



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto dei Consumatori

**LA NULLITÀ SELETTIVA
DEL CONTRATTO DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA**

Prof.ssa Maria Pia Pignalosa

RELATORE

Prof. Attilio Zimatore

CORRELATORE

Valentina Spataro

CANDIDATO

Matr. 143723

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

INTRODUZIONE	3
CAPITOLO 1	8
IL CONTRATTO DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA	8
1.1 L'intermediario finanziario	8
1.1.1 Premessa	8
1.1.2 Doveri e responsabilità nella normativa di settore: il dovere di informazione	12
1.1.3 Tra regole di validità e regole di comportamento	20
1.1.4 La responsabilità – precontrattuale e contrattuale – dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento. (Cass. Sez. Un. 26724/2007 e 26725/2007)	26
1.1.5 Il perdurarsi delle contrastanti letture della giurisprudenza e della dottrina	29
1.1.6 <i>Onus probandi</i> nell'ambito dell'azione di risarcimento del danno in caso di violazione degli obblighi di condotta	36
1.2 I due momenti del rapporto: contratto quadro e servizi di investimento. Servizi d'investimento: atti esecutivi di un mandato o negozi autonomi?	40
1.3 Le modalità della contrattazione. Le tecniche di contrattazione "a distanza".	44
1.3.1 Premessa.	44
1.3.2 I contratti telematici e i contratti telefonici.....	48
1.3.3 Il <i>trading</i> online nel contratto di intermediazione finanziaria	53
CAPITOLO 2	62
LA PROTEZIONE DEI CONTRAENTI DEBOLI	62
2.1 Premessa	62
2.2 I soggetti del rapporto di consumo	66
2.2.1 Il professionista.....	66
2.2.2 Il consumatore	68
2.2.2.1 L'investitore.....	72
2.2.2.2 Differenze normative tra consumatore e investitore.....	75
2.3 Ambito di applicazione oggettivo del Codice del consumo.....	76
2.3.1 Cenni al concetto di clausola vessatoria	76
2.3.2 I contratti stipulati fuori dai locali commerciali	78

2.3.3 Il divieto di pratiche commerciali scorrette	81
2.4 Oltre la protezione del consumatore	84
2.4.1 I contratti di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica	84
2.5 Gli strumenti giuridici a disposizione del contraente debole	89
2.5.1 Cenni alla nullità di protezione e agli obblighi informativi a carico del professionista	89
2.5.2 Il diritto di recesso	90
2.5.4 L'azione inibitoria e l'azione di classe	93
CAPITOLO 3	95
LA NULLITÀ DI PROTEZIONE. L'USO SELETTIVO NEL CONTRATTO DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA	95
3.1 Deroga al regime di invalidità tradizionale: la nullità di protezione	95
3.1.1 Premessa	95
3.1.2 L'inadeguatezza della tutela "formale" del cod. civile.....	97
3.2 La direttiva 93/13/CEE, l'art.6 e le sue applicazioni.....	102
3.2.1 Cenni storici	102
3.2.2 Dalla tutela <i>formale</i> alla tutela <i>sostanziale</i> : la nullità di protezione...	103
3.2.3 Il giudicato sulla nullità di protezione	110
3.2.4 Le clausole abusive nella direttiva 93/13.....	112
3.2.5 Le clausole abusive nella disciplina nazionale: le clausole c.d. vessatorie	115
3.2 L'uso selettivo della nullità nel contratto di intermediazione finanziaria .	117
3.3.1 Premessa: sulle orme della nullità nel settore bancario e creditizio ...	117
3.3.2 Nozione e caratteri	121
3.3.3 Il contratto "monofirma": "una questione di massima di particolare importanza". (Cass. Sez. Un. 898/2018. Artt. 23, co.1 TUF e 117 TUB) ...	123
3.3.4 L'uso selettivo della nullità. (Cass. Sez. Un. 28314/2019).....	130
3.3.5 I precedenti giurisprudenziali della Cassazione e le critiche della dottrina.....	137
CONCLUSIONE.....	147
BIBLIOGRAFIA.....	151

INTRODUZIONE

L'espressione "nullità selettiva" stimola certamente l'attenzione del lettore, da quello più insignito a quello profano e meno esperto di materie giuridiche: chiaramente l'espressione "nullità" conduce la mente di quest'ultimo all'idea che l'oggetto al quale si riferisca la "nullità" sia privo di valore o di validità¹; e conduce la mente del primo, essenzialmente alla forma più radicale dell'invalidità del contratto. Ma è senz'altro il termine "selettiva" a destare il maggiore interesse di chi si accosta alla lettura di questo scritto: tale aggettivo rende evidente *prima facie* l'intenzione del legislatore di voler concepire la nullità sotto forma di molteplici sfumature e, quindi, di distaccarsi dalla tradizionale idea di un rimedio unitario ed universalmente valido, come si potrà osservare nel corso dell'elaborato. Da queste semplici considerazioni può già scorgersi che la volontà di riconoscere nuovi casi di nullità del contratto, c.d. nullità speciali, sia dovuta alla molteplicità dei contesti politico-economici nei quali i rapporti vengono ad instaurarsi ed anche al crescente interesse rivolto ai suddetti rapporti, soprattutto in quanto caratterizzati da complessi squilibri relativi alle conoscenze, alle capacità tecniche e alla forza economica. Come si avrà modo di vedere, l'ordinamento si mostra ben conscio dell'asimmetria intercorrente tra le parti e predispone strumenti a tutela della parte che nei rapporti di mercato si presume più debole. Sennonché, purtroppo, nell'applicazione concreta di tali strumenti ci si accorge che, in alcuni casi, questi possano sostanziarsi in una fonte di abusi e distorsioni. Il riferimento al "contratto di intermediazione finanziaria" è indicativo della circostanza che quanto finora constatato possa senz'altro riferirsi, tra gli altri, anche a questo tipo di contratto.

Difatti, il presente elaborato *in primis* si pone l'obiettivo di ricostruire il rapporto di intermediazione finanziaria che intercorre tra soggetti di forze diverse, focalizzando l'attenzione sulla protezione della parte debole del rapporto, ossia dell'investitore in qualità di consumatore. L'abbondante legislazione dedicata ai mercati finanziari, mobiliari, assicurativi, alle banche ed agli altri intermediari costituisce un segnale evidente del crescente interesse rivolto alla protezione del cittadino nel momento in cui assume le vesti di risparmiatore e di consumatore. Il

¹Cfr. Enc. Giu. Treccani, www.treccani.it

quadro storico che, in linee generali, verrà delineato darà contezza dell'incessante evoluzione del settore finanziario, sia in termini soggettivi – dal momento che inizialmente l'attività d'intermediazione era svolta esclusivamente dalle banche – sia in termini oggettivi – in quanto gli strumenti utilizzati nello svolgimento delle operazioni finanziarie sono stati oggetto di processi di diversificazione e sofisticazione di altissimo livello.

Senza alcuna pretesa di esaurire in questa sede l'analisi del settore finanziario, nel corso della trattazione verrà seguito un percorso che, da un lato, consente di chiarire l'ambito di applicazione del contratto di intermediazione e, pertanto, di capire chi sono gli intermediari e quali gli obblighi che la legge gli impone di osservare; dall'altro lato, consente di analizzare la qualità di investitore e, conseguentemente, di affrontare il problema dell'“eccesso di tutela” che l'ordinamento gli appresta.

Una siffatta rassegna dei connotati tipici della figura di intermediario condurrà il lettore, nel primo capitolo, ad un attento esame del dibattito circa la natura della responsabilità degli intermediari finanziari nei confronti degli investitori e circa le conseguenze che derivano dall'inadempimento degli obblighi ad essi imposti, fra i quali emerge *in primis* il dovere di informazione. Si tratta invero di un dibattito di fondamentale importanza e di grande spessore nel settore dell'intermediazione finanziaria. Con particolare riguardo, poi, al dovere di informazione, ritenuto un "bene" di primaria importanza sin dalla codificazione del 1942, verrà approfondita la questione relativa alla tradizionale separazione tra regole di validità e regole di comportamento, la sua origine e il suo fondamento. Pertanto, saranno oggetto di indagine le decisioni n. 26724/2007 e n. 26725/2007 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ed il perdurarsi delle contrastanti letture della dottrina e della giurisprudenza intervenute successivamente sul tema.

Nell'intento di assicurare un quadro ancor più completo ed esaustivo, si chiarirà su chi gravi l'*onus probandi* nell'ambito dell'azione di risarcimento del danno in caso di violazione degli obblighi di condotta.

Come si vedrà, il mercato dei servizi finanziari rappresenta uno dei settori in cui si è sviluppata maggiormente la tecnica di comunicazione a distanza, nella quale un ruolo centrale svolge l'utilizzo della rete, di Internet. Ed è proprio la disciplina dei servizi finanziari forniti “a distanza” ad intrecciarsi con la copiosa normativa

dedicata alla tutela del consumatore. Di qui la necessità di dedicare una parte della trattazione alle nuove tecniche di conclusione del contratto, caratterizzate dall'assenza fisica e simultanea delle parti durante tutte le fasi della contrattazione sia nel campo dell'intermediazione finanziaria (i broker di trading online sono coloro che svolgono operazioni di investimento finanziario tramite internet) sia nella contrattazione consumeristica in generale (il contratto telefonico ed il contratto telematico).

Dopo aver abbondantemente illustrato i tratti salienti del rapporto di intermediazione finanziaria ed alcuni importanti dibattiti in merito, nel secondo capitolo sarà doveroso ricostruire il rapporto asimmetrico che intercorre tra il c.d. "professionista" e il c.d. "consumatore", concentrando l'attenzione dapprima sulla figura del professionista, poi sulla figura del consumatore, sulla sua posizione di debolezza rispetto alla controparte e sui caratteri che lo differenziano dalla qualità di investitore. Si cercherà di evidenziare come la *ratio* di tutela del contraente debole costituisca un presupposto essenziale nella regolazione di un mercato che sia corretto e funzionale e verrà anticipato un tema che sarà ampiamente trattato nel terzo capitolo (interamente dedicato alla nullità di protezione): quello relativo agli strumenti giuridici a disposizione del contraente debole (il diritto di recesso, gli obblighi informativi e, appunto, la nullità di protezione).

Come anticipato, il terzo capitolo si propone di affrontare uno dei temi più dibattuti del diritto civile: il ruolo della tradizionale figura della nullità nella disciplina consumeristica e, in particolare, all'interno della copiosa normativa di settore, quale quella riguardante l'intermediazione finanziaria.

Pertanto, verrà dapprima introdotta la c.d. nullità di protezione e verranno messi in evidenza i caratteri che la rendono "speciale" rispetto alla nullità tradizionale.

Verrà presentata la direttiva 93/13/CEE, il suo campo di applicazione e il suo recepimento, nell'ordinamento nazionale, in un primo momento dal Codice civile, poi dagli articoli 33-37 del codice del consumo; quindi, sarà brevemente esposta la disciplina sulle clausole vessatorie inserite nei contratti stipulati tra professionisti e consumatori.

Dopo avere introdotto la figura della nullità di protezione, verrà delineato il regime della nullità del contratto d'intermediazione finanziaria, di cui all'art. 23 TUF,

presentandone natura e caratteri ed effettuando un confronto con la disciplina prevista dall'art. 117 TUB. Relativamente a quest'ultimo profilo, dopo averne evidenziato somiglianze e differenze sarà utile indagare il parere espresso dalla Corte di Cassazione in merito ai due articoli e quindi in merito alla tutela predisposta dal legislatore all'investitore/cliente che stipula un contratto d'intermediazione o un contratto bancario.

Successivamente, verrà affrontata la questione principale, quella riguardante la nullità del contratto d'intermediazione e il problema dell'eccesso di tutela dell'investitore ed indicativo in tal senso è il titolo di questa tesi: *“La nullità selettiva del contratto d'intermediazione finanziaria”*. È chiaro che la nullità di protezione, come avremo ampiamente modo di vedere, si adegua allo specifico interesse da tutelare ed al contesto nella quale è inserita. D'altra parte, è anche vero, proprio in seguito agli interventi legislativi favorevoli alla parte debole del rapporto e alla previsione di una nullità a vantaggio di una sola delle parti (c.d. selettiva nel contratto di intermediazione finanziaria), che l'utilizzo della disciplina di protezione può, per ciò stesso, tramutare in abuso.

Tematica ancillare a questa, di particolare interesse ed alla quale preme dedicare alcune pagine di questo elaborato, è quella relativa alla questione del contratto “mono-firma”. Verranno riportati i dibattiti dottrinali e giurisprudenziali che si sono succeduti in merito, in particolare la sentenza della Cassazione a sezioni unite n. 898/2018.

Nella stesura dei paragrafi dedicati a questi due dibattiti, fra i più aggrovigliati e dibattuti nodi interpretativi riguardanti il contratto d'intermediazione ed immancabilmente collegati da un unico filo conduttore, sarà utilizzato lo stesso metodo d'indagine e verrà seguito il medesimo schema: dapprima verrà studiata ed analizzata la sentenza di riferimento delle Sezioni unite della Cassazione, comprensibile a chi legge queste righe in virtù della presentazione dei caratteri del contratto d'intermediazione nel primo capitolo e dell'articolo 23 TUF nei primi paragrafi del capitolo 3. Successivamente, sarà opportuno richiamare i precedenti giurisprudenziali conformi e difformi e l'intero dibattito dottrinale che ruota attorno alla questione, insieme con la rassegna degli strumenti a tutela del professionista in caso di abuso della nullità selettiva da parte dell'investitore. In particolare, in merito

al dibattito sull'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità sarà presentata, dapprima, la dottrina più critica e contraria ad un utilizzo selettivo della nullità del contratto e, poi, la dottrina favorevole alla sua ammissibilità.

CAPITOLO 1

IL CONTRATTO DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

1.1 L'intermediario finanziario

1.1.1 Premessa

Com'è noto il mercato costituisce il luogo in cui gli agenti economici realizzano scambi reciprocamente vantaggiosi, interagiscono l'uno con l'altro e soddisfano i propri bisogni e desideri. Da sempre la forza trainante il gioco del mercato è rappresentata dal profitto, inteso come guadagno economico, e quindi, come aumento del proprio patrimonio; ma "profitto", in un senso che prescinde del tutto da tecnicismi economici, è anche, e più semplicemente, l'utilità, il vantaggio che ciascuna parte riceve in cambio della sua prestazione.

Le forme di scambio di beni, servizi, informazioni e conoscenze si sono evolute nel tempo in corrispondenza al cambiamento della società nel suo complesso e, in particolare, di pari passo al progresso tecnologico e culturale e all'emersione di nuovi interessi e valori: dalla prima forma di commercio rappresentata dal baratto, inteso come scambio di beni e che caratterizzava una società prevalentemente agricola, si è giunti ad uno scambio di beni e servizi tra persone distanti, le quali stipulano i cosiddetti contratti *inter absentes*, poiché vengono stipulati "senza la presenza fisica e simultanea" dei contraenti. Oggi il mercato dei servizi finanziari rappresenta uno dei settori in cui si è sviluppata maggiormente la tecnica di comunicazione a distanza, nella quale un ruolo centrale svolge l'utilizzo della rete, di Internet. Si pensi ai broker di trading online, cioè a coloro che svolgono operazioni di investimento finanziario tramite l'uso di internet, ma anche al contratto telefonico ed al contratto telematico nella contrattazione consumeristica in generale.

Per la verità, il termine *contratto* inteso come accordo tra due o più soggetti, o, più precisamente, come *convenzione*, entra a far parte del nostro linguaggio solo nel diciannovesimo secolo, con l'era delle codificazioni, avviata dal codice napoleonico, che si ispira alla tradizione romana.

Sin dalle prime codificazioni ottocentesche, il lemma “codice” indica una raccolta sistematica ed organica di norme che disciplina un intero settore dell’ordinamento e che si basa sull’unità e sulla centralità del soggetto giuridico.

Figlio della tradizione illuministica è il Codice civile del 1942, sostitutivo del precedente codice del 1865. Al suo interno, se si prescinde del tutto dalla disciplina dei *contratti per adesione* e dei *contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari*, prevista dagli articoli 1341 e 1342 del cod. civ., di cui si tratterà ampiamente in seno al terzo capitolo, il rapporto tra le parti del contratto è perfettamente simmetrico: le parti contrattuali, intese come centri di imputazione degli interessi, operano in condizioni di totale parità e di simmetria informativa.

Il perseguimento dell’obiettivo di armonizzazione degli ordinamenti europei e la contemporanea riorganizzazione di interi settori del diritto, hanno favorito numerosi interventi legislativi in materia di contratto e hanno condotto ad un’evoluzione del concetto di codificazione rispetto al modello ottocentesco. Natalino Irti chiamò *decodificazione* quel processo legislativo che affida a numerose leggi speciali, e non ad interventi di integrazione del cod. civ., la disciplina di cospicue materie e di rapporti giuridici ulteriori e deroganti il cod. civ. È proprio ad opera del legislatore comunitario che si è registrata la tendenza ad ammettere che alcuni soggetti operanti nel mercato siano dotati di maggiore forza contrattuale e che i rapporti tra privati siano caratterizzati da una forte asimmetria informativa e/o economica. Per questo motivo si è avvertita l’esigenza di proteggere la parte contrattuale più debole per mezzo di una cospicua legislazione di settore della quale è divenuta il soggetto principale, dapprima, nelle vesti di danneggiato da prodotto difettoso, poi, nelle vesti delle plurime figure di soggetti considerati più deboli rispetto alla controparte professionista.

Eppure, la normativa di matrice europea a protezione del contraente debole non si esaurisce nelle norme a tutela della persona fisica, che agisce per scopi estranei all’attività professionale, imprenditoriale e artigianale eventualmente svolta: il consumatore. Parte debole, in alcuni rapporti economici e giuridici è qualunque soggetto, sia che si tratti di consumatore, sia che si tratti di una persona giuridica o di un operatore economico, il quale intrattiene rapporti economici con un’impresa per acquistare beni o servizi per ragioni che non attengono alla sfera personale. Tali

tipi di rapporti si collocano fuori dall'ambito dei contratti "B2C" e riguardano i contratti di assicurazione, i contratti bancari, i contratti finanziari, che vengono conclusi all'interno del "mercato finanziario"². Qui i soggetti tutelati sono gli assicurati, i clienti e gli investitori, i cui tratti caratterizzanti saranno presentati all'interno del secondo capitolo.

Invero, il mercato dell'intermediazione finanziaria è ormai da tempo interessato da una articolata disciplina che contempla e regola tutti gli aspetti inerenti al rapporto di intermediazione: da un lato riguarda il profilo oggettivo, costituito dagli strumenti e dai prodotti finanziari; dall'altro, il profilo soggettivo, riguardante gli emittenti e gli intermediari.

Il profilo che desta maggiore interesse e che, per ciò stesso, giova approfondire è quello relativo alla posizione dell'intermediario e alle regole che disciplinano il suo comportamento, indirizzate soprattutto a rimuovere le asimmetrie informative che caratterizzano il rapporto d'intermediazione. Eppure, per quanto l'analisi del comportamento dell'intermediario possa apparire, a una prima lettura, di facile comprensione, tuttavia, è bene tenere a mente che anche per un giurista sarebbe impossibile costruire «sistemi così perfetti che nessuno avrebbe più bisogno di essere buono³».

A ben guardare, anzitutto, negli ultimi anni la disciplina che regola il comportamento dell'intermediario si è arricchita di nuovi precetti introdotti dal legislatore europeo in materia bancaria e finanziaria, che in concreto erano finalizzati ora a rimediare ai danni della crisi del 2008, ora ad introdurre nuove imposizioni cui sottoporre l'intermediario in tutte le fasi del rapporto.

In riferimento al secondo aspetto, ed in particolare nell'ambito dello specifico comparto finanziario, deve osservarsi che proprio con l'entrata in vigore della MiFID II, acronimo di *Markets in financial instruments directive*⁴, è stato portato a

² PROSPERETTI M., COLAVOLPE A., (a cura di), *Banche, Assicurazioni e Gestori di risparmio. Corporate governance, vigilanza e controlli*, Milano, 2009, p.1: "La risposta all'interrogativo se effettivamente si sia in presenza di un mercato unitario, non è meramente accademica, ma è utile per chiarire gli aspetti applicativi dei precetti a contenuto normativo non prestabilito che sono diffusi sia nel settore bancario che assicurativo".

³ ELIOT, *Choruses from "the Rock"*, London, 1963, p. 174.

⁴ La MiFID II è la Direttiva 2014/65/UE, relativa ai mercati degli strumenti finanziari ed approvata il 15 maggio 2014 in sostituzione delle direttive 2002/92/CE e 2011/61/UE. È entrata in vigore il 3 gennaio 2018, sostituendo la direttiva MiFID I (direttiva 2004/39/UE).

compimento il processo di modifiche che si sono succedute negli anni in relazione alla precedente normativa, nella quale ha sempre mantenuto un ruolo centrale il d. lgs. 58/1998, cioè il Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria.

Prima del 1998 la disciplina del mercato finanziario era inglobata nella legge bancaria degli anni '30, nella quale l'attività bancaria e finanziaria coincidevano. Il mercato mobiliare assume una propria identità, diversa da quella di borsa, solamente a partire dall'istituzione della Consob con la legge 216/1974, quale organo di controllo e vigilanza cui vennero sottoposti i soggetti «che intendono procedere all'acquisto di azioni o di obbligazioni anche convertibili, o di qualsiasi altro valore mobiliare italiano o estero, ivi compresi i titoli emessi da fondi di investimento mobiliari o immobiliari, italiani o esteri, ovvero sollecitare con altri mezzi il pubblico risparmio». Inoltre, definì “valore mobiliare” «ogni documento o certificato che direttamente o indirettamente rappresenti diritti in società, associazioni, imprese o enti di qualsiasi tipo, ivi compresi i fondi di investimento italiani od esteri; ogni documento o certificato rappresentativo di un credito o di un interesse negoziabile e non; ogni documento o proprietà immobiliari, nonché ogni documento o certificato idoneo a conferire diritti di acquisto di uno dei valori mobiliari sopraindicati ed ivi compresi i titoli emessi dagli enti di gestione fiduciaria di cui all'art.45 TU delle leggi sull'esercizio delle assicurazioni private, approvato con D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449».

Alla l. 216/1974 seguono una serie di interventi legislativi tesi a disciplinare ed ampliare il nuovo ed indipendente mercato mobiliare⁵ e destinati a sfociare, come anticipato, nel Testo Unico del 1998: vengono istituiti i fondi comuni d'investimento e fanno il loro ingresso nel mercato i primi investitori c.d. “istituzionali”, nasce il “Mercato secondario dei titoli di Stato” e, con la “legge SIM”, vengono istituite le società di intermediazione mobiliare.

In questa prospettiva la tutela dell'investitore, quale soggetto privo delle conoscenze tecniche di cui è portatore l'intermediario, assume un ruolo primario nel panorama del nuovo mercato finanziario. La categoria degli investitori operanti

⁵ La dottrina parlò di “diluvio” legislativo, riferendosi al processo di continua ed incessante sostituzione dei provvedimenti tesi a regolare il mercato finanziario.

sul mercato si amplia con l'introduzione delle SICAV, le società di investimento a capitale variabile, seguite dalla nascita dei fondi comuni di investimento chiusi e dei fondi immobiliari e, infine, dei fondi pensione e della previdenza complementare. Ulteriori obblighi di informazione e di comunicazione da parte dei soggetti emittenti titoli quotati sono stati introdotti dalla Legge 157/1991, e, poco più tardi, dall'introduzione in Italia della disciplina delle offerte pubbliche di acquisto, dei fondi pensione e della previdenza complementare.

A completare il quadro legislativo nazionale sono gli atti regolamentari emanati nel corso degli anni dalla Consob, della Banca d'Italia e del Ministero del Tesoro e, infine, la Legge per la tutela del risparmio 262/2005, emanata in seguito alle vicende Cirio, Parmalat e Bond Argentini, ("Disposizioni per la tutela del risparmio e la disciplina dei mercati finanziari"), relativa alla tutela del risparmio e alla disciplina dei mercati finanziari.

1.1.2 Doveri e responsabilità nella normativa di settore: il dovere di informazione

L'ambito di applicazione della disciplina d'intermediazione finanziaria comprende i contratti che hanno ad oggetto la prestazione di servizi di investimento e il collocamento di prodotti finanziari da parte di "professionisti"⁶ – intermediari finanziari o c.d. "imprese di investimento" – che operano nel sistema finanziario, svolgendo attività di negoziazione, collocamento e acquisto degli "strumenti finanziari"⁷. I servizi e gli strumenti che gli intermediari offrono sul mercato variano in base alle esigenze del cliente e fra questi possono annoverarsi una serie di prodotti quali, a titolo di esempio, azioni, obbligazioni, contratti derivati, titoli di stato.

Come anticipato, il profilo oggetto d'indagine attiene agli obblighi di comportamento degli intermediari finanziari e, per un'analisi che sia accurata ed

⁶ La nozione di "professionista" è contenuta nell'art. 3 del codice del consumo, v. capitolo 2.

⁷ L'art. 1 co.5 del TUF stabilisce che "Per "servizi e attività di investimento" si intendono i seguenti, quando hanno per oggetto strumenti finanziari: a) negoziazione per conto proprio; b) esecuzione di ordini per conto dei clienti; c) assunzione a fermo e/o collocamento sulla base di un impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente; c-bis) collocamento senza impegno irrevocabile nei confronti dell'emittente; d) gestione di portafogli; e) ricezione e trasmissione di ordini; f) consulenza in materia di investimenti; g) gestione di sistemi multilaterali di negoziazione; g-bis) gestione di sistemi organizzati di negoziazione".

esaustiva, occorre muovere dall'iter normativo che ha condotto all'attuale disciplina, il cui punto di partenza è costituito dalla citata legge n. 1 del 1991, – c.d. Legge SIM (“Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari”) – e dalla previsione dell'art. 6 recante una serie di obblighi e doveri di comportamento a carico degli intermediari finanziari, nei confronti della clientela. La disposizione rispondeva, sì, all'esigenza di regolamentare il comportamento della parte “forte” del rapporto, ma, nondimeno, era volta a garantire direttamente gli interessi degli investitori coinvolti, i quali dovevano essere sempre adeguatamente informati circa la natura ed i rischi delle operazioni. Successivamente, la legge SIM viene sostituita dal Decreto EUROSIM del 1996, emanato in attuazione delle direttive comunitarie e dei principi di mutuo riconoscimento degli intermediari e dei mercati regolamentati, ma concepito *ab origine* come temporaneo e precario. Difatti nel 1998 entra in vigore il Testo Unico della Finanza (TUF), che ha comportato una notevole estensione delle regole dirette ad imporre obblighi di comportamento all'intermediario finanziario e la cui disciplina viene completata dapprima dal Regolamento Consob n. 11522 del 1998 e successivamente dal Nuovo “Regolamento Intermediari” n. 16190/2007, che sostituisce il precedente.

Il quadro storico delineato finora, in linee generali, rende evidente la misura in cui le numerose e significative trasformazioni che si sono avvicinate nel corso degli anni abbiano inciso sul processo di innovazione finanziaria e abbiano condotto all'evoluzione e alla differenziazione dei soggetti intermediari – diversi da quelli bancari –, ma anche all'arricchimento e alla sofisticazione degli strumenti finanziari presenti nel mercato e all'introduzione di nuovi servizi, in capo al professionista, di consulenza e assistenza ai clienti, nello svolgimento delle operazioni finanziarie. Basti pensare, che se fino agli anni Ottanta la caratteristica dell'sistema italiano era che tutte le attività – bancarie, assicurative, di borsa – erano svolte esclusivamente da soggetti a ciò abilitati, con la diffusione delle c.d. “attività finanziarie non bancarie” qualunque soggetto, regolamentato oppure no, poteva svolgere attività di intermediazione o finanziamento. Fra le cause principali che condussero al processo di trasformazione del mercato finanziario vi furono sicuramente la forte inflazione, i tassi di interesse variabili, ma anche la spinta degli intermediari di aggirare e

rimuovere gli ostacoli posti dalla normativa vigente e che impedivano di raggiungere gli scopi da essi prefissati.

Proprio muovendo da queste osservazioni, e in particolare dal susseguirsi della tumultuosa e frammentaria legislazione di settore, si deve evidenziare come, fino all'entrata in vigore del testo unico della Finanza, una disciplina organica e completa dell'attività finanziaria in senso stretto era del tutto assente.

Con l'entrata in vigore del TUF si approda invece ad un sistema delle attività finanziarie ben articolato e sistematico, che introduce la figura di un intermediario, per così dire, polifunzionale, in grado di esercitare contemporaneamente le attività di gestione individuale di portafoglio e quelle di gestione collettive, o "in monte".⁸ Approdati a questo punto dell'indagine, non deve, pertanto, sorprendere che l'ampliamento della normativa del settore finanziario sia un processo in continua evoluzione. Come anticipato, infatti, grazie all'effetto c.d. di "contaminazione" del diritto interno ad opera di quello comunitario, con l'entrata in vigore del d.lgs. 164, di recepimento nell'ordinamento italiano delle direttive MiFid⁹, si assiste ad una

⁸ Così si è espressa la Consob in sede di elaborazione delle proposte riguardanti la riforma del mercato finanziario: «Tenuto conto dei recenti orientamenti comunitari, dovrebbero venir meno le riserve di attività, in modo da consentire l'introduzione del gestore unico, cioè di un intermediario abilitato ad esercitare contestualmente le due forme di gestione. Tale intermediario dovrebbe costituire la sintesi tra le varie società di gestione di fondi comuni (aperti, chiusi, mobiliari, immobiliari) oggi previste dalla legislazione e le Sim che prestano unicamente il servizio individuale dei patrimoni. Al nuovo intermediario dovrebbe, pertanto, essere riservata in esclusiva la prestazione del servizio di gestione collettiva e consentita la prestazione del servizio di gestione individuale. Le Sim e le banche, dal canto loro, potrebbero invece continuare a prestare gestione individuale, unitamente agli altri servizi di investimento [...]» in *Lavori preparatori per il Testo Unico della Finanza. Servizi e strumenti di impiego del risparmio*, in *Quaderni di finanza*, Documenti, giugno 1998, n.28, 33. La proposta di riforma della Consob si spiega alla luce del sistema all'epoca vigente, caratterizzato da una totale frammentazione delle attività, esercitabili da una pluralità di soggetti.

⁹ Con le direttive Mifid (s'intende, quella di primo livello del 2004, di secondo livello del 2006 e il regolamento attuativo del 2006), il legislatore comunitario, ha inteso realizzare un mercato europeo dei capitali integrato, dando attuazione al "Piano d'azione degli strumenti finanziari" del 1999. La MiFid consiste in una direttiva di armonizzazione massima, nel senso che limita il raggio d'azione degli Stati membri di modifica della disciplina in sede di recepimento. Le principali innovazioni del settore dovute al suo recepimento riguardano, a titolo esemplificativo, un più elevato livello di protezione dei risparmiatori, l'introduzione del c.d. "passaporto unico", un maggiore stimolo alla concorrenza, una preminente importanza attribuita all'attività di consulenza e, infine, un rafforzamento delle regole in tema di trasparenza e correttezza. Purtroppo, l'entrata in vigore delle direttive MiFid è coincisa con la crisi finanziaria che ha colpito gli Stati Uniti e l'Europa: la deregolamentazione dei mercati finanziari e il totale affidamento agli operatori del mercato che seguì al periodo della c.d. Grande moderazione – ovvero il periodo di stabilità economica che ha caratterizzato l'ultimo ventennio del secolo scorso e che si è protratto fino al 2007 – ha incoraggiato l'accesso al credito ai risparmiatori e permesso agli operatori di agire a favore dei loro interessi e scapito delle esigenze dei clienti. Proprio perché la Mifid, a differenza del TUF, impone una maggiore responsabilizzazione del cliente piuttosto che essenzialmente la sua protezione, ci si chiese se la sua effettiva attuazione fosse funzionale alla ripresa dei Paesi colpiti dalla crisi. Un ruolo

vera e propria integrazione dei mercati finanziari di tutti i paesi europei, essendo volto, tra gli altri processi di razionalizzazione della disciplina, ad introdurre ulteriori servizi e strumenti finanziari e a consentire un ampliamento del numero degli investitori operanti nel mercato. Una delle principali novità introdotte dalle direttive, nella prospettiva di realizzazione della c.d. *best execution* e della c.d. *product governance*, consiste proprio nell'intrecciarsi di due profili fondamentali attinenti al rapporto di intermediazione: in altre parole, diventa più stretto il legame tra l'organizzazione interna dell'intermediario, da un lato, e, diventando più incisive le regole di condotta, il rapporto di quest'ultimo con il cliente/investitore, dall'altro. Attualmente la struttura delle regole di comportamento previste dal TUF prevede ad un primo livello obblighi che si applicano a tutti i servizi e a tutte le attività, mentre ad un secondo livello vi sono regole che attengono a singole attività o servizi. L'art. 21, collocato al primo livello, pone quattro regole concernenti: l'obbligo di adottare comportamenti informati a diligenza, correttezza e trasparenza; di acquisire dai clienti le informazioni circa la propria esperienza, condizione finanziaria e propensione al rischio e di tenere i clienti «sempre adeguatamente informati»; inoltre, le comunicazioni promozionali e pubblicitarie utilizzate dagli intermediari devono essere sempre «corrette, chiare e non fuorvianti»; infine, l'efficace svolgimento delle attività e dei servizi finanziari devono essere assicurate da procedure e strumenti idonei. Le ragioni che hanno indotto il legislatore del TUF a prevedere una serie di obblighi comportamentali a carico dell'intermediario sono le stesse che lo avevano indotto, qualche anno prima, a redigere la legge SIM: la lettera a) dell'art. 21 specifica che la previsione degli obblighi viene legittimata dall'esigenza, non solo, di «servire al meglio l'interesse dei clienti», ma, anche e soprattutto, dall'interesse pubblico e generale di garantire «l'integrità dei mercati» e, quindi, il corretto funzionamento del settore finanziario¹⁰.

fondamentale fu svolto dalle autorità di vigilanza di tutta Europa nell'intervenire a tutela del mercato e degli investitori, e in soccorso alle banche distrutte dalla crisi.

¹⁰ F. ANNUNZIATA, in *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2017, p.23: «È ovvio che la norma non può certo intendersi nel senso di porre in capo agli intermediari una responsabilità per il corretto andamento dei mercati nel loro complesso; piuttosto, essa va intesa nel senso di richiedere all'intermediario un comportamento che non si ponga in contrasto con l'ordinato svolgimento dei mercati sui quali opera. Se letta in questa prospettiva, la norma è allora idonea a rafforzare il legame

Sin dalla dottrina più risalente, l'informazione è stata considerata un vero e proprio bene¹¹ dotato di valore economico, al quale vengono ricondotte due funzioni in particolare: oltre quella intesa a consentire una corretta formazione dell'accordo, vi è quella di garantire che il consenso della parte si sia formato in modo consapevole – che rappresenta, poi, una logica premessa della prima –.

Già con l'entrata in vigore del Codice civile del 1942 l'attenzione rivolta alla tutela della corretta formazione dell'accordo si sostanziava nel dovere di comportarsi secondo buona fede, ma nessuno specifico obbligo era posto a carico delle parti che, in linea con quanto previsto dal modello illuministico, si trovavano su un piano di assoluta parità. Il dovere di buona fede si imponeva alle parti in tutte le fasi della contrattazione, quindi in ogni momento di esercizio dell'autonomia privata, sin dalla fase “primordiale” delle trattative, nelle quali, ai sensi dell'art. 1337 c.c.¹², le parti dovevano assumere un comportamento secondo buona fede – intesa come canone generale di comportamento e improntato a valori come correttezza e lealtà; si tratta, quindi, di una buona fede in senso oggettivo –; in caso contrario si generava una forma di responsabilità precontrattuale¹³. Nonostante il legislatore non l'abbia previsto espressamente, è chiaro che dal dovere di buona fede discendano una serie di obblighi di condotta, tra cui *in primis* il dovere di informazione, specialmente nell'ipotesi in cui il rapporto delle parti sia caratterizzato da “asimmetrie informative”. Salvatore Romano scrisse che la clausola della buona fede richiama

che sussiste tra la disciplina dei comportamenti relativamente ai rapporti con i clienti, da un lato, e il comportamento osservato dall'intermediario nell'operare sui mercati, dall'altro».

¹¹ È stato incluso nella categoria dei c.d. “nuovi beni” da R. PARDOLESI, C. MOTTI, *L'informazione come bene*, Aa Vv., *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, p. 37 ss.; P. GALLO, *Introduzione al diritto comparato*, III, *Analisi economica del diritto*, Torino, 1998, p.37; A. ZOPPINI, *Le nuove proprietà nella trasmissione ereditaria della ricchezza*, *Riv. Dir. Civ.*, 2000, I, p.185.

¹² «Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede».

