranno allora ricadere sulla controparte dell'errante, in quanto, pur trovandosi eccezionalmente in una posizione privilegiata per riconoscere l'errore, non ne ha dato notizia alcuna.

Occorre precisare che nelle suddette ipotesi, l'annullamento del contratto per errore riconoscibile può essere chiesto solamente quando l'errore sia essenziale; quando ricada, cioè, su uno degli elementi previsti dall'art. 1429 c.c. La non essenzialità dell'errore, inoltre, impedisce anche la domanda di risarcimento ex art. 1338 c.c. non

ravvisandosi, infatti, cause di invalidità del contratto²⁷⁰. Certa dottrina ammette, tuttavia, il risarcimento anche nel caso di errore sui motivi (e, quindi, non essenziale) qualora esso sia determinante del consenso e sia stato concretamente riconosciuto dalla controparte. Partendo da un'interpretazione sistematica degli artt. 1337-1338, volta ad estendere l'ambito del dovere di comunicazione, tale scuola di pensiero sostiene che *“ben può affermarsi la sussistenza di un dovere di informare la controparte non appena ci si accorga che questa si determina al contratto sotto la spinta di un motivo erroneo; con la conseguenza di imporre a carico del contraente scorretto la sanzione risarcitoria, connessa alla violazione del dovere precontrattuale di informazione, come una delle peculiari applicazioni del principio di buona fede”*²⁷¹.

Se la disciplina dell'errore è interessante ai fini che ci interessano, non meno vero è che *l'osservatorio privilegiato ai fini di meglio apprezzare il rapporto tra disciplina dei vizi del consenso e condotta delle parti nelle fasi precontrattuali è senza dubbio offerto dalle regole dettate in materia*

²⁷⁰ G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, p. 170, nota 37, Torino, Giappichelli editore, 2008.

²⁷¹ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, p. 219, Torino, Giappichelli editore, 1995. La ricostruzione della Mantovani parte proprio dalla nozione di “vizio incompleto”, inteso come *“quella fattispecie in cui, pur non essendo presenti tutti i requisiti che integrano una delle ipotesi tipiche di vizio, il concreto assetto di interessi, che risulta dal contratto, appaia comunque il frutto di una decisione in qualche modo «deformata» in regione della condotta sleale e scorretta di una delle parti nella fase che ha preceduto la conclusione di un contratto”* (ivi p. 187). In senso contrario, invece, G. D'AMICO, *“Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto*, pp. 142 ss., Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996, per il quale *“anche in presenza di un errore sui motivi concretamente conosciuto dalla controparte, e da questa non segnalato all'errante, non vediamo spazi per affermare la sussistenza di una responsabilità precontrattuale”*.

*di dolo (e violenza), in ragione della peculiare struttura delle due fattispecie di vizio, legate all'origine ed evoluzione storica di entrambe*²⁷². Delle origini e del percorso del dolo, da "illecito" fino alla attuale configurazione come vizio del volere si è già detto. La differenza sostanziale tra l'errore e il dolo come vizio del consenso, è che in quest'ultimo caso l'errore in cui cade la parte, non è spontaneo, bensì indotto dalla controparte tramite raggiri; proprio per questo motivo il legislatore non ha ritenuto necessario né tutelare l'affidamento della controparte nella validità del contratto²⁷³, né richiedere l'elemento della essenzialità ai fini dell'annullamento; il contratto è infatti annullabile anche nella ipotesi in cui il dolo abbia causato un errore sui motivi.

Orbene, se pochi problemi si pongono qualora il dolo sia stato determinante del consenso, essendo in questo caso legittimato l'errante a chiedere l'annullamento del contratto ex art. 1439 c.c., diversa e ancor più problematica è l'ipotesi in cui i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, benché senza di essi la parte avrebbe concluso il contratto (che pertanto resta valido) a condizioni diverse (art. 1440 c.c.). È questa l'ipotesi del c.d. "dolo incidente", che si differenzia da quello determinante esclusivamente per l'oggetto su cui cadono le conseguenze dell'inganno, oggetto che in questo caso sarà una qualche circostanza non essenziale ai fini della conclusione del contratto²⁷⁴, e non, invece, per la natura o l'intensità dell'inganno. Di estrema rilevanza è l'ultimo inciso della norma, laddove riconosce

²⁷² M. MANTOVANI, *Vizi incompleti" del contratto e rimedio risarcitorio*, p. 198, Torino, Giappichelli editore, 1995.

²⁷³ G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, p. 173, Torino, Giappichelli editore, 2008.

²⁷⁴ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, p. 175, Padova, CEDAM, 1937.

espressamente (ed è l'unica ipotesi in tutta la disciplina dei vizi del consenso²⁷⁵) il risarcimento dei danni. Proprio tale disposizione è stata l'addentellato normativo per riconoscere la coesistenza tra responsabilità precontrattuale e persistente validità del contratto, obbligando così il contraente in mala fede a risarcire i danni pur in presenza di un contratto valido.

La stretta connessione con il dovere precontrattuale di buona fede è di fondamentale rilevanza al fine di individuare i possibili rimedi. La figura del dolo si estrinseca, infatti, sia come vizio del volere (che comporta l'annullamento), sia come comportamento, illecito, contrario alla regola di buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto (portando al risarcimento dei danni).