¹³ F. FIMMANÒ, *La questione del rapporto tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Rivista del Notariato*, 2019, p. 63, scrisse: «Sotto la vigenza dell'abrogato Codice civile la buona fede era considerata una clausola generale di interpretazione del contratto ovvero un criterio per avallare la corrispondenza tra la dichiarazione negoziale e la consapevolezza del contenuto contrattuale da parte di colui che avesse manifestato il consenso. Non esisteva all'epoca alcuna norma generale che sancisse il contegno di buona fede nella fase antecedente la conclusione del contratto. Sì che le regole di validità primeggiavano su quelle di comportamento: non si poteva ammettere che un contratto valido potesse dar vita a responsabilità ancor solo risarcitoria. Un contratto valido era implicitamente giusto. L'esigenza di procedere a valutazioni di carattere etico sul giudizio di validità del negozio sorge, invece, con il codice del 1942, il quale introduce una clausola generale, di cui all'art. 1337 c.c., ove per la prima volta si riconosce il dovere di buona fede nella fase delle trattative e della formazione del contratto».

un numero così ampio di espressioni, prime fra tutte la correttezza, la lealtà, l'erronea conoscenza, l'ignoranza, tali da riuscire ad estendere smisuratamente il campo dei comportamenti contrari al diritto¹⁴. Non v'è dubbio che il dovere di informazione attenga non solo alle circostanze e ai fatti esistenti al momento della conclusione del contratto, ma che riguardi anche qualunque circostanza sopravvenuta in corso di rapporto¹⁵. Chiaramente, non ogni forma di reticenza delle parti è causa di illiceità del contratto: tant'è vero, che accorta dottrina ha ritenuto più adeguato non ricondurre le reticenze in schemi ben definiti, ma lasciare la selezione dei comportamenti reticenti, leciti o illeciti, alla specificità del caso¹⁶. Anche l'art. 1375 impone un generale dovere di correttezza stabilendo che «il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

Inizialmente, regole espresse a tutela della correttezza e della trasparenza nella contrattazione sono state poste dal legislatore nei rapporti di consumo aventi ad oggetto la prestazione di determinati bene e servizi¹⁷, la cui disciplina ha trovato, successivamente unitaria collocazione nel codice del consumo, corollario

¹⁴ S. ROMANO, voce Buona fede (dir. priv.), in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, p. 681.

¹⁵ Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 (c.d. sentenza Marziale) sull'ambito di rilevanza della buona fede «Si è però ormai chiarito che l'ambito di rilevanza della regola posta dall'art. 1337 c.c. va ben oltre l'ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative e assume il valore di una clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa, ma certamente implica un dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto. L'esame delle norme positivamente dettate dal legislatore pone in evidenza che la violazione di tale regola di comportamento assume rilievo non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative (e, quindi, di mancata conclusione del contratto) o di conclusione di un contratto invalido o comunque inefficace (artt. 1338, 1398 c.c.), ma anche quando il contratto posto in essere sia valido, e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto (1440 c.c.)».

¹⁶ V. ROPPO, in *Il contratto, op. cit.*, Milano, 2013, p. 701, ritiene che sia meglio «non irrigidire la selezione fra reticenze lecite e illecite nel criterio dell'invalidità (o inefficacia) del contratto, ma lasciarlo alla duttilità del principio di buona fede, da calibrare sulle particolarità del singolo caso». L'Autore critica la dottrina che ha suggerito di collocare il dovere di informazione, con la relativa sanzione, unicamente in quelle fattispecie per cui è prevista una causa di invalidità (o inefficacia). Secondo l'A. con questo criterio, definito «troppo rigido» si finirebbe per non punire condotte certamente censurabili. A titolo di esempio, la responsabilità per reticenza può essere esclusa o attenuata quando l'altra parte ignora colposamente; potrebbe, viceversa, aggravarsi quando è stata fatta esplicita richiesta di ricevere informazioni.

¹⁷ Cfr. la disciplina del TUB, in cui si stabilisce che le banche devono rendere note alla clientela e condizioni economiche dei servizi; si pensi anche ai contratti di pacchetti turistici, per la cui vendita gli operatori devono fornire una serie di informazioni. Lo stesso obbligo vale per la vendita di una multiproprietà o per la vendita di beni di consumo.

dell'evoluzione normativa e storica del c.d. "nuovo diritto dei contratti"¹⁸. In questa prospettiva, all'interno della Parte I del codice il legislatore ha elencato, tra i diritti fondamentali del consumatore, quello di adeguata informazione, educazione e corretta pubblicità¹⁹. Inoltre, l'art.35 del codice impone al professionista che predispone unilateralmente le clausole, di redigerle in modo chiaro e comprensibile. Nel caso in cui il significato della clausola sia oscuro, prevarrà l'interpretazione più favorevole al consumatore. Anche l'art. 34, secondo comma, risponde al generale principio di trasparenza, stabilendo che l'oggetto e il prezzo del contratto sono sottoposti al giudizio di vessatorietà solo nel caso in cui non siano individuati in modo chiaro e comprensibile, quindi come sanzione per la mancata chiarezza e trasparenza, come d'altronde vedremo nel terzo capitolo.

Attraverso la previsione di tali diritti il legislatore ha inteso contrastare le asimmetrie informative che caratterizzano questo tipo di contrattazione e che rappresentano una delle cause maggiori di fallimento di mercato²⁰. Difatti, giova evidenziare, come la negoziazione delle parti, se esente da schemi e regole imposte dall'ordinamento, rischia di rimanere in balia delle tendenze e degli istinti propri di ogni agente economico, non ultimi quelli di sopportare il minimo costo e di raggiungere il massimo profitto, omettendo la comunicazione delle informazioni meno convenienti per la parte che le possiede.

Sulla scia del codice del consumo, anche nel settore dell'intermediazione finanziaria, in cui il rapporto tra le parti è caratterizzato da asimmetrie informative,

¹⁸ Cfr. AA., VV., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti* (a cura di G.Vettori), Padova, 1999; v. anche AA., VV., *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004.

¹⁹ Art.2 comma 2 cod. cons.: «*Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza*».

²⁰ Si legge in A. CATRICALA' e M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 35, che le asimmetrie informative costituiscono altresì fonti di inefficienze del mercato. Due degli assiomi dell'economia del benessere sono rappresentati dalla completa informazione e dalla trasparenza nelle operazioni economiche. Solo quando le parti sono in possesso di tutte le informazioni necessarie e sono in grado di prendere una decisione razionalmente e liberamente, senza costrizioni di sorta, si può dire che il contratto sia stato concluso in modo efficiente. Sulla scorta del teorema di *Coase*, si può affermare che ove i costi dello scambio sono pari a zero e le parti sono in possesso di tutte le informazioni di cui abbisognano, si realizzerà il benessere economico delle parti e, nondimeno, quello generale della comunità.

il dovere di informazione precontrattuale è espressamente previsto dalla legge, di cui all'art.21, lett. b) TUF – ed è compreso fra i vari meccanismi a tutela della parte debole, introdotti nel corso degli anni dal legislatore domestico e comunitario (tra i quali emblematica l'introduzione degli obblighi di forma scritta a pena di nullità, di cui si tratterà nel terzo capitolo in merito al c.d. neo-formalismo negoziale) – ma, ciò nonostante, il legislatore non si è spinto fino al punto di prevedere le conseguenze sul piano contrattuale in caso di violazione degli obblighi informativi. Dalla lettura della disposizione appare evidente che gli obblighi informativi imposti riguardano, da un lato, informazioni che vengono trasmesse dall'intermediario all'investitore, ma, a ben vedere, dall'altro lato, riguardano anche informazioni che devono essere fornite dal cliente stesso al professionista. In merito a quest'ultimo profilo, la dottrina ha parlato di obblighi “passivi” dell'intermediario²¹, in quanto onere di quest'ultimo acquisire un serie informazioni sul cliente, riguardanti sicuramente la sua condizione finanziaria, la propensione al rischio e la sua esperienza precedente²². Purtroppo, nella disciplina attuale il riferimento alle informazioni fornite dal cliente, richieste dall'art. 21 lett. b), risulta eccessivamente generico, di talché occorre integrare gli obblighi che informano il comportamento dell'intermediario con i principi di “appropriatezza” e di “adeguatezza” richiesti dal Regolamento UE 2017/565²³. In altre parole, nell'acquisire le informazioni, il professionista deve assumere un comportamento che varia in base alla specificità del caso e dunque “appropriato” e “adeguato” all'attività richiesta, al servizio da svolgere e alla categoria nella quale rientra il cliente.

In merito alle informazioni fornite dall'intermediario al cliente – «i soggetti abilitati devono [...] acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati» e «utilizzare comunicazioni pubblicitarie e promozionali corrette, chiare e non fuorvianti» –, che la dottrina ha

²¹In questo senso GENTILI A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione finanziaria dopo le Sezioni Unite*. I contratti, n.4, 2008, ma anche V. SANGIOVANNI, *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, in *I Contratti*, 2006.

²² Tali doveri di comportamento erano annoverati espressamente dalla disciplina antecedente l'entrata in vigore delle direttive MiFid.

²³ “REGOLAMENTO DELEGATO (UE) 2017/565 DELLA COMMISSIONE del 25 aprile 2016 che integra la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti organizzativi e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di detta direttiva”.

opportunamente definito obblighi “attivi”, occorre tenere presente che si tratta di un dovere operante in tutte le fasi della contrattazione, da quella precontrattuale a quella esecutiva del contratto.

Il secondo inciso, di cui alla lett. c) dell’art. 21, si riferisce, invece, al comportamento tenuto dall’intermediario fuori e a prescindere da un rapporto contrattuale, che si sostanzia nella fase promozionale e pubblicitaria. Anche in questo caso il Regolamento UE 2017/565, all’art. 44, integra la disciplina del TUF, specificando i requisiti che devono avere le informazioni, devono, cioè, essere «corrette, chiare e non fuorvianti». I successivi articoli del Regolamento specificano il contenuto delle informazioni dapprima in base alla classificazione dei clienti (al dettaglio, professionale o controparte qualificata); in seguito vengono elencati un serie di obblighi da attuare durante la fase antecedente la conclusione del contratto: relativi all’intermediario, alla sua politica di gestione dei conflitti di interessi, agli strumenti finanziari, con cui si richiede di fornire «una descrizione generale della natura e dei rischi degli strumenti finanziari, tenendo conto, in particolare, della classificazione del cliente come cliente al dettaglio, cliente professionale o controparte qualificata. Tale descrizione spiega le caratteristiche del tipo specifico di strumento interessato, il funzionamento e i risultati dello strumento finanziario in varie condizioni di mercato, sia positive che negative, e i rischi propri a tale tipo di strumento, in modo sufficientemente dettagliato da consentire al cliente di adottare decisioni di investimento informate»²⁴.

1.1.3 Tra regole di validità e regole di comportamento

Sulla scorta di quanto detto finora, appare, a prima vista, evidente in che misura gli obblighi di comportamento imposti agli intermediari, siano funzionali alla realizzazione degli interessi pubblici coinvolti e al buon andamento del mercato, oltreché alla corretta esecuzione dello specifico contratto. Se il mercato finanziario è efficiente, quindi permette agli individui di ottenere il massimo risultato possibile, allora l’intera economia reale è salva, dal momento che, nel suo significato più

²⁴ Art.48, co.1, “REGOLAMENTO DELEGATO (UE) 2017/565 DELLA COMMISSIONE del 25 aprile 2016 che integra la direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda i requisiti organizzativi e le condizioni di esercizio dell’attività delle imprese di investimento e le definizioni di taluni termini ai fini di detta direttiva”.

ampio, il sistema finanziario funge da canale di scambio tra individui che offrono denaro al mercato finanziario – i risparmiatori – e individui che prendono lo stesso denaro offerto e lo reinvestono – i prenditori –. Invero, la crisi finanziaria del 2008 ha mostrato come le difficoltà e i problemi che si riscontrano nel mercato finanziario possono causare disagi e dissesti economici che si propagano in tutti i settori dell'economia e lungo tutta la filiera produttiva²⁵. Occorre osservare, quindi, come l'esigenza di un corretto e ben definito scambio di informazioni tra l'intermediario finanziario e l'investitore sia vitale ed imprescindibile e che la presenza di una disciplina ben articolata sia, per ciò stesso, irrinunciabile.

Difatti, come già sostenuto da tempo dalla dottrina e specificato in seguito dal considerando n.5 della MiFid II, la violazione delle regole di condotta non va a scapito esclusivamente del singolo investitore vittima del comportamento scorretto, ma scoraggia tutta la categoria di investitori che si affida al mercato finanziario e che confida nella tutela agli stessi riconosciuta dalla Costituzione²⁶: «il legislatore non protegge l'investitore da sé stesso e non protegge l'investitore dall'intermediario; il legislatore protegge il mercato dall'investitore, servendosi dell'intermediario»²⁷.

Mediante la previsione degli obblighi di *disclosure* il legislatore risolve il problema dell'asimmetria di informazioni detenute dalle parti e nello specifico di

²⁵ Negli anni 2007-2009, i paesi economicamente più avanzati assistono ad un arresto e ad una successiva contrazione della crescita economica, con un'inversione di tendenza rispetto agli anni precedenti, contraddistinti da un periodo di crescita stabile, inflazione modesta e bassa disoccupazione, periodo conosciuto come Grande moderazione. In Europa e negli Stati Uniti la deregolamentazione dei mercati finanziari ha spinto i consumatori ad accedere maggiormente e più facilmente al credito e ciò ha permesso al mercato creditizio e immobiliare di attraversare un periodo di forte crescita economica, fino ai primi anni 2000. Molti individui decisero di accendere mutui, spinti dall'aspettativa che i prezzi degli immobili avrebbero continuato ad aumentare, senza tenere conto, però, dell'impossibilità di fare fronte all'aumento dei tassi di interesse applicati ai mutui, aumento necessitato dall'esigenza di contrastare l'inflazione. Dal momento che moltissimi individui si resero inadempienti, il sistema bancario cominciò a crollare: la mancanza di liquidità portò alcune banche al fallimento ed altre a richiedere il soccorso dei governi. I consumatori, che si ritrovarono in situazioni di disagi economici, impossibilitati a far fronte ai mutui accesi, rinunciarono ai consumi di cui avevano goduto in precedenza. Dall'altro lato, i problemi che investirono il mercato immobiliare ebbero forti ripercussioni su tutti coloro che lavoravano in quel settore. Di conseguenza, queste circostanze influenzarono tutta la produzione nazionale e i problemi del settore finanziario si propagarono a tutta l'economia reale. N. GREGORY MANKIV, MARK P. TAYLOR, *Principi di economia*, Bologna, 2018, p. 470.

²⁶ Art. 47 Cost., co.1: La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito.

Co. 2: Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.

²⁷ D. MAFFEIS, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009, p. 81.

quelle c.d. distributive²⁸. Le informazioni di questo tipo comportano distorsioni e fallimenti del mercato, quali il fenomeno della “selezione avversa” e dell’“azzardo morale”, in quanto possedute da una parte che, grazie alla propria posizione nel mercato, non ha sopportato alcun costo per acquisirle e ricopre una posizione di supremazia rispetto all’altra parte. L’esempio lampante di “selezione avversa”, anche conosciuta come “opportunismo precontrattuale”, in quanto si verifica in un momento antecedente la conclusione del contratto, è il mercato delle automobili usate, dove il venditore è in possesso di informazioni che il compratore non ha, a meno che non possieda le competenze necessarie per verificare se le informazioni fornite dal venditore siano veritiere o mendaci. L’“azzardo morale”, successivo alla conclusione del contratto, si sostanzia invece in un comportamento immorale, disonesto nei confronti della controparte contrattuale, che non è in grado di controllare l’appropriatezza delle azioni intraprese dall’altra parte e che influenzano la sua attività. È evidente che entrambe le ipotesi possono facilmente verificarsi nel rapporto che intercorre tra l’intermediario e l’investitore, motivo per cui gli obblighi comportamentali mirano a disincentivare i comportamenti abusivi della parte che possiede maggiori informazioni²⁹.

Purtroppo, l’attuale formulazione delle regole di condotta dettate dal TUF richiama il concetto di “prevenzione”, più che di “sanzione”: la prevenzione è preventiva, la sanzione è successiva, quindi il TUF in questi casi previene, ma non sanziona. Non esistono per l’appunto norme che sanzionano il comportamento dell’intermediario che viola i doveri di comportamento che gli sono imposti e che incidono perfino sulla validità del contratto di intermediazione, cosicché il dibattito circa le conseguenze a questo applicabili si spiega facilmente.

Per comprendere le ragioni che portarono le Sezioni Unite a pronunciarsi sulla questione, occorre precisare che a partire dagli anni 2000 furono non poche le

²⁸ Esistono due diversi tipi di informazioni: di tipo produttivo e di tipo distributivo. Le prime consistono in informazioni ottenute da una parte al fine di concludere un contratto alle condizioni migliori e ciò non comporta distorsioni o fallimenti di mercato, in quanto l’informazione non influisce sul raggio d’azione dell’altra parte contrattuale (si pensi all’acquirente di un immobile che si avvale di un esperto per selezionare il migliore).

²⁹ Se il mercato fosse caratterizzato dall’assenza di gap informativi, per cui tutti possiedono le informazioni necessarie e sono in grado di elaborarle perfettamente, si realizzerebbe l’ipotesi teorica del mercato efficiente dal punto di vista informativo, che E. F. Fama propose: “un mercato in cui i prezzi riflettono in qualsiasi momento e pienamente l’informazione disponibile è definito “efficiente””. In www.bankpedia.org enciclopedia di banca, borsa e finanza.

pronunce di merito che si susseguirono e si avvicendarono nella ricerca del rimedio più adeguato al caso in cui l'intermediario avesse violato gli obblighi di condotta imposti dalla normativa. Segnatamente, l'intervento della Corte si rese necessario dal momento che la giurisprudenza era nettamente divisa tra chi sosteneva che l'inosservanza delle norme avrebbe comportato la nullità del contratto e chi riteneva che dovesse sorgere esclusivamente una responsabilità di tipo precontrattuale o contrattuale³⁰.

Tradizionalmente la distinzione nasce al di fuori e a prescindere dal settore dell'intermediazione finanziaria, ma è radicata nei principi del diritto civile e in particolare nella disciplina generale del contratto. Essa si fonda sul c.d. principio di non interferenza che, come anticipato, impedisce che dalla violazione di regole di comportamento possa derivarne l'invalidità del negozio giuridico. Una dottrina non troppo risalente ha affermato che «i due gruppi di norme si trovano sullo stesso piano e si distinguono solamente per la diversa funzione: le regole di validità hanno per fine di garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici, e solo mediatamente, poiché anche la certezza serve a tutelare la buona fede, la giustizia; le regole di risarcimento tendono invece direttamente alla giustizia sostanziale, cioè a distribuire i vantaggi e gli svantaggi prodottisi in occasione del contratto, secondo l'onestà di ogni parte»³¹.

Affermare l'efficacia del principio di non interferenza non implica, di certo, che non sia possibile individuare, per la stessa fattispecie, un'ipotesi di invalidità negoziale e una violazione di un obbligo di condotta. Ad esempio, nel caso in cui un contratto sia stato concluso mediante artifici o raggiri oppure minaccia di un male ingiusto, la sanzione prevista dall'ordinamento è quella di risarcimento del danno, ma ciò non impedisce alla parte vittima del comportamento scorretto di agire in giudizio chiedendo l'annullamento del contratto. In questo caso, al rimedio della

³⁰ Non mancano, poi, le pronunce che aderiscono alla tesi minoritaria che ha proposto l'applicazione del rimedio dell'annullabilità per dolo determinante o per errore in base alla particolarità del caso. Cfr. Trib. Pinerolo, 14 ottobre 2005: «La sanzione prevista dall'ordinamento giuridico per i vizi della volontà è l'annullabilità del contratto, piuttosto che la nullità. Pertanto, proprio in ossequio a tale principio, che non può essere disatteso se non in presenza di esplicite deroghe, unitamente al fatto che il d.lgs. n. 58/98 prevede una nullità rilevabile solo dall'investitore, conducono a ritenere che il difetto di informazione non comporti nullità del contratto, ma annullamento o risoluzione dello stesso»; v. anche Trib. Parma, 17 novembre 2005; Trib. Lanciano, 30 aprile 2007; Trib. Ancona, 12 aprile 2007 (tutte consultabili in www.ilcaso.it).

³¹ V. PIETROBON, «*Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*», Padova, 1990, p. 156.

responsabilità precontrattuale si è inteso affiancare quello dell'invalidità del contratto al fine di sanzionare in modo più incisivo il comportamento del contraente in malafede.

Ma al di fuori dei casi in cui la volontà di una delle parti sia stata viziata e il cui comportamento della controparte sia stato sanzionato in virtù di una norma espressa, più volte la dottrina si è interrogata circa l'esistenza di un rimedio che incidesse sulla validità dell'atto e che scaturisse dalla contrarietà al generale principio di buona fede previsto dall'art. 1337 c.c., anziché da una norma positiva. Purtroppo, però, diverse considerazioni indurrebbero a gettare le armi e ad abbandonare la ricerca: *in primis* la validità del principio di tipicità delle invalidità contrattuali; in secondo luogo, si rischierebbe di gravare di poteri diversi e ulteriori il giudice, chiamato a decidere se da una determinata condotta possa scaturire l'invalidità del contratto, oltre che la responsabilità precontrattuale³².

La tematica è diventata ancora più attuale se si considera la tendenza, più volte menzionata, dei principi di matrice comunitaria ad integrarsi con le regole proprie del sistema nazionale, nella prospettiva di agevolare il processo di integrazione europeo sancito dall'art. 11, seconda parte, della nostra Costituzione³³. Il processo d'interferenza tra le regole di comportamento e le regole di validità è stato infatti avviato dalla legislazione speciale e dall'infittirsi delle leggi di matrice comunitaria. Uno dei casi paradigmatici della contaminazione tra regole di validità e di condotta è rappresentato dalla disciplina delle clausole vessatorie prevista dall'art. 33 del cod. cons., in virtù della quale il giudice è autorizzato a valutare se il predisponente abbia inserito una clausola che abbia determinato «un significativo squilibrio di diritti e obblighi» e, in caso di risposta affermativa, lo grava del compito di

³² In merito al potere del giudice F. FIMMANÒ, *La questione del rapporto tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Rivista del Notariato*, fasc., 2019, p. 63, op. cit. «Non vi è dubbio alcuno che il distaccarsi dal principio di autonomia dei due ordini di regole [...] possa attribuire al giudice un potere che, di fatto, diverrebbe quello di “legiferare”. L'incertezza del diritto la si riscontra nel fatto che i contraenti potrebbero, successivamente alla stipula, vedere caducato il contratto senza poterlo preventivamente prevedere, in assenza di una norma che nello specifico disponga che ad un dato comportamento scorretto corrisponde quale sanzione la nullità o l'annullabilità del contratto. Nel contempo il potere del giudice di “legiferare” lo si avrebbe in quanto sarebbe lui a stabilire la rilevanza della condotta di mala fede al punto da invalidare il negozio. In questo caso il ruolo dell'interprete sarebbe non solo quello di applicare la legge ma nel concreto quello di creare nuovo diritto».

³³ «L'Italia consente, in condizione di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie a un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni».

integrazione suppletiva in funzione equitativa del regolamento contrattuale, alla luce degli interessi e del volere delle parti. Anche se non determinante in concreto, in questi casi il solo rimedio del risarcimento del danno non è di per sé sufficiente a riequilibrare le posizioni delle parti e a ripagare il danno sofferto dalla vittima. Sulla scia della dottrina e dalla legislazione più innovatrice, si potrebbe accettare l'idea che i tempi siano cambiati e che la tradizionale separazione delle regole in categorie ben definite si stia affievolendo.

Ma nonostante le numerose spinte evolutive, buona parte della dottrina più conservatrice nega che il principio di non interferenza possa essere in qualche modo superato e nel sostenere questa teoria richiama il principio di ragionevolezza; lo stesso principio cui fa ricorso chi, invece, sostiene la tesi che tenta di superare questa antinomia. Il principio di ragionevolezza ci impone di osservare che, se la violazione della regola di comportamento dell'art. 1337 c.c. possa determinare la nullità virtuale del contratto ex art. 1418 co.1 c.c., finiremmo per punire una condotta reticente in maniera più severa di condotte più gravi punite con un rimedio più lieve. A titolo di esempio, un comportamento doloso, certamente più grave di uno reticente, viene punito con l'annullabilità del contratto, il quale, fino alla pronuncia del giudice, rimane valido ed efficace. Invece la nullità, con la quale sanzionare il comportamento reticente, tradizionalmente rende il contratto invalido e inefficace ab origine. Ancora, l'art. 1338 sancisce, quale conseguenza dell'omissione di comunicazione alla controparte di una causa di invalidità del contratto, il risarcimento del danno. Se ammettessimo l'interferenza tra regole di invalidità e di comportamento, ammetteremmo la nullità del contratto per tutte le altre ipotesi di violazione di norme di condotta e per questa l'annullabilità. Inoltre, la conseguenza di punire condotte meno gravi con rimedi più radicali consisterebbe in una violazione del principio di eguaglianza sostanziale riconosciuto dalla Costituzione, in virtù del quale fattispecie diverse devono essere trattate in maniera diversa e fattispecie uguali devono essere trattate in maniera eguale.

Infine, la tesi che riconosce al giudice il potere di sindacare sul contenuto del contratto sulla scorta di parametri soggettivi e astratti viene confutata da questa dottrina dal momento che in questo modo si rischierebbe di tramutare la verifica in arbitrio.

1.1.4 La responsabilità – precontrattuale e contrattuale – dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento. (Cass. Sez. Un. 26724/2007 e 26725/2007)

Nonostante con la pronuncia 19024/2005 della Sezione I Civile e le c.d. “sentenze gemelle” o “sentenze “Rordorf”³⁴ n. 26724 e 26725 del 2007 delle Sezioni Unite abbiano rimosso l’incertezza relativa al rimedio applicabile in caso di violazione dei doveri di comportamento da parte dell’intermediario, orientando la propria decisione verso la responsabilità precontrattuale e contrattuale³⁵ – hanno ammesso anche l’ipotesi della risoluzione del contratto nel caso in cui la violazione delle regole si sostanzi in un comportamento contrario ad obblighi specifici gravanti sui contraenti e al generale dovere di protezione – ed ammettendo il diritto del cliente al risarcimento del danno, buona parte della dottrina tende a discostarsene, come vedremo nel prossimo paragrafo. I giudici di legittimità hanno escluso che la violazione delle regole di condotta possa avere conseguenze invalidanti ex art. 1418 c.c. sul contratto fonte del rapporto, o sui singoli ordini di investimento, a meno che il legislatore non abbia espressamente dettato disposizioni specifiche in tal senso³⁶. Considerato che l’art. 1418, co.1 del c.c. commina la nullità del contratto per violazione di una norma imperativa, sarebbe logico pensare che da ciò conseguirebbe, a parere della Corte, che le norme che impongono il dovere di informazione e di corretta esecuzione del contratto non debbano essere inquadrate in norme imperative. Per la verità, la Corte non esclude che le norme in questione abbiano carattere imperativo, anzi, viceversa, lo afferma: «Si deve certamente

³⁴ Cass. Sez. Un. 19 dicembre 2007, n. 26725 – Primo Pres. V. Carbone, Rel. R. Rordorf, in www.dirittobancario.it.

³⁵ È assodato in giurisprudenza e in dottrina che l’ipotesi di responsabilità precontrattuale prevista dall’art. 1337 del c.c. rileva non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative e nel caso di conclusione di contratto invalido, ma anche nel caso in cui il contratto stipulato sia valido, ma ciononostante «pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto». In tale ultimo caso il risarcimento del danno è calcolato in base al minor vantaggio e al maggiore aggravio economico prodotto dalla parte attrice del comportamento pregiudizievole, salvo la dimostrazione di ulteriori danni subiti. Nel caso in cui, come in questo, le violazioni avvengano nella fase di esecuzione del contratto, è ammessa anche la possibilità della risoluzione del contratto, ove siano integrati gli estremi previsti dall’art. 1455 c.c.

³⁶ Diversamente, in Germania, in virtù del principio di Treu und Glauben è stata configurata la possibilità di ammettere la nullità del contratto per violazione di norme di comportamento. V. la decisione della Corte Cost. Tedesca, pubblicata in Italia in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 197, con nota di BARENGHI (*Una pura formalità. A proposito di limiti e di garanzie dell'autonomia privata in diritto tedesco*). V. anche GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto impr.*, 1997, p. 418 ss.

convenire [...] sul fatto che le norme dettate dal citato art. 6 della legge n. 1 del 1991 (al pari di quelle che le hanno poi sostituite) hanno carattere imperativo: nel senso che esse, essendo dettate non solo nell'interesse del singolo contraente di volta in volta implicato ma anche nell'interesse generale all'integrità dei mercati finanziari [...], si impongono inderogabilmente alla volontà delle parti contraenti». Tuttavia, la nullità del contratto può essere comminata unicamente se le norme violate, oltre ad avere carattere imperativo, riguardino elementi intrinseci della fattispecie negoziale: contrariamente, invece, nel caso in questione, i comportamenti posti in essere dalle parti «rimangono estranei alla fattispecie negoziale» ed è quest'ultimo profilo che comporta l'impossibilità di ricondurre la loro inosservanza alla nullità virtuale del co.1 dell'art. 1418 del c.c.

Chiaramente, la Corte ha escluso anche l'opzione di richiamare l'applicabilità del comma terzo che sanziona con la nullità i casi stabiliti dalla legge, non avendolo il legislatore previsto espressamente. Neppure ha ritenuto potersi invocare la riconducibilità della violazione degli obblighi di condotta al comma secondo, che commina la nullità del contratto in caso di mancanza di uno degli elementi essenziali. In merito a quest'ultimo profilo la Corte afferma che «è vero che tra questi casi figura anche quello della mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, e che il primo di tali requisiti è l'accordo delle parti. Ma, ove pure si voglia ammettere che nella fase prenegoziale la violazione dei doveri di comportamento dell'intermediario sopra ricordati siano idonei ad influire sul consenso della controparte contrattuale, inquinandolo, appare arduo sostenere che sol per questo il consenso manca del tutto; ed i vizi del consenso - se pur di essi si possa parlare - non determinano la nullità del contratto, bensì solo la sua annullabilità, qualora ricorrano le condizioni previste dagli artt. 1427 e segg. c.c.». Con queste parole la Suprema Corte evidenzia che nell'ipotesi in cui ricorrono le circostanze di cui all'art. 1427 c.c. il rimedio previsto dal legislatore, in caso di consenso viziato alla stipula del contratto, sarà l'annullabilità e non già la nullità.

I giudici di legittimità aderiscono alla tesi che propende per l'affermazione della piena attualità della tradizionale separazione tra regole di validità e regole di

comportamento che ha da sempre caratterizzato il nostro ordinamento³⁷ e in virtù della quale la violazione delle seconde incide sul piano della responsabilità precontrattuale – o contrattuale – e la violazione delle prime ha incidenza sugli elementi intrinseci del contratto stesso. Si osserva, in particolare, come le regole di condotta, incluso il dovere di comportarsi secondo buona fede, siano «troppo immancabilmente legat[e] 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». Seppure, infatti, in alcuni settori della legislazione speciale siano presenti norme e siano intercorse pronunce della giurisprudenza che contrastano e smentiscono l'inderogabilità del principio in questione³⁸, ciononostante non è possibile dedurre da casi isolati principi validi

³⁷ È riconducibile, anzitutto, al dovere di solidarietà imposto dall'articolo 2 della Costituzione. Inoltre, il principio di comportarsi secondo buona fede e correttezza – che ha «indiscutibilmente carattere imperativo» – radicato nel Codice civile dimostra che, nell'ipotesi in cui la sopravvivenza del contratto sia messa a rischio, come nel caso dell'annullamento per dolo o violenza, della rescissione per lesione enorme o della risoluzione per inadempimento, la conseguenza non sarà mai la totale distruzione del contratto, ma sarà in ogni caso il risarcimento del danno per responsabilità precontrattuale o contrattuale ed eventualmente annullabile, rescindibile o risolubile.

³⁸ Il riferimento è alla violazione degli obblighi informativi previsti nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari *67 septies decies* del codice del consumo, il quale riconduce la violazione degli obblighi informativi precontrattuali alla nullità del contratto. Si pensi anche all'art. 34 del cod. cons. che sanziona con la nullità la clausola conclusa in assenza di un dato comportamento, ovvero senza che sia stata condotta la trattativa individuale. In questo senso anche l'art. 7 del d.lgs. 231/2002, il quale sanziona con la nullità l'accordo che risulti particolarmente iniquo per il creditore – sulla base del comportamento condotto dal debitore –.

Anche la giurisprudenza si orientata in tal senso in passato: cfr. Cass. 16 febbraio 2007, n. 3683, dove i giudici richiamano alcuni precedenti conformi e ne traggono i seguenti principi: «la nullità del contratto può derivare anche dalla violazione di norme imperative che non attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, relativi alla struttura ed al contenuto del contratto, ma che pongano limiti all'autonomia negoziale delle parti sotto il profilo delle qualità soggettive di determinati contraenti e dell'esistenza di specifici presupposti, (nella specie, mancanza nel soggetto svolgente attività di intermediazione mobiliare delle caratteristiche della SIM o dell'iscrizione nell'apposito albo); è irrilevante, in caso di contrarietà del negozio a norme imperative, la mancata previsione normativa di un'espressa sanzione di nullità, sopperendo a tale mancanza il disposto dell'art. 1418, comma 1, c.p.c. («il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge non disponga diversamente»), che fissa un principio generale rivolto a prevedere e disciplinare proprio quei casi in cui alla violazione dei precetti imperativi non si accompagna una previsione di nullità».

Si legga anche, a titolo di esempio, Cass. 19 settembre 2006, n. 20261; Cass. 10 maggio 2005, n. 9767; Cass. 16 luglio 2003, n. 11131, in caso di mancanza di una prescritta autorizzazione a contrarre o di clausole concepite in modo da consentire l'aggiramento di divieti a contrarre; v. anche Cass. 3 agosto 2005, n. 16281; Cass. 18 luglio 2003, n. 11247; Cass. 5 aprile 2001, n. 5052; Cass. 15 marzo 2001, n. 3753; e Cass. 7 marzo 2001, n. 3272 in caso di mancanza di necessari requisiti soggettivi di uno dei contraenti; oppure in caso di contratti le cui clausole siano tali da sottrarre una delle parti agli obblighi di controllo su di essa gravanti (cfr. Cass. 8 luglio 1983, n. 4605), ed inoltre in caso di circonvenzione d'incapace (cfr. Cass. 23 maggio 2006, n. 12126; Cass. 27 gennaio 2004, n. 1427; e Cass. 29 ottobre 1994, n. 8948).

universalmente. Né tantomeno è coerente ricondurre questi casi, come ha invece sostenuto la dottrina più d'avanguardia, alla nullità prevista dal primo comma, in quanto si tratterebbe di nullità testuale e quindi riconducibile al comma terzo.

In merito ai precedenti giurisprudenziali, la Corte ha invece sostenuto che in quei casi non si trattava di ammonire una condotta in concreto tenuta dalle parti, ma si intendesse eliminare le clausole che ammettevano comportamenti contrari a principi inderogabili per l'ordinamento, tra i quali non ultimi quelli di buona fede e di correttezza.

Una volta chiarito definitivamente che, sul piano generale, non è possibile affermare la definitiva rottura della tradizionale separazione tra regole di comportamento e regole di validità e quindi consentire che dalla violazione di regole di condotta possa conseguire la nullità del contratto o di parte di esso, i giudici di legittimità del 2007 si interrogano circa la sua ammissibilità nello specifico contesto dell'intermediazione finanziaria, finendo per concludere, anche in questo caso, in senso sfavorevole³⁹.

1.1.5 Il perdurarsi delle contrastanti letture della giurisprudenza e della dottrina

Purtroppo, tutt'oggi, il rapporto tra regole di validità e regole di comportamento costituisce terreno d'elezione di dubbi ermeneutici di non facile risoluzione.

Sia in dottrina che in giurisprudenza si palesano opinioni discordanti.

V'è chi ritiene che siano molteplici i passaggi argomentativi del discorso della Corte contestabili e per questo non condivisibili, primo fra tutti l'accostamento e l'applicazione dei principi del Codice civile, quali il principio di responsabilità precontrattuale e contrattuale e il rimedio della risoluzione del contratto, al contratto di intermediazione finanziaria. È stato già sottolineato in precedenza che il Codice

³⁹ Nonostante «il legislatore abbia espressamente ipotizzato alcune ipotesi di nullità, afferenti alla forma ed al contenuto pattizio dell'atto (art. 8, ult. comma, della legge n. 1 del 1991, ed ora all'art. 23, commi 1, 2 e 3, ed art. 24, ult. comma, del d. lgs. n. 58 del 1998), nessuna [...] appare tuttavia riconducibile alla violazione delle regole di comportamento gravanti sull'intermediario in tema di informazione del cliente e di divieto di operazioni in conflitto d'interessi o inadeguate al profilo patrimoniale del cliente medesimo. Situazioni, queste ultime, che il legislatore ha invece evidentemente tenuto in considerazione per i loro eventuali risvolti in tema di responsabilità, laddove ha espressamente posto a carico dell'intermediario l'onere della prova di aver agito con la necessaria diligenza (art. 13, ult. comma, della legge n. 1 del 1991, ora sostituito dall'art. 23, ult. comma, del d. lgs. n. 58 del 1998)».

del 1942 è stato pensato e redatto sul presupposto della parità dei contraenti, in totale antinomia all'impostazione del mercato finanziario, che si caratterizza proprio per la presenza di "gap" informativi. Questa parte della dottrina⁴⁰ si dichiara contraria all'indirizzo della Corte ed appoggia la giurisprudenza, di merito e di legittimità, che ha ammesso la nullità del contratto stipulato in violazione delle regole di condotta gravanti sugli intermediari finanziari⁴¹. In particolare, in una sentenza della Cassazione⁴², i giudici legiferano avendo come normativa di riferimento, non il Codice civile e i principi ivi contenuti, ma il TUF, i regolamenti Consob – l'art. 27 stabilisce che le informazioni fornite al cliente costituiscono elementi imprescindibili ad una ponderata decisione – e la Direttiva 2004/39/CEE. In quell'occasione la Corte ha ritenuto che la banca avesse il dovere di informare correttamente l'investitore prima di effettuare le operazioni di investimento. Esclusivamente su ordine impartito per iscritto dall'investitore, in cui dimostra di avere ricevuto gli avvertimenti necessari dall'intermediario, quest'ultimo potrà eseguire un'operazione non adeguata al cliente in base ai suoi bisogni e alla sua situazione finanziaria. Si badi, la predisposizione al rischio dimostrata in un ordine impartito in precedenza dal cliente, non esonera l'intermediario dal rispetto di questa regola nell'attuazione degli ordini successivi.