Ora, se sembrano esserci stretti legami tra la figura del dolo incidente e quella dell'illecito ex art. 2043 (come se il primo fosse retaggio di quella concezione del dolo come fatto illecito, tipica del diritto romano classico), il "vizio incompleto" va esaminato alla luce del codice del '42, e, in particolare, del generale dovere di buona fede da questo introdotto all' art. 1337, di cui proprio il dolo rappresenta l'antitesi²⁷⁶. A seguito della introduzione nell'ordinamento di una norma come l'art. 1337 c.c., pertanto, se resta immutata la tradizionale definizione di dolo come vizio della volontà, consegue, specularmente, un allargamento del suo concetto come illecito, tale da imporre un'analisi delle fattispecie di

²⁷⁵ Ciò si spiega per G. D'AMICO, *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, p. 119, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996, in quanto *"qui il risarcimento del danno non ha soltanto come nelle altre ipotesi di vizio del consenso, la funzione di sanzione «integrativa» e «complementare» dell'annullamento del contratto, ma ha invece una funzione sostitutiva dell'annullamento"*.

²⁷⁶ F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, p. 63, Milano, Giuffrè editore, 1963.

cui agli artt. 1439 e 1440 alla luce del generale dovere di buona fede. La stretta connessione tra dolo incidente e comportamento secondo buona fede, infatti, induce a ripensare le possibili conseguenze derivanti da un contegno meramente omissivo della controparte; si tratta, in pratica, di stabilire entro che limiti la c.d. “reticenza dolosa” su alcuni elementi del contratto, possa essere sussunta all’interno dell’art. 1440 c.c.

Il problema del rapporto tra il silenzio e le conseguenze giuridiche ad esso collegato ha, anche questo, origini lontane nel tempo, tanto che, come visto nel primo capitolo, interessava anche il diritto romano. Sotto la vigenza del codice del 1865, però, e in assenza di una norma che imponesse un dovere generale di buona fede, la questione era risolta escludendo la qualificazione giuridica di dolo alla reticenza²⁷⁷, e considerandola esclusivamente un illecito, fonte di responsabilità contrattuale.

In seguito alla introduzione dell’art. 1337 c.c., dicevamo, il ruolo del dolo omissivo è stato necessariamente rivalutato, essendo ormai pacifica la sua rilevanza giuridica quale comportamento contrario a buona fede²⁷⁸. Tutta la questione, quindi, va letta alla luce della sempre più diffusa consapevolezza nella dottrina circa l’esigenza di coordinare la normativa sui vizi del consenso con la disciplina della responsabilità precontrattuale; senza dimenticare, tuttavia, il principio di autonomia tra regole di validità e regole di comportamento. Ad ammettere, infatti, che tra le due regole vi sia uno stretto collegamento, ben potrebbe

²⁷⁷ A. TRABUCCHI, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, pp. 526 ss., Padova, CEDAM, 1937.

²⁷⁸ Per F. BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, p. 67, Milano, Giuffrè editore, 1963 “sicuramente contrasta con l’obbligo precontrattuale di buona fede il mendacio e il dolo negativo”.

afferinarsi la possibilità che la reticenza “dolosa” assuma rilievo sul terreno dell’annullamento²⁷⁹. Perché ciò avvenga, però, occorrerà altresì accertare il nesso causale tra il contegno diretto a trarre in inganno e la conseguente induzione in errore della controparte²⁸⁰.

Qualora, invece, all’accertamento di tali elementi (carattere doloso del contegno e nesso di causalità) non si pervenga, la reticenza potrà eventualmente rilevare sul piano risarcitorio, alla luce della regola di correttezza ex art. 1337 c.c.²⁸¹. Mi riferisco, ad esempio, all’ipotesi di semplice silenzio, che favorisce il mantenimento in errore della controparte, facendole concludere un contratto che non avrebbe concluso a quelle condizioni. Quest’ultima eventualità investe il problema di trovare un equilibrio tra il dovere di informare e l’onere di informarsi, da un lato, e tra il dovere di informare e il diritto di ritenere e di sfruttare a proprio vantaggio l’informazione acquisita²⁸². Ad avviso

²⁷⁹ Cfr. G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, p. 121, Padova, CEDAM, 1972, laddove l’ A. afferma che “*mi pare assodato con riguardo al tema del dolo sotto forma di reticenza, il collegamento stretto tra norme sulla invalidità del contratto e norme sul risarcimento del danno, sicché mi sembra illegittimo inferire dalla esplicita previsione legislativa della responsabilità in contrahendo la conseguenza che la violazione di un obbligo di informazione non può essere causa di annullamento del contratto*”.

²⁸⁰ M. MANTOVANI, *Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, p. 233, Torino, Giappichelli editore, 1995.

²⁸¹ Ivi, p. 234.

²⁸² Si è già detto in precedenza (vedi *supra* §2.2.) dei tentativi fatti in dottrina per inquadrare l’area di informazioni che devono obbligatoriamente essere fornite alla controparte. Non per ultimo, vedi G. D’AMICO, “*Regole di validità” e principio di correttezza nella formazione del contratto*, p. 158, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996, per il quale “*con la disposizione dell’art. 1338 c.c., il legislatore non può che avere inteso chiarire che l’unico dovere di informazione di carattere generale alla*

di chi scrive, la soluzione del problema non può prescindere dalla qualifica dei contraenti²⁸³. Intendo dire che, considerando l'informazione un bene economico, sembrerebbe più giusto ed equo attribuire a chi ha sostenuto dei costi rilevanti il diritto di tenere per sé le informazioni, ma, d'altro canto, un ragionamento simile avrebbe senso solo se i contraenti siano in un posizione di perfetta simmetria informativa. Ne consegue che, come nel caso oggetto del presente lavoro, quando una delle parti sia un professionista e l'altra un consumatore, è ragionevole ritenere che per il primo sarà molto più semplice (e non necessariamente dispendioso) reperire certe informazioni, in forza della sua posizione nel mercato. Dal lato suo il consumatore, pur agendo con la diligenza richiesta, dovrà invece confidare nell'esattezza e nella completezza delle informazioni ricevute dal professionista.