Di certo la disciplina del TUF e dei regolamenti Consob impartisce obblighi più incisivi all'intermediario rispetto alla normativa del Codice ma, soprattutto, estende questi doveri alla fase esecutiva del rapporto e non solo a quella prodromica delle trattative, l'unica invece tutelata dal codice⁴³. Corretta allora era stata l'intuizione di erudita dottrina che aveva affermato che «tra i doveri di comportamento degli intermediari e dei promotori viene più volte ripetuta la regola della correttezza come

⁴⁰ G. LIACE, *I contratti di intermediazione finanziaria tra nullità virtuale e rimedi civilistici. La cassazione ci ripensa?*, in A. PRINCIPE, (a cura di), *Impresa bancaria e crisi dei mercati finanziari*. Napoli, 2010, p. 56.

⁴¹ Alcune sentenze immediatamente successive furono: Trib. Cagliari, 2 gennaio 2006; Trib. Venezia, 16 febbraio 2006; Trib. Teramo, 18 maggio 2006; Trib. Trento, 1 o febbraio 2007, tutte consultabili su www.ilcaso.it.

⁴² Cass., 25 giugno 2008, n. 17340.

⁴³ V. LA ROCCA, *Sezione prima vs. Sezioni Unite: differenti visioni dei contratti del mercato finanziario in Cassazione*, in www.ilcaso.it, 2009: «La sentenza 17340/08 pone, infatti, obblighi informativi dell'intermediario in relazione diretta con le scelte degli investitori, ossia costruisce gli obblighi informativi in discorso quale mezzo necessario per la legge a conseguire il fine di determinare quelle "scelte consapevoli", quella "decisione di cognizione di causa" cui fa espresso riferimento la norma apicale di settore, il già citato art. 19 Dir. 2004/39/CE».

pure della diligenza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente. Si tratta di ripetizioni inutili da parte di un legislatore che non conosce il Codice civile, come da qualcuno sembra ipotizzato? Non credo. – È, piuttosto, un legislatore che tende a riassumere, che comunque manifesta uno sforzo di qualificare le nuove linee di intervento. – Trovo, quindi, lodevole da parte del legislatore, che tra l'altro è un legislatore multiforme (parlamentare, ministeriale, della Consob), aver dato concretezza, potremmo dire “gambe e piedi” ai generali ed astratti obblighi di comportamento»⁴⁴.

Autorevole dottrina⁴⁵ ha ritenuto che le affermazioni cui è approdata la Corte fossero non condivisibili, per altro verso, sulla base della incoerenza logica che lega le conclusioni alle premesse e si chiese, dal momento che nell'ordinamento esistono delle eccezioni espresse e che in quanto tali si sottraggono al principio in questione, perché la disciplina del mercato finanziario non possa considerarsi anch'essa un'eccezione, seppur implicita. All'affermazione della Corte relativa al fatto che mancano oggi indici positivi nel mercato dell'intermediazione finanziaria per ritenere che si tratti di un caso di nullità virtuale, la dottrina obietta che indici univoci in tal senso, anche se non espliciti, potrebbero riscontrarsi nelle norme che vietano all'intermediario di stipulare contratti inadeguati ai bisogni e al profilo del cliente o in conflitto di interessi.

Difatti, nel dimostrare che possa trattarsi di un caso di nullità virtuale la dottrina passa in rassegna le numerose eccezioni presenti nell'ordinamento⁴⁶ e puntualizza che affermare che una regola di comportamento possa comportare l'invalidità del contratto di certo non significa alimentare la convinzione di quanti ritengono che da una mera violazione di norme di comportamento derivi l'invalidità, ma bisogna capire, caso per caso, se la violazione di una regola di condotta incida

⁴⁴ V. INZITARI, *Vigilanza e correttezza nelle attività di intermediazione finanziaria mobiliare*, in *L'intermediazione mobiliare. Studi in memoria di Aldo Maisano*, Napoli, 1993, p. 132.

⁴⁵ A. GENTILI, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione finanziaria dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, n.4, 2008.

⁴⁶ Gentili richiama la nullità dell'atto di acquisto di multiproprietà in cui l'alienante non ha rilasciato fideiussione; ma anche la nullità del contratto di compravendita in cui la fideiussione non è stata rilasciata dal costruttore alienante; ancora, la nullità del patto tra imprenditori affetto da abuso di dipendenza economica o la nullità del contratto di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari in cui il fornitore, ad esempio, violi gli obblighi di informativa precontrattuale, alterando la presentazione del servizio fornito.

negativamente sulla corretta formazione della regola, comportando una sua distorsione, oltre a pregiudicare gli interessi altrui.

Quando la Corte, nelle sentenze Rordorf affermò che «le informazioni che debbono essere preventivamente fornite dall'intermediario non riguardano direttamente la natura e l'oggetto del contratto, ma elementi utili per valutare la convenienza dell'operazione e non sono quindi idonee a integrare l'ipotesi della mancanza di consenso», mancò di perspicacia, in quanto stava implicitamente affermando che la mancata informazione avrebbe reso il negozio invalido se avesse inciso sull'oggetto. Il ragionamento della Corte fu infatti, se così può definirsi, miope: a parere della dottrina furono due i dettagli che le sfuggirono. In primo luogo, la convenienza dell'operazione rappresenta proprio l'oggetto del contratto d'intermediazione finanziaria, in quanto solo in base a questa valutazione il cliente assume la scelta d'investimento. E se la convenienza costituisce l'oggetto, l'omissione di informazione e di supporto dell'intermediario sulla convenienza o meno dell'affare, incide certamente sulla formazione del negozio. In secondo luogo, se la convenienza costituisce l'oggetto del contratto e viene considerata «una qualità che secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze deve ritenersi determinante del consenso» significa che l'errore al quale conduce la disinformazione, è essenziale.

Se è così evidente che la violazione dell'obbligo di informazione incida sulla formazione del contratto, non è altrettanto chiaro perché ciò non debba comportarne l'invalidità. La verità è che i giudici di legittimità del 2007 sostengono che il rimedio della nullità è applicabile esclusivamente nei casi in cui il consenso manchi del tutto, mentre per l'applicazione dell'annullabilità è necessario che la volontà ci sia, ma sia viziata. Diversamente, i giudici ritennero che nel caso sottoposto al loro vaglio, non si poteva parlare di totale mancanza del consenso⁴⁷, ma solo di consenso viziato. Ciononostante, nulla dicono circa l'applicabilità del rimedio ex art. 1441 ss. c.c.

Se anche si voglia accettare per buona l'ipotesi della Corte, in base alla quale nel caso in questione il consenso non manchi del tutto, ma sia solo viziato, non è

⁴⁷ Qui Gentili obietta: «l'investitore di tipo prudente che acquisti un titolo ad alto rischio solo perché non ne è consapevole non essendo stato avvertito, vuole l'acquisto? C'è volontà nell'acquistare, senza saperlo, proprio ciò che si voleva evitare? La Cassazione a Sezioni Unite ritiene di sì».

abbastanza chiaro perché il rimedio non possa essere la nullità, considerato che il “nuovo diritto dei contratti” dimostra che anche quando il consenso vi sia, ma sia viziato, il rimedio può essere la nullità e non l’annullabilità: casi esemplari sono la disciplina delle clausole vessatorie in cui il consenso è viziato dalla mancata informazione che ha causato il significativo squilibrio di diritti ed obblighi, e comporta la nullità; e la disciplina relativa all’abuso di dipendenza economica, in base alla quale un contratto stipulato in queste condizioni c’è ma è viziato e, per tale motivo, nullo. Non viene detto alcunché neanche in merito alla possibilità di ammettere la nullità relativa, sul presupposto che, a parere della Corte, si tratti di un principio speciale ed in quanto tale non applicabile eccezionalmente.

Forse i dubbi sollevati in merito alla chiusura della Corte nei confronti del progresso meritano qualche considerazione in più.

Dunque, la Corte esclude con fermezza la nullità assoluta, ma nulla dice sulla nullità relativa o sull’annullabilità. Entrambi i rimedi invece sarebbero opinabili: potrebbe ammettersi l’annullabilità per l’errore essenziale cui viene indotto il cliente; oppure potrebbe essere nullo per mancanza dell’accordo. La questione è di non facile risoluzione.

Un ulteriore passaggio argomentativo criticato dalla dottrina riguarda i connotati che la Corte attribuisce al dovere di informazione⁴⁸. In particolare, dopo aver affermato che quest’ultimo deve essere assolto dall’intermediario in modo concreto e specifico, la Corte sostiene che gli obblighi di condotta devono essere rispettati a prescindere dalle caratteristiche del cliente, dalla sua situazione economica e dalla specificità del caso. È chiaro che i dubbi della dottrina in merito alla validità di questa affermazione meritano un certo consenso: la disciplina prevista dall’art. 21 TUF, integrata dalla normativa Consob n.11522/1998 impongono all’intermediario, da un lato, di attivarsi per conoscere il servizio o il prodotto offerto (“know your merchandise rule” ex art. 26, comma 1, lett. e), dall’altro, di effettuare una valutazione dell’investitore, che comprenda un’analisi della sua propensione al rischio e della sua condizione finanziaria “know your customer rule” ex art., 28, comma 1, lett. a). Solo dopo e in base – non a prescindere, come la Corte ha

⁴⁸ G. BASTIANELLI, *Violazione degli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento e riparto dell’onere probatorio nei giudizi di responsabilità*. Nota a: Cassazione civile, 16 febbraio 2018, n.3914, sez. I, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.4, 2020, pag. 808.

sostenuto – ad un esatto screening relativo al tipo di prodotto e al genere di cliente, l’intermediario potrà attivarsi nel fornire un’adeguata informazione relativa ai rischi, alla natura e alle implicazioni concrete dell’investimento⁴⁹.

La stessa dottrina che critica la Corte per il motivo anzidetto aderisce purtuttavia alla conclusione dei giudici di legittimità che hanno previsto il rimedio risolutorio/risarcitorio, sulla scorta di alcune considerazioni che mettono a confronto le diverse teorie esistenti in merito⁵⁰.

In antitesi all’orientamento che si è distaccato dalle conclusioni del 2007, vi è un’ampia casistica di pronunce conformi all’indirizzo prescelto della Corte. In una di queste i giudici hanno precisato che «in tema di intermediazione finanziaria, la pluralità degli obblighi (di diligenza, di correttezza e trasparenza, di informazione, di evidenziazione dell’inadeguatezza dell’operazione che si va a compiere) previsti dal D. Lgs. n. 58 del 1998, art. 21, comma 1, lett. a) e b), art. 28, comma 2, e art. 29 del Reg. CONSOB n. 11522 del 1998 (applicabile “*ratione temporis*”) e facenti capo ai soggetti abilitati a compiere operazioni finanziarie, convergono verso un fine unitario, consistente nel segnalare all’investitore, in relazione alla sua accertata propensione al rischio, la non adeguatezza delle operazioni di investimento che si accinge a compiere (c.d. “*suitability rule*”))»⁵¹.

⁴⁹ In merito, Bastianelli sostiene che «non si può che esprimere un certo disappunto nei confronti di quell’indirizzo giurisprudenziale — al quale sembra aderire la Suprema Corte — incline ad un’interpretazione oltremodo paternalistica ed insensibile alle peculiarità del caso concreto delle disposizioni in materia di informazione nella prestazione dei servizi di investimento». V. Cass., 23 settembre 2016, n. 18702; Cass., 3 aprile 2017, n. 8619; Cass., 31 agosto 2017, n. 20617, in tale arresto la Corte manca di attribuire una qualsivoglia rilevanza al profilo soggettivo dell’investitore affermando che «se il cliente ha acquistato in precedenza titoli a rischio, ciò non basta a renderlo operatore qualificato [...] sicché è escluso che in tal caso la banca sia esonerata dall’adempiere all’obbligo informativo». V. anche: Cass., 19 gennaio 2016, n. 816; Cass., 29 ottobre 2010, n. 22147; Cass., 25 giugno 2008, n. 1734; contra Cass., 3 luglio 2017, n. 16318 (tutte consultabili in www.iusexplorer.it).

⁵⁰ «a) la sanzione della nullità “virtuale” opera sul piano del contenuto dell’atto negoziale e non su quello della condotta delle parti esecutiva del regolamento contrattuale essendo, eventualmente, più calzante, rispetto a condotte talmente gravi e scorrette da incidere sulla libera e valida formazione del consenso, il rimedio dell’annullabilità per dolo o per errore; b) la soluzione che vede nella risoluzione (e nell’eventuale richiesta risarcitoria) lo strumento principale di tutela a disposizione del risparmiatore pare assorbente rispetto all’ipotesi dell’annullamento (anche) alla luce di alcune banali considerazioni di ordine pratico: da un punto di vista “quantitativo”, è sicuramente più frequente imbattersi in casi in cui la condotta scorretta dell’intermediario integri un’ipotesi di risoluzione piuttosto che di annullamento; da un punto di vista “strategico”, risulta di certo più arduo per il risparmiatore far fronte agli oneri probatori disposti dalla disciplina sull’annullamento rispetto a quelli previsti per l’azione risolutoria e/o risarcitoria».

⁵¹ Cfr. Cass., 7 giugno 2016, n. 11641.

Di particolare rilievo è la circostanza che nemmeno la MiFid II – che ha previsto ulteriori obblighi informativi e specifici obblighi di comportamento in relazione al servizio prestato, ma anche suddiviso gli investitori in specifiche categorie – ha introdotto nell’ordinamento nazionale norme che disciplinano le conseguenze della violazione di regole di condotta. Nonostante a distanza di anni la ricostruzione della Cassazione abbia comportato il sorgere di notevoli difficoltà nell’applicazione della disciplina derivante dal nuovo quadro normativo, va da sé che i principi affermati dai giudici di legittimità nelle sentenze “Rordorf” mantengono la loro piena efficacia⁵². Nell’ottica di garantire un livello di tutela sufficientemente adeguato e proporzionato all’investitore, la CGUE, in alcune pronunce relative alla nuova disciplina MiFid e al settore finanziario, ha affermato che i rimedi contrattuali in caso di violazione degli obblighi di condotta devono essere improntati ai principi di effettività ed equivalenza⁵³ ed essere proporzionati alle finalità degli obblighi stessi.

⁵² F. RENDE, *Violazione di regole informative e rimedi a dieci anni dalle sentenze Rordorf*, in *I Contratti*, 2017, fasc. 2, p. 201.

⁵³ Il principio di equivalenza stabilisce che le norme nazionali (rimediali o procedurali) non possono riconoscere una tutela minore agli individui rispetto a quella conferita dall’ordinamento comunitario. Il giudice nazionale deve valutare l’oggetto e gli elementi essenziali dei rimedi nazionali e dei ricorsi, tra i quali ritiene vi sia un’analogia, al fine di valutare se il principio sia rispettato. Il principio di effettività impone che l’esercizio dei diritti riconosciuti dall’ordinamento comunitario siano praticabili e che ciò non sia effettivamente impossibile o difficile. Cfr. in merito DELLA NEGRA, *I rimedi per la violazione di regole di condotta mifid ii: una riflessione di diritto ue*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.5, 2020, p. 700: «Come dimostra la copiosa giurisprudenza della CGUE sulla direttiva 1993/13 in materia di clausole abusive, il principio di effettività è diventato un canone interpretativo fondamentale per individuare la norma di diritto privato applicabile alle *mass market transactions*. È importante però specificare che tale principio non può essere utilizzato per ‘creare’ nuovi rimedi in quanto presuppone, come accennato in precedenza, che sussista ‘a monte’ una situazione giuridica soggettiva meritevole di tutela. Inoltre, tale principio deve essere applicato bilanciando l’obiettivo di attuare il diritto UE con i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento. La CGUE effettua tale bilanciamento valutando la possibilità concreta che l’individuo ha di esercitare il rimedio formalmente conferito dal diritto nazionale e la capacità di tale rimedio di assicurare un’efficacia deterrente o dissuasiva».

1.1.6 *Onus probandi* nell'ambito dell'azione di risarcimento del danno in caso di violazione degli obblighi di condotta

Sulla scorta delle considerazioni fin qui fatte, possiamo in qualche modo affermare che la soluzione offerta dalle sentenze gemelle del 2007, che *in nuce* afferma la responsabilità precontrattuale/contrattuale dell'intermediario finanziario che viola gli obblighi di comportamento, escludendo categoricamente il rimedio della nullità e dell'annullabilità, possa oggi mantenere una propria incontestabile validità ed attualità.

Ciò che preme indagare, a conclusione della nostra indagine in merito alla questione, è il genere di responsabilità nella quale incorre l'intermediario, dunque capire se si tratti di un illecito aquiliano ex art. 2043 c.c. oppure di una responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c.

Sulla scorta di quanto sostenuto dalla Corte nelle sentenze Rordorf, buona parte della dottrina afferma che si tratti di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., in virtù del fatto che gli obblighi di condotta imposti dalla normativa finanziaria si riferiscono, in particolar modo, alla precipua fase esecutiva del rapporto, la vera e propria fase negoziale, nonostante sia ben chiaro che alcune delle obbligazioni sorgano già prima della conclusione del negozio.

Un tema ancillare a quest'ultimo riguarda la ripartizione dell'*onus probandi* nei giudizi risolutori e risarcitori in caso di violazione degli obblighi di condotta dell'intermediario, che, in virtù della citata rilevanza, acquista primaria importanza tra i mezzi a disposizione dell'investitore ed in funzione di tutela nei confronti di comportamenti scorretti dell'intermediario.

Una premessa al contempo si reputa necessaria: la questione circa il riparto dell'onere della prova nelle azioni esperite dal cliente/investitore a seguito della violazione dei doveri di condotta, nasce esclusivamente in merito ai giudizi risarcitori e non prende in esame le azioni risolutorie. Il motivo di una tale esclusione risiede nel fatto che l'art. 23, comma 6, TUF, nello stabilire che «nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta», menziona solamente i giudizi di risarcimento del danno e solleva alcuni dubbi solo in merito ad essi. Ne consegue

che nel caso delle azioni risolutorie i dubbi verranno chiariti seguendo le regole di diritto comune.

Il tema del riparto dell'onere della prova è stato oggetto di numerose pronunce, anche contrastanti tra loro⁵⁴. A partire dagli anni 2000 si è consolidato l'indirizzo della Corte di Cassazione secondo il quale sia onere dell'investitore che lamenta la violazione degli obblighi di comportamento dell'intermediario e, in particolare gli obblighi informativi, di allegare l'inadempimento dell'intermediario⁵⁵. Segnatamente, il cliente, oltre ad indicare la prova del danno patrimoniale subito e il nesso di causalità tra questo e l'inadempimento, deve specificare quali informazioni siano state omesse. Diversamente, l'intermediario dovrà provare di aver fornito tutte le informazioni necessarie al cliente o che le informazioni ritenute

⁵⁴ Le contrastanti pronunce afferenti alla ripartizione degli oneri probatori tra le parti del contratto d'intermediazione e, segnatamente, in merito all'art. 23, co.6, TUF, affondano le proprie radici nelle norme del Codice civile ed in particolare negli artt. 2697,1218,1453 c.c., i quali non offrono indici in grado di attuare letture univoche in materia. Proprio a causa dell'incertezza dovuta alla lettera di questi articoli, non risulta abbastanza chiaro capire se nelle azioni di adempimento, di risoluzione e/o risarcimento del danno ex art. 1453 c.c., spetti al debitore dimostrare di aver adempiuto o meno alle proprie prestazioni e in quest'ultimo caso provare di non aver potuto per impossibilità della prestazione per causa a lui non imputabile, oppure se sia onere del creditore provare l'inadempimento del debitore.

Secondo un primo orientamento – sostenuto da V. ROPPO, *Il contratto, op. cit., in Trattato di diritto privato, a cura di Iudica, Zatti, Milano, Giuffrè, 2011, p. 892 ss.*: «Questa differenza di presupposti giustifica — contro quanto sostenuto da autorevole dottrina — anche una diversa articolazione dell'onere della prova. Chi agisce per la risoluzione deve provare l'inadempimento di controparte[...]. Invece chi agisce per l'adempimento deve provare solo il contratto» – il riparto degli oneri probatori varia in base all'azione effettivamente esperita: nel caso si tratti di azione di adempimento il debitore deve provare di aver adempiuto all'obbligazione, mentre il creditore dovrà provare esclusivamente il titolo del proprio credito e la scadenza del termine. Nelle azioni di risarcimento e di risoluzione il creditore dovrà anche provare l'inadempimento del debitore.

Il secondo orientamento – Cfr. SACCO, *Il contratto, in Trattato di diritto civile, a cura di Sacco, vol. II, Torino, 2004, p. 643; MARICONDA, Risarcimento del danno e onere della prova - Il commento, in Corr. giur., 1996, p. 541 ss.* – la ripartizione degli oneri segue lo stesso schema in tutt'e tre le azioni: il debitore deve provare di avere adempiuto o di non aver adempiuto in virtù di una causa a lui non imputabile; il creditore, per parte sua, deve provare il titolo del credito e allegare l'inadempimento del debitore.

La pronuncia della Cass., Sez. un., 30 ottobre 2001, n. 13533 sembra avere in parte risolto la questione optando per il secondo orientamento.

⁵⁵ V. Cass. Sez. Un., 30.10.2001, n. 13533; Cass., sez. un., 28.7.2005, n. 15781, sez. III, Cass. Civ., 17.02.2009, n. 3773: «Si che, applicando il principio sull'onere della prova nella materia contrattuale enunciato dalle Sezioni unite (Sentenza n. 13533 del 30/10/2001) l'investitore dovrà allegare l'inadempimento di quelle obbligazioni disciplinate dal t.u.f. e dalla normativa regolamentare e dovrà fornire la prova del danno e del nesso di causalità (quest'ultimo anche sulla base di presunzioni [...]) tra questo e l'inadempimento. L'intermediario, a sua volta, dovrà provare l'avvenuto adempimento delle specifiche obbligazioni poste a suo carico e allegate come inadempite e, sotto il profilo soggettivo, di avere agito con la “specifica diligenza richiesta». A questo indirizzo aderiscono anche: Cass., 19 ottobre 2012, n. 18039; Cass., 30 gennaio 2013, n. 2185; Cass., 6 marzo 2015, n. 4620; Cass., 17 aprile 2015, n. 7922; Cass., 16 ottobre 2015, n. 21711.

necessarie dal cliente non rientravano tra quelle dovute in base alla specificità del caso, al profilo dell'investitore e alla sua situazione finanziaria⁵⁶.

Inoltre, la Corte ha ammesso che l'investitore possa provare il nesso tra il pregiudizio subito e violazione degli obblighi imposti dalla legge sulla base di una «presunzione di sussistenza del nesso causale». Si tratta di un'ipotesi di presunzione legale ex art. 2727 e 2728 c.c., con funzione di «alleggerimento dell'onere probatorio gravante sull'investitore»⁵⁷; ammettere il contrario comporterebbe l'aggravamento della posizione dell'investitore, al quale sarebbe chieste l'arduo compito di allegare tutti gli elementi, inclusi quelli posseduti esclusivamente dall'intermediario, in grado di provare il comportamento scorretto di quest'ultimo. Sembra logico, quindi, che alla violazione degli obblighi di condotta debba conseguire «l'accertamento in via presuntiva del nesso di causalità tra il detto inadempimento e il danno patito dall'investitore; presunzione che spetta all'intermediario superare, dimostrando che il pregiudizio si sarebbe comunque concretizzato quand'anche l'investitore avesse ricevuto le informazioni omesse»⁵⁸. Autorevole dottrina⁵⁹ ritiene che l'orientamento favorevole a gravare l'investitore dell'*onus probandi* circa la relazione esistente fra l'inadempimento del professionista e il pregiudizio, da questo subito, si ispiri ai dettami indicati dalle SS. UU. nella citata sentenza del 2001, senza però avere colto nel segno il significato a questi attribuito dalla Corte.

Segnatamente, il principio cui si sono ispirati i giudici di legittimità, e sulla base del quale hanno risolto la questione sottoposta alla loro attenzione, è quello della vicinanza della prova⁶⁰. Se non vi sono dubbi sul fatto che nel rapporto di

⁵⁶ V. Cass., 24.4.2018, n. 10111; Cass., 28.2.2018, n. 4727; Cass. 18.5.2017, n. 12544; Cass., 29.10.2010, n. 22147, sez. III.

⁵⁷ La presunzione è «costituita da una argomentazione logica che permette di risalire da un fatto noto a un fatto ignorato; è legale allorché è “stabilita” (art. 2728, art. 2729, comma 1, a contrario) dalla legge e dispensa da qualunque prova coloro a favore dei quali è prevista. La previsione di una presunzione legale, tuttavia, può non essere esplicita e può derivare, in modo implicito ma inequivocabile, da una disposizione normativa o da un complesso sistematico di disposizioni di legge, che la implicino in modo logicamente e giuridicamente necessario».

⁵⁸ Cass. Civ., sez. I, 17 aprile 2020, n. 7905.

⁵⁹ BASTIANELLI G., *Violazione degli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento e riparto dell'onere probatorio nei giudizi di responsabilità*. Nota a: Cassazione civile, 16 febbraio 2018, n.3914, sez. I, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.4, 2020, p. 808.

⁶⁰ Nella pronuncia del 13.1.2021 n. 450 (sesta sezione, Presidente Scaldaferrì e Relatore Mercolino), la Cassazione sottolinea che il principio della vicinanza della prova comporta «la riferibilità della

intermediazione finanziaria il soggetto maggiormente agevolato nel fornire la prova dell'(in)adempimento, in quanto in possesso del maggior numero di informazioni, sia l'intermediario, non è altrettanto chiaro perché la successiva giurisprudenza, che aderisce all'orientamento sopra esposto, abbia fatto gravare l'onere della prova sull'investitore e, in tal modo, complicato una posizione che tradizionalmente e normativamente parte svantaggiata rispetto a quella della controparte.

Un altro filone giurisprudenziale, sulla scia del precedente, sostiene peraltro non soltanto che la prova debba essere fornita per presunzioni, ma altresì che venga fornita sulla base di un rigido giudizio controfattuale operato dal giudice: «Per quanto in particolare concerne il nesso di causalità, deve considerarsi che ove venga in questione una responsabilità per omissione, il giudice, nel valutare la c.d. causalità omissiva, dovrà verificare che l'evento non si sarebbe verificato se l'agente [...] avesse posto in essere la condotta doverosa impostagli, con esclusione di fattori alternativi, ed il relativo accertamento deve essere condotto attraverso l'enunciato controfattuale, ponendo al posto dell'omissione il comportamento alternativo dovuto, onde verificare se la condotta doverosa avrebbe evitato il danno lamentato dal danneggiato»⁶¹.

In secondo luogo, la stessa dottrina appena citata critica tale orientamento sul presupposto che i giudici hanno ritenuto la disposizione in esame – l'art. 23, co. 6 TUF – una mera ripetizione di regole già previste dall'ordinamento e, in quanto tale, priva della rilevanza da altri attribuitavi.

Nel sollevare le proprie perplessità in merito a tale osservazione la dottrina sottolinea che, se quanto sostenuto dai giudici di legittimità è vero, non ci sarebbe stata ragione per il legislatore finanziario di avvertire l'esigenza di inserire tale principio anche nel contesto dell'intermediazione finanziaria e specificarne l'operatività nei rapporti che in esso si spiegano, se già presente fra principi generali dell'ordinamento.

Nonostante non si possa non constatare che l'art. 23, co.6 TUF sia stato per lungo tempo considerato di scarsa portata applicativa, vi è una parte della giurisprudenza

prova a fatti che una delle parti sia in grado di dimostrare con maggiore facilità o completezza in quanto riconducibili alla sua sfera di conoscenza o disponibilità».

⁶¹ Cass. 25 ottobre 2017, n. 25335, in www.iusexplorer.it.

che, invece, ne sottolinea l'importanza e il pregio⁶². Si tratta dell'orientamento che ammette che la relazione intercorrente fra l'inadempimento degli obblighi informativi e il pregiudizio subito dev'essere presunta, in virtù di quanto stabilito dall'art. 23 TUF: sarà infatti onere dell'intermediario fornire prova contraria⁶³.

1.2 I due momenti del rapporto: contratto quadro e servizi di investimento.

Servizi d'investimento: atti esecutivi di un mandato o negozi autonomi?

Il rapporto intercorrente tra investitore e intermediario si basa su uno schema contrattuale avente struttura bifasica, della quale fanno parte due distinti "momenti negoziali": la stipulazione del contratto-quadro, prima, e l'esecuzione di singoli ordini d'investimento, poi.

I contratti d'investimento, o, meglio, i contratti aventi ad oggetto servizi d'investimento in strumenti finanziari, comprendono molteplici attività⁶⁴ finalizzate a consentire all'investitore di entrare a far parte del mercato finanziario e quindi di instaurare, per il tramite degli intermediari, un rapporto con gli emittenti e i possessori degli strumenti finanziari. Tutte queste attività, elencate dal TUF, si dividono in due diverse categorie, dipendenti dal tipo di rapporto, di scambio o di

⁶² Cfr. Cass., 18 maggio 2017, n. 12544; Cass., 2 febbraio 2018, n. 2658; Cass., 20 marzo 2018, n. 6920; Cass., 4 aprile 2018, n. 8338; Cass., 11 maggio 2018, n. 11544; Cass., 24 maggio 2018, n. 12956.

⁶³ BASTIANELLI G., *Violazione degli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento e riparto dell'onere probatorio nei giudizi di responsabilità*. Nota a: Cassazione civile, 16 febbraio 2018, n.3914, sez. I, in *Giurisprudenza Commerciale*, fasc.4, 2020, p. 808: «l'art. 23, comma 6, t.u.f., deve essere letto come se recitasse: l'intermediario finanziario che nella prestazione dei servizi di investimento non ottempera agli specifici obblighi posti dalla legge a suo carico è tenuto a risarcire il danno, se non prova che l'inadempimento non è causalmente collegato al pregiudizio subito dall'investitore. L'interpretazione della disposizione nel senso appena indicato consente di ottenere l'effetto di assicurare l'investitore dal rischio della mancata prova della circostanza rilevante ai fini del decidere, giacché egli risulterà vincitore tutte le volte in cui la controparte (intermediario) non riuscirà a fornire la prova liberatoria. Tale conclusione deve essere salutata con favore non solo perché è in grado di colorare di significato una norma così centrale per gli equilibri del sistema come quella di cui al sesto comma dell'art. 23 del Testo Unico, ma anche e soprattutto perché solo seguendo questo iter argomentativo è possibile valorizzare appieno le istanze di tutela del contraente più debole sottostanti alle disposizioni dettate in materia di intermediazione finanziaria».

⁶⁴ Si tratta delle attività previste dall'art. 1, co.5 del TUF: «la negoziazione per conto proprio», «l'esecuzione di ordini per conto dei clienti», la «sottoscrizione e/o il collocamento, con o senza assunzione a fermo, ovvero con o senza assunzione di garanzia nei confronti dell'emittente», la «gestione di portafogli» che prescindono da un preventivo comando dell'investitore, per cui l'intermediario rimane senz'altro libero di effettuare operazioni d'investimento che, chiaramente, siano conformi alle istruzioni e alle modalità inizialmente prestabilite nel contratto quadro; la «ricezione e la trasmissione di ordini», la «consulenza in materia d'investimenti», la «gestione di sistemi multilaterali di negoziazione».

collaborazione⁶⁵, che si instaura tra cliente e intermediario. Ad esclusione dei servizi di negoziazione per conto proprio e di collocamento con acquisto a fermo o compravendita autorizzata, rientranti nella categoria dei rapporti di scambio, tutti gli altri servizi rientrano nella seconda categoria, in quanto si basano su un rapporto di collaborazione.

Come già precedentemente sottolineato, per strumenti finanziari s'intendono azioni, obbligazioni, titoli di Stato, ma anche i contratti c.d. "derivati", come, tra gli altri, i futures, i contratti di swap, di opzione, a termine.

Va, inoltre, tenuto presente che le attività aventi ad oggetto tali servizi di investimento possono essere svolte esclusivamente da soggetti a ciò autorizzati dalla legge: l'art. 18 TUF stabilisce, in merito, che «l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dei servizi di investimento è riservato alle imprese di investimento e alle banche».

A base delle scelte del giudicante nella menzionata sentenza n. 26725/2007 vi è un preciso inquadramento del contratto d'intermediazione in uno schema ben definito, da cui dipendono natura e caratteristiche. Invero, si possono scorgere alcune letture contrastanti relative alla fattispecie in questione, sorgendo, nello specifico, il dubbio in merito all'istituto giuridico nel quale ricomprendere gli ordini d'investimento. Tradizionalmente le tesi contrapposte sono due.

La prima ritiene che il rapporto di intermediazione che si instaura tra professionista e cliente si fondi unicamente su un contratto, costituito dal contratto-quadro (il vero e proprio contratto di intermediazione finanziaria) e che solo da questo discendano diritti ed obblighi delle parti. I successivi ordini d'investimento, che costituiscono altrettanti singoli contratti stipulati tra le parti, hanno natura indipendente dal contratto-quadro iniziale, ma i caratteri dipendono dal contratto che sta a monte⁶⁶.

⁶⁵ Nei rapporti di collaborazione l'intermediario è in possesso di un potere di gestione più o meno esteso, in base al rapporto in questione. Nei rapporti di scambio l'intermediario acquista o vende strumenti finanziari nell'interesse dell'investitore, che risulta il reale proprietario degli strumenti.

⁶⁶ Sostenitori di questo indirizzo sono: F. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, op. cit., in *Contr. e impr.*, 2005, p. 892; GALGANO-ZORZI, *Tipologia dei contratti fra intermediario e risparmiatore*, in *Tratt. dir. comm. e dir. publ. econ.*, a cura di F. GALGANO E VISINTINI, XLIII, Cedam, 2006, p. 66; MAROTTA, *La responsabilità civile e penale degli intermediari finanziari*, Giappichelli, 2010, p. 56; TUCCI, *Tipicità dei contratti di investimento e disciplina codicistica*, in *I contratti dei risparmiatori*, a cura di CAPRIGLIONE, Giuffrè, 2013, p. 90.

La seconda tesi inserisce il contratto d'intermediazione nello schema del mandato di talché i singoli ordini di investimento costituiscono essenzialmente ordini impartiti dal cliente – che assume le vesti di mandante – all'intermediario – che assume quelle di mandatario –. L'investitore stipulerebbe un mandato a negoziare strumenti finanziari, in attuazione di quanto stabilito nel contratto d'intermediazione⁶⁷.

La Sezioni Unite espressamente propendono per la seconda tesi, precisando che il contratto d'intermediazione «può essere accostato al mandato» e affermando che i singoli ordini d'investimento «hanno natura negoziale»⁶⁸. Non è ben chiaro, in quanto i giudici di legittimità non ne fanno alcuna menzione, se la natura negoziale attribuita alle operazioni d'investimento sia da attribuire agli ordini impartiti dal cliente all'intermediario, oppure all'effettivo atto d'acquisto nel mercato degli strumenti finanziari da parte di quest'ultimo. Ciononostante, non v'è dubbio che una simile natura possa essere riconosciuta ad entrambe le azioni sopra menzionate⁶⁹.

Segnatamente, se quanto detto finora è vero, ossia che la banca si indentifica nel mandatario e il cliente nel mandante, a voler essere più precisi si tratterebbe, invero, di un mandato senza rappresentanza: in virtù di quanto stabilito dagli artt. 1705 e 1706, la banca effettua gli acquisti degli strumenti finanziari *in nome proprio* ed ha l'obbligo di ritrasferirli al cliente, che l'ha a ciò autorizzata. Si badi, l'atto di ritrasferimento, conseguente all'acquisto, costituisce una mera attuazione del contratto d'intermediazione stipulato a monte, non avendo la propria fonte in un ulteriore contratto appositamente stipulato (così identificato, invece, da chi sostiene la tesi opposta a questa e considera i successivi ordini d'investimento altrettanti

⁶⁷ A favore delle tesi in questione v. V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 905; LUMINOSO, *Il conflitto di interessi nel rapporto di gestione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 762; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Giappichelli, 2019; G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Cedam, 1969; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Cedam, 1994.

⁶⁸ La Corte di Cass., 19 maggio 2004, n. 9472, in quest'occasione aveva statuito, in merito al contratto di mandato, che gli atti posti in essere dal mandatario, per i quali non abbia avuto apposito ordine da parte del mandante, rimangono a carico del primo, in quanto eccedenti i limiti del mandato, a norma dell'art. 1711 c.c.

⁶⁹ La disciplina di riferimento delle sezioni unite, al tempo della pronuncia, era costituita dal Testo Unico della Finanza, attualmente in vigore, e il Regolamento Intermediari della Consob del 1998, che, come visto *supra*, è stato oggetto di molteplici modifiche. In particolare, il regolamento distingueva tra due soli tipi di servizi che l'intermediario poteva porre in essere: i servizi di negoziazione ed i servizi di gestione di portafoglio.

singoli contratti stipulati tra le parti). Difatti, questo principio ricalca lo schema del contratto di mandato previsto dal vigente Codice civile, il quale riconosce al mandante, a garanzia dell'effettivo trasferimento delle cose mobili – quali sono gli strumenti finanziari – acquistate nel suo interesse dal mandatario, il diritto di rivendica delle stesse⁷⁰. A favore di questo tipo di inquadramento del contratto di intermediazione e dei singoli ordini d'investimento come atti esecutivi dello stesso, milita anche la circostanza che lo stesso Regolamento Consob sancisce la libertà di forma in merito al modo in cui impartire gli ordini d'investimento. Oltretutto, una simile concezione del contratto ha l'indiscusso merito di valorizzare e dare sistematicità al rapporto fiduciario effettivamente intercorrente tra il cliente e l'intermediario.