Concludendo, pertanto, si può sostenere che la parte vittima della violazione (il nostro consumatore) potrà agire per chiedere l'annullamento del contratto, qualora vengano integrati gli estremi dei vizi del consenso ai sensi della disciplina dettata dagli artt. 1427-1440, eventualmente insieme al risarcimento del danno. Potrebbe accadere, però, che il consumatore non possa (perché magari caduta in prescrizione o per la eccessiva onerosità, ovvero l'impossibilità, della restituzione del bene) o non voglia (perché conserva l'interesse alla conservazione del contratto) chiedere l'annullamento; in questo caso

cui violazione può darsi rilevanza ai fini della responsabilità precontrattuale è quello avente ad oggetto la esistenza di eventuali «cause di invalidità».

²⁸³ In tal senso anche la giurisprudenza di legittimità laddove ha affermato che "la reticenza o il silenzio non bastano da sole a costituire il dolo se non in rapporto alle circostanze che, se note, avrebbero fatto desistere l'altra parte dal concludere il contratto, e in rapporto, altresì, alle qualità e condizioni soggettive dell'altro contraente", così Cass., 18 gennaio 1979, n. 363.

l'ordinamento gli concede, in forza della reciproca autonomia delle due azioni, il diritto di scegliere di agire soltanto per il risarcimento dei danni mantenendo in vita il contratto. In ogni caso può ritenersi che qualora la parte preferisca l'annullamento del contratto, la tutela è in forma specifica, in quanto la vittima viene messa nella stessa posizione che essa avrebbe occupato se non ci fosse stato l'illecito; quando invece la parte opti per la manutenzione del contratto e per il risarcimento del danno, essa viene messa in una posizione solo equivalente a quella in cui si sarebbe trovata se non ci fosse stato l'illecito²⁸⁴.

Nel primo caso, pertanto, (quando cioè si agisca per l'annullamento), ogni parte dovrà ripetere la rispettiva prestazione (il compratore dovrà restituire il bene ed il venditore il prezzo pagato), e la parte indotta o lasciata slealmente in errore può chiedere il risarcimento del danno subito per avere confidato nella sua validità ex art. 1338; in particolare, questa potrà chiedere, a titolo di danno emergente, il risarcimento delle spese sostenute e delle perdite subite e, a titolo di lucro cessante, il risarcimento di quanto avrebbe guadagnato concludendo lo stesso o un altro contratto con un terzo.

Quando, invece, il compratore opti per la manutenzione del contratto, il calcolo del *quantum* del danno dipende fondamentalmente dalla ricostruzione di quello che sarebbe accaduto se il compratore avesse

²⁸⁴ Cfr. G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, p. 191, Torino, Giappichelli editore, 2008, il quale evidenzia altresì come il rapporto tra tutela in forma specifica e per equivalente nella disciplina dei vizi del consenso sia diametralmente opposto a quello prevista dalla disciplina sull'inadempimento. In quest'ultima infatti, la tutela in forma specifica è ottenuta mediante il mantenimento del contratto, mentre la tutela per equivalente tramite la risoluzione dello stesso.

conosciuto il vero stato delle cose²⁸⁵; ricostruzione che si manifesta attraverso tre possibili scenari.

Nel primo caso il compratore avrebbe comunque concluso il contratto acquistando il bene alle medesime condizioni. In questo scenario, al compratore nessun risarcimento è dovuto a titolo di danno diretto, egli non potrà, pertanto, chiedere la riduzione del prezzo. Ciò per cui, tuttavia, la vittima potrebbe agire, è il risarcimento del c.d. «danno ulteriore» qualora, a causa della violazione dell'obbligo di informazione, esso abbia dovuto affrontare maggiori spese di negoziazione, e, altresì, dell'eventuale danno non patrimoniale²⁸⁶.

Nel secondo scenario, invece, (quando il compratore non avrebbe concluso alcun contratto, se fosse stato al corrente del vero stato delle cose) posto che il compratore non voglia, o non possa, chiedere l'annullamento del contratto, l'unico strumento per essere messo in una posizione equivalente a quella in cui si sarebbe trovato, se fosse stato correttamente informato, è quello della riduzione del prezzo pagato, fino a farlo coincidere con il valore reale del bene²⁸⁷. Occorre evidenziare, inoltre, che il valore da prendere in considerazione è il valore reale del bene al momento della conclusione del contratto e non, invece, il valore al momento della domanda giudiziale. Si vuole in tal modo evitare che il compratore possa far gravare sul venditore eventuali oscillazioni del valore di mercato del bene, aspettando il

²⁸⁵ Ivi, p. 199.

²⁸⁶ G. AFFERNI, *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, p. 768, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da Visintini G., Padova, CEDAM, 2009.