Per la verità il contratto d'intermediazione non è stato l'unico, né il primo, nel contesto del complesso mercato finanziario, ad essere assimilato allo schema del mandato: infatti, la Cassazione, già da tempo, aveva qualificato il contratto di conto corrente bancario ad un contratto che condivide al tempo stesso i caratteri di conto corrente e i caratteri del contratto di mandato⁷¹.

Può quindi essere accantonata definitivamente l'ipotesi che il rapporto intercorrente tra banca e cliente sia caratterizzato dalla stipulazione di più contratti d'intermediazione, l'uno distinto dall'altro e preceduti da un unico contratto

⁷⁰ Sul punto v. F. GALGANO, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*. 2008, n.1. Secondo l'Autore «la atipica figura del «contratto quadro» è, del resto, richiamata fuori luogo. Rievoca impropriamente quel master agreement nel quale spesso ci si imbatte nelle negoziazioni transnazionali, il quale ha la specifica funzione di delineare la comune strategia imprenditoriale di due o più società, ed esaurisce il proprio contenuto dispositivo in una serie di clausole aventi, talune, la natura di impegno a concludere futuri contratti, talaltra quella di impegno a trattare per la loro conclusione, in vista della realizzazione della definita strategia comune». L'A., nell'intento di valorizzare la tesi che inserisce il contratto d'intermediazione in un contratto di mandato richiama la categoria dei c.d. «negozi di attuazione», dei quali fanno parte «sempre in materia bancaria, [il] cd. castelletto di sconto: le singole operazioni di sconto non sono nei rapporti fra banca e cliente, autonomi contratti di sconto, ma atti esecutivi del generale contratto intercorrente fra le parti ed avente ad oggetto il servizio di sconto. Si pensi inoltre al contratto di factoring: le singole cessioni di crediti del cliente alla società non sono altrettanti autonomi contratti di cessione di crediti, ma atti esecutivi del contratto di factoring».

⁷¹ Ai sensi dell'art. 1823 ss. c.c. il rapporto di conto corrente bancario si sostanzia in operazioni effettuate dalla banca attingendo ai fondi forniti dal cliente mediante un deposito o un'apertura di credito. «Il conto corrente è il contratto col quale le parti si obbligano ad annotare in un conto i crediti derivanti da reciproche rimesse, considerandoli inesigibili e indisponibili fino alla chiusura del conto.

Il saldo del conto è esigibile alla scadenza stabilita. Se non è richiesto il pagamento, il saldo si considera quale prima rimessa di un nuovo conto e il contratto s'intende rinnovato a tempo indeterminato».

quadro. Pertanto, deve accettarsi l'idea che vi sia un solo contratto stipulato "a monte", cui viene data esecuzione, in corso di rapporto, in virtù delle operazioni eseguite dall'intermediario su ordine del cliente. Chi sostiene quest'ultima tesi, ormai recessiva, in quanto respinta dalla Corte, è intimorito dalla circostanza che, sostenendo la tesi opposta e identificando il contratto d'intermediazione in un contratto di mandato, l'azionabilità dell'azione di risoluzione avrebbe come conseguenza quella di travolgere, non i singoli contratti d'investimento, ma l'intero rapporto.

1.3 Le modalità della contrattazione. Le tecniche di contrattazione "a distanza".

1.3.1 Premessa.

Dovrebbe apparire ormai chiaro, dalle considerazioni sin qui svolte, che il rapporto instauratosi tra due soggetti, dei quali l'uno si trova in una situazione di supremazia informativa o/e economica rispetto all'altro, vanta la caratteristica di essere indissolubilmente correlato ad una normativa che miri a proteggere, in misura maggiore, una sola delle parti. Ma come più volte ribadito in precedenza lo scopo protettivo del contraente debole non è il solo che l'ordinamento si prefissa di raggiungere: non ultimo e non meno importante è infatti il fine di assicurare il corretto andamento del mercato e dei traffici giuridici.

In questo contesto caratterizzato da inevitabili squilibri ed asimmetrie fra gli agenti del mercato, si inseriscono i molteplici rapporti giuridici, finalizzati allo scambio dei beni e dei servizi, che nel tempo si sono infittiti e affinati e che, così facendo, hanno condotto ad un'evoluzione delle tecniche di contrattazione. Un indubbio merito è da attribuire, come già osservato in precedenza, all'integrazione del diritto europeo con quello nazionale e all'accoglimento nel Paese dei principi di fonte comunitaria.

Questo effetto "di contaminazione" ha, sì, condotto a significative trasformazioni del mercato nel suo complesso, ma nello specifico ha riguardato lo scambio dei beni e dei servizi a largo consumo, interessando, da un lato, i contratti aventi ad oggetto prestazioni, per così dire, "a rischio" per il consumatore, e dall'altro, i contratti che si caratterizzano per la particolare modalità di conclusione ed esecuzione.

In merito al profilo da ultimo delineato, con l'entrata in vigore del codice del consumo si diffonde un tipo di contrattazione "*inter absentes*", vale a dire che si è conclusa e si svolge senza la presenza fisica e simultanea delle parti contraenti. L'art. 45 lett. g) stabilisce che "contratto a distanza" è «qualsiasi contratto concluso tra il professionista e il consumatore nel quadro di un regime organizzato di vendita o di prestazione di servizi a distanza senza la presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, mediante l'uso esclusivo di uno o più mezzi di comunicazione a distanza fino alla conclusione del contratto, compresa la conclusione del contratto stesso» (la nozione è stata offerta dall'art. 2, n. 7 della Direttiva 2011/83/UE). La norma ha portata generale, in quanto, ai sensi dell'art. 46 si applicherà «a qualsiasi contratto tra un professionista e un consumatore, inclusi i contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui tali prodotti sono forniti su base contrattuale». L'art. 47 del codice esclude dall'ambito di applicazione della disciplina i contratti che si caratterizzano per la particolare natura delle prestazioni – ad es. servizi sanitari o vendite all'asta – o perché già disciplinati da altra normativa di derivazione europea – come multiproprietà, vendita di pacchetti turistici o prestazione di servizi finanziari.

Nel dettare la disciplina appena menzionata, il legislatore si è fatto interprete dell'esigenza di apprestare una forma di tutela, ad esclusivo vantaggio del consumatore, che tenga conto della circostanza che una contrattazione "a distanza" sia senz'altro suscettibile di limitare la libertà di vincolarsi ad un acquisto del quale non si sia pienamente consapevole. Difatti, la "sorpresa" cui è sottoposto il consumatore in una trattativa che prende avvio dall'esclusiva iniziativa del professionista – in possesso del potere di predisposizione del contratto e, dunque, padrone indiscutibile della scelta circa le modalità di adesione e il momento in cui il contratto si considera concluso – consiste nell'impossibilità, dovuta dall'uso di mezzi di comunicazione a distanza – quali ad esempio, l'uso del telefono o di internet, fax o corrispondenza –, di avere una percezione concreta delle qualità delle bene oggetto del contratto. In un contesto di questo genere, nel quale, occorre ribadirlo, il consumatore non ha la piena contezza della realtà dei fatti, la debolezza

che già lo connota e che lo rende svantaggiato per il sol fatto di essere “consumatore”, è ancora più marcata.

È evidente che il diritto all’informazione circa le caratteristiche del bene o del prodotto oggetto dell’affare, insieme col diritto alla conoscenza dell’esatto momento in cui il contratto si considera concluso e, con questi, il diritto di recesso, costituisca un elemento imprescindibile e funzionale ad una contrattazione corretta e che tenga conto degli squilibri informativi che connotano il rapporto tra le parti. Si tratta in particolare degli obblighi d’informazione c.d. procedurali, finalizzati a rendere edotto il consumatore del momento in cui il contratto è concluso e della modalità con la quale prestare il proprio consenso. Si pensi, per esempio, al contratto telematico concluso a seguito della navigazione Internet del consumatore: si può leggere in autorevole dottrina che, essendo volta a consentire la c.d. profilazione dei dati, la nuova tipologia d’informazione c.d. procedimentale assicura, da un lato, la conoscenza al professionista delle caratteristiche e delle preferenze del consumatore, dall’altro, come già anticipato, costituisce uno strumento a tutela del consumatore⁷²; infatti, «rendere il consumatore calcolante significa renderlo responsabile delle sue scelte attraverso l’informazione e l’educazione intesa nel suo senso etimologico, ossia un condurre al di fuori». In questo contesto proprio il diritto di recesso, che è un diritto al ripensamento, funge da strumento fondamentale a contrastare la debolezza profondamente radicata nella qualità di consumatore⁷³. Dal momento che si tratta di un diritto assolutamente

⁷² Si legge in M. P. PIGNALOSA., *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, Napoli, 2020, p. 16, che «L’informazione sembrerebbe così svolgere un doppio ruolo: da un lato, consente al professionista di rendere prevedibili e calcolabili le scelte d’acquisto del consumatore, dall’altro, per il consumatore, se ben sfruttata insieme al diritto all’educazione, consente allo stesso di essere a sua volta calcolante. [...] Sarebbe superficiale trascurare come la tecnologia consenta oggi ai professionisti, attraverso la cd. profilazione dei dati, di rendere il consumatore calcolabile, ossia prevedibile nelle sue scelte, consentendo all’operatore professionale di stimolarlo all’acquisto attraverso una sollecitazione ancor più pervasiva di quanto accade nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali o di quanto accadeva prima che entrassero in viga le invasive prassi di profilazione delle scelte e preferenze di acquisto».

⁷³ Il diritto di recesso è stato oggetto di riforma nel 2014. Prima della modifica del codice, il diritto di recesso era soggetto ad una rigorosa formalità, consistente nell’invio di una comunicazione scritta inviata con lettera raccomandata con ad avviso di ricevimento. Oggi, invece, la volontà di ripensamento può essere esternata e comunicata al professionista mediante «il modulo tipo di recesso» o «qualsiasi altra dichiarazione esplicita».

L’art. 54 co.1 del codice del consumo prevede che «prima della scadenza del periodo di recesso, il consumatore informa il professionista della sua decisione di esercitare il diritto di recesso dal contratto. Il co.2 prevede che «la comunicazione relativa all’esercizio del diritto di recesso è inviata dal consumatore prima della scadenza del periodo di recesso». Il co. 3 prevede che «il

libero e discrezionale, oltreché gratuito – in quanto il consumatore recedente è esente da qualsiasi onere o costo –, il professionista non può in alcun modo impedirne od ostacolarne l'esercizio.

Se non altro, la normativa di tutela introdotta dal legislatore in merito ai contratti a distanza, mira a contrastare gli effetti che il ridotto spazio temporale ha sulle scelte del consumatore, che si trova in balia di rapporti che richiedono celerità nella contrattazione e un breve *spatium deliberandi*. La velocità, è evidente, è intrinseca ai mezzi di comunicazione che caratterizzano la società contemporanea e, in quanto tale, è indispensabile alla complessità dei rapporti odierni. Ma da altro angolo di visuale è ben lontana dalla condizione che connota il consumatore, in quanto, come detto, intimamente connesso ad una posizione definita di per sé debole rispetto a quella del professionista; e per questo motivo stride con la celerità richiesta dall'ordinamento.

Quanto appena detto sopra in merito ai contratti "a distanza" previsti dal codice del consumo, appare perfettamente in linea con la finalità di tutela cui è preposta la disciplina dei contratti d'intermediazione finanziaria stipulati tra un investitore e un intermediario. Il mercato in cui avviene la compravendita degli strumenti finanziari ha avuto un ruolo decisivo nello sviluppo delle tecniche di contrattazione a distanza, in parte dovuto alle caratteristiche stesse di cui vanta il mercato finanziario, alla natura dei prodotti e dei servizi offerti, alla qualità degli operatori e della clientela. Nel corso dell'ultimo ventennio la promozione e il collocamento a distanza dei prodotti finanziari sono stati oggetto di un sempre più crescente interesse, derivato soprattutto da un maggiore sviluppo e da una più intensa diffusione della rete Internet, la quale ha permesso di migliorare non solo i processi di diffusione al pubblico delle informazioni relative agli strumenti finanziari, ma ha permesso altresì di affinare le modalità di acquisto e di vendita, accompagnate da un indubbio abbassamento dei costi.

professionista, oltre alle possibilità di cui al comma 1, può offrire al consumatore l'opzione di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso tipo riportato all'allegato I, parte B, o una qualsiasi altra dichiarazione esplicita sul sito web del professionista. In tali casi il professionista comunica senza indugio al consumatore una conferma di ricevimento, su un supporto durevole, del recesso esercitato». Infine, al co.4, l'articolo stabilisce che sul consumatore incombe l'onere di provare l'esercizio del diritto di recesso.

1.3.2 I contratti telematici e i contratti telefonici

Come anticipato, la celerità con cui avvengono gli scambi dei beni e dei servizi, giustifica la normativa a protezione della persona fisica – il consumatore – non solo sprovvista delle conoscenze idonee a porre in essere una negoziazione equilibrata e corretta, ma che, in una comunicazione avvenuta “senza la presenza fisica e simultanea” con il professionista, è anche indotta a prendere decisioni poco ponderate e informate.

In particolar modo, tra i contratti conclusi “a distanza”, meritano alcune apprezzabili osservazioni, in merito alla natura e al regime, il contratto telematico⁷⁴ e il contratto telefonico.

Storicamente, i contratti facenti parte del “commercio elettronico” erano negozi conclusi esclusivamente tra un consumatore e un professionista ed avevano ad oggetto la vendita di beni “di consumo”. Invero, la mutevolezza degli scambi e l’evoluzione della società nel suo complesso hanno condotto ad uso del “commercio elettronico” che esorbita dai ristretti limiti dei contratti c.d. *b2c*, diffondendosi un uso sempre più appropriato della rete da parte dei professionisti nei loro rapporti con altri professionisti (contratti c.d. *b2b*), o ancora, da parte di privati che realizzano scambi con altri privati (c.d. *peer to peer*) o con la pubblica amministrazione o con le imprese (c.d. *business to administration*)⁷⁵.

Difatti, attualmente le fonti normative su cui si basa la disciplina del contratto telematico – con tale espressione intendendo la comunicazione che avviene, nel commercio elettronico, attraverso due computer connessi che consentono la

⁷⁴ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 16, parlava di «piazza elettronica», riferendosi al modo in cui i beni vengono scambiati in virtù di una rete di elaboratori elettronici. Nella specie, nella piazza avviene uno scambio di «offerte incrociate», l’una di acquisto e l’altra di vendita, ma alle quali non consegue alcuna accettazione. La dottrina ha interpretato estensivamente l’incontro delle proposte, attribuendo alla proposta di acquisto la veste di accettazione della proposta di vendita di identico contenuto.

⁷⁵ La Comunicazione del 16 aprile del 1997 della Commissione delle Comunità Europee al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle Regioni (“Una iniziativa europea in materia di commercio elettronico”) descrive due tipi di commercio elettronico, quello diretto e quello indiretto, i quali si distinguono in quanto la prima tipologia di commercio contempla l’utilizzo della rete internet dalla fase della contrattazione a quella esecutiva, potendo i beni oggetto del contratto essere digitalizzati; la seconda tipologia implica che l’utilizzo della rete sia necessario esclusivamente ai fini della conclusione del contratto, avvenendo la consegna dei beni materiali mediante i mezzi ordinari di trasporto (posta o corriere).

trasmissione di dati informatizzati e che necessitano della rete internet⁷⁶ – sono molteplici: *in primis* figurano le norme del Codice del consumo, applicabili esclusivamente ai rapporti tra consumatori e professionisti, dunque ai c.d. contratti telematici B2C. Tra queste sono ricomprese le norme che disciplinano il contratto telefonico, in quanto, come detto sopra, anch'esso facente parte della più ampia categoria dei contratti “a distanza”; in secondo luogo, una delle principali fonti normative in materia di commercio elettronico, si sostanzia nel d.lgs. 9 aprile 2003, n. 70, cui il Codice del Consumo rinvia per i profili ivi non disciplinati, dal momento che il d. lgs. include anche i contratti conclusi da soggetti diversi dai consumatori. In particolare, l'art. 67, co.2 del Codice del consumo e l'art. 13 del d. lgs. 70/2003 rinviano alle norme del Codice civile relative al procedimento di conclusione del contratto: infatti le stesse trovano applicazione «anche nei casi in cui il destinatario di un bene o di un servizio inoltri il proprio ordine per via telematica»⁷⁷. Infine, vi sono le disposizioni della Direttiva 25 ottobre 2011/83/UE⁷⁸ che mirano al “potenziamento” dei contratti telematici, soprattutto in una prospettiva più ampia, quale quella del commercio transfrontaliero⁷⁹.

Segnatamente, l'art. 51 del Cod. cons., rubricato «Requisiti formali per i contratti a distanza», dedica il comma primo all'obbligo di informazione *precontrattuale* – si comprende che si tratta di informazioni precontrattuali dal rinvio del comma in questione all'art. 49 co.1, il quale specifica che si tratta di informazioni che devono essere rese «prima che il consumatore sia vincolato» – spettante al professionista in merito a tutti i contratti stipulati “senza la presenza fisica e simultanea” dei contraenti. Le stesse dovranno essere rese in modo «chiaro e comprensibile» e con un linguaggio «semplice e comprensibile» e devono riguardare, tra le altre, le

⁷⁶ Oggetto del secondo comma dell'art. 51 sono esclusivamente i contratti conclusi *on line* attraverso strumenti telematici. Questi si differenziano dai contratti telematici ad oggetto informatico, che possono essere conclusi anche *off line* a che hanno ad oggetto beni immateriali, come ad esempio *hardware* e *software*.

⁷⁷ L'art. 13, co.1, d. lgs. n. 70/2003, nell'effettuare il citato rinvio al Codice civile, ha l'indubbio pregio di sconfessare la possibile convinzione che possa ravvisarsi un nuovo modello procedimentale valido unicamente per i contratti telematici.

⁷⁸ Il d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 dando attuazione alla direttiva, in materia di diritti dei consumatori, ha comportato la riscrittura degli articoli da 45 a 67 del Codice del consumo.

⁷⁹ Il considerando n. 5 stabilisce che «Il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, che dovrebbe essere uno dei principali risultati tangibili del mercato interno, non è completamente sfruttato. Rispetto alla crescita significativa delle vendite a distanza negli ultimi anni, è rimasta limitata la crescita delle vendite a distanza transfrontaliere. Tale discrepanza è particolarmente significativa per le vendite via Internet che hanno un elevato potenziale di ulteriore crescita».

caratteristiche del bene o del servizio, l'identità del professionista, il prezzo e il metodo di calcolo del prezzo, le modalità di pagamento, il diritto di recesso, se previsto.

Il secondo comma riguarda, in particolare, il contratto concluso con mezzi elettronici. A differenza del primo comma che, come detto, impone al professionista di rendere le informazioni in qualsiasi momento antecedente la conclusione del contratto, il comma in questione, allo scopo di rendere ancora più incisivo l'obbligo informativo del professionista e in virtù della tecnica di conclusione del contratto della quale quest'ultimo si avvale – quella che avviene «con mezzi elettronici» –, chiede al professionista di reiterare alcune informazioni già precedentemente rese (nello specifico si tratta delle caratteristiche del bene o del servizio, del loro prezzo totale, della durata del contratto, del diritto di recesso e della durata minima degli obblighi del consumatore) «direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine» e in un modo che sia «chiaro e comprensibile»⁸⁰.

L'intero comma secondo è finalizzato, giova ribadirlo, a rendere il consumatore edotto delle scelte operate in un ambito di contrattazione nel quale non ha – e non può avere – contezza della concreta realtà dei fatti, soprattutto perché si interfaccia con uno schermo o un altro mezzo elettronico e non già con un'altra persona fisica. Queste circostanze giovano invero al professionista, che ha predisposto il sito e scelto la modalità di conclusione del contratto; questo comporta un rafforzamento della sua condizione di supremazia, della quale già vanta al di fuori e a prescindere dall'utilizzo dei mezzi elettronici: la sua posizione di privilegio ne esce avvalorata, in confronto a quella del consumatore che ne risulta svantaggiato. La restante parte del comma conferma questa esigenza di tutela del contraente debole nel prevedere che il professionista deve assicurare al consumatore, nell'esatto momento in cui

⁸⁰ Per questo riguarda l'ambito meramente oggettivo, il contratto telematico potrebbe essere ricompreso nello schema dell'adesione non negoziale a contratto predisposto o allo scambio senza accordo, in quanto caratterizzato dall'assenza di trattative (teoria della c.d. oggettivazione dello scambio), v. M. MAGGIOLLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 45 e Cfr. N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 347 ss. spec. p. 361, nota 15. Secondo la teoria consensualistica, invece, dovrebbe affermarsi la natura negoziale del contratto, potendo l'oblato accettare l'accordo. Inoltre, la scelta sulla natura non negoziale del contratto telematico non può fondarsi sul fatto che vi sia assenza di trattative - che costituiscono una fase solo eventuale del procedimento di conclusione del contratto – ma solo sull'assunto che il consumatore non ha invero il potere di rifiutare l'accordo, v. G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, I, p. 525; A. M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano 1997.

l'ordine viene inoltrato, la consapevolezza che si tratti di un contratto oneroso. Pertanto, il consumatore deve «riconosce[re] espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare» un corrispettivo. Inoltre, nel caso in cui l'inoltro dell'ordine implichi l'obbligo di azionare «un pulsante o una funzione analoga», questi dovranno riportare espressamente e in modo visibile che premendo il pulsante (c.d. tasto negoziale virtuale) si autorizza il pagamento del corrispettivo. L'ultima parte del comma stabilisce che «il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine»⁸¹ se il professionista non osserva gli obblighi informativi previsti dal comma stesso⁸².

Per quanto concerne il contratto concluso per mezzo del telefono, il legislatore ha ritenuto di dovere imporre al professionista, come prerequisite necessario alla conclusione del contratto di *teleselling*, la comunicazione della propria identità e della circostanza che la telefonata, che prende avvio da un'iniziativa del professionista, abbia scopo commerciale⁸³ (co.5).

⁸¹ In merito alla non vincolatività appena menzionata si rimanda alla trattazione specifica che avrà luogo nel capitolo terzo, nella parte dedicata alla nullità di protezione del contratto concluso tra un consumatore e un professionista. La “non vincolatività” deve essere letta come una “nullità” al pari della “non vincolatività” menzionata dal comma 6 dello stesso articolo in merito ai contratti telefonici. In particolare, si tratta di una nullità “di protezione” che opera ad esclusivo vantaggio e nell'esclusivo interesse del consumatore. Difatti, nel caso in cui il professionista abbia comunque dato attuazione al contratto, nonostante la fornitura non sia stata richiesta a causa dell'inadempimento degli obblighi informativi, il consumatore è esonerato dall'obbligo di pagare qualsiasi corrispettivo (art. 66-*quinquies*, «Fornitura non richiesta»).

Lo stesso discorso può farsi riguardo agli obblighi informativi imposti dal comma in commento al professionista, trattandosi invero degli obblighi informativi c.d. procedurali, che rientrano nel più ampio fenomeno del c.d. “neoformalismo negoziale”, di cui si tratterà all'interno del capitolo terzo.

⁸² Il riferimento della non vincolatività al contratto o all'ordine merita qualche approfondimento. Si v. M.P. PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante*, op. cit., Napoli, 2020. Nello scritto l'A. analizza l'espressione «il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine» e dopo un esame critico delle opzioni interpretative possibili, conclude affermando che il riferimento al contratto e all'ordine costituisca un'endiadi e non già che si tratti, come qualcuno aveva in passato avanzato, di due ipotesi diverse in virtù delle quali l'invio dell'ordine non conduce alla conclusione del contratto. Infatti, il consumatore che preme il tasto è vincolato contemporaneamente sia all'ordine che al contratto. A sostegno di questa tesi vi sono da un lato, la *ratio* della norma e, dall'altro, il dato letterale della disposizione. In merito al secondo profilo è bene mettere in evidenza come il *point and click* del consumatore non consiste in una proposta irrevocabile di conclusione del contratto indirizzata al professionista, che conduce alla conclusione del contratto solo quanto interviene l'accettazione del professionista. Si tratta invero, non di un mero ordine, ma di un ordine il cui inoltro è di per sé idoneo a concludere il contratto a determinare l'obbligo di pagamento. Anche la *ratio* cui è preposta la norma giustifica questa interpretazione, dal momento che, nel caso contrario in cui l'ordine non conduca alla conclusione del contratto, non vi sarebbe ragione di prevedere specifici obblighi informativi da parte del professionista.

⁸³ Prima della riforma del 2014, attuativa della Direttiva 2011/83/UE, il legislatore aveva ricollegato alla mancata comunicazione delle prescrizioni di cui al comma 5, la nullità del contratto stesso,

Il sesto comma dell'art. 51 stabilisce che ai fini della valida conclusione di «un contratto a distanza [che] dev'essere concluso per telefono», il professionista debba confermare per iscritto l'offerta già avvenuta telefonicamente. Solo dopo aver ricevuto la conferma dell'offerta nella forma anzidetta e, quindi, averla firmata o accettata per iscritto, il consumatore sarà incontestabilmente vincolato al contratto⁸⁴. È evidente in queste righe l'esigenza di tutela del consumatore che, colto dalla telefonata "a sorpresa", vede ridurre il proprio *spatium deliberandi* necessario a prendere una decisione che sia ponderata e che, al tempo stesso, lo renda consapevole degli obblighi derivanti dal contratto⁸⁵. Milita a favore della tesi che individua la protezione del contraente debole nello scopo perseguito dalla norma la rigidità della previsione, che riconduce la non vincolatività⁸⁶ al contratto per il quale non siano state rispettate le prescrizioni di forma imposte. Non deve sorprendere che tanto nel contratto telefonico quanto in quello telematico il legislatore abbia previsto la non vincolatività del consumatore al contratto come conseguenza del comportamento del professionista, ma con una importante differenza: nel primo caso la sanzione è collegata ad una prescrizione di forma (la conferma dell'offerta per iscritto e la successiva accettazione, per iscritto, del consumatore); viceversa, nel caso di contratto telematico la non vincolatività consegue, non già ad un difetto di forma, quanto invece alla violazione degli obblighi d'informazione imposti al professionista – da rendere in forma scritta.

iscrivendo la norma fra quelle che sanzionano con la nullità la violazione di regole di comportamento.

⁸⁴ Per una critica costruttiva del co.6 v. M.P. PIGNALOSA, *L'accordo telefonico*, in *Nuovo Dir. Civ.*, 2020, n.1. L'A. scorge un'incongruenza nella previsione del legislatore di dichiarare che il contratto dev'essere concluso per telefono, prima, ma che per la valida conclusione del contratto è richiesta la forma scritta, poi: si tratterebbe di un contratto telefonico che non viene concluso per telefono. La giustificazione di una tale contraddizione, secondo l'A., si può scorgere solo nell'ottica di ricondurre la non vincolatività unicamente al consumatore e non al professionista: infatti operando solo a vantaggio del primo, si avrà come conseguenza che l'accordo telefonico validamente formatosi, produrrà effetti solo nei confronti del professionista, obbligandolo a confermare la sua offerta già avvenuta telefonicamente. In altre parole, l'accordo telefonico c'è e si è validamente formato, ma ha carattere vincolante solo per il professionista. Questa tesi diventa ancor più condivisibile se si accetta l'idea che l'accordo telefonico funga da «mezzo preparatorio per la successiva conclusione del contratto».

⁸⁵ In due provvedimenti resi in materia di contratto telefonico, l'Antitrust ha chiarito che il fine perseguito dalla norma «è quello di salvaguardare il consumatore dall'assunzione al telefono, mediante una semplice dichiarazione orale, di un vincolo di natura negoziale», v. Provvedimenti PS 9981-SKY e PS 9983-H3G, procedure in *teleselling*, in Bollettino n. 35 del 5 ottobre 2015, consultabile sul sito dell'Antitrust: www.agcm.it.

⁸⁶ In merito alla riconducibilità della non vincolatività allo schema della nullità di protezione, si rimanda al capitolo terzo.

Tuttavia, in entrambi i casi, la “forma” del contratto è prescritta dal legislatore in funzione di protezione della parte contrattuale più debole, costituendo, a tal fine, veicolo di informazioni.

1.3.3 Il *trading* online nel contratto di intermediazione finanziaria

Come anticipato, lo sviluppo della rete telematica costituisce un mezzo di comunicazione fondamentale altresì per gli intermediari finanziari che instaurano un rapporto d’intermediazione con gli investitori e che mirano alla promozione e al collocamento degli strumenti finanziari all’interno del mercato. Infatti, mediante l’utilizzo della rete, il contratto d’intermediazione può essere concluso ed eseguito senza la presenza fisica e simultanea nello stesso luogo dei soggetti contraenti, compresi il momento embrionale in cui il cliente viene a conoscenza dell’investimento proposto dall’intermediario e quello successivo in cui avviene la sottoscrizione e l’effettiva esecuzione del titolo. Inoltre, la stessa attività di mediazione da parte di un intermediario può senz’altro svolgersi a distanza e sostanziarsi nella messa in contatto di più investitori situati in luoghi diversi⁸⁷.

Come più volte si è avuto modo di constatare, la tecnica di contrattazione a distanza tende ad aggravare ulteriormente la posizione di debolezza dell’investitore e ciò implica che il divario informativo tra le parti contraenti si ampli ulteriormente. Difatti, in un simile contesto, un comportamento dell’intermediario che sia leale e corretto, è ritenuto ancora più doveroso e imprescindibile: si badi, ai rischi tradizionalmente annessi alla prestazione di un servizio di investimento si aggiungono quelli legati all’utilizzo di uno strumento tecnologico, il quale si

⁸⁷ M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, op. cit., già nel 1996 parlava del fenomeno descritto come «creazione di un ambiente materiale destinato alla contrattazione», riferendosi al contesto nel quale le parti conducono una contrattazione «creando strumenti materiali» ed utilizzandoli nella realizzazione degli specifici interessi delle parti. In primo luogo, con questa espressione si riferisce al contratto concluso «mediante automatico», dove la contrattazione si svolge senza la presenza fisica del proponente – rientra nella fattispecie della proposta al pubblico con valore di proposta contrattuale. In secondo luogo, menziona i contratti conclusi per mezzo *telex* o *telex*, caratterizzati dal fatto che «l’assetto materiale» funge da mezzo di trasmissione della dichiarazione. Infine, menziona l’ipotesi in cui l’assetto materiale costituisce uno strumento che completa le dichiarazioni già rese personalmente tra le parti. Lo scopo ultimo dell’utilizzo dell’assetto materiale è quello di rendere più snello il processo di formazione del contratto, in termini di minor spreco di risorse e di tempo: «la diminuzione del costo della singola negoziazione dipende dal fatto che la presenza fisica del contraente è più onerosa dell’organizzazione materiale, considerando che il costo complessivo dell’organizzazione materiale può essere ripartito per le singole negoziazioni, e incide su ciascuna di esse in modo inversamente proporzionale alla loro qualità».

dimostra soggetto ad una tipologia di “rischi” diversa, quali ad esempio rallentamenti o interruzioni della rete o l’attacco di agenti esterni come *hacker* o soggetti terzi non autorizzati.

In particolare, per quanto riguarda le regole di comportamento imposte all’intermediario, inclusi gli obblighi informativi cui è soggetto, nonché indubbiamente le conseguenze che derivano dalla violazione di siffatti obblighi, valgono le medesime regole e le stesse sanzioni previste e già commentate in merito alla contrattazione che si svolge con mezzi tradizionali. In questa prospettiva, nella comunicazione DI/30396 del 21 aprile 2000, la Consob aveva confermato che le regole di comportamento già dettate in merito alla contrattazione tradizionale mantengono la loro piena efficacia e validità anche nel caso in cui l’intermediario, anziché servirsi dei tradizionali mezzi di comunicazione, usufruisce della rete Internet. In particolare, l’art. 75 del Regolamento 11522 prevedeva che «nella promozione e nel collocamento a distanza i soggetti abilitati devono osservare le disposizioni del Libro III. Le informazioni e i chiarimenti dovuti agli investitori devono essere forniti, in modo chiaro e comprensibile, con modalità adeguate alle caratteristiche della tecnica di comunicazione a distanza impiegata. I documenti dei quali il Libro III prevede la consegna agli investitori o il rilascio da parte di questi ultimi possono essere trasmessi anche mediante utilizzo di tecniche di comunicazione a distanza, purché le caratteristiche di queste ultime siano con ciò compatibili e consentano al destinatario dei documenti di acquisirne la disponibilità su supporto duraturo».

Segnatamente, i servizi di investimento che vengono prestati mediante la rete Internet vengono detti servizi di *trading on line*: non costituiscono nuovi servizi di investimento, bensì nuove tecniche di contrattazione caratterizzate da maggiore celerità e praticità e si sostanziano in servizi consistenti nella ricezione e trasmissione di ordini, ma anche in negoziazione per conto proprio, o in attività di consulenza. Generalmente l’utilizzo dell’espressione “*trading on line*” richiama, da un lato, la promozione e il collocamento di prodotti finanziari tramite internet, in cui l’accento viene posto sulla circostanza che ad essere *on line* è l’adesione al prodotto, dall’altro, l’esecuzione di servizi di negoziazione per conto terzi e di ricezione e trasmissione degli ordini, che avviene mediante l’esecuzione *on line* del

servizio, in seguito però ad un contratto quadro concluso in forma scritta. Una peculiarità fondamentale della negoziazione per conto terzi che si svolge *on line* è data dal fatto che, a differenza di quanto avviene nella modalità tradizionale, l'investitore può intervenire personalmente sui singoli ordini, senza un'effettiva operazione svolta dall'intermediario, mediante il c.d. *server web*. Pertanto, dopo aver inserito password e nome utente, i clienti possono autonomamente accedere alle informazioni riguardanti il portafoglio dei titoli e la quotazione. Una volta inviato un ordine d'investimento, ad esempio, una quotazione, una struttura intermedia trasferisce l'ordine al *server* delle quotazioni e dopo invia nuovamente l'ordine al cliente. A questo punto l'ordine viene sottoposto al vaglio di una struttura finale che controlla la situazione finanziaria del cliente, quindi la disponibilità di fondi o titoli, e l'adeguatezza dell'operazione. Un intervento dell'intermediario s'imporrà necessario nel caso in cui l'ordine risulti inidoneo all'esecuzione e questo provveda ad inviarlo manualmente. Per la verità, in questo contesto l'intermediario non assume la qualità di *broker*, ossia essenzialmente del soggetto che esegue attività finanziarie per conto di terzi e che media tra il cliente e terzi, ma semplicemente di trasmittente e ricettore degli ordini. Infatti, l'intermediario può decidere di assumere diverse qualità oltre a quella tradizionale di *broker*: può svolgere anche attività di *dealer*, ovverosia di colui che entra a far parte del contratto di investimento, assumendo la veste di controparte, e che attinge alle proprie risorse per comprare o vendere all'investitore gli strumenti finanziari oggetto dell'ordine.

Nello specifico, l'utilizzo della rete Internet nei contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari è stato agevolato dal processo di dematerializzazione che ha interessato i titoli e i mezzi di pagamento diffusi nel mercato e che ha condotto alla sostituzione totale del documento cartaceo, in linea con quanto previsto inizialmente dalla legge n. 289 del 1986 («Disposizioni relative all'amministrazione accentrata di valori mobiliari attraverso la "Monte Titoli S.p.a."»)), poi dalla legge SIM (l'art. 20 prevedeva che «la CONSOB può stabilire che le negoziazioni di titoli quotati in borsa o negoziati nel mercato ristretto siano effettuate su un mercato realizzato con l'ausilio di strutture informatiche e telematiche che mettano in collegamento le singole borse e può dettare le norme per il funzionamento e l'organizzazione del

mercato di cui al presente comma») e, infine, dal decreto 213 del 1998 (c.d. decreto euro). Quest'ultimo intervento normativo aveva preso in considerazione alcune categorie di strumenti finanziari che potevano essere dematerializzati esclusivamente se negoziati su mercati regolamentati, oppure nel caso in cui fossero stati diffusi fra il pubblico in misura considerevole, o ancora, nel caso in cui fossero stati immessi nel mercato per scelta dell'emittente. L'accordo di prestazione del servizio veniva preso mediante la compilazione da parte dell'investitore di un modulo di adesione successivamente inviato all'intermediario, il quale poteva ricavarne le caratteristiche sue proprie, inclusa la propensione al rischio, e tutte le altre notizie all'occorrenza utili in merito al profilo del cliente. In un secondo momento l'intermediario inviava per posta al cliente il contratto definitivo, da firmare e riconsegnare all'intermediario. In alternativa, era prevista l'ipotesi in cui il cliente scaricasse direttamente il contratto dal sito internet, senza alcuna previa compilazione del modulo di adesione. Inoltre, gli specifici aspetti del contratto potevano essere negoziati anche mediante una comunicazione a distanza tra il consumatore e il professionista. Infine, se la procedura di adesione al contratto terminava con valutazione positiva da parte dell'intermediario questo inviava al cliente l'attivazione del contratto per mail o tramite altro mezzo di comunicazione a distanza.

In particolar modo, assume rilevanza fra le fonti della disciplina relativa alle operazioni concluse a distanza, la direttiva 2000/31/CE che introdusse nel nostro ordinamento la disciplina sul commercio elettronico ed era intesa a disciplinare i servizi prestati *on line*, tra i quali erano certamente inclusi i servizi d'investimento. In seguito, con il decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 190, emanato in attuazione della direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari⁸⁸ ai consumatori, venne disciplinato il contratto stipulato tra un fornitore – s'intende un'impresa, a prescindere dal fatto che si tratti di una persona fisica (l'intermediario finanziario) o una persona giuridica (ad esempio, un istituto bancario o assicurativo) – e un consumatore e avente ad oggetto servizi finanziari. Il decreto è stato poi abrogato e sostituito dal successivo decreto legislativo del 23

⁸⁸ Per servizi finanziari la direttiva intende riferirsi a servizi di natura creditizia, assicurativa, bancaria, servizi pensionistici individuali, di investimento o di pagamento.

ottobre 2007 n. 221 che, recependo la direttiva comunitaria 2002/65/CE e la direttiva 2005/29 in materia di pratiche commerciali sleali nei rapporti fra professionisti e consumatori, modificò il Codice del Consumo (Dlgs 206/2005) ed inserì la nuova sezione IV-bis, rubricata «Commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori». L'art. 67-bis ss. del Codice del consumo prevede, infatti, un'apposita tutela apprestata a favore degli investitori “fuori sede” che, in qualità di consumatori, entrano in contatto con gli intermediari/professionisti. Attualmente, infatti, la promozione e il collocamento a distanza dei servizi e delle attività di investimento dei prodotti finanziari è disciplinata dalla normativa contenuta negli artt. da 67 bis a 67 vices-bis del Codice, che integra e completa le regole e le forme di tutela apprestate a favore dell'investitore dall'art. 32 TUF e dagli artt. 79-82 Regolamento Intermediari.

Quanto alla normativa primaria, l'art. 32 TUF si occupa della relativa disciplina e stabilisce al comma primo che «per tecniche di comunicazione a distanza si intendono le tecniche di contatto con la clientela, diverse dalla pubblicità⁸⁹, che non comportano la presenza fisica e simultanea del cliente e del soggetto offerente o di un suo incaricato».

È bene notare che, essendo ricompreso l'art. 32 nel più ampio contesto del Capo IV del TUF dedicato alla «Disciplina dell'offerta fuori sede e della vigilanza sui consulenti finanziari»⁹⁰, la normativa dell'offerta fuori sede troverà applicazione

⁸⁹ «La pubblicità è caso diverso dalle tecniche di comunicazione a distanza e, *a fortiori*, dall'offerta fuori sede. Più precisamente, deve ritenersi – conformemente alle indicazioni che da tempo provengono sia dalla dottrina, sia dalla prassi interpretativa della Consob – che la pubblicità sia caratterizzata da una valenza essenzialmente informativa, là dove, di contro, l'offerta fuori sede (e le tecniche di comunicazione a distanza) sono attività finalizzate alla conclusione del contratto all'interno di un rapporto diretto e personale con l'investitore». V. ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2017, p. 199.

⁹⁰ L'offerta fuori sede dei servizi finanziari è disciplinata dall'art.30 del TUF, intendendosi con tale espressione la promozione e il collocamento di strumenti finanziari in luoghi diversi dalla sede legale o dalle dipendenze dell'emittente, del proponente l'investimento o del soggetto all'uopo incaricato dello svolgimento delle anzidette attività; oppure di servizi e attività di investimento in luogo diverso dalla sede legale o dalle dipendenze di chi li presta, promuove o colloca. Significativa è l'interpretazione della Suprema Corte in merito ai servizi d'investimento oggetto dell'offerta fuori sede: «La nozione contratto di investimento costituisce uno schema atipico che comprende ogni forma di investimento finanziario, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. u), del d. lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, riflettendo la natura aperta ed atecnica di “prodotto finanziario”, la quale rappresenta la risposta legislativa alla creatività del mercato ed alla molteplicità degli strumenti offerti al pubblico, nonché all'esigenza di tutela degli investitori, in maniera da permettere la riconduzione nell'ambito della disciplina di protezione pure delle operazioni innominate».

Le Sezioni Unite hanno affermato che il termine “collocamento” è da intendere «in un'accezione più ampia ed in qualche misura atecnica, cioè come sinonimo di qualsiasi operazione implicante la

non solo nel caso in cui i servizi d'investimento verranno offerti fuori dalla sede legale dell'intermediario, ma altresì quando il servizio verrà offerto a distanza, costituendo quest'ultima disciplina una specie del più ampio *genus* della prima. La differenza principale fra le due fattispecie è data dalla circostanza che nell'offerta fuori sede ciò che avviene al di fuori della sede legale o della dipendenza è il collocamento e la promozione dello strumento finanziario, ma non il rapporto tra l'intermediario e l'investitore, svolgendosi con la loro contestuale e simultanea presenza fisica – contrariamente da quanto accade in occasione di un contratto stipulato, come suggerisce la definizione stessa, a distanza⁹¹. L'art. 32 non dà alcun suggerimento circa ai soggetti abilitati ad espletare le attività di collocamento e di promozione a distanza. Alcune indicazioni vengono invece fornite dall'art. 71 del regolamento intermediari, il quale distingue tra soggetti “autorizzati” e soggetti “abilitati”, potendo questi ultimi effettuare la promozione e il collocamento esclusivamente dei propri servizi; mentre i primi possono effettuare tali attività anche di servizi di investimento prestati da altri intermediari. Inoltre, ai fini dell'esecuzione di tale attività non è necessaria alcuna apposita autorizzazione oltre quella tradizionalmente richiesta per lo svolgimento dei servizi di investimento.

Il secondo comma dell'art. 32 prosegue stabilendo che «la Consob, sentita la Banca d'Italia, può disciplinare con regolamento, in conformità dei principi stabiliti negli articoli 30 e 30-bis e nel decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 190, la promozione

vendita all'investitore di strumenti finanziari al di fuori della propria sede», in un'ottica di valorizzazione della *ratio* di tutela dell'investitore che è colto dall'effetto sorpresa. Il principio sotteso al discorso della Corte è quello di estendere l'ambito di applicazione al caso in cui l'intermediario non presta il servizio di collocamento per conto dell'emittente o anche all'ipotesi in cui non sia stato stipulato un contratto quadro tra l'intermediario e l'investitore, o ancora, al caso in cui l'intermediario stia espletando un servizio d'investimento diverso da quello di collocamento in senso proprio. La Corte ha statuito che «il diritto di recesso accordato all'investitore dal D. Lgs. n. 58 del 1998, art. 30, comma 6, e la previsione di nullità dei contratti in cui quel diritto non sia contemplato, contenuta nel successivo comma 7, trovano applicazione non soltanto nel caso in cui la vendita fuori sede di strumenti finanziari da parte dell'intermediario sia intervenuta nell'ambito di un servizio di collocamento prestato dall'intermediario medesimo in favore dell'emittente o dell'offerente di tali strumenti, ma anche quando la medesima vendita fuori sede abbia avuto luogo in esecuzione di un servizio d'investimento diverso, ove ricorra la stessa esigenza di tutela»: Cass. Sez. Un. 13905/2013.

⁹¹ Si può leggere in P. LONGHINI, *Servizi finanziari telematici. La tutela di investitori, risparmiatori ed assicurati: commento al D. Lgs. 19 agosto 2005 n.190*. Milano, 2006, p. 116, che a questa tesi si contrappone quella secondo la quale si tratterebbe di due fattispecie distinte in virtù del diverso rapporto che si instaura tra i soggetti e del diverso esercizio dell'attività promozionale e di collocamento. Una terza tesi, specificazione della prima, ritiene che oltre a costituire una specie del *genus* “offerta fuori sede”, la contrattazione a distanza agevola il cliente in merito ad un maggiore *spatium deliberandi* e migliori possibilità d'interruzione del servizio.

e il collocamento mediante tecniche di comunicazione a distanza di servizi e attività di investimento e di prodotti finanziari»⁹².

Occorre peraltro evidenziare l'importanza del ruolo che la Consob svolge nell'esecuzione delle offerte di prodotti e servizi tramite internet, soprattutto in quanto gravata del compito di dare risposta ad eventuali problemi interpretativi sorti e lasciati irrisolti dalla normativa primaria. Anzitutto nel 1998, con la comunicazione D1198063298 del 30 luglio, la Consob aveva ammesso la compatibilità della promozione e del «collocamento di prodotti finanziari e servizi di investimento tramite Internet» con gli obblighi di attestazione degli ordini previsti dall'art. 60 del Regolamento n. 11522, ai sensi del quale «nella prestazione dei propri servizi, gli intermediari autorizzati rilasciano agli investitori, all'atto del ricevimento degli ordini presso la propria sede legale o le proprie dipendenze, una attestazione cartacea contenente: a) il nome dell'investitore; b) l'orario, qualora rilevante con riferimento alle modalità di esecuzione, e la data di ricevimento dell'ordine; c) gli elementi essenziali dell'ordine e le eventuali istruzioni accessorie. Gli intermediari autorizzati registrano su nastro magnetico o su altro supporto equivalente gli ordini impartiti telefonicamente dagli investitori». A parere della Consob anche tramite la Rete Internet è possibile per gli Intermediari eseguire correttamente la ricezione degli ordini e il suo utilizzo rende tecnicamente conseguibile la trasmissione dell'attestazione contenente gli elementi prescritti dall'art.60, a patto che il cliente la riceva su supporto durevole.

Degna di considerazione è anche la comunicazione del 7 luglio 1999 della Consob, con la quale aveva affermato che sia la gestione del sito web che l'utilizzo della posta elettronica rientrano nella definizione di tecnica di comunicazione a distanza richiamata dall'art. 32 del TUF e dall'art. 72 del regolamento intermediari 11522 del 1998.

Per quanto invece riguarda la disciplina contenuta nel Codice del Consumo, in particolare, l'art. 67-*quater* impone all'intermediario di fornire all'investitore le informazioni – da rendere già nella fase delle trattative, quindi prima che il consumatore sia giuridicamente vincolato – attinenti al fornitore del servizio, al

⁹² Nella disciplina previgente la disposizione gravava la Consob del compito di determinare in quali casi gli intermediari potevano avvalersi di promotori finanziari. Una simile previsione è stata espunta dal TUF e, di conseguenza, è venuta meno un tale potere a carico della Consob.

contratto a distanza, al servizio finanziario stesso e al ricorso. Le informazioni devono essere certamente rese in modo chiaro e comprensibile, come richiesto dal Codice stesso, a prescindere dalla tecnica di comunicazione a distanza utilizzata nel caso di specie.

Anche la normativa in materia di contratto a distanza dei servizi finanziari riconosce il diritto del contraente debole di recedere dal contratto, proprio perché, come detto in precedenza, rappresenta uno dei cardini della disciplina di protezione del consumatore nella contrattazione a distanza. Durante il periodo concesso per il “ripensamento”, l’efficacia del contratto è sospesa. L’art. 67-*duodecies* stabilisce che il termine per recedere dal contratto è di quattordici giorni, oppure, ai sensi del terzo comma, «decorre alternativamente: a) dalla data della conclusione del contratto, tranne nel caso delle assicurazioni sulla vita, per le quali il termine comincia a decorrere dal momento in cui al consumatore è comunicato che il contratto è stato concluso; b) dalla data in cui il consumatore riceve le condizioni contrattuali e le informazioni di cui all’articolo 67-*undecies*, se tale data è successiva a quella di cui alla lettera a)»⁹³.

Per quanto riguarda la fornitura non richiesta valgono le stesse regole già espletate in merito ai contratti a distanza che hanno ad oggetto beni o servizi diversi da quelli finanziari, qui in esame.

Infine, l’art. 67-*septiesdecies* prevede alcune sanzioni in cui incorre l’intermediario che ostacola l’esercizio del diritto di recesso o non rimborsa le somme già pagate dal consumatore, per il quale accertamento sono competenti le autorità di vigilanza: viene punito con una sanzione amministrativa pecuniaria che va dai cinquemila ai cinquantamila euro; le sanzioni sono raddoppiate nel caso di recidiva o di particolare gravità. Il contratto sarà invece nullo – naturalmente si tratta di una

⁹³ Una precisazione s’impone doverosa in merito al quinto comma dell’art. 67-*duodecies*, base al quale «il diritto di recesso non si applica: a) ai servizi finanziari, diversi dal servizio di gestione su base individuale di portafogli di investimento se gli investimenti non sono stati già avviati, il cui prezzo dipende da fluttuazioni del mercato finanziario che il fornitore non è in grado di controllare e che possono aver luogo durante il periodo di recesso, quali ad esempio i servizi riguardanti: 1) operazioni di cambio; 2) strumenti del mercato monetario; 3) valori mobiliari; 4) quote di un organismo di investimento collettivo; 5) contratti a termine fermo (futures) su strumenti finanziari, compresi gli strumenti equivalenti che si regolano in contanti; 6) contratti a termine su tassi di interesse (FRA)». Il motivo di una tale esclusione è da ricercare nella circostanza che per tali tipi di operazioni il diritto di recesso è già riconosciuto dall’art. 30 del TUF, ovvero nei casi in cui l’offerta non si svolga a distanza, ma “fuori sede”, il che, come detto, non implica che si svolga necessariamente senza la presenza fisica e simultanea delle parti contrenti.

nullità c.d. di protezione, il che comporta il verificarsi delle relative implicazioni – nel caso in cui l’intermediario ostacola l’esercizio del diritto di recesso o non rimborsa le somme dall’investitore/consumatore eventualmente pagate o, ancora, viola gli obblighi di informativa precontrattuale «in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche».

Con un intervento che si inserisce nel più ampio obiettivo di realizzazione di un mercato interno comunitario e di armonizzazione delle normative nazionali in materia di servizi finanziari *on line*, occorre da ultimo menzionare la decisione del legislatore europeo di disporre, con l’art.9 par.1 della direttiva 2000/31/CE, che gli stati membri sono obbligati a rendere possibile ed agevolare i contratti stipulati e/o eseguiti per via elettronica. Si tratta di un intervento di armonizzazione c.d. negativa, avente il fine di abolire le restrizioni alla prestazione di servizi in tutta la Comunità europea e, quindi, di rendere illegittime le norme nazionali che ne ostacolano la libera formazione. In particolar modo l’intervento di armonizzazione delle normative nazionali nella prestazione dei servizi *on line* si inserisce nel più ampio riconoscimento della libertà di prestazione dei servizi – ossia le prestazioni fornite dietro retribuzione, nella quale nozione rientrano pienamente i servizi di *trading on line* – riconosciuta dagli artt. 49 a 55 del Trattato CE. Il trattato richiede che, al fine assumere rilevanza comunitaria, i servizi – che siano svolti o meno in modalità elettronica – soddisfino due requisiti in particolare: la prestazione deve avere carattere transfrontaliero e il prestatore del servizio deve avere un legame reale – non solo formale – con la Comunità europea. Il destinatario del servizio può invece essere cittadino di uno Stato non facente parte della Comunità europea, richiedendo, in questo caso, l’art. 49 il solo requisito della residenza o del domicilio in uno Stato membro.

CAPITOLO 2

LA PROTEZIONE DEI CONTRAENTI DEBOLI

2.1 Premessa

Se non utile, quanto meno interessante ai fini della trattazione di siffatta tematica, quella relativa al rapporto tra intermediario e investitore, è la ricostruzione dello sviluppo delle strutture che compongono il mercato, insieme con lo studio dei rapporti che caratterizzano la società odierna – contraddistinti in misura sempre maggiore da squilibri informativi e volti in misura sempre minore ad instaurarsi fra parti di pari forza contrattuale – e con la trattazione di alcune fondamentali componenti del sistema giuridico, fra le quali emerge *in primis* il contratto.

Strumento essenziale per la sistemazione degli interessi degli agenti del mercato, il contratto costituisce senz'altro il mezzo più efficace ed “efficiente”⁹⁴ per l'esercizio e lo sviluppo di un'attività economica organizzata, qual è l'impresa. In altri termini: il contratto è da sempre strettamente legato al concetto di impresa, intesa come la struttura giuridica connotata dal fatto che una delle parti contrattuali sia un imprenditore e dalla circostanza che il contratto funga da strumento per l'esercizio delle attività d'impresa specificatamente elencate nell'art. 2195 c.c.⁹⁵

L'unificazione della disciplina del diritto privato in un unico codice rappresenta l'esito di un processo che è iniziato dalla primordiale distinzione dei contratti “civili” da quelli “commerciali”⁹⁶ – che ha caratterizzato la storia del diritto sin

⁹⁴ Richard A. Posner è stato il principale esponente della c.d. analisi economica del diritto, sviluppatasi negli Stati Uniti intorno alla fine del ventesimo secolo. L'analisi si basa sul criterio dell'efficienza del mercato, in termini di ottima allocazione delle risorse disponibili, e punta essenzialmente alla massimizzazione delle utilità ricavabili dalle risorse stesse e, quindi, anche alla maggiore soddisfazione possibile. Inoltre, un altro degli assiomi fondamentali su cui si basa la teoria è quello del calcolo dei costi negoziali. Infatti, l'approvazione delle regole da introdurre in un ordinamento dipende in definitiva dalla capacità della norma di orientare comportamenti più efficienti o meno rispetto ad un'altra e dalla valutazione dei costi che la stessa implica. Tra gli altri, uno dei campi in cui si esercita maggiormente l'analisi economica è quella dei contratti stipulati da parti fra le quali intercorre una condizione di «asimmetria informativa», che abbiamo analizzato all'interno del capitolo primo.

⁹⁵ L'art. 2195, co.1, stabilisce che «sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione, nel registro delle imprese gli imprenditori che esercitano 1) un'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi; 2) un'attività intermediaria nella circolazione dei beni; 3) un'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria; 4) un'attività bancaria o assicurativa; 5) altre attività ausiliarie delle precedenti».

⁹⁶ L'ambito di applicazione oggettivo del codice del commercio era rappresentato da atti “di commercio”, ossia “di natura non essenzialmente civile”; invece l'ambito soggettivo era costituito dai commercianti e dalle società commerciali.

dall'Ottocento, epoca alla quale risale la redazione delle prime codificazioni – e che è giunto all'abolizione – giustificata dalla volontà del legislatore di riunire la disciplina base dei contratti – del codice del commercio in quanto corpo normativo a sé stante.

Indubbiamente la qualifica di “imprenditore” – e, con questa, la distinzione dei contratti “delle imprese” – mantiene una sua specialità rispetto ai soggetti della disciplina comune anche in seguito all'unificazione del diritto privato all'interno del Codice civile, che invece prescinde dal richiedere questo *status*.

La disciplina speciale relativa ai contratti d'impresa oggi riguarda essenzialmente due diversi piani: uno generale, in base al quale alcune regole del codice civile vengono derogate o integrate quando parte del contratto sia un imprenditore oppure quando l'accordo venga stipulato in merito ad un'impresa ed in questo caso si tratta della normativa relativa alla conclusione del contratto, alla sua interpretazione ed alla rappresentanza; e un piano speciale, che presuppone una disciplina dettata specificatamente per determinati tipi di contratti, per la cui applicazione è fondamentale la qualità d'imprenditore: non ultimi, tra questi, i contratti bancari e i contratti finanziari.

Abbiamo visto all'inizio della trattazione che parte della normativa riferibile ai rapporti da ultimo citati, si fonda su una *ratio* di tutela del contraente debole, il cliente, la quale si manifesta nelle norme a tutela di questo: in primo luogo nelle norme che impongono obblighi d'informazione a carico del professionista/intermediario; o in quelle che prevedono il diritto di recesso del contraente debole, il c.d. diritto al ripensamento; infine, come si avrà modo di vedere nel terzo capitolo, tale *ratio* si esprime anche attraverso le norme che prevedono le nullità relative, c.d. di protezione, da un lato, e attraverso i molteplici nuovi vincoli di forma, rientranti nel fenomeno del c.d. neo-formalismo contrattuale, dall'altro.

Sul secondo piano si trovano poi anche quei contratti di derivazione comunitaria, la cui specialità è data dalla circostanza che una delle parti sia imprenditore e l'altra sia consumatore, oppure entrambe le parti siano imprenditori, ma caratterizzati da una diversa forza di mercato. Tale disciplina speciale, confluita nella maggior parte nel Codice del Consumo, tiene conto della differenza di ruoli che intercorre tra il

consumatore e il professionista e s'impronta su un'ottica di protezione del primo. Contrariamente alla visione del Codice civile, che si mostra ignaro delle qualità delle parti e del contesto socioeconomico nel quale si verificano gli scambi, presupponendo la totale simmetria delle loro posizioni, la nuova legislazione speciale si basa sul presupposto che si tratti di un contratto asimmetrico.

La straordinarietà di queste nuove figure è rappresentata dalla loro dinamicità e relatività: l'essere considerato *consumatore*⁹⁷ o *professionista* dipende esclusivamente dallo scopo oggettivo dell'atto che la persona fisica pone in essere nei suoi rapporti con gli altri agenti economici. Tali caratteri mal si conciliano, quindi, con le caratteristiche tipiche del soggetto attorno al quale ruota la disciplina del cod. civ., dal momento che quest'ultimo coincide con uno *status*, in sé caratterizzato da staticità, necessarietà e non cumulabilità.

E se, come anticipato, tale tipo di tutela non è destinata a rimanere circoscritta nell'ambito dei rapporti *business to consumer*⁹⁸, si può definitivamente affermare che l'esigenza di tutelare la parte più debole nella contrattazione di specie si avverta anche in merito ai contratti *business to business*, dove la parte viene protetta in funzione della diversa forza di mercato che le denota, com'è possibile denotare con la disciplina del contratto di subfornitura che vieta l'abuso di dipendenza economica⁹⁹.

Tradizionalmente, il ruolo delle imprese è quello di offrire sul mercato beni e servizi; quello dei consumatori di acquistare i beni e i servizi offerti sul mercato. Per la verità, la visione del mercato come il luogo in cui s'incontrano imprese e consumatori, che rappresentano rispettivamente il lato dell'offerta e quello della domanda, affonda le proprie radici in un'epoca che precede di circa un secolo l'entrata in vigore dei "contratti dell'impresa" così come previsti dal codice del

⁹⁷ V. A. CATRICALA' e M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, op. cit., p. 3, in cui si sottolinea che la dottrina ha da sempre criticato la riconduzione del consumatore al concetto di *status* «in quanto la sua staticità mal si concilierebbe con una posizione dinamica come quella del consumatore suscettibile, piuttosto, di essere descritta come una qualità contingente, momentanea e relativa. I caratteri tipici dello *status*: necessarietà, indisponibilità, non cumulabilità, non appartengono alla figura del consumatore che è invece una condizione sociale, economica e giuridica fungibile, volontariamente assunta e cumulabile».

⁹⁸ L'espressione indica che l'iniziativa volta alla stipulazione di un contratto provenga dal professionista, il quale offre sul mercato i beni e i servizi che produce, escludendo categoricamente i casi in cui l'iniziativa provenga dal consumatore.

⁹⁹ V. par. 2.4.

commercio prima, dal Codice civile poi, e dalla rigogliosa legislazione speciale oggi¹⁰⁰. Da sempre quindi l'esigenza di regolazione del mercato è stata avvertita dal legislatore come necessaria, mantenendo costantemente presenti due obiettivi principali: quello di giustizia e quello di efficienza¹⁰¹. Sicché, nell'ottica di realizzazione di questi due obiettivi, in cui la protezione accordata alla parte più debole del mercato da atti di potere dell'impresa è d'obbligo, il legislatore del 2005 ha riconosciuto il diritto «alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali» e lo ha inserito tra i diritti fondamentali dei consumatori nell'art. 2 del Codice del consumo. Inoltre, un mercato che assicura la migliore efficienza nell'allocazione delle risorse conduce ad un meccanismo automatico di selezione fra le imprese più efficienti e quelle meno efficienti: difatti «impedire la prevaricazione dei contrenti forti sui deboli [...] significa far prevalere sul mercato le imprese che per il loro successo puntano non sull'abuso di posizioni dominanti, ma sul miglioramento della qualità e sul contenimento dei prezzi resi possibili dall'innovazione tecnologica, dalla riduzione dei costi interni, dalla razionalizzazione dei processi produttivi e distributivi»¹⁰².

¹⁰⁰ Nel diciannovesimo secolo Adam Smith aveva sviluppato un modello di mercato, basato sul concetto di “mano invisibile dello Stato”, il quale si basa su una serie di ipotesi: in un mercato vi sono molteplici compratori e venditori; tutti sono perfettamente informati; nessuno ha dimensioni tali da poter influenzare il prezzo di mercato, i beni sono omogenei; tutti gli agenti del mercato agiscono indipendentemente e nel prendere le decisioni perseguono esclusivamente il loro interesse, prendendo in considerazione costi e benefici delle loro scelte. Smith riteneva che se le ipotesi a base del modello fossero confermate, l'allocazione delle risorse che ne scaturiva sarebbe stata efficiente. Tutte le risorse scarse, quindi, devono essere allocate tra i vari utilizzi possibili; domanda e offerta – cioè consumatori e imprese – determinano i prezzi, i quali fungono da segnali indirizzando l'allocazione delle risorse.

¹⁰¹ Dalla teoria di Adam Smith della mano invisibile deriva proprio il c.d. equilibrio generale, ovvero la teoria secondo la quale gli agenti economici prendono scelte e decisioni in modo coordinato in tutti i mercati e portano a risultati *efficienti*: in questo caso i consumatori massimizzano l'utilità e i produttori massimizzano il profitto.

¹⁰² V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit., p. 614.

2.2 I soggetti del rapporto di consumo

2.2.1 Il professionista

Come anticipato nell'*incipit* della premessa, si ritiene ragionevole – e senz'altro pertinente all'analisi del rapporto intercorrente tra intermediario e investitore, della quale, come visto, certamente costituisce parte integrante l'analisi della normativa dedicata alla tutela dell'investitore – evidenziare in questa sede come tale *ratio* di tutela rappresenti l'incessante motore di ricerca, da parte del legislatore, di meccanismi in grado di annullare il *gap* intercorrente tra diversi soggetti contrattuali. Un ideale modello in tal senso è costituito dal Codice del consumo: infatti, tra le categorie di rapporti asimmetrici, che si caratterizzano per un fisiologico squilibrio di forza contrattuale, quello tra consumatore e professionista mantiene un'indubbia centralità.

Ai sensi dell'art. 3 del cod. cons., “professionista” è considerata «la persona fisica o giuridica, che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale e professionale, ovvero un suo intermediario¹⁰³».

La nozione di attività artigianale e di attività commerciale è stata inserita nella definizione in un secondo momento, in quanto, nonostante già implicitamente ricomprese nella nozione di attività imprenditoriale – infatti l'art. 2195 co.1 del Codice civile richiama i soggetti che svolgono «un'attività intermedia nella circolazione dei beni» tra gli imprenditori soggetti a registrazione e l'art. 2038 del c.c. menziona gli artigiani tra i «piccoli imprenditori» –, il legislatore ha avvertito l'esigenza di inserire espressamente il riferimento a siffatte attività all'interno della definizione di professionista.

Beninteso, vengono considerati professionisti, non solo i soggetti di diritto privato, ma anche i soggetti privi di personalità giuridica – come le società di persone, le

¹⁰³ Nella sentenza n. 11773/2013 la Cassazione ha precisato che «in tema di contratti del consumatore, ai fini dell'applicabilità del Codice del consumo [...] deve essere considerato professionista tanto la persona fisica, quanto quella giuridica, sia pubblica che privata, che utilizzi il contratto nel quadro della sua attività imprenditoriale o professionale. Perché ricorra la figura del “professionista” non, pertanto, necessario che il contratto sia concluso nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, essendo sufficiente che esso venga posto in essere al fine dello svolgimento o per le esigenze dell'attività imprenditoriale o professionale». Dunque, ha riconosciuto che possa qualificarsi professionista anche colui che stipula un contratto nell'esercizio di un'attività strumentale o accessoria alla sua.

associazioni non riconosciute o i comitati – e gli enti pubblici che concludono contratti con i consumatori¹⁰⁴.

Come si può evincere dalla definizione, la nozione di professionista comprende anche la qualifica di “intermediario”, ossia la persona fisica o giuridica che agisce in nome e per conto del professionista¹⁰⁵, fra i quali rientrano chiaramente, in assenza di espressa distinzione, sia gli ausiliari autonomi, sia quelli dipendenti; sia nel caso in cui agisce nell’esercizio della propria attività professionale, che nel caso opposto. Inoltre, è incluso nella qualità di intermediario colui che agisce per conto del professionista ma in nome proprio: ne consegue che sarà obbligato a trasferire a quest’ultimo i diritti e gli obblighi ricompresi nella sua sfera personale in seguito alla stipulazione del contratto *de quo*.

È bene chiarire che, a differenza di quanto vale per soggetti diversi dal professionista, quali l’“intermediario finanziario” o la “banca”, o ancora, l’“assicuratore”, quella di “professionista” non è una qualifica attribuita ad una persona fisica, o giuridica, *a priori* ed in base alla quale questa viene ammessa alla stipula di determinati tipi di contratti. Piuttosto, bisogna avere particolare riguardo alla oggettiva finalità di consumo del contratto e, in base alla posizione che il soggetto ricopre nel contratto stesso, assumerà la qualifica di professionista colui che esercita le attività anzidette; invece, assumerà quella di consumatore la controparte.

¹⁰⁴ Si legge in E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*. Torino, 2010, p. 35, che la giurisprudenza ha stabilito che il C.O.N.I. assume la qualità di professionista, ma non le A.S.L. e le strutture sanitarie pubbliche.

La Corte di Giustizia, nella pronuncia del 15 gennaio 2015, C-537/13, Siba, ha affermato che «un avvocato che nel quadro della sua attività professionale fornisca a titolo oneroso un servizio di assistenza legale a favore di una persona fisica che agisce per fini privati è un “professionista” ai sensi dell’art. 2, lettera c) della direttiva 93/13. Il contratto relativo alla prestazione di un servizio siffatto è, di conseguenza, assoggettato al regime di detta direttiva».

¹⁰⁵ Inizialmente la disposizione, nello schema di decreto, non menzionava l’“intermediario, ma colui «che agisce in nome e per conto del professionista», in seguito considerata troppo generica, soprattutto dal Consiglio di Stato nel parere all’uopo espresso.

2.2.2 Il consumatore

La precisazione di cui *supra* in merito al professionista deve ritenersi pienamente valida anche con riguardo alla qualifica di consumatore, ossia della persona fisica che, ai sensi dell'articolo 3, lett. a) del codice del consumo «agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale e professionale eventualmente svolta»¹⁰⁶. Pertanto, quella di “consumatore” non è una qualifica intrinseca a specifici soggetti giuridici considerati tali in misura stabile e permanente, ma viene attribuita ad un soggetto avendo riguardo, sulla base delle circostanze in cui l'atto è stato posto in essere e dei comportamenti tenuti dalla parti, allo scopo della contrattazione e alla destinazione finale del bene oggetto del contratto, prescindendo da un'indagine psicologica dei motivi soggettivi.

Dunque, è compito del giudice verificare se il contratto sia stato stipulato o meno nell'esercizio di un'attività professionale eventualmente svolta, non avendo alcun rilievo la dichiarazione di non essere consumatore. Una siffatta scelta, quella di privare di ogni rilevanza la dichiarazione espressa del consumatore, dipende dal fatto che può senz'altro accadere che le parti decidano di inserire all'interno del contratto apposita clausola in cui il consumatore dichiara la propria qualità: la dichiarazione di non essere consumatore, però, implicherebbe la non applicazione della normativa di tutela predisposta dalla legge, confliggendo con l'esigenza di tutela del contraente debole del mercato. Dunque, il criterio oggettivo di destinazione del bene permette di ovviare a questo inconveniente, privando di rilevanza qualsiasi eventuale dichiarazione proveniente dal consumatore in merito alla sua qualità soggettiva, soprattutto nei casi in cui la riconducibilità della persona fisica alla qualità di consumatore sia certa. Nei casi dubbi invece la dichiarazione

¹⁰⁶ Cassazione civile, Sez. VI, 14 marzo 2017, n. 6634: la cassazione ha statuito che il lavoratore dipendente assume la qualifica di consumatore, la quale viene esclusa solo per il lavoratore autonomo. Nella stessa sentenza afferma che il rapporto tra avvocato e cliente rientra nella disciplina del rapporto tra consumatore e professionista: come gli altri liberi professionisti, l'avvocato svolge la propria attività in cambio di un compenso e s'impegna a prestare assistenza legale al cliente/consumatore (il quale, peraltro, si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative sia il livello di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista, senza poter incidere sul contenuto delle stesse).

Nello stesso senso la Corte giust. UE, 15 gennaio 2015, causa C-537/13, cit., ai punti 22 e 23, pronunciandosi in relazione a una controversia in merito ad una richiesta di pagamento di onorari da parte di un avvocato, per l'assistenza legale prestata in relazione a contratti standard di servizi di assistenza legale, stipulati con una persona fisica che non perseguiva fini riconducibili al quadro della sua attività professionale.

sarà tenuta in considerazione dal giudice al pari delle altre circostanze del caso concreto, di cui certamente si avvale per comporre la propria decisione¹⁰⁷.

In merito, la Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare che la nozione di consumatore «ha carattere oggettivo. Deve essere valutata alla luce di un criterio funzionale volto ad analizzare se il rapporto contrattuale in esame rientri nell'ambito delle attività estranee all'esercizio di una professione. Spetta al giudice nazionale, investito di una controversia relativa a un contratto idoneo a rientrare nell'ambito di applicazione di tale direttiva, verificare, tenendo conto di tutte le circostanze della fattispecie e di tutti gli elementi di prova, se i contraenti in questione possa essere qualificato come “consumatore” ai sensi della suddetta direttiva»¹⁰⁸.

La circostanza che il consumatore sia esperto in quel tipo di contrattazione non equivale ad affermare che quella persona fisica non possa considerarsi consumatore e che non possa godere della tutela in tal senso prevista dal codice del consumo. Allo stesso modo e per lo stesso fine – quello di tutela dei soli soggetti effettivamente inesperti – il professionista non potrà chiedere di godere della tutela accordata al soggetto debole in quanto sprovvisto delle conoscenze adatte a quella specifica contrattazione.

Sulla scia dell'intenzione di interpretare restrittivamente la nozione di consumatore, Corte di Giustizia europea ha negato tale riconoscimento alla persona fisica che agisca per fini non totalmente estranei alla propria attività professionale, quindi ad esempio nel caso dei c.d. acquisti ad uso promiscuo, ossia che soddisfano bisogni personali e professionali allo stesso tempo¹⁰⁹. La Corte ha infatti negato qualsiasi

¹⁰⁷ Queste conclusioni non sono condivise da tutti. V'è chi ritiene che la dichiarazione di non essere consumatore possa essere considerata atto di natura confessoria a tutti gli effetti; altri ritengono che, non avendo ad oggetto fatti in senso stretto, non si tratti di confessione, ma di “auto-qualificazione” di essere professionista. V. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*. Torino, 2010 p. 37.

¹⁰⁸ Corte giust. 19.11.2015 (ord.), C-74/15, Tarcau.

¹⁰⁹ La Corte Costituzionale ha avallato l'interpretazione restrittiva della Corte di giustizia, considerando inammissibile la questione di costituzionalità sollevata riguardo alla scelta di escludere dalla nozione di consumatore il piccolo commerciante o artigiano. V. Corte cost. 22.11.2002, n.469: « La preferenza nell'accordare particolare protezione a coloro che agiscono in modo occasionale, saltuario e 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; onde la logica conseguenza dell'esclusione dalla disciplina in esame di categorie di soggetti – quali quelle dei professionisti, dei piccoli imprenditori, degli artigiani – che proprio per l'attività abitualmente svolta hanno cognizioni

tentativo di applicazione del c.d. criterio della prevalenza, per il quale consumatore viene considerato il soggetto che agisce per scopi che prevalentemente non rientrano nella sua attività professionale¹¹⁰.

Quindi, affinché possa parlarsi di “consumatore” sono inscindibilmente necessari da un lato, la qualità soggettiva di persona fisica, dall’altro, il requisito oggettivo della totale estraneità dell’atto dall’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale svolta.

Non bisogna tralasciare la circostanza che la definizione di consumatore menzionata dall’art.3 si riferisce anche alla persona fisica in quanto “utente”. Infatti, l’art. 46 del Codice del consumo stabilisce che «le disposizioni delle Sezioni da I a IV del presente Capo si applicano, a qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore, inclusi i contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento, anche da parte di prestatori pubblici, nella misura in cui detti prodotti di base sono forniti su base contrattuale». Le Sezioni alle quali la disposizione fa riferimento comprendono norme che impongono gli obblighi

idonee per contrattare su un piano di parità. Una diversa scelta presupporrebbe logicamente che il piccolo imprenditore e l’artigiano, così come il professionista, siano sempre soggetti deboli anche quando contrattano a scopo di lucro in funzione dell’attività imprenditoriale o artigianale da essi svolta; il che contrasterebbe con lo spirito della direttiva e della conseguente normativa di attuazione».