²⁸⁷ Poniamo il caso di Tizio che acquista una partecipazione sociale al prezzo di 800.000€, confidando, però, che essa avesse un valore di 1 milione di euro. Tizio scopre successivamente che il valore reale della partecipazione era in realtà di soli 500.000€. In tal caso, dunque, il prezzo dovrà essere ridotto da 800.000 a 500.000€.

momento in cui tale valore scenda sotto il prezzo pagato per agire in giudizio e domandare la riduzione²⁸⁸.

L'ultimo scenario, infine, è quello più complesso. Si tratta del caso in cui il compratore, se avesse conosciuto il vero stato delle cose, avrebbe concluso il contratto a condizione diverse. La difficoltà maggiore è costituita qui dal fatto che solo in ipotesi eccezionali la vittima riesce a provare le diverse condizioni cui avrebbe concluso il contratto. In un caso recentemente sottoposto alla Corte di Cassazione Federale tedesca²⁸⁹, ad esempio, il convenuto aveva fatto pervenire all'attrice una proposta già definita cui quest'ultima, indotta in errore su alcune circostanze, aveva proposto delle modifiche, accettate dalla controparte. Informata dell'errore, l'attrice realizza che quelle modifiche erano risultate *a posteriori* favorevoli alla controparte, e si lamenta del fatto che, se non fosse stata indotta in errore, avrebbe sicuramente accettato la proposta originaria. La singolarità del caso è data dal fatto che qui il giudice sia eccezionalmente in grado di ricostruire, con un sufficiente grado di certezza, ciò che sarebbe accaduto in assenza della violazione dell'obbligo di informazione da parte del convenuto²⁹⁰.

Nella normalità dei casi, tuttavia, la parte non riesce a fornire tale prova, si prospettano così due soluzioni.

La prima è quella della riduzione del prezzo sino al valore reale del bene (al momento della conclusione del contratto), come visto nello scenario in cui il compratore non avrebbe concluso il contratto.

²⁸⁸ Cfr. G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, p. 203, Torino, Giappichelli editore, 2008.

²⁸⁹ BGH NJW 1998, 2900 = JZ 1999, 93.

²⁹⁰ G. AFFERNI, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, p. 204, Torino, Giappichelli editore, 2008.

Entrambe le parti saranno messe in una posizione equivalente a quella in cui si sarebbero trovate se non avessero concluso alcun contratto, salvo, anche qui, il risarcimento di un eventuale danno ulteriore²⁹¹. È questa la soluzione preferita da chi difende il dogma per cui la tutela accordata dalla responsabilità precontrattuale debba essere limitata all'interesse negativo, accogliendo pertanto la concezione restrittiva dello stesso, quale interesse a non concludere il contratto, e non, invece come interesse a conoscere il vero stato delle cose.

La seconda, invece, ricorre al criterio di riduzione proporzionale del prezzo, criterio utilizzato, altresì, per l'azione estimatoria, o *actio quanti minoris*. Questa soluzione consentirebbe di mettere la vittima in una posizione non equivalente, ma migliore, rispetto a quella in cui si sarebbe trovata se non avesse concluso il contratto. A favore dell'applicazione di tale criterio, tra l'altro, anche nei casi di responsabilità precontrattuale, può notarsi come già tale applicazione sia fatta dal legislatore in materia di assicurazione. Nel caso in cui,

²⁹¹ Si deve notare come, nel caso di violazione di un obbligo di informazione, anche le Sezioni Unite hanno riconosciuto il risarcimento dei danni ulteriori laddove, in riferimento alla violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, affermano che *“in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto”*, Cass., Sez. Un., 19 Dicembre 2007, n. 26724 e 26725, con commento di F. BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, pp. 546-551 con commento di V. ROPPO, *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria) dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, pp. 525-551, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio.*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, 2, pp. 104-108.

infatti, l'assicurato fornisca, senza dolo o colpa grave, informazioni inesatte all'assicuratore, quest'ultimo non potrà chiedere l'annullamento, ma, ai sensi dell'art. 1893, comma 2 c.c., *“la somma dovuta è ridotta in proporzione della differenza tra il premio convenuto e quello che sarebbe stato applicato se si fosse conosciuto il vero stato delle cose”*.

In conclusione, non sembra che quest'ultimo criterio possa porsi in contrasto con il limite dell'interesse negativo. Una più ampia concezione dello stesso, d'altronde, è stata accettata anche dalla Suprema Corte laddove ha affermato che *“la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto”*²⁹². Pertanto, parrebbe lecito sostenere, come peraltro ritiene autorevole dottrina, che *“la formula «interesse negativo» identifica non già un criterio di determinazione del danno, ma una particolare tipologia di quella sostanza giuridica elementare (l'interesse) che costituisce il presupposto di una situazione giuridica di vantaggio”*²⁹³.

²⁹² Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024.

²⁹³ E. PASSARO, *“Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria”*, p. 911, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, parte prima.

Conclusioni

Partendo dal diritto romano e seguendo l'evoluzione storica della disciplina degli obblighi di informazione, il presente lavoro ha voluto evidenziarne i profili critici, avendo riguardo, in particolar modo, alle possibili conseguenze della loro violazione sul piano civilistico.

Si è pertanto visto come i primi obblighi informativi risalgono addirittura al II sec. a.C., quando gli edili curuli emanarono un editto volto a regolare la compravendita di schiavi ed animali, imponendo ai venditori determinati obblighi. Si noti come già allora la *ratio* della disciplina risiedeva nell'esigenza di fronteggiare quelle che possono definirsi antesignane delle attuali pratiche commerciali scorrette: i venditori, infatti, perlopiù stranieri e girovaghi, davano vita a comportamenti sleali, consistenti nel fornire informazioni inesatte sui pregi e sui difetti della "merce" oggetto di compravendita e comportamenti reticenti.

Certo, il problema ha assunto ai giorni nostri una configurazione totalmente diversa: l'evoluzione delle modalità di commercio e di diffusione delle informazioni, il passaggio da un'economia dei beni ad un'economia dei consumi, il sempre più frequente intervento legislativo di matrice comunitaria, sono tutti fattori (peraltro in continua evoluzione) di cui si è necessariamente tenuto conto durante la trattazione relativa gli obblighi di informazione.

Ai fattori anzidetti, peraltro, bisogna aggiungere la considerazione che le situazioni di asimmetrie informative tra le parti contrattuali costituiscono una delle più gravi ipotesi di "fallimento del mercato", insieme alle restrizioni della concorrenza. Quanto mai necessario, pertanto, si poneva un intervento del legislatore comunitario; si è così

Conclusioni

assistito al proliferare di normative che prevedono a carico della parte professionale stringenti obblighi di informazione, vedendo in questi ultimi lo strumento più idoneo a colmare il *gap* informativo tra le parti. L'approccio cui si è proceduto ha portato ad una serie di interventi che miravano ad armonizzare le varie discipline nazionali, nella consapevolezza che la certezza giuridica delle operazioni transfrontaliere e il completamento del mercato unico incontravano un enorme ostacolo nella frammentazione normativa europea.

Sicuramente apprezzabile è l'approccio comunitario laddove, prevedendo obblighi di informazione già nella fase delle trattative, tende ad anticipare sempre di più la tutela del consumatore, con particolare riguardo a quei tipi contrattuali caratterizzati da una più elevata complessità e in cui, pertanto, l'esigenza di tutela è ancora più stringente; anticipare le azioni di *consumer protection*, infatti, permette, da un lato, al consumatore di prendere una scelta davvero consapevole, favorendo la sua autodeterminazione e, dall'altro, di ridurre le controversie successive alla conclusione del contratto e, di certo, in tale ottica la previsione di sanzioni gravi e certe favorirebbe il rispetto degli obblighi informativi (e autoinformativi) da parte del professionista.

Orbene, uno dei profili maggiormente critici di tale linea d'intervento è stato, però, proprio quello di coordinare la disciplina di matrice comunitaria e, in generale, l'emergente diritto privato europeo, con i principi propri della nostra tradizione giuridica, *in primis* quello di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento. È stato questo, infatti, l'ostacolo maggiore alla ricerca di rimedi per i casi di violazione degli obblighi di informazione, ponendosi in netto contrasto con la possibilità che dalla violazione della norma che impone alle parti di comportarsi secondo correttezza e buona fede potesse discendere l'invalidità del contratto.

Conclusioni

Il dibattito ha interessato largamente dottrina e giurisprudenza, soprattutto con riguardo al settore dei mercati finanziari, fino alla recente pronuncia del 2007 in cui le Sezioni Unite hanno ribadito l'esistenza del principio di autonomia tra le due regole affermando che *“l'assunto secondo il quale la distinzione tra norme di validità e norme di comportamento starebbe sbiadendo e sarebbe in atto un fenomeno di trascinamento del principio di buona fede sul terreno del giudizio di validità dell'atto non è sufficiente a dimostrare il già avvenuto sradicamento dell'anzidetto principio nel sistema del codice civile”*, e dimostrandosi, pertanto, fedeli all'insegnamento tradizionale.

Ciò che, però, si spera di aver evidenziato nel presente elaborato, è che la ricerca di rimedi non può prescindere dai sempre più pressanti stimoli provenienti da certa dottrina, la quale tende a sottolineare come sia mutato il contesto in cui gli operatori giuridici si trovano a operare. Pertanto, dovrebbe forse abbandonarsi la convinzione che un rimedio universalmente valido sia la soluzione migliore, e intraprendere una strada diversa, che, partendo dal caso concreto, individui la soluzione più adatta.

BIBLIOGRAFIA

AA. VV., *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa G., in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da Ajani G. e Benacchio G. A., vol. III, tomo 1, Giappichelli editore, Torino, 2009.

AA. VV., *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa G., in *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, diretto da Ajani G. e G. A. Benacchio, vol. III, tomo 2, Giappichelli editore, Torino, 2009.

AA.VV., *Codice del consumo. Commentario*, a cura di Alpa G. e Rossi Carleo L., Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2005.

AA.VV., *I nuovi diritti dei consumatori: commentario al d.lgs. n. 21/2014*, a cura di Gambino A. M. e Nava G., Giappichelli editore, 2014.

Addis F., "Neoformalismo" e tutela dell' imprenditore debole, in *Obbligazioni e Contratti*, 2012, 1, pp. 6-21.

Addis F., *Il «codice» del consumo, il codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, 11, pp. 873-883.

Afferni G., *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Torino, Giappichelli editore, 2008.

Afferni G., *La responsabilità precontrattuale per violazione di obblighi di informazione*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da Visintini G., Padova, CEDAM, 2009.

Akerlof G., *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in *The quarterly journal of economics*, 1970, 84, pp. 488-500.

Albanese A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?* in *Corriere giuridico*, 2008, 1, pp. 107-122.