¹¹⁰ In questo specifico contesto era stata avanzata l’ipotesi di ampliare il campo di applicazione della disciplina di tutela, distinguendo tra “atti relativi alla professione” e “atti della professione”, distinzione elaborata dal sistema giuridico francese. Gli “atti della professione” sarebbero solo strumentali allo svolgimento dell’attività professionale, e questa circostanza farebbe in modo di riconoscersi a quel determinato soggetto la qualifica di consumatore; gli “atti della professione” rappresentano invece espressione del vero e proprio esercizio dell’attività professionale, implicando la categorica esclusione della qualifica di consumatore. Per di più, secondo una tesi restrittiva di questa teoria, nel caso di “atti strumentali alla professione”, per far sì che il soggetto che ponga in essere l’atto venga considerato consumatore, deve trattarsi di una strumentalità non occasionale. Infatti «non sono mancate critiche a tale orientamento [restrittivo], finalizzate ad un’interpretazione estensiva del concetto di consumatore, fondata sulla distinzione tra atti della professione e atti inerenti alla professione e con la tendenza ad escludere dall’ambito di applicazione della tutela dei consumatori solo quegli atti che presentino una pertinenza specifica con l’attività professionale svolta e non quelli in cui il collegamento sia riconducibile ad un rapporto di pertinenza generica, sul presupposto che in tali situazioni il soggetto vessato, pur agendo per finalità diverse dal puro consumo privato, è sostanzialmente un profano, sornito di quelle competenze specifiche che possono farlo ritenere in posizione di parità con il contraente forte, con conseguente asimmetria informativa. Sennonché non vi sono ragioni per discostarsi dall’orientamento già espresso da queste S.U.», ossia che il consumatore deve considerarsi colui che conclude un contratto «per la soddisfazione di esigenze di vita quotidiana estranee all’esercizio di dette attività» (s’intende quelle elencate all’art.3). V. Cass. 9.6.2011, n. 12685, ord.

precontrattuali al professionista, anche nei casi in cui il contratto venga stipulato a distanza o fuori dai locali commerciali e quelle in materia di diritto di recesso¹¹¹.

Pertanto, dovrebbero essere utilizzati come sinonimi, non a caso separati dalla disgiuntiva “o”¹¹².

¹¹¹ Cfr. l'art. 2, lett. h) della direttiva n. 21/2002/CE che ha istituito il quadro comun per la reti e i servizi di comunicazione elettronica definisce utente «la persona fisica o giuridica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico», non avendo alcun riguardo allo scopo. Invece, consumatore è «la persona fisica che utilizza o chiede di utilizzare un servizio di comunicazione elettronica accessibile al pubblico per scopi non riferibili all'attività lavorativa, commerciale o professionale svolta». Allo stesso modo, l'art. 4 della direttiva n. 64/2007/CE sui servizi di pagamento nel mercato interno, definisce l'utente come la persona sia fisica che giuridica, invece il consumatore s'identifica esclusivamente in una persona fisica.

¹¹² Interessante a fini della nostra indagine è la decisione della Corte di Cassazione in merito al rapporto tra il cittadino-utente e il servizio sanitario pubblico: «in relazione al rapporto fra il cittadino e il servizio sanitario nazionale (disciplinato in generale dalla L. n. 833 del 1978) in funzione della fruizione di una prestazione sanitaria, in ipotesi ospedaliera, in totale esenzione od anche previo pagamento del c.d. ticket, certamente al cittadino-utente si attaglia la definizione di “utente”, di cui alla lettera a) dell'art.3. Alla struttura ospedaliera facente capo al servizio sanitario nazionale, posto che il detto servizio si articola sia attraverso strutture direttamente gestite dalla mano pubblica (e, quindi, da organismi di diritto pubblico, come l'azienda qui resistente), sia attraverso strutture gestite da privati che abbiano ricevuto l'autorizzazione a svolgere il servizio in convenzione, v'è da chiedersi se possa attagliarsi la definizione di "professionista", di cui all'art. 3, lett. e). La risposta all'interrogativo parrebbe certa nel caso delle seconde, perché esse, sulla base della convenzione, agiscono come soggetti imprenditoriali (che, cioè, perseguono un proprio utile), mentre è dubitativa riguardo alle prime. Anche se l'interprete subisce certamente la suggestione della configurabilità dell'attività delle strutture di mano pubblica pur sempre come attività 'professionale', il che potrebbe giustificare che esse siano comprese nella definizione di 'professionista'. La questione all'esame, dunque, non pare poter essere risolta sulla base delle definizioni offerte dall'art. 3, che non sono decisive. Venendo alla disciplina specifica del c.d. foro del consumato re di cui all'art. 33, 2° comma, lett. u), una volta ipotizzato (come consente l'equivocità del dato dell'art. 3) che nell'uno e nell'altro caso ricorra la figura del professionista, l'interprete si imbatte in un dato che induce decisamente ad escludere che alla controversia, introdotta dal cittadino-utente (che si sia rivolto alla struttura pubblica o a una struttura convenzionata), per ottenere il risarcimento dei danni sofferti in conseguenza dell'insecuzione o del non corretto adempimento della prestazione richiesta possa applicarsi la norma de qua. Il dato che viene in rilievo è che, perché la norma della lett. w), citata sopra si applichi, è necessario un presupposto. Lo fanno manifesto sia l'intitolazione del titolo primo della parte terza (intitolata al rapporto di consumo), che è 'dei contratti del consumatore in generale', sia la stessa rubrica 'clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore'. Questo presupposto è rappresentato dal 'contratto' fra professionista e consumatore. Ebbene, poiché il rapporto fra il cittadino-utente che si rivolga alla struttura sanitaria pubblica per ottenere una prestazione, se del caso ospedaliera, o ad una struttura convenzionata in to tale esenzione o previo pagamento di ticket non si può qualifica re come contratto, trattandosi soltanto dell'adempimento di un dovere di prestazione direttamente discendente dalla legge, automaticamente attivato dalla richiesta del cittadino-utente, man ca il presupposto per l'applicabilità della lett. u). Questa sembra essere la ragione determinante dell'esclusione di tale applicabilità. Mancando il contratto non si può giustificare l'applicazione del foro del consumatore, che il contratto presuppone. Il cittadino che chiede una prestazione in esenzione o con ticket al servi zio sanitario nazionale esercita in sostanza un diritto soggettivo pubblico riconosciutogli direttamente dalla legge e che la legge stessa prevede debba essere soddisfatto a richiesta dall'organizzazione del servizio sanitario nazionale o direttamente o attraverso le strutture in convenzione, imponendo essa stessa la relativa prestazione. Il rapporto che si instaura con la struttura sanitaria pubblica o convenzionata rappresenta l'attuazione (che ha titolo direttamente nella legge) di questo obbligo di presta zione e non suppone la stipula, nemmeno tacita, di un contratto. In altri termini, quando il cittadino-utente si rivolge alla struttura sanitaria pubblica o in convenzione, la ricezione della sua richiesta e la conseguente attivazione della

2.2.2.1 L'investitore

Come visto, nonostante l'ampiezza delle tematiche trattate e l'eshaustività e la completezza degli aspetti regolati del rapporto intercorrente tra consumatore e professionista, il Codice del consumo non rappresenta l'unica sede nella quale viene definito e disciplinato il rapporto tra un professionista e un non professionista, dal momento che se ne può riscontrare ampia traccia anche in sedi esterne al codice.

Esemplare è il caso del contraente debole che stipula un contratto con una banca: difatti, nelle disposizioni sulla "Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti", la Banca d'Italia precisa che "cliente" è «qualsiasi soggetto, persona fisica o giuridica, che ha in essere un rapporto contrattuale o che intenda entrare in relazione con l'intermediario». Chiaramente, esulano dall'ambito di applicazione della nozione di "cliente" coloro che svolgono attività d'intermediazione, quali le banche, gli istituti di pagamento, le imprese d'investimento e le società finanziarie.

struttura non danno luogo alla conclusione, nemmeno per fatto concludente, di un contratto, ma realizzano soltanto l'attuazione dell'obbligazione della mano pubblica di fornire il servizio. Tale attuazione non avviene mediante la riconduzione dei rapporti allo schema del contratto, del quale non solo non vi sono i presupposti giustificativi a livello normativo (atteso che non si prevede alcunché che sia in qualche modo riconducibile alla figura della stipula zione di un accordo contrattuale), ma neppure vi sono i presupposti fattuali che potrebbero comunque fare emergere la figura del contratto, nei contorni seppure sfumati che essa ha nel momento storico attuale. Si potrebbe pensare che tali presupposti sussistano sub specie della figura dell'obbligo a contrarre, ma si tratterebbe di prospettiva erronea, perché ciò che la legge direttamente impone non è qui l'obbligo di contrattare, bensì una prestazione, che è l'oggetto del diritto soggettivo del cittadino utente. In proposito è a questo punto necessaria una precisazione. La conclusione che nega la ricorrenza del contratto non è in alcun modo configgente con la comune ed ormai acquisita qualificazione come contrattuale della responsabilità della struttura ospedaliera anche pubblica, evocata con insistenza dalla parte istante, e presente da tempo nella giurisprudenza della corte. Tale affermazione, infatti, non sottende (v., peraltro, a quel che consta, Cass. n. 8826 del 2007, id., Rep. 2007, voce Contratto in genere, n. 385, in diverso senso) che quando ci si rivolge alla struttura del servizio sanitario nazionale o ad una struttura convenzionata si stipuli un contratto, ma vuole significare che la cattiva esecuzione della prestazione dà luogo a responsabilità contrattuale nel senso di responsabilità nascente dall'inadempimento di un obbligo preesistente o dalla sua cattiva esecuzione e non nel senso di responsabilità per inadempimento di un contratto o per la sua cattiva esecuzione. Il concetto di responsabilità contrattuale, cioè, viene usato nel senso non già di responsabilità che suppone un contratto, ma nel senso — comune alla dottrina in contrapposizione all'obbligazione da illecito extra contrattuale — di responsabilità che nasce dall'inadempimento di un rapporto obbligatorio preesistente, che nella specie sta a carico della struttura del servizio sanitario nazionale. La lettura delle motivazioni, anche al di là di quanto sembra talvolta suggeriscano le massime, evidenzia che la corte (salvo appunto la sentenza sopra citata) non ha qualificato il rapporto che sorge dall'accettazione della richiesta da parte della struttura sanitaria del servizio sanitario nazionale, direttamente operante o operante in convenzione, come contratto, ma si è sempre soffermata sulla natura della responsabilità, ricorrendo alla figura della responsabilità contrattuale nei sensi indicati. L'art. 33, 2° comma, lett. u), appare, dunque, nella specie inapplicabile». V. Cass. n. 8093/2009.

Pertanto, il soggetto che gode della tutela apprestatagli dal TUB non coincide con il soggetto che il codice del consumo considera consumatore, né dal punto di vista soggettivo, potendosi identificare con soggetti che possono essere a prescindere persona fisica o giuridica, né dal punto di vista oggettivo della estraneità del contratto concluso con la banca nell'ambito e per scopi connessi all'attività professionale eventualmente esercitata.

Inoltre, la Banca d'Italia specifica che particolari forme di tutela sono state predisposte sulla base della distinzione intercorrente tra clienti; clienti al dettaglio, essendo considerati tali «i consumatori; le persone fisiche che svolgono attività professionale o artigianale; gli enti senza finalità di lucro; le micro-imprese»; e, infine, consumatori, identificati come le persone fisica che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

Allo stesso modo, il Regolamento intermediari adottato con delibera n. 20307/2918 suggerisce che il destinatario unico della normativa di protezione apprestata dal TUF è il “cliente al dettaglio”, ovvero la persona fisica o giuridica alla quale viene prestato un servizio di investimento o accessori da parte di un'impresa di investimento.

Dal “cliente al dettaglio” vengono distinti i clienti professionali – “di diritto” o “su richiesta” – e le controparti qualificate. Segnatamente, riveste la qualifica di cliente professionale il soggetto che possiede le conoscenze e le competenze necessarie ad operare all'interno del mercato in modo consapevole, valutando correttamente i rischi, le eventuali perdite e i possibili guadagni; quindi trattasi di un soggetto in grado di comprendere le proprie scelte di mercato.

Secondo l'impostazione tradizionale, clienti professionali si dividono, a loro volta, in privati e pubblici, questi ultimi identificati dal Ministero Economia e Finanze. I clienti privati riconosciuti tali “di diritto” sono i soggetti autorizzati dalla legge ad operare nei mercati finanziari, fra i quali, ad esempio, le banche. Diversamente, coloro che ne sono sprovvisti possono richiedere tale qualifica la quale, una volta operato un apprezzamento di carattere sostanziale, li rende idonei ad essere inclusi tra i clienti professionali privati “su richiesta”.

Infine, alcuni clienti professionali possono reclamare la qualifica di “controparte qualificata” nell’ipotesi in cui chiedano di ricevere determinati tipi di servizi, ma a condizione di accettare un minor grado di tutela.

Notiamo, dunque, come non rilevi, ai fini dell’applicazione della disciplina in commento, la circostanza che la controparte del professionista sia una persona fisica o giuridica. Tuttavia, un’eccezione a tale regola è prevista dall’art. 100-*bis*, co.3, TUF, il quale attribuisce rilevanza alla figura di risparmiatore in quanto persona fisica – e non anche giuridica – ed in quanto consumatore che agisce per scopi estranei all’attività professionale o imprenditoriale: infatti, la disposizione prevede la nullità del contratto di prodotti finanziari nell’ipotesi in cui non sia stato fornito, dall’intermediario, il prospetto informativo.

La distinzione tra clienti persiste anche quando l’investimento non avvenga sulla base di un contratto stipulato su base individuale già intercorrente tra intermediario e cliente, bensì in seguito ad un acquisto dei prodotti avvenuto tramite offerta al pubblico: in particolare, l’investitore/risparmiatore potrà godere di una tutela ancora più stringente, a meno che si tratti di investitori qualificati – quali le SICAV, i fondi pensione, le società di gestione del risparmio, le compagnie di assicurazione, gli intermediari autorizzati¹¹³.

¹¹³ Storicamente il risparmiatore tipo, in Italia, si è distinto per la prudenza e la diffidenza nei confronti di investimenti non troppo ponderati, atteggiamento dovuto soprattutto alla scarsa conoscenza che il risparmiatore/investitore aveva dei mercati finanziari. La spinta verso operazioni sempre meno caute ha caratterizzato questo mercato intorno ai primi anni 2000, sfociando, come già in precedenza anticipato, nella crisi finanziaria del 2007-2009 che, successivamente, si è propagata sull’intera economia reale, causando disoccupazione, miseria e conflitti sindacali. La tendenza che si era sviluppata già in quegli anni e che caratterizza tutt’oggi l’investitore tipo è quella di gettarsi in operazioni non più troppo prudenti, soprattutto a causa della sofisticazione delle operazioni di investimento e della varietà degli strumenti finanziari di cui l’investitore può servirsi: «viviamo nell’era del risparmio di massa: le minuscole risorse di una moltitudine di piccoli risparmiatori formano una grande ricchezza, dalla quale le imprese attingono emettendo azioni ed obbligazioni». Ma l’esigenza di tutela del risparmio è avvertita dal legislatore parecchi anni prima della crisi finanziaria, il quale ha inserito nella Carta Costituzionale una norma – art. 47 – in funzione di tutela del risparmio, accogliendo le istanze dei piccoli risparmiatori, possessori di titoli di Stato e obbligazioni, che erano stati spettatori di un totale disfacimento dei propri risparmi causato dalle due guerre mondiali. V. A. DE LUCA, *Sezioni Unite della Cassazione sulla condotta degli intermediari finanziari: uno sguardo di analisi economica del diritto*, www.Diritto.it.

2.2.2.2 Differenze normative tra consumatore e investitore

Come anticipato, il destinatario della normativa di protezione dettata dal TUF non si identifica con la definizione di consumatore concepita dal Codice del consumo. Nonostante sia il consumatore che l'investitore siano soggetti connotati da una minore forza contrattuale rispetto alla controparte professionista e si trovino in una connaturata condizione di disinformazione, la disciplina contenuta dai due differenti corpi normativi non è la medesima.

La principale differenza, come anticipato, consiste nella circostanza che il TUF si rivolge ad un destinatario che si identifica non solo in una persona fisica, ma anche in una giuridica, contrariamente al Codice del consumo per il quale vi è una presunzione assoluta di debolezza del consumatore, in quanto persona fisica, ma mai giuridica. Tant'è vero che l'acquisizione delle informazioni relative al cliente, alla sua situazione finanziaria e alla propensione al rischio, consentono all'intermediario di regolare il proprio comportamento in base al profilo del cliente, avendo particolare riguardo alla sua qualità soggettiva – che sia persona fisica o giuridica¹¹⁴. Invece, al contrario di quanto avviene per lo svolgimento di operazioni finanziarie, l'indagine relativa alla qualità soggettiva del consumatore da parte del professionista non si verifica, dovendo essere quest'ultimo necessariamente una persona fisica, presupposto richiesto dall'art. 3, lett. a), cod. cons.

Non si dubita, al riguardo, che l'indiscutibile dominio dell'intermediario rispetto all'investitore si sostanzia nella circostanza che quest'ultimo acquista prodotti finanziari sulla base delle informazioni che il primo gli fornisce, proprio in conseguenza dell'analisi del profilo del cliente, contrariamente al consumatore che agisce per il soddisfacimento dei propri interessi e bisogni personali.

V'è chi ha affermato che l'investitore può essere considerato un consumatore “anomalo”¹¹⁵, in quanto il prodotto acquistato, a differenza che per il secondo dei due soggetti, non è destinato ad essere “consumato” determinando in tal modo il

¹¹⁴ G. PIAZZA, *La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari “inadeguati” al profilo del risparmiatore*, in *Corr. Giur.*, 2005, p. 1028. L'Autore precisa che, in caso di errori di valutazione da parte del professionista «non si tratta di subire ingiusti squilibri contrattuali, come nel caso del semplice consumatore, bensì di subire la perdita di tutto o buona parte del proprio patrimonio e quindi compromettere la stessa complessiva qualità della vita».

¹¹⁵ G. CARRIERO, *MiFID, attività assicurativa, autorità di vigilanza*, in *Diritto della Banca e del merc. fin.*, 2008, p. 431.

deperimento materiale del bene: difatti il prodotto finanziario è, per sua natura, intangibile e immateriale e destinato ad essere successivamente rivenduto. Nello specifico, alcuni studiosi hanno definito l'operazione dell'investitore uno scambio tra un bene presente e un bene futuro «la cui esistenza e consistenza sfugge in larga misura al controllo del soggetto che attende la futura prestazione»¹¹⁶.

D'altra parte, nonostante le considerevoli differenze dinanzi rilevate, l'assimilazione della figura dell'investitore a quella del consumatore è resa evidente dalla formulazione dell'art. 32 *bis* contenuta nel TUF¹¹⁷, il quale consente agli investitori di tutelare i propri interessi collettivi mediante le associazioni dei consumatori – oltreché, come visto *supra*, dalla sezione IV *bis*, interamente dedicata alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari¹¹⁸.

2.3 Ambito di applicazione oggettivo del Codice del consumo

2.3.1 Cenni al concetto di clausola vessatoria

Diversamente da quanto accadeva sotto il vigore del Codice civile, nel quale la disciplina delle condizioni generali di contratto forniva una tutela piuttosto debole e solo formale all'aderente, il legislatore italiano, nell'applicare fedelmente la normativa comunitaria, ha dettato una forma di tutela “sostanziale” degli aderenti che ne beneficiano in qualità di consumatori, ossia di soggetti connotati da un'intrinseca debolezza. Invero, con la legge n. 52/1996 l'Italia ha recepito la direttiva CEE n. 13/1993 sulle clausole abusive inserite nei contratti stipulati con professionisti ed ha inserito gli art. 1469-*bis* ss. nel capo XIV-*bis* del Codice civile, rubricato «Dei contratti del consumatore». Successivamente, con l'entrata in vigore del Codice del consumo, la disciplina è stata ivi trasposta e, in particolare, è

¹¹⁶ R. COSTI, *Informazione e contratto nel mercato nel mercato finanziario*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 720

¹¹⁷ «Le associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'articolo 137 del decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206, sono legittimate ad agire per la tutela degli interessi collettivi degli investitori, connessi alla prestazione di servizi e attività di investimento e di servizi accessori e di gestione collettiva del risparmio, nelle forme previste dagli articoli 139 e 140 del predetto decreto legislativo»

¹¹⁸ Lo stesso Consiglio di Stato nel parere reso in merito alla ripartizione delle competenze, tra AGCM e CONSOB, sulla disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa nel settore finanziario (nell'Adunanza della Prima Sezione del 3 dicembre 2008, n. 399939), ha affermato che l'investitore non professionale può essere considerato un consumatore di servizi finanziari per il quale dovrà valere la disciplina del TUF, anziché quella del Codice del Consumo; quindi, può parlarsi di una *species* del *genus* consumatore.

stata inserita negli articoli 33-37 – come, d'altra parte, aveva suggerito il Consiglio di Stato nel parere reso sulla bozza di decreto, in occasione dell'Adunanza del 20 dicembre 2004.

La “sostanzialità” della tutela offerta dal Codice del consumo si concretizza nella “non vincolatività” – in termini di nullità – delle clausole per l'aderente nel caso in cui queste siano state unilateralmente predisposte dal professionista e comportino un notevole aggravamento della posizione del consumatore (sono dette “vessatorie” in quanto «determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti ed obblighi derivati dal contratto»), a prescindere dal ricorrere di qualsivoglia dato formale. Tale dato formale è viceversa fondamentale nella disciplina di tutela predisposta dal Codice civile: l'art. 1341, primo comma, stabilisce che le clausole sono «efficaci» nei confronti dell'aderente solamente se quest'ultimo «le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle secondo l'ordinaria diligenza» nel momento in cui ha concluso il contratto (anche se, di fatto, non le ha conosciute). Il secondo comma dell'art. 1341 detta una tutela più incisa di quella del primo comma, in quanto le clausole «onerose», individuate tali dall'elenco ivi inserito, vincolano l'aderente/consumatore esclusivamente nel caso in cui questi le abbia «specificatamente approvate per iscritto» mediante una doppia firma (la prima delle quali approva il contratto, mentre la seconda approva le clausole), non essendo sufficiente che siano da questi conosciute o conoscibili, usando l'ordinaria diligenza.

Dal punto di vista soggettivo, l'ambito di applicazione degli art.33 ss. del Codice del consumo risulta più ristretto di quello preso in considerazione dagli art. 1341 ss. – in quanto dai primi è richiesta la qualifica di consumatore così come definita dall'art. 3, lett. a). Diversamente, dal punto di vista oggettivo risulta più ampio, in quanto prende in considerazione non solo i contratti predisposti per regolare una serie indefinita di rapporti contrattuali, ma anche quelli predisposti per regolare un singolo affare (dunque, non solo i contratti standard, ma tutti quelli per adesione). Nel prossimo capitolo si tenterà di analizzare la tutela apprestata dal codice del consumo alla massa dei consumatori, individuando i profili di divergenza con la normativa di stampo tradizionale del Codice civile; si cercherà di mettere in evidenza gli interessi ad essi connessi, indicando i rimedi che il nostro ordinamento

predispone per riequilibrare l'asimmetria tra professionista e controparte debole ed analizzando tutto ciò alla luce dell'attenta riflessione della dottrina e della giurisprudenza.

2.3.2 I contratti stipulati fuori dai locali commerciali

La disciplina delle clausole vessatorie rappresenta solamente uno dei diversi interventi normativi che si sono susseguiti a partire dall'ultimo ventennio circa del secolo scorso nell'intento comune di tutelare i contraenti in qualità di consumatori: vi è, ad esempio, la disciplina dei contratti di multiproprietà, dei pacchetti turistici e della vendita dei beni di consumo.

Segnatamente, fra i vari apporti normativi emerge quello relativo ai contratti stipulati fuori dai locali commerciali e a distanza, i quali hanno destato l'interesse del legislatore in quanto trattasi di contratti stipulati con particolari modalità. In questi casi l'iniziativa alla contrattazione viene presa dal professionista e ciò comporta il rischio che il consumatore possa essere colto di sorpresa dall'offerta dell'impresa e che possa concludere un contratto del quale non abbia compreso appieno i diritti e gli obblighi o che consista in un acquisto poco conveniente.

La circostanza che la negoziazione si svolga in un contesto diverso da quello tradizionale tende ad accentuare la debolezza del consumatore¹¹⁹: si legge in autorevole dottrina che dall'«assenza di iniziativa all'acquisto da parte del consumatore» deriva «il pericolo di “aggressione” da parte del professionista, che, giovandosi dell’“effetto sorpresa”, può indurre la controparte ad assumere un impegno senza adeguata ponderazione e senza la possibilità di effettuare raffronti di prezzo e di qualità con prodotti analoghi a quelli che gli vengono offerti»¹²⁰.

Nel capitolo precedente vi è stata occasione di parlare del contratto concluso a distanza e, pertanto, di comprendere che si tratti di un contratto che viene concluso senza la presenza fisica e simultanea dei contraenti nello stesso luogo, in

¹¹⁹ Si può leggere nel quarto considerando della direttiva 85/577/CEE: «considerando che la caratteristica dei contratti conclusi fuori dai locali commerciali del commerciante è che, di regola, il commerciante prende l'iniziativa delle trattative, il consumatore è impreparato di fronte a queste trattative e si trova preso di sorpresa; che il consumatore non ha spesso la possibilità di confrontare la qualità e il prezzo che gli vengono proposti con altre offerte; che questo elemento di sorpresa è generalmente presente non soltanto nel caso di contratti conclusi a domicilio, ma anche in altre forme di contratti conclusi dal commerciante fuori dai propri locali».

¹²⁰ A. CATRICALA' e M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, op. cit., p. 161.

considerazione del fatto che il contatto tra i due soggetti avviene mediante tecniche di comunicazione a distanza –fax, telefono, internet, e-mail.

Come anticipato in merito a tali contratti, il termine del diritto di recesso è di 14 giorni dalla conclusione del contratto anche nel caso di contratto stipulato fuori dai locali commerciali e rappresenta lo strumento che tutela il contenente debole da abusi di potere da parte del professionista: difatti con il riconoscimento del c.d. diritto al ripensamento sull'acquisto effettuato, il consumatore può pentirsi dell'acquisto fatto e, in tal modo, può cancellarlo: mediante lo scioglimento del contratto già stipulato il consumatore restituisce il bene al professionista, il quale lo libera dall'obbligo di pagamento del prezzo, o glielo restituisce se la somma è già stata versata. La disciplina del diritto di recesso contenuta nel Codice si sostanzia oggi essenzialmente nell'obbligo del professionista di informare il consumatore del suo diritto di recesso a sciogliere il contratto *ad nutum* e nella previsione del termine entro il quale esercitare tale diritto.

La caratteristica principale dei contratti stipulati fuori dai locali commerciali è data dal fatto che il luogo di conclusione del contratto è diverso da quello in cui il professionista esercita ordinariamente la propria professione – può trattarsi, ad esempio, del luogo di lavoro del consumatore o del suo domicilio¹²¹ – e si tratta di contratti stipulati *inter presentes*, a differenza dei contratti conclusi a distanza.

Di particolare rilievo è l'art. 50 del Codice del consumo, il quale stabilisce che «per quanto riguarda i contratti negoziati fuori dei locali commerciali il professionista fornisce al consumatore le informazioni di cui all'articolo 49, comma 1¹²², su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole. Dette informazioni devono essere leggibili e presentate in un linguaggio semplice

¹²¹ L'art. 45 lett. h) del Codice del consumo stabilisce che «“contratto negoziato fuori dei locali commerciali”: qualsiasi contratto tra il professionista e il consumatore: 1) concluso alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore, in un luogo diverso dai locali del professionista; 2) per cui è stata fatta un'offerta da parte del consumatore, nelle stesse circostanze di cui al numero 1; 3) concluso nei locali del professionista o mediante qualsiasi mezzo di comunicazione a distanza immediatamente dopo che il consumatore è stato avvicinato personalmente e singolarmente in un luogo diverso dai locali del professionista, alla presenza fisica e simultanea del professionista e del consumatore; oppure; 4) concluso durante un viaggio promozionale organizzato dal professionista e avente lo scopo o l'effetto di promuovere e vendere beni o servizi al consumatore».

¹²² L'49 co.1 elenca le informazioni che devono essere rese al consumatore prima che questi sia vincolato dal contratto: fra queste vi sono le caratteristiche principali del bene o del servizio, l'identità del professionista, l'indirizzo del professionista, le modalità di pagamento, la durata del contratto, il diritto di recesso, ove previsto.

e comprensibile»¹²³. Inoltre, «il professionista fornisce al consumatore una copia del contratto firmato o la conferma del contratto su supporto cartaceo o, se il consumatore è d'accordo, su un altro mezzo durevole, compresa, se del caso, la conferma del previo consenso espresso e dell'accettazione del consumatore in conformità all'articolo 59, comma 1, lettera o)». Ai fini del rispetto del termine previsto dal Codice, il consumatore deve informare il professionista della propria decisione di recedere, inviando prima della scadenza del termine un modulo tipo di recesso o una qualsiasi dichiarazione esplicita, come già precisato in merito ai contratti a distanza.

Degna di nota è la circostanza che, escludendo l'art. 47 alcuni specifici contratti dal campo di applicazione delle Sezioni dalla I alla IV – s'intende i contratti stipulati per i servizi sociali, di assistenza sanitaria, aventi ad oggetto la creazione di beni immobili¹²⁴ e la costituzione o il trasferimento di diritti su beni immobili, i contratti relativi ad alimenti, bevande, o altri beni destinati all'uso domestico e così via –, anche per i contratti in commento varrà la medesima esclusione, essendo questi ultimi ricompresi nella Sezione II.

¹²³ Nella sentenza *Hamilton A. v Volksbank Filder EG*, C-412/06, la Corte di Giustizia ha precisato che «il fatto di fornire per iscritto al consumatore un'informazione errata circa l'esercizio del diritto di recesso dev'essere equiparato alla mancanza di qualsiasi informazione al riguardo, dato che queste due circostanze inducono allo stesso modo in errore il consumatore sul suo diritto di recesso».

¹²⁴ L'esclusione dei contratti aventi ad oggetto beni immobili richiede l'intervento della Corte di Giustizia nel dirimere le questioni interpretative che ne sono derivate. Nella sentenza *Travel Vac contro Manuel José Antelm Sanchis*, C-423/97, la Corte ha precisato che «occorre anzitutto rilevare che, pur essendo vero che i contratti di multiproprietà formano oggetto delle previsioni della direttiva 94/47, ciò non esclude che un contratto contenente un elemento di multiproprietà possa parimenti ricondursi all'ambito di applicazione della direttiva 85/577, ove i presupposti per l'applicazione di quest'ultima siano per altro verso soddisfatti. 23. Invero, nessuna delle due direttive contiene disposizioni intese ad escludere l'applicazione dell'altra. Inoltre, sarebbe in contrasto con la finalità della direttiva 85/577 un'interpretazione secondo la quale la tutela da essa apprestata sarebbe esclusa per il semplice motivo che il contratto rientri in via di principio nell'ambito di applicazione della direttiva 94/47; simile interpretazione avrebbe la conseguenza di privare il consumatore della possibilità di avvalersi delle disposizioni protettive della direttiva 85/577, ancorché il contratto sia stato stipulato al di fuori di un locale commerciale. 24. Va inoltre rilevato che è bensì vero che, in forza dell'art. 3, n. 2, lett. a), della direttiva 85/577, quest'ultima non si applica né ai contratti relativi alla costruzione, alla vendita e alla locazione di beni immobili né a quelli vertenti su altri diritti relativi a beni immobili. 25. Tuttavia, si deve constatare, come ha correttamente rilevato la Commissione, che poiché un contratto come quello controverso nella causa a qua non verte unicamente sul diritto d'uso su un immobile a tempo ripartito (time-share), ma riguarda altresì la fornitura di servizi distinti, di valore superiore a quello del diritto d'uso sull'immobile, il contratto non ricade nell'esclusione di cui all'art. 3, n. 2, lett. a), della direttiva 85/577».

2.3.3 Il divieto di pratiche commerciali scorrette

Alcuni dei profili fondamentali della normativa di tutela di matrice europea sono rappresentati dall'obbligo di informazione ed educazione del singolo consumatore. Si tratta iniziative volte a consentire la piena e corretta consapevolezza delle caratteristiche e della qualità dei prodotti e dei servizi offerti sul mercato, nel tentativo di indurre il consumatore a compiere scelte razionali e ben ponderate, anche in virtù della conoscenza dei propri diritti¹²⁵.

In particolare, per quanto attiene al profilo delle informazioni indirizzate ai consumatori, ricopre un ruolo fondamentale la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, inserita all'interno degli articoli 18 ss. del Codice del consumo.

Storicamente, la disciplina contenuta negli articoli da 18 a 27 era volta a regolare, al contempo, l'utilizzo, da un lato, della pubblicità ingannevole e comparativa e, dall'altro, l'esercizio di pratiche commerciali scorrette, rivolgendosi ad una platea di destinatari comprendenti sia soggetti che esercitavano attività d'impresa, sia consumatori.

L'adozione della direttiva 29/2005/CE ha condotto, invece, ad una rigida separazione tra la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, indirizzata a tutelare esclusivamente i consumatori persone fisiche – ed inserita nel Codice del consumo – e la disciplina della pubblicità ingannevole e comparativa, rivolta a tutelare gli interessi dei professionisti – attualmente contenuta nel d. lgs. 145/2007¹²⁶.

¹²⁵ Non è un caso che l'art. 2 del Codice del consumo, rubricato «Diritti dei consumatori», indichi fra gli altri, anche il diritto «ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità» e «all'esercizio delle pratiche commerciali secondo principi di buona fede, correttezza e lealtà».

¹²⁶ Il sesto considerando della direttiva 29/2005/CE chiarisce che «essa [la direttiva] non riguarda e lascia impregiudicate le legislazioni nazionali sulle pratiche commerciali sleali che ledono unicamente gli interessi economici dei concorrenti o che sono connesse ad un'operazione tra professionisti. Tenuto pienamente conto del principio di sussidiarietà, gli Stati membri, ove lo desiderino, continueranno a poter disciplinare tali pratiche, conformemente alla normativa comunitaria. Inoltre, la presente direttiva non riguarda e lascia impregiudicate le disposizioni della direttiva 84/450/CEE in materia di pubblicità che risulti ingannevole per le imprese ma non per i consumatori e in materia di pubblicità comparativa». L'ottavo considerando precisa che «resta inteso che esistono altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i concorrenti e i clienti».

Inoltre, il settimo considerando della direttiva 29/2005/CE stabilisce che «la presente direttiva riguarda le pratiche commerciali il cui intento diretto è quello di influenzare le decisioni di natura commerciale dei consumatori relative a prodotti. Non riguarda le pratiche commerciali realizzate principalmente per altri scopi, comprese ad esempio le comunicazioni commerciali rivolte agli investitori, come le relazioni annuali e le pubblicazioni promozionali delle aziende. Non riguarda i requisiti giuridici inerenti al buon gusto e alla decenza che variano ampiamente tra gli Stati membri.

L'ampia gamma di comportamenti che rientrano nella nozione di “pratica commerciale” è inserita all'interno dell'art. 18, comma 1, lett. d)¹²⁷, considerata tale a prescindere dal momento in cui questa viene posta essere – s'intende sia prima, che dopo, che durante la conclusione di un contratto, o persino a prescindere da qualsiasi relazione giuridica intercorrente tra il professionista e il consumatore¹²⁸. Bisogna chiarire che la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette si estende fino a ricomprendere i contratti di cui siano parte le microimprese, definite dall'art. 18, comma 1, lett. d-*bis*) del codice come «entità, società o associazioni che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003».

Una pratica viene definita “scorretta” se «è contraria alla diligenza professionale¹²⁹, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio¹³⁰ che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta

Le pratiche commerciali quali ad esempio le sollecitazioni commerciali per strada possono essere indesiderabili negli Stati membri per motivi culturali. Gli Stati membri dovrebbero di conseguenza poter continuare a vietare le pratiche commerciali nei loro territori per ragioni di buon gusto e decenza conformemente alle normative comunitarie, anche se tali pratiche non limitano la libertà di scelta dei consumatori».

¹²⁷ L'art. 18 intende per «“pratiche commerciali tra professionisti e consumatori” (di seguito denominate: “pratiche commerciali”): qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori».

¹²⁸ Difatti, il considerando 13 della direttiva 29/2005/CE stabilisce che «il divieto unico generale comune istituito dalla presente direttiva si applica pertanto alle pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento economico dei consumatori. Per sostenere la fiducia da parte dei consumatori il divieto generale dovrebbe applicarsi parimenti a pratiche commerciali sleali che si verificano all'esterno di un eventuale rapporto contrattuale tra un professionista ed un consumatore o in seguito alla conclusione di un contratto e durante la sua esecuzione».

¹²⁹ L'art. 18, comma 1, lett. h) cod. cons. definisce “diligenza professionale” 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».

¹³⁰ Il considerando 18 della direttiva 29/2005/CE identifica il consumatore medio nel soggetto «normalmente informato e ragionevolmente attento ed avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici».

a un determinato gruppo di consumatori»¹³¹. Pertanto, una pratica commerciale esercitata dal professionista, la quale riveste i caratteri elencati dall'art. 20, comma 2, è vietata, ai sensi del comma 1 dello stesso articolo.

Tale definizione ha, invero, carattere residuale, dal momento che all'interno di questo genere sono ricomprese due specie di pratiche commerciali scorrette: quelle considerate “ingannevoli”, ossia azioni od omissioni che inducono il consumatore ad assumere decisioni che altrimenti non avrebbe preso, essendo stato indotto in errore; e quelle considerate “aggressive”, in quanto idonee a limitare considerevolmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore, mediante, tra le altre, il ricorso alla forza fisica, all'indebito condizionamento¹³².

Sebbene il legislatore abbia previsto la possibilità, per il consumatore, di ricorrere alla tutela fornita in via amministrativa dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che ha il compito di vigilare sul corretto andamento del mercato e, quindi, anche di inibire o sospendere le pratiche commerciali considerate scorrette, non ha, d'altra parte, fornito strumenti idonei a rimediare alla violazione del divieto di pratiche commerciali scorrette che abbia avuto ripercussioni sulla validità del contratto concluso¹³³.