Alpa G., *Considerazioni conclusive*, in AA. VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura di Minervini E, Rossi Carleo L., "Quaderni di giurisprudenza commerciale", Milano, Giuffrè editore, 2007.

Alpa G., *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. e Impr.*, 2008, 4-5, pp. 889-916.

Alpa G., *La direttiva sui mercati finanziari e la tutela del risparmiatore*, in *I contratti*, 2004, 7, pp. 742-743.

Alpa G., *Note sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari*, in *I Contratti*, 2003, 11, pp. 1045-1049.

Andrini M. C., *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contr. e Impr.*, 2001, 1, pp. 134-241.

App. Venezia , 31 Gennaio 2001, n.724, in *Corriere giuridico*, 2001, 9, pp.1199-1203, con commento di T. dalla Massara, *Sul risarcimento del danno per dolo incidente*.

Autorità garante per la concorrenza e per il mercato, Segnalazione del 4 Maggio 2005 in tema di "Riassetto delle disposizioni vigenti in materia di consumatori. – Codice del consumo".

Bartolomucci P., *Le pratiche commerciali sleali ed il contratto: un'evoluzione del principio di trasparenza*, pp. 255-273, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., "Quaderni di giurisprudenza commerciale", Milano, Giuffrè editore, 2007.

Battelli E., *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *I contratti*, 2007, 12, pp. 1103-1121.

Bauman Z., *Consumo, dunque sono*, trad. italiana a cura di Cupellaro M., Roma-Bari, Editori Laterza, 2010.

Benatti F., *La responsabilità precontrattuale*, Milano, Giuffrè editore, 1963.

Bisazza G., Janssen A., Schimansky A., *L'attuazione della direttiva sulla vendita dei beni di consumo in Olanda, in Europa e dir. priv.*, 2005.

Bortone P., *Pratiche commerciali sleali, obblighi di informazioni, obblighi di informazione e responsabilità precontrattuale*, pp. 275-293, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., "Quaderni di giurisprudenza commerciale", Milano, Giuffrè editore, 2007.

Calvo R., *Le regole generali di condotta dei creditori, intermediari e rappresentanti nella Direttiva 2014/17/UE*, in *Corriere giuridico*, 2015, 6, pp. 823-827.

Cancila E., *Produzione e consumo sostenibile: dalle leggi del marketing verde all'educazione al consumo*, in *Ambiente e sviluppo*, 2007, 10, pp. 929-933.

Caringella F., *Manuale di diritto civile, II, Il contratto*, Roma, Dike giuridica editrice, 2011.

Carriero G., *Brevi note sulla delega per l'attuazione della nuova direttiva sui contratti di credito ai consumatori*, in *I contratti*, 2009, 12, pp. 1146-1150.

Cass. Civ., Sez. I, 26 ottobre 1995, n. 11151, con commento di Galgano F., *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, in *Contratto e Impresa*, 1996, 1.

Cass. Civ., Sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, con commento di Passaro E., *“Intermediazione finanziaria e violazione degli obblighi informativi: validità dei contratti e natura della responsabilità risarcitoria”*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2006, parte prima, pp. 897-916; con commento di Poliani F., *La responsabilità precontrattuale della banca per violazione del dovere di informazione*, in *I contratti*, 2006, 5, pp. 446-459; con commento di Roppo V. e Afferni G., *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*, in *Danno e resp.*, 2006, 1, pp. 25-36.

Cass. civ., Sez. III, 19 luglio 2012, n. 12454, con commento di R. Palumbo, *Un'occasione mancata per chiarire alcuni (tra i tanti) dubbi in materia di collegamento negoziale nel credito al consumo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2013, pp. 306-314.

Cass. Civ., Sez. III, 2 novembre 1998, n. 10926, con commento di Riccio A., *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contratto e Impresa*, 1992

Cass. civ., Sez. III, 29 marzo 1999, n. 2956, con commento di Dalla Massara T., *Dolo incidente: quantum risarcitorio e natura della responsabilità*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2000, 6.

Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724 con commento di Bonaccorsi F., *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*, in *Danno e Resp.*, 2008, 5, pp. 546-551, con commento di Roppo V., *Nullità virtuale del contratto (di intermediazione finanziaria) dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, 5, pp. 536-546, con commento di Vettori G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, 2, pp. 104-108.

Catricalà A., Pignalosa M. P., *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, Dike Giuridica editrice, 2013.

Chiappetta G., *Le pratiche commerciali "sleali" nei rapporti tra imprese e consumatori*, pp.85-117, in *Il diritto dei consumi*, a cura di Caterini E., Napoli, Edizioni scientifiche italiane, vol. 1, 2004.

Cicerone, *De officiis*.

Consiglio di Stato, sezione atti normativi, *parere 20 dicembre 2004*, n. 11602.

Corte Costituzionale 22 novembre 2002, n. 469, con commento di Perfumi C., *La nozione di consumatore tra ordinamento interno, normativa comunitaria ed esigenze del mercato*, in *Danno e responsabilità*, 2003, 7, pp. 701-711.

Costa A., *Pratiche commerciali sleali e rimedi: i vizi della volontà*, pp. 245-253, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di Minervini E., Rossi Carleo L., "Quaderni di giurisprudenza commerciale", Milano, Giuffrè editore, 2007.

Crescimanno V., *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra code de la consommation e code civil*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, 2, pp.483-497.

Cuffaro V., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corriere giuridico*, 2004, 6, pp. 745-751.

D'Amico G., *"Regole di validità" e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1996.

D'Amico G., *Credito al consumo e principio di relatività degli effetti contrattuali (considerazioni "inattuali" su collegamento negoziale e buona fede)*, in *I Contratti*, 2013, 7, pp. 712-725.

D'Amico G., *Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I Contratti*, 2012, 12, pp. 977-985.

D'Amico G., *Nullità virtuale – Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *I Contratti*, 2009, 7, pp. 732-744.

D'Amico G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Rivista di diritto civile*, 2002, 1, pp. 37-61.

De Cristofaro G., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, 5, pp. 917-958.

De Cristofaro G., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione <<completa>> delle disposizioni nazionali concernenti <<taluni aspetti>> dei <<contratti di credito ai consumatori>>*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, pp. 255-302.

De Cristofaro G., *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, *I contratti*, 2009, 12, pp.1151, 1157.

De Poli M., *Servono ancora i « raggiri » per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Rivista di diritto civile*, 2004,6, pp. 911-928.

Dellacasa M., *Collocamento di prodotti finanziari e regole di informazione: la scelta del rimedio applicabile*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 12, pp. 1225-1256.

Farneti M., *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *Nuove l. civ. comm.*, 2014, 5, pp. 959-1001.

Ferrando G., *Credito al consumo: operazione economica unitaria e pluralità di contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, I.

Fiorentino L., *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbligazioni e contratti*, 2011, 3, pp. 165-169.

Gaio, *Institutiones*.

Galgano F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e Impresa*, 1993, 2.

Gallo P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 5, pp. 647-680.

Gallo P., *Errore sul valore, giustizia contrattuale e trasferimenti ingiustificati di ricchezza alla luce dell'analisi economica del diritto*, p. 672, in *Quadrimestre*, 1992.

Genovese A., *Diritto di recesso e regole d'informazione del consumatore*, in *I Contratti*, 2004, 4, pp. 379-385.

Gorgoni M., *Il credito al consumo*, Milano, Giuffrè editore, 1994.

Granelli C., *“Diritti dei consumatori” e tutele nella recente novella del Codice del consumo*, in *I Contratti*, 2015, 1, pp. 59-69.

Granelli C., *Le “pratiche commerciali scorrette” tra imprese e consumatori:l’attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo* in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, 10, pp.776-784.

Grundmann S, *L’autonomia privata nel mercato interno, le regole di informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, pp. 257-304.

Irti N., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, CEDAM, 1997

Jannarelli A., *La disciplina dell’atto e dell’attività:i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in Lipari N (a cura di), *Trattato di diritto privato europeo*, vol. III, Padova CEDAM, 2003.

Jhering R. Von, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jhering Jahrbucher*, 4, 1861 trad. *Culpa in contrahendo ovvero del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*.

Kronman A., *Mistake, disclosure, information, and the law of contracts*, in *The journal of legal studies*, 1978, 7.

Lener G., *Profili del collegamento negoziale*, Milano, Giuffrè editore, 1999.

Lener R, *Forma contrattuale e tutela del contraente “non qualificato” nel mercato finanziario*, Milano, Giuffrè editore, 1996.

Libertini M., *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust*, in *Danno e responsabilità*, 2005, 3, pp. 237-251.

Macario F., *Collegamento negoziale e principio di buona fede nel contratto di credito*, in *Foro it.*, 1994, I.

Macario F., *Dalla tutela del contraente debole alla nozione giuridica di consumatore nella giurisprudenza comune, europea e costituzionale*, in *Obbligazioni e contratti*, 11, 2006, pp. 872 – 880.

Mantovani M., *“Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, Giappichelli editore, 1995.

Marcuse H., *L'uomo ad un dimensione: l'ideologia di una società industriale avanzata*, Torino, Einaudi, 1967.

Maugeri M., *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2009, 10, pp. 477-787.

Mengoni L., *Problemi di integrazione della disciplina dei «contratti del consumatore» nel sistema del codice civile*, in *Studi in onore di Rescigno*, III, *Obbligazioni e contratti*, Milano, 1998, 2.

Miriello C., *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contratto e Impresa*, 2008, 2, pp. 284-295.

Miriello C., *La responsabilità precontrattuale in ipotesi di contratto valido ed efficace, ma pregiudizievole*, in *La Responsabilità Civile*, 2006, 7, pp. 648-652.

Modica L., *Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito*, in *Contr. e Impr.*, 2011, 1, pp. 16-55.

Mommsen T., *Erörterungen aus dem Obligationenrecht, II, Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschliessung von Schuldverträgen*, Braunschweig, 1879.

Morelato E., *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr e Impr.*, 2005, 2, pp. 592-618.

Musio A. , *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in www.comparazioneDirittoCivile.it, 2010.

Nuzzo M., *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, pp. 235-243, in *Le pratiche commerciali sleali*, a cura di Minervini E. e Rossi Carleo L., "Quaderni di giurisprudenza commerciale", Milano, Giuffrè editore, 2007.

Pagliantini S. *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, 8, pp. 796-821.

Pagliantini S., *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, *I contratti*, 2009, 12, pp. 1158-1169.

Pandolfini V., *Le modifiche alla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Il corriere del merito*, 2013, 4, pp. 378-392.

Perlingieri G., *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, in *Il foro napoletano, Quaderni*, 5, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2013.