Si può leggere in nota dottrina che, nel risolvere la questione circa il rimedio contrattuale da adottare successivamente all'accertamento da parte dell'Antitrust, la riluttanza nel propendere per l'invalidità del contratto o per la responsabilità – contrattuale o extracontrattuale – deriva dalla circostanza che la verifica circa la scorrettezza della pratica è effettuata in relazione ad un consumatore medio: pertanto, potrebbe condurre a diversi risultati nel caso in cui ci si spostasse da un

¹³¹ Le pratiche commerciali che la direttiva 29/2005/CE vieta non sono definite “scorrette”, bensì “sleali”. La slealtà è individuata sia in base alla ricorrenza di requisiti come la contrarietà alla diligenza professionale e l'idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore; ma anche in base alla riconduzione delle pratiche a due distinte categorie (ingannevoli o aggressive); oppure, infine, in base ad una elencazione di pratiche da considerare in ogni caso sleali (ricompreso nell'Allegato I della direttiva).

¹³² La direttiva 29/2005/CE, art. 2, lett. f.) e l'art. 18, lett. 1), cod. cons., definiscono indebito condizionamento lo «*sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia*».

¹³³ Invero, l'art. 19, comma 2, lett. a) del Codice del consumo stabilisce che «*il presente titolo [quello relativo alle pratiche commerciali scorrette, appunto] non pregiudica: a) l'applicazione delle disposizioni normative in materia contrattuale, in particolare delle norme sulla formazione, validità od efficacia del contratto*». È, dunque, compito dell'interprete capire quale sia il rapporto intercorrente tra contratto e pratica commerciale scorretta, di talché capire quale sia il rimedio più idoneo al caso concreto.

piano generale ad uno più particolare, ossia quello del caso *de quo*. Inoltre, la violazione del consenso è una condizione prettamente e fisiologicamente soggettiva. Più propensa è la dottrina nel riconoscere la possibilità per il consumatore di invocare la responsabilità ex art. 1337 c.c., in quanto trattasi di un comportamento contrario a buona fede, in linea con quanto previsto in materia di TUB e TUF¹³⁴.

2.4 Oltre la protezione del consumatore

2.4.1 I contratti di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica

Come anticipato in premessa, la protezione dei soggetti deboli del mercato non si arresta ai rapporti *business to consumer*, ma si estende fino a ricomprendere i contratti stipulati da soggetti che, dal punto di vista soggettivo, ricoprono la stessa qualifica, ma che nel concreto si distinguono per la diversa forza contrattuale che esercitano sul mercato. È questo lo spirito che anima la disciplina del contratto di subfornitura stipulato tra due imprese, delle quali l'una detiene una forza di mercato maggiore rispetto all'altra, sicché lo scopo del legislatore è quello di proteggere la seconda da eventuali abusi della prima.

Il contratto di subfornitura regola il rapporto intercorrente tra un'impresa committente, dotata di maggior potere di mercato e un'impresa subfornitrice, che si distingue dalla prima in quanto caratterizzata da una condizione di debolezza nel mercato.

Dal punto di vista oggettivo, tale contratto non si identifica con un solo tipo contrattuale, ma può corrispondere a diversi tipi di contratto, quali, ad esempio, la vendita, l'appalto, la somministrazione; da ciò ne consegue che, di volta in volta, al rapporto instauratosi tra le imprese verrà applicata, per un verso, la disciplina dettata dalle norme della l. 192/98, per altro verso, la disciplina dettata dalle norme relative al tipo di contratto stipulato.

La caratteristica essenziale del rapporto di subfornitura è la dipendenza organizzativa dell'impresa subfornitrice rispetto a quella committente: l'impresa subfornitrice è infatti organizzata in modo tale da produrre beni e servizi o

¹³⁴ Per maggiori approfondimenti v. R. ALESSI, *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2019; A. CATRICALA' e M. P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, op. cit.

lavorazioni esclusivamente in funzione della committente, dunque la dipendenza economica della prima nei confronti della seconda costituisce una logica ed obbligata conseguenza dello stretto rapporto che tra di esse intercorre.

La dipendenza dell'impresa subfornitrice può sostanziarsi nell'«effettuare, per conto di una impresa committente, lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima», in questo caso si tratta di subfornitura di lavorazioni; oppure nel «fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso», trattandosi in questo caso di subfornitura di beni o servizi.

In entrambi i casi, a riprova della dipendenza del subfornitore, quest'ultimo esegue le lavorazioni o le forniture «in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente».

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, il contratto dev'essere stipulato in forma scritta a pena di nullità – alla quale viene assimilata la comunicazione «per telefax o per altra via telematica» –, specificando i caratteri del bene o del servizio da fornire, i termini di pagamento del prezzo – il quale dev'essere inderogabilmente «determinato o determinabile in modo chiaro e preciso» – e, infine, le conseguenze in caso di inottemperanza, i termini e le modalità di consegna e di collaudo.

L'art. 6 prevede la nullità di alcune clausole come conseguenza al loro carattere vessatorio per il subfornitore: il riferimento è, ad esempio, a quelle che «riservi[no] ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura», o che attribuiscono ad una delle parti la facoltà di recedere senza congruo preavviso¹³⁵.

Fra le clausole per le quali il legislatore ha previsto un regime inderogabile di nullità, particolare menzione meritano quelle che, ai sensi dell'art. 9, determinano un “abuso di dipendenza economica”¹³⁶. Come anticipato, la condizione di

¹³⁵ Si può leggere in ROPPO V., *Il contratto, op. cit.*, p. 868, che «notevole è la previsione di “nullità del patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale”: perché difficilmente, al di fuori del fenomeno dei prezzi imposti, è dato rilevare un così esplicito imperativo legale di “adeguatezza” o “congruità” del corrispettivo contrattuale, in deviazione del principio che lascia questo elemento nel dominio della libera contrattazione fra le parti».

¹³⁶ La Corte di Cassazione ha stabilito che la disciplina di protezione dettata dall'art. 9 della l. n. 192/1998 abbia portata generale, in quanto volta a sanzionare tutti i comportamenti identificabili

“dipendenza economica” in sé rappresenta una logica conseguenza del rapporto intercorrente tra le due imprese, dunque lecita: sicché, il vincolo che lega le due imprese dipende dalle condizioni e dalle relazioni del mercato, ancor prima che da rapporti contrattuali. Infatti, dal momento che l’attività del subfornitore è improntata e organizzata in funzione dell’attività della committente, sarebbe particolarmente arduo per la prima riuscire a riadattare la propria organizzazione in funzione di una nuova committente, nell’ipotesi di arbitraria rottura delle relazioni commerciali intercorrenti tra le due imprese.

Il comma 1 dell’art. 9 definisce dipendenza economica «la situazione in cui un’impresa sia in grado di determinare, nei rapporti commerciali con un’altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti e di obblighi. La dipendenza economica è valutata tenendo conto anche della reale possibilità per la parte che abbia subito l’abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti»¹³⁷.

Ciò che preme evidenziare è che la legge vieta, non già la condizione di dipendenza economica, bensì l’abuso che di tale condizione l’impresa committente può compiere. Può manifestarsi in diverse forme, fra le quali, alcune sono elencate dal comma 2 dell’art. 9: il rifiuto di vendere o di comprare, l’imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie o, ancora, l’interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. Va opportunamente rilevato, in merito a tale comma, che, come è possibile denotare *prima facie*, fra le condotte vietate dall’ordinamento sono ricompresi comportamenti che possono prescindere dalla

come “abuso di dipendenza economica” che si verificano nei rapporti verticali tra imprese, e quindi riconoscervi portata generale: «L’abuso di dipendenza economica di cui all’art. 9 della legge n. 192 del 1998 configura una fattispecie di applicazione generale, che può prescindere dall’esistenza di uno specifico rapporto di subfornitura, la quale presuppone, in primo luogo, la situazione di dipendenza economica di un’impresa cliente nei confronti di una sua fornitrice, in secondo luogo, l’abuso che di tale situazione venga fatto, determinandosi un significativo squilibrio di diritti e di obblighi, considerato anzitutto il dato letterale della norma, ove si parla di imprese clienti o fornitrici, con uso del termine cliente che non è presente altrove nel testo della L. n. 192 del 1998». V. Cass. n. 24906/2011, ord.

¹³⁷ Non è abbastanza chiaro se l’eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi e l’assenza di alternative soddisfacenti sul mercato rappresentino criteri di determinazione dell’abuso di dipendenza economica siano validi universalmente. Alcuni ritengono che il solo criterio valido ad accertare l’abuso di dipendenza economica sia la mancanza di alternative soddisfacenti; altra parte della dottrina, meno categorica della prima, ammette che il criterio dell’eccessivo squilibrio possa detenere un qualche ruolo, seppur residuale. Altri, ammettono la validità di entrambi i criteri, sulla base della leggera della norma nella quale l’inciso “anche” adduce ad un collegamento del primo criterio con il secondo. Per ulteriori approfondimenti cfr. A. CATRICALA’ e PIGNALOSA M. P., *Manuale del diritto dei consumatori*, op. cit.

conclusione di un contratto tra le due imprese o, addirittura, precederlo. Nella prima ipotesi, infatti, l'impresa incorrerà non già in responsabilità contrattuale, bensì extracontrattuale, alla quale conseguirà il risarcimento del danno, ove ricorrano i presupposti ex art. 2043 c.c. Per quanto invece riguarda la seconda ipotesi «poiché tale abuso si concretizza nell'eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi tra le parti nell'ambito dei "rapporti commerciali", esso presuppone che tali rapporti siano regolati da un contratto. Conseguentemente, la responsabilità da questo derivante non può che assumere natura contrattuale»¹³⁸. Nel terzo caso l'abuso si sostanzia nel concreto atteggiarsi dell'impresa, sulla base delle condizioni stabilite in contratto: ad esempio, esercitando il diritto di recesso o di disdetta, effettivamente previsti da una clausola del contratto in sé lecita, ma esercitata in modo ingiustificato ed arbitrario¹³⁹.

Come si evince dalla lettura dei testi di legge, emerge un parallelismo tra la disciplina dell'abuso di dipendenza economica e quella relativa all'inserimento di clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore, dovuto soprattutto dall'identità di *ratio* tra queste intercorrente, ossia la protezione del contraente più debole. Segnatamente, la tecnica di controllo e la scelta del rimedio appaiono del tutto simili: in entrambi i casi il legislatore ha predisposto il rimedio della nullità, o meglio, di nullità c.d. di protezione, ossia parziale ove possibile, relativa e ad esclusivo vantaggio del contraente debole¹⁴⁰.

L'unica differenza riscontrabile tra le due normative si sostanzia nella diversità di oggetto sul quale viene esercitato il controllo dell'equilibrio contrattuale: infatti, nei contratti conclusi fra consumatori e professionisti, l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi e la determinazione dell'oggetto del contratto non sono sottoposti al vaglio di vessatorietà, a patto che «siano individuati in modo chiaro e

¹³⁸ Cass. Sez. Un. n. 24906/2011 cit.

¹³⁹ In dottrina si è giunti alla conclusione che i casi maggiormente frequenti ed oggetto di domanda in giudizio dell'impresa subfornitrice, sono rappresentati dalle condotte che comportano l'espulsione, da parte dell'impresa committente, dell'impresa subfornitrice dalle relazioni commerciali. Più infrequente è, invece, la domanda di nullità del contratto per abuso consistente nell'inserimento di clausole "gravose e discriminatorie". V. R. ALESSI, *op. cit.*, p. 448.

¹⁴⁰ In relazione ai caratteri della nullità c.d. di protezione ed ai dibattiti sorti in merito, si rimanda al capitolo 3.

comprensibile», contrariamente a quanto avviene nei contratti tra professionisti in cui può rilevarsi un abuso di dipendenza economica¹⁴¹.

Per la verità, la nullità può essere comminata anche in occasione di un contratto stipulato tra due imprese dominanti che impongono condizioni gravose alle imprese dipendenti o con le quali intendono intraprendere relazioni contrattuali.

Nonostante l'art. 9 sanzioni i "patti" contenenti clausole che impongono condizioni «ingiustificatamente gravose o discriminatorie», deve affermarsi che la stessa conseguenza valga per i negozi unilaterali, che si sostanziano in una diffida ad adempiere o nell'esercizio del diritto di recesso.

Infine, il comma 3 dell'art. 9 stabilisce che le azioni in materia di abuso di dipendenza economica devono essere esperite davanti il giudice ordinario, fatta salva, come stabilito dal comma 3-bis, la competenza dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che, mediante diffide e sanzioni, può attivare i propri poteri d'indagine e avviare il procedimento d'istruttoria, anche in caso di segnalazione proveniente da terzi.

¹⁴¹ Una delle differenze principali tra la tutela apprestata dal codice del consumo al consumatore e la tutela apprestata dalla l. n. 192/1998 all'impresa debole consiste nella situazione di asimmetria informativa che intercorre tra professionista e consumatore, da un lato, e impresa forte e debole, dall'altro lato: nel primo caso si tratta di un'asimmetria di tipo informativo, mentre nel secondo caso di tipo economico. Inoltre, l'accertamento dell'asimmetria tra le imprese deve avvenire in concreto; difatti quest'ultima non è presunta, sulla base del ricorrere di determinate qualità soggettive delle parti contraenti – regola invece valida per l'asimmetria informativa –, ma richiede una valutazione che tenga conto delle circostanze oggettive. Infine, se il rapporto tra consumatore e professionista può instaurarsi anche a seguito di adesione del consumatore a contratti unilateralmente predisposti dal professionista per una serie indefinita di contratti, il rapporto di fornitura si basa esclusivamente su una contrattazione individuale preceduta da complesse trattative.

2.5 Gli strumenti giuridici a disposizione del contraente debole

2.5.1 Cenni alla nullità di protezione e agli obblighi informativi a carico del professionista

Nel dettare la disciplina del rapporto intercorrente tra consumatore e professionista, il legislatore del Codice del consumo ha previsto alcuni strumenti giuridici ad esclusivo vantaggio ed utilizzo del consumatore, mirando a rimediare alla condizione di asimmetria informativa attraverso la predisposizione, da un lato, di strumenti preventivi all'accordo – con l'imposizione dei vincoli di forma che si inseriscono nel più ampio fenomeno del c.d. "neo-formalismo negoziale" – e dall'altro, di strumenti successivi al perfezionamento del contratto, quali la nullità c.d. di protezione e il diritto al ripensamento.

Il capitolo terzo, interamente dedicato alla nullità di protezione, mostrerà come l'esigenza di tutela dei soggetti più deboli ha condotto all'imposizione di vincoli di forma e alla previsione di nullità di protezione anche in altri contesti normativi del nostro ordinamento, di per sé caratterizzati dallo stesso squilibrio contrattuale che caratterizza il rapporto tra il consumatore e il professionista, tra cui si segnalano proprio l'art 23 del T.U.F e l'art. 127 del T.U.B.

In tale prospettiva, va rilevato che un dato fondamentale nella trattazione delle nullità di protezione è rappresentato dal fatto che le svariate discipline che le prevedono non sono perfettamente coincidenti; infatti, le nullità si adeguano allo specifico contesto nel quale sono inserite e alla specifica *ratio* di tutela per la quale sono predisposte¹⁴².

Il caso paradigmatico della nullità di protezione è rappresentato dall'art. 36 del Codice del Consumo, i cui caratteri si discostano dalla nullità tradizionale prevista dal Codice civile, proprio perché protesa a riequilibrare le posizioni di due soggetti che si trovano su due diversi piani. Si tratta, invero, di uno strumento a legittimazione relativa ma, al contempo, rilevabile d'ufficio dal giudice nell'interesse di una sola delle parti, nell'ottica di realizzazione di interessi sovraindividuali, oltretutto del singolo consumatore, tutelando in questo modo il corretto andamento del mercato.

¹⁴² V. capitolo terzo: il parere del Consiglio di Stato (20 dicembre 2004) circa l'impossibilità di ricondurre ad una categoria unitaria la nullità di protezione.

Anche dal punto di vista degli obblighi informativi le discipline di settore impongono regole più incisive e rigose, a differenza del Codice civile che, regolando un rapporto perfettamente simmetrico, non impone particolari obblighi informativi a carico delle parti¹⁴³.

Nella stessa ottica di tutela del contraente debole, gli obblighi informativi sono previsti dal legislatore per fornire a quest'ultimo un grado di conoscenza funzionale ad una contrattazione leale e corretta, sia delle clausole stesse del contratto sia di fattori esterni che potrebbero eventualmente incidere sul regolamento contrattuale. Nel prossimo capitolo si avrà modo di vedere che assume particolare rilievo la c.d. "forma informativa".

Inoltre, affinché il contraente debole sia effettivamente tutelato non è sufficiente che al professionista siano imposti obblighi formali; è piuttosto necessario che rispetti il carattere della chiarezza e della comprensibilità, nell'ottica del più ampio principio di trasparenza contrattuale, sia in relazione ai doveri informativi a questi imposti, sia in relazione alla redazione delle singole clausole contrattuali.

2.5.2 Il diritto di recesso

Come anticipato *supra* in merito ai contratti stipulati a distanza e fuori dai locali commerciali, il legislatore consente alle parti di sciogliersi dal vincolo contrattuale mediante un atto unilaterale e recettizio.

Tale facoltà era già stata prevista dall'art. 1373 del Codice civile prima dell'entrata in vigore del Codice del consumo. Il recesso previsto dal Codice civile può essere di tipo legale, ossia specificatamente previsto dalla legge (ad esempio, nella disciplina del mandato, la revoca anticipata del contratto è subordinata all'esistenza di una giusta causa o ad un congruo preavviso); oppure può trattarsi di un diritto convenzionale, ossia caratterizzato dal fatto che non trovi fonte nella legge, ma nello stesso accordo contrattuale, subordinato anche in questo caso a presupposti come la giusta causa e l'onere di preavviso. Segnatamente, il secondo dei due tipi di recesso costituisce un'eccezione al generale principio di vincolatività del

¹⁴³ Un'eccezione in tal senso è prevista dagli artt. 1337 e 1338, i quali impongono rispettivamente un generale comportamento improntato a buona fede, nel quale rientra il dovere stesso di informare la controparte, e gli obblighi di informazione in merito ad una causa di invalidità del contratto.

contratto previsto dell'art. 1372 del Codice, in base al quale il contratto può essere sciolto esclusivamente per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge¹⁴⁴.

La facoltà di recesso riconosciuta dalla normativa di settore differisce da quella dinanzi presentata del Codice civile, in quanto, come più volte detto, tale strumento viene posto a tutela di un contraente caratterizzato da maggiore debolezza rispetto all'altro, quindi in funzione di rimedio allo squilibrio informativo che caratterizza i contratti *business to consumer*.

La differenza principale tra il recesso previsto dal Codice civile e quello previsto dal Codice del consumo è data dalla circostanza, di non poco rilievo, che ai sensi del secondo il consumatore può recedere senza alcuna penalità e senza dover specificare i motivi¹⁴⁵ – entro un tempo ridotto e in tutti i casi in cui voglia revocare il proprio consenso in merito al contratto stipulato e voglia compiere una nuova valutazione circa la convenienza dell'affare, circostanze che possono facilmente verificarsi proprio nei contratti conclusi a distanza o negoziati fuori dai locali

¹⁴⁴ Sulla distinzione tra recesso e condizione risolutiva meramente potestativa cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, p. 1985.

¹⁴⁵ La Corte di giustizia. CE aprile 1999, causa C-423/97 ha statuito che l'esercizio del diritto di recesso «prescinde da qualsiasi presupposto giustificativo». Attraverso l'esercizio di tale diritto, il contraente debole può svincolarsi dal contratto e difendersi da possibili abusi da parte del professionista che possono dipendere non solo da eventi esterni al contratto, ma possono riguardare anche caratteri o condizioni del contratto stesso. Invero, buona parte della dottrina ritiene che la libertà e la discrezionalità con cui tale diritto può essere esercitato, dev'essere "limitata" ad un utilizzo che sia corretto e conforme a buona fede. Infatti, coloro si sono riferiti all'esercizio del diritto di recesso con l'espressione "semplice capriccio", hanno sostenuto che il professionista potrà senz'altro contestare il recesso esercitato dal consumatore presentando al giudice gli elementi che consentono di smentire l'incondizionato e presunto diritto del contraente debole nel caso *de quo*. Nell'intento di chiarire in che modo la controparte professionista possa impedire l'esercizio del recesso quando la parte abbia già usufruito dell'oggetto del contratto, la CGUE (Sez. I, 3 settembre 2009, nella causa C-489/07, *Pia Messner c. Firma Stefan Kruger*, in *ilcaso.it*) ha stabilito che «l'art. 6, n. 1 secondo periodo, e 2, della direttiva CE del parlamento europeo e del Consiglio 20 maggio 1997, 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, (...) non osta a che venga imposto al consumatore il pagamento di un'indennità per l'uso di tale bene nel caso in cui egli abbia fatto uso del detto bene in un modo incompatibile con i principi del diritto civile, quali la buona fede o l'arricchimento senza giusta causa». Per ulteriori approfondimenti cfr. G. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 70; M.C. CHERUBINI, *Sul c.d. diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, Roma, 1999, p. 698; M. ATELLI, *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello jus poenitendi attribuito "ex lege" dal consumatore*, in *Riv. dir. priv*, Torino, 2001, p. 359.

Per la verità, contrariamente a quanti ritengono che l'esercizio del diritto di recesso debba essere controbilanciato dal principio di buona fede, in modo tale da non sfociare in abuso del diritto, il Trib. Roma, sez. III, 3. Maggio 2010, in *ilcaso.it* ha stabilito che «il diritto di recesso riconosciuto al consumatore quale manifestazione di un pentimento ha carattere incondizionato e discrezionale... e non è sottoposto al limite dell'abuso del diritto», inoltre non deve «trovare alcun ostacolo anche nel caso in cui fosse dimostrata la (...) pretesa malafede nell'esercitarlo» (nonostante riconosca certamente che il divieto di abuso del diritto è «espressione del più generale dovere di buona fede, quale obbligo di salvaguardare gli interessi della controparte»).

commerciali, che rappresenta una delle prime fattispecie a prevedere il diritto di recesso¹⁴⁶.

Il termine di quattordici giorni, entro il quale il consumatore può esercitare il proprio diritto di recedere, decorrerà dalla conclusione del contratto nel caso in cui questo abbia ad oggetto servizi o fornitura di gas o elettricità, teleriscaldamento o contenuto digitale non fornito su supporto materiale; diversamente, decorrerà dal momento in cui il consumatore o un terzo diverso dal vettore, ma designato dal consumatore, abbia ottenuto il possesso fisico del bene, nel caso di contratto di vendita.

Per consentire al consumatore di esercitare liberamente ed effettivamente il proprio diritto, il professionista ha l'obbligo di informare il consumatore delle condizioni, dei termini e delle procedure per l'esercizio del diritto, consegnandoli a tal fine il modulo tipo.

Il legislatore ha previsto un rimedio espresso per l'ipotesi in cui il professionista non abbia fornito le informazioni sul recesso: infatti, in tal caso il termine per l'esercizio del diritto scadrà dodici mesi dopo l'iniziale diritto di recesso. Invece nel caso in cui l'informazione sia resa entro dodici mesi dalla data iniziale di decorrenza del periodo, il termine di quattordici giorni comincerà a decorrere dal giorno successivo in cui l'informazione è stata resa¹⁴⁷.

Come si è avuto modo di notare nel primo capitolo, la disciplina del diritto di recesso si adatta e muta in base al contesto socioeconomico nel quale è chiamato ad operare. Per fornire un esempio, si guardi la disciplina della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, dove il termine previsto per l'esercizio è 14 giorni, il quale aumenta a 30 nel caso di contratti aventi ad oggetto assicurazioni sulla vita. Si guardi ancora la disciplina dei contratti di multiproprietà, o relativi a prodotti per le vacanze di lungo termine o, ancora, ai contratti di rivendita e scambio, in cui il termine si estende a tre mesi o a un anno e quattordici mesi.

A riprova dell'incoerenza interna al sistema in merito alla disciplina del diritto di recesso, che non consente quindi una visione unitaria dell'istituto, vi è la disciplina

¹⁴⁶ Così B. COLOSIMO, in *Codice del Consumo, Commentario*, (a cura di) G. VETTORI, Padova, 2007, p. 528 «lo *ius poenitendi* è uno strumento che, in ottica funzionale, mira al riequilibrio ex post delle posizioni soggettive, in una dimensione volta al recupero del significato fondante del concetto di autonomia contrattuale».

¹⁴⁷ V. art. 53 cod. cons. «Non adempimento dell'obbligo d'informazione sul diritto di recesso».

relativa all'efficacia del contratto nel caso di esercizio del diritto di recesso. In alcuni casi il recesso avrà effetto solo per il futuro, mediante lo scioglimento del vincolo contrattuale che, fino a quel momento, rimane valido ed efficace; in altri casi, invece, durante il periodo in cui può essere esercitato il recesso l'efficacia del contratto è sospesa. Si veda, ad esempio, l'art. 30, comma 6, TUF, il quale prevede la sospensione dell'efficacia del contratto; contrariamente agli artt. 64-67 del codice del consumo che nulla prevedono a riguardo.

2.5.4 L'azione inibitoria e l'azione di classe

Come si è visto, la disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori rende effettiva l'ormai generale e diffusa tendenza di tutelare i contraenti deboli del mercato. Al fine di garantire la concreta tutela dei diritti dei consumatori il legislatore ha predisposto un rimedio, quello della nullità, che si contraddistingue per il carattere individuale, incidendo solo sul rapporto tra i soggetti del giudizio, e successivo, dal momento che interviene dopo la conclusione del contratto stesso e, quindi, della redazione della clausola considerata vessatoria.

Tradizionalmente, il Codice del consumo prevedeva altresì un rimedio di tipo collettivo e preventivo da poter esperire contro l'utilizzo delle clausole vessatorie: l'azione inibitoria. Si trattava di una tutela che mirava al soddisfacimento dell'interesse di una pluralità di consumatori – dunque collettiva – e tesa ad ottenere la cessazione di un comportamento illecito – quindi preventiva. Pertanto, i soggetti legittimati ad azionare il rimedio erano le associazioni dei consumatori e dei professionisti o le Camere di commercio, non il singolo che ne aveva interesse. Inoltre, l'oggetto della domanda dell'azione inibitoria era costituito dalle condizioni generali standard predisposte dal professionista per una pluralità di consumatori e non già il singolo contratto.

Inoltre, il legislatore consumeristico aveva predisposto un rimedio di tipo risarcitorio, ossia l'azione di classe, operante su piano individuale e successivo alla commissione del danno.

Nell'intento di assegnare effettiva rilevanza alla tutela collettiva, lo stesso art. 2 del Codice del consumo elenca, tra i diritti riconosciuti ai Consumatori, i diritti

collettivi e ne promuove la tutela in sede nazionale e locale «anche in forma collettiva e associativa».

Le due azioni erano invero collocate negli artt. 140 e 140-*bis* del Codice del consumo, ma successivamente dell'entrata in vigore della legge n. 31/2019, hanno trovato apposita sistemazione all'interno degli artt. 840-*bis* – 840-*sexiesdecies* del Codice di procedura civile, nel titolo VIII-*bis* riservato ai «Procedimenti collettivi».

La modifica apportata dalla legge anzidetta non è di poco conto: infatti, la circostanza che tali rimedi siano stati traslati dal Codice del consumo, interamente improntato alla tutela del consumatore in quanto persona fisica che agisce per scopi che non rientrano in eventuale attività professionale o imprenditoriale da questi svolta, al Codice di tiro, testimonia la volontà di espandere la platea dei destinatari di tale disciplina. Siffatta scelta comporta l'evenienza che, oggi, qualsiasi consociato, non solo in quanto consumatore, possa attivare il rimedio inibitorio o risarcitorio per porre fine ad eventuali condotte offensive da parte di altri, a patto che tali condotte siano esercitate nell'esercizio di un'attività d'impresa o nella gestione di servizi pubblici o di pubblica utilità.

Giova inoltre evidenziare che anche in merito soggetti legittimati ad agire dinnanzi alla sezione specializzata in materia di imprese, si riscontrano elementi di novità rispetto al passato: nel caso dell'azione inibitoria, oltre alle associazioni di categoria, può agire chiunque ne abbia interesse; nel caso dell'azione risarcitoria, in aggiunta alle associazioni, può agire ogni componente che faccia parte della classe¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Per ulteriori approfondimenti in merito al procedimento v. artt. 840-*bis* – 840-*sexiesdecies* del c.p.c.

CAPITOLO 3

LA NULLITÀ DI PROTEZIONE. L'USO SELETTIVO NEL CONTRATTO DI INTERMEDIAZIONE FINANZIARIA

3.1 Deroga al regime di invalidità tradizionale: la nullità di protezione

3.1.1 Premessa

La categoria della nullità e, in generale, dei rimedi contrattuali occupa da sempre la mente degli interpreti e della giurisprudenza italiana e comunitaria. Se non altro, proprio la categoria dei rimedi contrattuali ha costituito oggetto di uno degli interventi di matrice comunitaria e di maggiore importanza in materia di contratti e, in particolare, afferenti alla tutela della parte debole del rapporto: la direttiva 93/13/CEE prescrive che «gli Stati membri prevedono che le *clausole abusive* contenute in un contratto stipulato tra consumatore e professionista *non vincolino il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali*». In effetti, il legislatore ha, di recente, introdotto nella normativa europea e nazionale numerosi casi in cui le clausole contrattuali sono *non vincolanti*¹⁴⁹, lasciando “in bianco” il rimedio da ricollegare alle diverse fattispecie contrattuali e rimettendo ai legislatori nazionali la scelta di quest’ultimo¹⁵⁰. È pur vero, però, che le fattispecie appena menzionate si ricollegano a quelle forme di invalidità *anomale*, c.d. *di protezione*, il cui regime si discosta dalle categorie tradizionali contenute negli artt. 1418 ss del cod. civile.

¹⁴⁹ Oltre la direttiva 93/13/CEE, del richiamo alla non vincolatività si è avvalsa la direttiva 2011/83/UE.

¹⁵⁰ Sul ricorso alla non vincolatività dal legislatore europeo, A. GENTILI, *La “nullità di protezione”*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2011, 1, p.83. Si veda anche S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di “non vincolatività” delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010, pag. 507. A. DALMARTELLO, *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2017, n.3. Dalmartello ripercorre il pensiero della Corte di Giustizia, in relazione agli effetti della non vincolatività delle clausole abusive: “ricava il principio – piuttosto ovvio nell’ottica del diritto interno italiano ove è esplicito il riferimento alla nullità della clausola abusiva – in forza del quale: «l’articolo 6, paragrafo 1, della direttiva 93/13 deve essere interpretato nel senso che una clausola contrattuale dichiarata abusiva deve essere considerata, in linea di principio, come se non fosse mai esistita, cosicché non può sortire effetti nei confronti del consumatore. Pertanto, l’accertamento giudiziale del carattere abusivo di una clausola del genere, in linea di massima, deve produrre la conseguenza di ripristinare, per il consumatore, la situazione di diritto e di fatto in cui egli si sarebbe trovato in mancanza di tale clausola»; con conseguente piena retroattività degli effetti restitutori. La Corte rimarca come tale conclusione sia funzionale all’obiettivo di deterrenza che emerge dal complesso della disciplina delle clausole abusive.”

Emblema delle forme di invalidità speciale è contenuta proprio nella disciplina delle clausole vessatorie inserite nei contratti dei consumatori¹⁵¹: in un primo momento prevista dagli articoli 1469 ss c.c., in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. 6.9.2005, n. 206 (Codice del consumo), la summenzionata disciplina è stata trasposta all'interno dell'art. 36 del c. cons. prevedendo che «*le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto*».

Il Codice del Consumo prevede altri casi di invalidità speciali, cui il legislatore si riferisce parlando di *nullità*: gli artt. 67-*septesdecies* e -*octiesdecies*, relativi alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari; l'art. 134, relativo alla disciplina della vendita dei beni di consumo; l'art. 78, inserito nel Capo I «Contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio».

Oltre alle singole previsioni di *nullità testuale*, la formulazione dell'art. 143¹⁵² cod. cons., dopo avere imposto l'irrinunciabilità dei diritti riconosciuti al consumatore, sancisce la *nullità delle "pattuizioni"* che risultano in contrasto con le disposizioni del codice stesso, con una previsione di carattere generale in grado di ricomprendere tutti quei casi in cui la nullità non è prevista espressamente dal codice.

Gli interventi legislativi concernenti la nullità di protezione hanno favorito il moltiplicarsi di casi di nullità speciali, anche in campi diversi da quello dei rapporti tra consumatore e professionista ed esterni al codice del consumo¹⁵³.

È già stato affrontato nel capitolo dedicato al contratto di intermediazione finanziaria, che le norme poste a tutela del consumatore non sono, in verità, esclusivamente rivolte a vietare l'inserimento di clausole sfavorevoli al consumatore, ma anche ad imporre numerosi obblighi di condotta al professionista: obblighi informativi, di trasparenza, di consegna del documento contrattuale al consumatore, divieto di esercitare una "pratica commerciale scorretta".

¹⁵¹ G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 2006, p. 135, precisa che l'espressione "contratti dei consumatori" pone l'accento sulla parte debole del rapporto contrattuale tra consumatore e professionista: esulano, infatti, dalla disciplina in esame i contratti tra consumatori o tra professionisti.

¹⁵² Co.1: «*I diritti attribuiti al consumatore dal codice sono irrinunciabili. È nulla ogni pattuizione in contrasto con le disposizioni del codice*».

¹⁵³ Cfr. L. 192/1998, c.d. legge subfornitura e d. lgs. 231/2002, di attuazione della direttiva CE 35/2000, sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

L'impostazione classica ha, sin dalle origini, ricondotto la violazione delle regole di comportamento poste a carico del professionista al piano della responsabilità precontrattuale o, in caso di dolo omissivo, al rimedio dell'annullabilità. Solo la dottrina più recente ha superato la rigida separazione tra regole di comportamento e regole di validità, ammettendo l'invalidità del contratto in seguito alla violazione di una norma imperativa, ex art. 1418, comma 1, c.c., anche in seguito alla violazione di regole di comportamento imposte ai contraenti¹⁵⁴.

È proprio con il recepimento della direttiva 93/13/CEE e con il successivo inserimento nel cod. civile del nuovo Capo XIV bis che viene introdotta, nel nostro ordinamento, una nuova forma di tutela dei rapporti contrattuali, non più di carattere formale, come quella fornita dagli artt. 1341, 1342 e 1370 del c.c., bensì sostanziale. Del resto, la nullità di protezione è “una figura in progress”¹⁵⁵. Basta osservare la disciplina del TUB, nella quale, solo nel 2010, è stato importato il principio dell'operatività della nullità ad esclusivo vantaggio del cliente, recepito dalla Direttiva 93/13/CEE.

3.1.2 L'inadeguatezza della tutela “formale” del cod. civile

La mutevolezza dei rapporti economici e i cambiamenti culturali e sociali della società nella sua interezza hanno condotto ad un'evoluzione delle forme e delle modalità di scambio tra gli agenti del mercato: i contratti costituiscono il principale mezzo di scambio dei beni e dei servizi economici e fungono da strumento di circolazione della ricchezza. Infatti, accogliendo le istanze della dottrina più sensibile alle nuove tendenze, con il cod. civile del 1942 nasce il fenomeno della standardizzazione contrattuale, ovvero della predisposizione unilaterale, da parte di un soggetto economico, di moduli, formulari e modelli contrattuali destinati a regolare in modo uniforme tutti rapporti successivi con gli “aderenti”¹⁵⁶, con coloro, cioè, che sono liberi di accettare e, quindi, di aderire al contratto, oppure di

¹⁵⁴ Si veda il capitolo 1.

¹⁵⁵ Cfr. A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Rivista di diritto bancario*, n2, 2020.

¹⁵⁶ La relazione del Guardasigilli al Codice civile definì i contratti standard (o di massa) come “contratti di adesione”, dalla definizione della parte contrattuale contrapposta al predisponente: l'aderente.

rifiutare. I contratti c.d. “di massa” si caratterizzano per l’*assenza di trattative*¹⁵⁷ - si tratta di una scelta tra due alternative: prendere o lasciare (take it or leave it) – ma anche per l’attitudine a ridurre sia i tempi impiegati per la conclusione dell’accordo, sia i costi di negoziazione normalmente necessari¹⁵⁸. Inoltre, questa normativa di tutela rappresenta uno strumento che trova applicazione in base ad un presupposto oggettivo (la predisposizione di contratti standard per un numero indeterminato di soggetti) e non soggettivo (le qualità soggettive di “consumatore” o “professionista” compaiono con il codice del consumo).

È proprio a causa dell’impossibilità di condurre una trattativa seria, effettiva e individuale¹⁵⁹ e, quindi, a causa della particolare tecnica di conclusione dei contratti di massa, che questi possano prestare il fianco ad abusi da parte del predisponente, cioè della parte economicamente più forte, nei confronti di quella più debole, solitamente il consumatore. Il predisponente, infatti, potrebbe rendere il contratto squilibrato ed iniquo per l’altra parte.

Il fenomeno della standardizzazione contrattuale riguarda tre articoli del cod. civile: l’artt. 1341, 1342 e 1372.