Procchi F., *Rudolf von Jhering: gli obblighi precontrattuali di (auto)informazione e la presunzione assoluta di "culpa" in capo al "venditor"*, in *Teoria e storia del diritto privato*, disponibile all'indirizzo <http://www.teoriaestoriadelDirittoPrivato.com/index.php?com=statics&option=index&ID=246>.

Prosperi F., *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. e Impr.*, 2008, 4-5, pp. 936-981.

Punzi A., *“Ragionevolmente attento ed avveduto”*. Note sulla responsabilità del consumatore nell'economia della conoscenza, in AA.VV *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, CEDAM, 2011.

Rabello A. M., *La base romanistica della teoria di Rudolph von Jhering sulla “culpa in contraendo”*, in *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, a cura di D'Ippolito F.M., III, Napoli, Satura editrice, 2007, pp. 2175 ss.

Razzante R., *La “trasparenza bancaria” entra nell’ordinamento*, in *Le società*, 2004, 1, pp. 37-40.

Rende F., *Le regole d’informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, 2, pp. 185-218.

Rinaldi A. A., *Il decreto Mifid e i regolamenti attuativi: principali cambiamenti*, in *Le Società*, 2008, 1, pp. 12-23.

Riccio A., *Culpa in contrahendo e pactum de tractando: rimedio risarcitorio contro l’ingiustizia contrattuale*, in *Contratto e impresa*, 2006, 6, pp. 1448-1478.

Roppo V., *Il contratto del duemila*, III edizione, Torino, Giappichelli editore, 2011.

Roppo V., *L’informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 4, pp. 747-764.

Roppo V., *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l’ “ambaradan” dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, 3, pp. 896-910.

Roppo V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 2009, 2, pp. 267-282.

Roppo V., *Trattato del contratto, vol. IV, Rimedi – 1*, a cura di A. Gentili, Milano, Giuffrè editore, 2006.

Rossi Carleo L., *Il diritto all'informazione nei suoi aspetti privatistici*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, pp. 129-153.

Rossi Carleo L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 2, pp. 349-375.

Rumi T., *Profili privatistici della nuova disciplina sul credito relativo agli immobili residenziali*, in *I Contratti*, 2015, 1, pp. 70-86.

Sacco R., *L'abuso della libertà contrattuale*, in AA.VV., *Diritto privato*, Padova, CEDAM, 1997.

Sangiovanni V., *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Diritto dell'Internet*, 2008, 4, pp. 399-409.

Sangiovanni V., *Gli obblighi informativi delle imprese di investimento nella più recente normativa comunitaria*, 2007, in www.diritto bancario.it.

Sangiovanni V., *La responsabilità precontrattuale dell'intermediario finanziario nel diritto inglese*, in *Le Società*, 2006, 9, pp. 1173-1177.

Sangiovanni V., *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *I contratti*, 2006, 12, pp. 1133-1143.

Scalisi V., *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, II, pp. 167-195.

Schiavone G., *La violazione degli obblighi di informazione tra "regole di comportamento" e "regole di validità"* in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, 11, pp. 918-927.

Scialoja V., *Negozi giuridici*, in *Lezioni dettate nella R. Università di Roma nell'anno accademico 1892-93*, Roma, Tipo-litografia Speranza e Martoriati, 1907.

Scialoja V., *Responsabilità e volontà de negozi giuridici, Prolusione al corso di Pandette letta il 12 Gennaio 1885 nell'Università di Roma 1885*, in *Prolusioni dei civilisti*, Napoli, Edizioni scientifiche Italiane, 2012, pp 203-228.

Sillani C. T., *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 10, pp. 775-783.

Sirena P., *L'integrazione del diritto dei consumatori nella discipline generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, 5, pp. 787-823.

Solidoro Maruotti L., *Annotazioni sui precedenti storici degli obblighi precontrattuali di informazione*, in *Teoria e storia del diritto privato*, disponibile all' indirizzo http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&ID=139#_ftnref1.

Solidoro Maruotti L., *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origine storiche e prospettive attuali*, Napoli, Satura editrice, 2007.

sulla nullità), in *I Contratti*, 2009, 7, 732-744

Trabucchi A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, Padova, CEDAM, 1937.

Tribunale di Ferrara, 25 febbraio 2005, n. 217, con commento di Poliani F., *Obblighi di informazione e acquisto di obbligazioni Parmalat*, in *I contratti*, 2006, 1, pp. 12-21.

Tribunale di Ravenna, 12 ottobre 2009, con commento di Guadagno S., «*Inadeguatezza e nullità virtuale*», in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010, 1, pp. 456-467.

Valentino D., *I contratti a distanza e gli obblighi di informazione*, pp.251-268 in *Il diritto dei consumi*, a cura di Caterini E., vol. 1, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2004.

Vettori G., *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obb. e Contr.*, 2007, 10, pp.785-790.

Vettori G., *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, 2, pp. 241-254.

virtuale (di protezione), in *I Contratti*, 2012, 12, 977-985.

Visintini G., *La reticenza come causa di annullamento dei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, I, pp. 157-207.

Visintini G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, CEDAM, 1972.

Zimatore A., *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, pp. 573-590, in AA.VV., *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, CEDAM, 2011.

Zoppini A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Rivista di diritto civile*, 2008, 5, pp. 515-541.

Tribunale di Genova 18 aprile 2005.

Tribunale di Genova 22 aprile 2005.

Tribunale di Mantova 18 marzo 2004.

Tribunale di Venezia 22 novembre 2004.

Tribunale di Ferrara 25 febbraio 2005, n. 216.