L’articolo 1341 è rubricato “condizioni generali di contratto”¹⁶⁰ per tali intendendosi le clausole generali predisposte unilateralmente, per una pluralità di rapporti contrattuali da uno dei contraenti in modo uniforme. Il presupposto di vincolatività delle clausole nei confronti degli aderenti è dato dalla loro conoscenza,

¹⁵⁷ L’art. 1337 c.c. stabilisce che le parti devono comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, e che in questa fase antecedente alla conclusione del contratto il comportamento delle parti è fonte di responsabilità precontrattuale. Cass. 14 febbraio 2000, n. 1632: la responsabilità precontrattuale ai sensi dell’art. 1337 c.c. può conseguire tanto in relazione al processo formativo del contratto quanto in rapporto alle semplici trattative, ossia come quella fase anteriore in cui le parti si limitano a manifestare la loro tendenza verso la stipulazione del contratto, senza ancora porre in essere alcuno di quegli atti di proposta e accettazione che integrano il vero e proprio processo formativo. [...] i presupposti della responsabilità precontrattuale sono lo stadio avanzato delle trattative, il ragionevole affidamento suscitato nella conclusione del contratto, l’assenza di una giusta causa di recesso e quindi la violazione degli obblighi di buona fede [...].

¹⁵⁸ A. GENOVESE, *La crisi della disciplina del contratto standard*. in *Contratto e Impresa*, n.3, 2019 secondo il quale la contrattazione standardizzata «rappresenta senz’altro una puntuale applicazione del più ampio principio di uguaglianza: tutti i clienti sono uguali davanti alle condizioni generali di contratto, così come tutti i cittadini sono uguali dinnanzi alla legge (art. 3 Cost.)».

¹⁵⁹ Cass. 20 marzo 2010, n.6802, ord; Cass. Civ., Sez. III sentenza 20 agosto 2010, n. 18785, con le quali si evidenzia come la trattativa deve avere i requisiti della individualità, serietà ed effettività.

¹⁶⁰ Art. 1341 co.1 cc: “*le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell’altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l’ordinaria diligenza*”.

o conoscibilità, di queste al momento della conclusione del contratto. E spetta proprio all'aderente assumere un comportamento idoneo (di qui il riferimento all'ordinaria diligenza) ad operare una scelta consapevole e pienamente responsabile. In caso di atteggiamento in senso contrario, egli resterà vincolato alle clausole che avrebbe potuto conoscere se si fosse comportato in modo informato e diligente.

Il comma 2 dell'art 1341 introduce la nozione di clausole *vessatorie*, definite così perché particolarmente gravose e svantaggiose per l'aderente e, riguardo alle quali, il ricorso all'ordinaria diligenza non è sufficiente affinché queste possano considerarsi conosciute dalla parte economicamente più debole. Per questo motivo è necessaria la doppia sottoscrizione dell'aderente: la prima, generale, in accettazione dell'intero contratto; la seconda, specifica, in accettazione delle clausole vessatorie¹⁶¹.

Si tratta di un elenco tassativo¹⁶²: esclusivamente in relazione a tali clausole è prevista la specifica approvazione per iscritto affinché possano produrre effetti nei confronti delle parti.

Non vi è unanimità di consensi circa l'interpretazione dell'inciso «non hanno effetto» di cui al comma 2 e dunque, sulle conseguenze relative alla mancata specifica approvazione da parte del contraente debole. Certo è che tale disciplina anticipa un rimedio “asimmetrico”¹⁶³ come quello che viene successivamente introdotto per i contratti dei consumatori. Infatti, se, come alcuni ritengono, la conseguenza è l'invalidità delle clausole nella sua forma più grave, la *nullità ex art. 1421 c.c.*, (la specifica approvazione delle clausole consisterebbe in un requisito formale della conclusione del contratto) questa potrà essere fatta valere solo dal

¹⁶¹ Art. 1341 co.2 c.c.: «*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*».

¹⁶² Nella relazione al codice civile il Guardasigilli sottolineò che il carattere eccezionale dell'art.1342, comma 2, c.c., rispetto al principio della libertà della forma, ai sensi dell'art. 1325, n.4, c.c. (o, secondo altri, del principio di conoscenza o conoscibilità, previsto dall'art. 1341, comma1, c.c.), lo rende suscettibile di interpretazione estensiva (e non di interpretazione analogica).

¹⁶³ Cfr. R. ALESSI, *op. cit.*

contraente aderente ed essere rilevata d'ufficio, ma solo a favore dell'aderente e non anche dell'altra parte.

Altri preferiscono ricorrere al rimedio dell'*inefficacia*, piuttosto che a quello dell'invalidità: le clausole sarebbero valide, ma senza la specifica approvazione per iscritto da parte del consumatore sarebbero improduttive di effetti (si dibatte sulla natura dell'inefficacia, se questa sia, cioè, assoluta o relativa): ciò comporta che l'accordo ricomprenderebbe solo le clausole che sono state accettate e solo quelle specifiche clausole sarebbero produttive di effetti.

La redazione del codice del '42 era stata affidata a giuristi che si sono formati in epoca prefascista: gli articoli del codice risentono, infatti, della cultura giuridica di quel tempo. In seguito, le spinte liberali e la necessità di adeguare tale disciplina ai principi della Costituzione del '48¹⁶⁴ hanno favorito il susseguirsi di modifiche al codice, affidate alla tecnica della novella: le parti contraenti erano considerate su un piano di assoluta parità e libere di autodeterminare i propri interessi; i redattori del codice non concepivano la possibile esistenza di un'asimmetria informativa e di uno squilibrio di posizioni tra le parti. Ciò spiega perché si ritenne sufficiente tutelare la parte debole del rapporto, l'aderente, esclusivamente attraverso l'onere formale della sottoscrizione, e quindi dell'effettiva conoscenza delle clausole più onerose. Non si ritenne necessario dover predisporre uno strumento, a garanzia del contraente debole, che gli permettesse di incidere sul regolamento contrattuale e di riequilibrare la sua posizione e quella del predisponente. Anche in questo caso si tratta di un "prendere o lasciare": accettare le clausole più onerose, mediante la doppia firma, o rifiutarle, rendendole nulle o inefficaci.

Proprio in questo la disciplina dell'art. 1341 c.c. è stata considerata inadeguata. In primo luogo, perché basterebbe una doppia firma dell'aderente per rendere la clausola inoppugnabile ed efficace nei confronti delle parti, nonostante il suo

¹⁶⁴ Il primo gennaio 1948 la Carta costituzionale entra in vigore. «La costituzione è stata quindi il coronamento di un processo storico legittimante la Repubblica e felice sintesi di principi e valori appartenenti a culture talvolta anche opposte» sono le parole di D. PEROTTI, in *Lo impone il mercato. Come i nostri governanti hanno stravolto i principi costituzionali*, Noventa Padovana, 2018, p. 16. L'A. riporta le parole di Aldo Moro nel suo intervento in Assemblea costituente il 13 marzo del 1947: «Costruendo il nuovo Stato noi determiniamo una formula di convivenza, non facciamo soltanto dell'organizzazione dello Stato, non definiamo soltanto alcuni diritti che intendiamo sanzionare per la nostra sicurezza nell'avvenire; determiniamo appunto una formula di convivenza, la quale sia la premessa necessaria e sufficiente per la costruzione del nuovo Stato».

carattere vessatorio: potrebbe accadere che l'aderente sia disposto a sottoscrivere tutte le clausole senza prestare particolare attenzione se avesse impellente necessità di acquistare il bene o il servizio. Qui, infatti, la norma tutela il carattere vincolante del contratto più che la consapevolezza del contraente in merito alle obbligazioni assunte in seguito all'apposizione della firma sul documento.

In secondo luogo, giova sottolineare che se il contesto di cui trattasi è quello dei contratti per adesione e della predisposizione unilaterale da parte del professionista per una serie indefinita di contratti, la tutela del contraente debole rimane circoscritta a questo specifico ambito di applicazione, rimanendo esclusi i contratti predisposti per una singola operazione e, quindi, per un unico destinatario.

Inoltre, la tutela accordata all'aderente si arresta alle clausole tassativamente elencate dall'articolo.

Anche l'art. 1342 c.c.¹⁶⁵, che richiama l'utilizzo dei moduli e dei formulari nella conclusione di contratti stipulati in seguito alla predisposizione unilaterale delle condizioni generali, offre una tutela insoddisfacente e inadeguata a tutelare la parte debole del rapporto: prestando particolare attenzione al primo comma notiamo *prima facie* che la norma, più che tutelare il contraente debole, tutela la volontà risultante dalle clausole aggiunte rispetto a quella manifestata nel modulo o nel formulario, a prescindere dalla materiale eliminazione di quest'ultime.

L'art. 1370 c.c. contiene invece una regola di interpretazione del contratto predisposto da una sola delle parti: in caso di *ragionevole* dubbio sul loro significato, le clausole vanno interpretate in senso favorevole all'aderente e contro l'autore della clausola¹⁶⁶.

Il reale problema delle condizioni generali di contratto non consiste nel fatto che siano unilateralmente predisposte e che l'aderente le conosca solo in un secondo momento; né quello delle clausole vessatorie consiste nel fatto che l'aderente non vi abbia prestato l'attenzione necessaria. Esso sta, invece, nell'impossibilità di

¹⁶⁵ «nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse anche se queste ultime non sono state cancellate.

Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente».

¹⁶⁶ «Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro».

incidere sostanzialmente e concretamente sulle clausole del contratto, le quali riflettono unicamente e definitivamente la volontà dell'imprenditore.

3.2 La direttiva 93/13/CEE, l'art.6 e le sue applicazioni

3.2.1 Cenni storici

All'indomani del secondo conflitto mondiale (1939-1945), l'Italia emerge con un volto nuovo: non guarda più solamente alle istanze e alle inclinazioni interne al paese, ma si apre alle nuove tendenze internazionali, che favoriscono l'acceleramento dei mutamenti economici, tecnologici, politici e giuridici.

Nel 1957 inizia un processo di integrazione fra paesi che conduce alla nascita della Comunità Economica Europea (CEE)¹⁶⁷, che nel 1992 diventa l'attuale Unione Europea (UE).

Il diritto dei contratti è stato, fin da subito, oggetto di specifici interventi di matrice europea, soprattutto al fine di armonizzare¹⁶⁸ le regole degli ordinamenti degli stati membri, mediante l'utilizzo dello strumento della direttiva¹⁶⁹. Intorno agli anni '80 del secolo scorso, la normativa comunitaria assume un ruolo propulsivo nella protezione della parte debole del rapporto contrattuale instaurato con un "professionista", mutuando l'idea che le parti contraenti non si trovino, sempre ed in ogni caso, su un piano di parità.

La direttiva n. 93/13/CEE introduce nel nostro ordinamento la disciplina concernente le *clausole abusive* nei contratti stipulati tra consumatori e professionisti, offrendo alla parte debole del rapporto una tutela sostanziale, rendendola in grado, cioè, di incidere positivamente sul contenuto del contratto predisposto dal professionista.

¹⁶⁷ Il 25 marzo 1957, sei Stati membri della CECA firmarono i trattati di Roma istitutivi della CEE della Comunità per l'energia atomica (CEEa o EURATOM). Gli obiettivi che vennero imposti alla CEE furono la realizzazione di «un'unione sempre più stretta fra i popoli europei», «promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità».

¹⁶⁸ Sull'intervento di armonizzazione Cfr. R. ALESSI, *op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁹ Art 288, par.1, Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea: «Per esercitare le competenze dell'Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri». Par.3: la direttiva «vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi».

Dai considerando della direttiva emerge una finalità squisitamente economica, oltretutto sociale (s'intende, la tutela del consumatore): l'obiettivo primario del legislatore comunitario è di armonizzazione delle legislazioni nazionali degli stati membri. Disciplinando in modo uniforme la vendita di beni e la prestazione di servizi, viene agevolata la compravendita fra i paesi, dei quali raramente si conosce la legislazione nazionale e, quindi, si è consapevoli delle relative differenze. Ciò comporta una tutela e, al tempo stesso, uno stimolo alla concorrenza tra imprese. L'art. 25 della legge 6 febbraio 1996, n. 52, dà attuazione alla direttiva nel nostro ordinamento, inserendo il capo XIV bis «Dei contratti del consumatore» nel libro IV delle obbligazioni e compare, per la prima volta, la parola “consumatore”.

3.2.2 Dalla tutela formale alla tutela sostanziale: la nullità di protezione

La novità che viene introdotta nel nostro ordinamento dalla direttiva 93/13/CEE si rinviene all'interno dell'art. 6, in cui si stabilisce che «Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive». L'articolo prende in considerazione gli effetti che scaturiscono dall'inserimento di una clausola vessatoria all'interno di un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista. La previsione della *non vincolatività* risulta particolarmente generica e, per questo, lascia spazio a diverse interpretazioni: il legislatore comunitario ha preferito lasciare “in bianco” il rimedio da ricollegarvi e lasciare libero arbitrio ai legislatori nazionali¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cfr. G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)* in *Le forme della nullità* a cura di S. PAGLIANTINI Torino, 2009, p. 4. L'Autore sottolinea che la genericità del linguaggio del legislatore comunitario è giustificata dall'eterogeneità degli ordinamenti nella quale la direttiva è destinata ad innestarsi. Nell'emanazione di una direttiva destinata ad integrare la disciplina degli stati destinatari, in molti casi è consigliabile, infatti, la sola individuazione delle singole fattispecie e lasciare i legislatori liberi di ricollegarvi i rimedi più adeguati. Il legislatore spagnolo ha optato per la *nullidad* delle clausole abusive; quello francese le considera *non écrites*. Il tema è affrontato anche da G. DE CRISTOFARO, *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, in *Le forme della nullità* a cura di S. PAGLIANTINI Torino, 2009, p. 179, secondo il quale «è interessante rilevare che in nessuno dei provvedimenti che concorrono a comporre il diritto comunitario dei contratti viene utilizzato il termine “nullo”, “annullabile”, “invalido”, o “inefficace” per designare contratti, pattuizioni o clausole contrastanti o comunque incompatibili con i precetti volta per volta con i singoli provvedimenti. [...] Il legislatore

Quando la previsione venne inserita all'interno del cod. civile, vennero accolte le istanze di una categoria professionale, quella dei notai, che propendeva per una sanzione meno gravosa di quella della nullità e che premeva per il rimedio dell'inefficacia. In realtà, prescindendo dal significato letterale delle parole, l'inefficacia veniva considerata come una nullità vera e propria, dal quale regime si discostava sotto alcuni aspetti.

Con l'entrata in vigore del codice del consumo il termine "inefficacia" viene sostituito con quello di "nullità", seguendo il parere reso dal Consiglio di Stato al codice del consumo «è opinione dottrinale e giurisprudenziale ormai pacifica quella secondo cui l'espressione inefficacia recata anche nella rubrica dell'articolo 1469-quinquies del codice civile al fine di contrassegnare il regime delle clausole abusive debba leggersi come sinonimo atecnico di nullità relativa o, meglio, di nullità di protezione». L'art. 36 del cod. cons. è, infatti, rubricato «Nullità di protezione». Al co.1 stabilisce che «le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto»; al comma 3 statuisce che «la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice»¹⁷¹.

comunitario non soltanto non intende dar vita ad una nozione e categoria di invalidità negoziale "comunitaria" generale e trasversale, destinata cioè ad operare in tutti i settori del diritto contrattuale investiti dai suoi interventi, ma persino nel contesto di ciascun singolo intervento normativo non vuole imporre l'adozione di un modello unico ed uniforme, con ciò rimettendosi implicitamente od esplicitamente alle opzioni dei legislatori nazionali». Nella nota 13, pag. 186 l'Autore individua nella disciplina sul marchio comunitario uno dei pochi esempi in cui si parli di cause o motivi di «nullità» (Reg. Ce n. 207/2009 del 26 febbraio 2009)

¹⁷¹ Cass. 20 marzo 2010, n. 6802, ord. Cit.: «Trattasi di disciplina invero altra e diversa da quella – concorrente – posta dall'art. 1341 ss. c.c. essendosi al riguardo sottolineato che, laddove l'onerosità ex art. 1341 c.c., comma 2 attiene a contratti unilateralmente predisposti da un contraente in base a moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, la vessatorietà D.Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 33 ss. può invece attenersi anche al singolo contratto (v.Cass., 26/9/2008, n. 24262). La disciplina posta dal Codice del consumo è infatti volta a garantire e tutelare il consumatore dalla unilaterale predisposizione e sostanziale imposizione del contenuto contrattuale da parte del professionista, quale possibile fonte di abuso, sostanziantesi nella preclusione per il consumatore della possibilità di esplicare la propria autonomia contrattuale, nella fondamentale espressione rappresentata dalla libertà di determinazione del contenuto del contratto. Con conseguente alterazione, su un piano non già solamente economico, della posizione paritaria delle parti contrattuali idoneo a ridondare, mediante l'imposizione del regolamento negoziale unilateralmente predisposto, sul piano dell'abusivo assoggettamento di una di esse (l'aderente) al potere (anche solo di mero fatto) dell'altra (il predisponente). Evidente è pertanto che non solo mediante la unilaterale predisposizione di moduli o formulari in vista dell'utilizzazione per una serie indefinita di rapporti, ma anche in occasione della stipulazione come nella specie di un singolo contratto redatto per uno specifico affare, il professionista può invero, mediante l'unilaterale predisposizione ed imposizione del relativo contenuto negoziale, affermare la propria autorità (di fatto) contrattuale sul consumatore. La lesione dell'autonomia privata del consumatore, riguardata

La novità introdotta dalla nuova disciplina inserita nella direttiva si sostanzia in un tipo di tutela *sostanziale* offerta alla parte debole del rapporto: a prescindere dalla conoscenza o conoscibilità o dall'approvazione per iscritto delle clausole vessatorie per il loro contenuto, sono *non vincolanti* per l'aderente stesso.

Con l'introduzione della nullità di protezione, come osservò il Consiglio di Stato, si frantuma la categoria della nullità, in passato ritenuta unitaria. Essa si sgretola nelle varie forme di nullità che si adeguano allo specifico contesto di cui trattasi e, soprattutto, all'interesse specifico da tutelare. Il giudizio di invalidità in presenza di nullità di protezione dipende da una serie di circostanze esterne al regolamento: la qualità soggettiva dei contraenti, l'aver concluso il contratto fuori dai locali commerciali o mediante tecniche di comunicazione a distanza¹⁷² o l'aver sfruttato la propria posizione di potere ed avere adottato un comportamento che si qualifica come "abuso di dipendenza economica". La logica di protezione che viene perseguita permette alle nuove forme di nullità c.d. di protezione di scostarsi dal regime tradizionale della nullità e di apportarvi deroghe, anche significative¹⁷³.

Dal primo comma dell'art.36 si rinviene il *carattere necessariamente parziale* della nullità: in questo modo il consumatore è capace di incidere direttamente sul contenuto del contratto, rendendo nulla esclusivamente la clausola vessatoria e mantenendo in vita il contratto per il resto. A differenza del regime tradizionale previsto dall'art. 1419, comma 1, c.c., con la nullità di protezione si prescinde da ogni indagine sull'essenzialità delle clausole secondo la volontà delle parti e, in

sotto il segnalato particolare aspetto della libertà di determinazione del contenuto dell'accordo, fonda allora sia nell'una che nell'altra ipotesi l'applicazione della disciplina di protezione in argomento. Nel che si coglie la pregnanza e la specificità del relativo portato. A precludere l'applicabilità della disciplina di tutela del consumatore in argomento è invero necessario che ricorra il presupposto oggettivo della trattativa D. Lgs. n. 206 del 2005, ex art. 34, comma 4».

¹⁷² Sul contratto telematico e sull'incidenza della tecnologia sul rapporto contrattuale tra consumatore e professionista v. M. P. PIGNALOSA, *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, op. cit.

¹⁷³ I giudici di Palazzo Spada, nel parere reso dalla sezione consultiva per gli atti normativi, 20 dicembre 2004, hanno affermato che "la frantumazione della categoria (in passato unitaria) della nullità rende fisiologico che, in talune circostanze, siano apportate, in una logica di protezione, deroghe, anche significative, allo statuto tradizionale della nullità medesima. Infatti, le deroghe al regime della nullità, che, secondo i sostenitori di una tesi dottrinale minoritaria, giustificerebbero la qualificazione della sanzione prevista dall'art. 1469 quinquies in termini di inefficacia, assumono un significato profondamente di verso nel presupposto che non esista più una nullità ma che, al contrario, emergano molteplici nullità dal regime in parte differente. Di conseguenza, considerata la pluralità di statuti della nullità, non può condividersi la tesi in virtù della quale la diversità di regime rispetto a quello tradizionale impedisca la qualificazione della categoria in esame come nullità".

ogni caso, non travolge l'intero contratto. È chiaro che la nullità dell'intero contratto, determinata dalla vessatorietà, vada contro l'interesse del consumatore: la conservazione del contratto deve avvenire esclusivamente mediante la soppressione della clausola abusiva. Solo di recente la Corte di Giustizia ha ammesso l'integrazione del contratto mediante la sostituzione della clausola con una disposizione nazionale suppletiva¹⁷⁴.

Il comma 3 concilia la *legittimazione relativa* a far valere la nullità con la *rilevabilità d'ufficio*. Si tratta di un regime che si discosta da quello tradizionale del cod. civile, per il quale la nullità è un rimedio a legittimazione assoluta: chiunque abbia interesse, le parti o un terzo, può agire per far valere la nullità del contratto o di singole clausole di esso. Anche il carattere della rilevabilità d'ufficio costituisce una deroga al regime tradizionale: nel caso della nullità di protezione si tratta di un rimedio a gestione asimmetrica. Il giudice, cioè, applica il rimedio d'ufficio avendo presente e di mira esclusivamente la posizione e l'interesse di una sola delle parti, il consumatore, appunto¹⁷⁵.

Le caratteristiche appena menzionate confermano che la finalità del rimedio è quella di rimodellamento del regolamento contrattuale; si tratta di uno strumento di controllo, la cui attitudine è quella di conservare in versione corretta il contratto censurato, avendo riguardo al concreto assetto di interessi perseguito dalle parti. Si tratta di un rimedio (più che di una sanzione) che valuta ex post gli effetti della determinazione pattizia e il ruolo che la clausola svolge nel concreto: l'approccio che ne scaturisce è di un apprezzamento del contratto in senso dinamico. E la previsione della rilevabilità d'ufficio del giudice, oltre a rappresentare il tratto unificante della categoria della nullità, conferma tale visione: la nullità di protezione è rivolta a proteggere, al tempo stesso, la parte "debole" del rapporto, ma anche l'interesse generale del corretto funzionamento del mercato.

¹⁷⁴ V. Corte giust., 30 aprile 2014, causa C-26/13, Ka'sler/OTP Jelza'- logbank Zrt, par. 80, 83, 84, con la quale la Corte di Giustizia ha mutato il precedente orientamento (v. Corte giust., 14 giugno 2012, causa C-618/2010, Banco Espanol de Crèdito).

¹⁷⁵ Diversamente dall'istanza di parte, che deve necessariamente avvenire nell'udienza ex art. 183 c.p.c., la rilevabilità della nullità da parte del giudice non è soggetta alla preclusione cui è soggetta la domanda dell'attore. Quest'ultimo in virtù della previsione dell'art. 101 c.p.c. può successivamente depositare memorie contenenti osservazioni in merito alla vicenda e che diano «un senso ad un itinerario processuale nell'ambito della corretta dialettica tra le parti e il giudice», ma non proporre domande nuove, già precluse dall'art. 183 c.p.c.

Tali previsioni comportano, quindi, l'esclusione della legittimazione ad agire dell'altro contraente, il professionista, il quale, tra l'altro, non avrebbe alcun interesse a far dichiarare nulle le clausole dalle quali possa trarre vantaggio.

Non deve sorprendere che anche sotto il profilo della rilevanza officiosa della nullità l'influenza del diritto europeo ha avuto un certo spessore nell'interpretazione e nell'applicazione dei dettami codicistici in materia di clausole abusive. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha affermato in più occasioni, dapprima nella sentenza *Océano Grupo*, poi nella sentenza *Cofidis*, e, infine, nella sentenza *Pannon*, che nel caso di clausole abusive inserite nei contratti dei consumatori «il giudice nazionale, nell'esaminare l'ammissibilità di un'istanza propositagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto di cui è causa». Inoltre, tale potere non può essere limitato in alcun modo, perché ciò comporterebbe una diminuzione del livello di tutela riservata al consumatore. Nella sentenza *Pannon* la corte afferma che «il giudice nazionale deve esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola contrattuale a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se esso considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga».

Nondimeno, una siffatta interpretazione della normativa a tutela del consumatore, pone in luce la rilevanza dell'espressione “non vincolano” prevista dall'art. 6 della direttiva 93/13/1993, in riferimento alle clausole abusive inserite nel contratto stipulato da un consumatore e un professionista. L'intervento del giudice a favore del consumatore consente a quest'ultimo di assumere consapevolezza circa l'illiceità della clausola, inducendolo a riparare all'inerzia, dovuta all'assenza delle conoscenze e alle abilità necessarie, nel far valere i propri diritti in giudizio.

La Corte di Giustizia non ha mancato di precisare che «tale obbligo incombe al giudice nazionale anche in sede di verifica della propria competenza territoriale». Di conseguenza, nell'accogliere le istanze della giurisprudenza di matrice comunitaria, le sezioni unite si sono pronunciate in merito alla questione in due occasioni, per la verità in senso diametralmente opposto.

In prima analisi¹⁷⁶ i giudici di legittimità avevano affermato che l'art. 36 cod. con. Non fosse suscettibile di applicazione analogica, di talché le nullità speciali, c.d. di protezione, collocate in altri luoghi esterni al codice, non potevano essere rilevate d'ufficio dal giudice, senza un'effettiva domanda di parte.

Due anni più tardi¹⁷⁷, nell'ottica di elargire un principio che sia coerente ai dettami della nostra tradizione e quindi che protegga al tempo stesso l'interesse particolare del singolo e quello generale del corretto andamento del mercato, le sezioni unite di pronunciano a favore dell'indirizzo prescelto dalla Corte di Giustizia¹⁷⁸, ammettendo la rilevabilità officiosa della nullità di protezione, instaurando sempre il contraddittorio e restando in ogni caso la parte libera di non avvalersene¹⁷⁹.

Insieme alla rilevabilità d'ufficio, alla legittimazione relativa e all'imprescrittibilità, l'elemento che connota il negozio affetto da nullità di protezione è la sua originaria inefficacia. Dunque, in questi casi non si è in presenza di clausole o contratti caratterizzati da un'efficacia precaria e che il consumatore fa caducare, ma ci si trova di fronte a clausole o contratti inidonei a produrre effetti ab origine. La successiva ed eventuale *convalida* da parte del consumatore consentirebbe la rimozione di un ostacolo alla produzione degli effetti della clausola.¹⁸⁰ Per cogliere la ratio di questa osservazione, occorre rilevare che un eventuale efficacia

¹⁷⁶ Cfr. Cass. civ., 4 settembre 2012, n. 14828.

¹⁷⁷ Cfr. Cass. civ., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 2624.

¹⁷⁸ Sulla rilevabilità *ex officio* della nullità di protezione da parte del giudice S. DELLE DONNE, *CASS.CIV.SENTENZA N. 26242 del 12/12/2014 - Giudicato implicito e nullità rilevabile dal giudice*, in www.italggiure.giustizia.it: «Statuiscono che il giudice chiamato a decidere sulla impugnazione di un contratto – a seguito di azione di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione, nullità per altro motivo o parziale – una volta “provocato il contraddittorio”, deve “rilevare” ogni forma di nullità, anche di “protezione”, e ha facoltà di “dichiarare” la stessa incidenter tantum in motivazione (salvo che non si tratti di nullità di “protezione”), rigettando per tale motivo l’impugnazione principale, “senza effetto di giudicato”, sempreché in esito all’indicazione del giudice, non venga proposta la relativa domanda. Se invece, a seguito dell’indicazione del giudice della causa di nullità, le parti chiedono l’accertamento della nullità, il giudice non si limita a rigettare l’impugnazione principale in ragione dell’invalidità del negozio, ma dichiara la nullità del contratto in dispositivo. Su queste premesse, la densa e corposa sentenza delle Sezioni Unite si spinge ad una prospettazione organica del rapporto tra la nullità – la sua rilevabilità d’ufficio ex art. 1421 c.c. e la sua dichiarazione, nonché l’attitudine “al giudicato della dichiarazione di nullità conseguente alla rilevazione officiosa di tale vizio nel negozio” – e le altre azioni di impugnazione del contratto».

¹⁷⁹ In dottrina si afferma una certa riluttanza nell’ammettere la coesistenza tra la rilevabilità d’ufficio e l’azionabilità del rimedio da una sola delle parti. Cfr. M. GIROLAMI, *La nullità relativa di protezione*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009, p. 58.

¹⁸⁰ Cfr. G. PERLINGERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010. In tal senso anche G. D’AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Le forme della nullità*, Torino, 2009, p. 16.

provvisoria non sarebbe coerente né con la tutela di interessi generali, oltre che specifici, né con la rilevabilità d'ufficio e con il carattere dell'imprescrittibilità.

È opportuno evidenziare che l'utilizzo della *convalida* nel nuovo contesto della nullità di protezione non comporta un'applicazione analogica dell'art. 1444 c.c.¹⁸¹ al rimedio delle nullità, ma semplicemente una rilettura dell'art. 1423 c.c.¹⁸² in una nuova ottica. Infatti, il primo degli articoli richiamati rende stabili e permanenti gli effetti che il contratto ha già prodotto; nel caso della nullità di protezione, invece, la convalida consente al contratto di produrre gli effetti *ex nunc* che originariamente era inidoneo a produrre. In entrambi i casi, però, la convalida sana il contratto in modo definitivo impedendo al consumatore o al giudice di impugnare o far caducare il contratto successivamente.

Autorevole ed accorta dottrina¹⁸³ ha avuto cura di precisare che, per la convalida è necessario, anche nel nostro caso, il presupposto soggettivo di ammissibilità di cui all'art. 1444, co.3, c.c.: *dovendo chi la esegue trovarsi in condizione di concludere validamente un contratto*. Spetterà al giudice valutare la sussistenza di tale condizione di ammissibilità.

È pur vero che manca, in questo specifico contesto, una disposizione esplicita che ammette la convalida (come per l'annullabilità) o che la nega (come in materia di rescissione ex art. 1451¹⁸⁴); si tratta di problema tutt'altro che risolto, in quanto in dottrina si prospettano diverse opinioni. V'è chi ritiene che sarebbe semplicistico negare la possibilità della convalida unicamente perché manca un'espressa disposizione di legge che la ammette: significherebbe fermarsi al dato letterale e non sforzarsi di inquadrare il caso all'interno del contesto giuridico nazionale e comunitario¹⁸⁵. Lo sarebbe in egual modo se si negasse la convalida affermando

¹⁸¹ «Il contratto annullabile può essere convalidato dal contraente al quale spetta l'azione di annullamento, mediante un atto che contenga la menzione del contratto e del motivo di annullabilità, e la dichiarazione che s'intende convalidarlo.

Il contratto è pure convalidato, se il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi ha dato volontariamente esecuzione conoscendo il motivo di annullabilità.

La convalida non ha effetto, se chi l'esegue non è in condizione di concludere validamente il contratto».

¹⁸² «Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente».

¹⁸³ Cfr. S. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di "non vincolatività" delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?* in *Rass. Dir. Civ.*, 2010, 507.

¹⁸⁴ «Il contratto rescindibile non può essere convalidato».

¹⁸⁵ Cfr. G. PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*. Napoli, 2010, p. 35.

che, se fosse ammessa, la nullità di protezione coinciderebbe con l'annullabilità: si tratta di due invalidità diverse; la nullità è imprescrittibile e rilevabile d'ufficio, l'annullabilità non lo è. Al contrario v'è chi l'ammette semplicemente osservando che, in via di principio, tutte le nullità sono sanabili se le parti si astengono dal proporre l'azione di nullità ed eseguono il contratto; secondo altri la convalida costituisce una mera conseguenza della legittimazione relativa a far valere la nullità¹⁸⁶.

Le pronunce del 2014¹⁸⁷ della Corte di Cassazione a Sezioni Unite hanno definitivamente consacrato la nullità di protezione ex art. 36 del cod. cons. come regola di riferimento ed hanno cristallizzato i caratteri della nullità di protezione, descrivendola in termini di rimedio azionabile dal solo contraente debole, connotato da inefficacia originaria e rilevabile d'ufficio dal giudice¹⁸⁸.

3.2.3 Il giudicato sulla nullità di protezione

Nell'ottica di offrire, quanto più possibile, un quadro esauriente dei caratteri di questa poliedrica figura, qual è la nullità, s'impone utile, se non necessario, affrontare la questione relativa al passaggio in giudicato dell'accertamento della nullità, al fine di chiarire a partire da quale momento sia precluso al giudice decidere nuovamente in merito ad una stessa fattispecie.

Sulle orme del Codice di procedura civile del 1942, art. 324¹⁸⁹, rubricato «Cosa giudicata formale», che impone di considerare passata in giudicato formale la sentenza pronunciata dal giudice per la quale non è più consentito agire con i mezzi

¹⁸⁶ Cfr. C. PILIA, *Circolazione giuridica e nullità*, Milano 2002, p. 242. v. anche G. D'AMICO, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)* in *Le forme della nullità* a cura di S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁷ V. le sentenze gemelle Cass., Sez. Un., 12.12.2014, nn. 26242 e 26243.

¹⁸⁸ «La rilevabilità officiosa, pertanto, sembra costituire il proprium anche delle nullità speciali, incluse quelle denominate “di protezione virtuale”. Il potere del giudice di rilevarle tout court appare essenziale al perseguimento di interessi pur sempre generali sottesi alla tutela di una data classe di contraenti (consumatori, risparmiatori, investitori), interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti – quali il corretto funzionamento del mercato, ex art. 41 Cost., e l'uguaglianza non solo formale tra contraenti in posizione asimmetrica –, con l'unico limite di riservare il rilievo officioso delle nullità di protezione al solo interesse del contraente debole, ovvero del soggetto legittimato a proporre l'azione di nullità, in tal modo evitando che la controparte possa, se vi abbia interesse, sollecitare i poteri officiosi del giudice per un interesse suo proprio, destinato a rimanere fuori dall'orbita della tutela».

¹⁸⁹ «La sentenza contro la quale non è più possibile esercitare il potere di impugnazione, o per mancato esercizio nei termini di legge o per esaurimento del potere stesso, si intende passata in giudicato formale».

ordinari d'impugnazione, le Sezioni Unite del 2014 hanno affermato che, come avviene nel regime ordinario della nullità, anche nei contratti asimmetrici la questione di nullità dichiarata in sentenza a protezione del contraente debole – in un giudizio avente ad oggetto proprio la dichiarazione della stessa – non può più essere oggetto del vaglio del giudice.

Non deve sorprendere che alla stessa conclusione si approda nel caso in cui il riconoscimento della nullità della clausola o del contratto sia stata implicitamente rilevata dal giudice, non già in conseguenza di un'apposita domanda di nullità della clausola, ma in occasione di un diverso giudizio instaurato, a titolo di esempio, per la restituzione di una somma di denaro versata in forza di un contratto invalido. In questo caso la nullità rappresenta un'antecedente logico necessario al diritto alla restituzione della somma: pertanto il riconoscimento giudiziale di tale diritto comporta che ove il giudicato si formi in merito al diritto alla restituzione, necessariamente si estenderà anche alla questione (implicita) della nullità del contratto fonte della prestazione illecita¹⁹⁰.

La stessa conseguenza non avverrà automaticamente nel caso in cui il giudice decida di respingere la domanda di restituzione delle somme. Infatti, i giudici di legittimità pronunciatisi nel 2014, limitano l'estensione oggettiva del giudicato, in caso di rigetto della domanda, al caso in cui tale rigetto sia motivato proprio dalla validità del contratto *de quo*. Ebbene, in un eventuale nuovo giudizio, la domanda di nullità sarà inammissibile, in quanto la precedente sentenza passata in giudicato ne ha già stabilito (implicitamente) la validità. Invece, qualora il rigetto della domanda di restituzione delle somme sia avvenuto in virtù di motivazioni diverse dalla validità del contratto, il giudicato non si estenderà alla questione di nullità,

¹⁹⁰ «Se oggetto della domanda (e del processo) sarà sempre il *petitum* sostanziale e processuale dedotto dall'attore (il pagamento della singola rata dell'obbligazione), anche se ab initio riferito, ipso facto, alla sua causa petendi (il negozio sottostante) – il che obbliga il giudice, pur in assenza di eccezione di parte, a rilevare ex officio eventuali profili di nullità della situazione giuridica sostanziale sottesa alla domanda stessa, valutata nella sua interezza (e cioè del negozio/rapporto sottostante) – non può escludersi che, proprio in forza dei ricordati principi di speditezza, economia e celerità delle decisioni, quel processo abbia termine, senza che la nullità sia dichiarata nel provvedimento decisivo finale, con una pronuncia fondata sulla ragione più liquida di rigetto della domanda (prescrizione, adempimento, mancata scadenza dell'obbligazione), nella consapevolezza di non dovere affrontare, nell'esplicitare le ragioni della decisione, il più vasto tema della validità del negozio, che avrebbe eventualmente imposto una troppo lunga e incerta attività istruttoria».

che, di conseguenza, sarà proponibile in un nuovo giudizio. Di talché sarà sempre necessario far riferimento alla motivazione della sentenza del caso di specie.

A conclusioni analoghe si giunge nell'ipotesi del giudizio instaurato con la domanda di adempimento del contratto: in caso di accoglimento della domanda, il giudicato si estenderà alla validità del negozio, essendo quest'ultima antecedente logico necessario dell'adempimento; in caso di rigetto motivato dal rilievo di nullità del contratto, il giudicato si estenderà sulla nullità stessa; infine, in caso di rigetto basato su motivazioni diverse, non essendo stata oggetto d'esame la questione di nullità, la stessa sarà proponibile in un nuovo giudizio, non essendosi formato il giudicato su di essa.

Come anticipato, nel caso in cui la nullità sia rilevata d'ufficio, il contraente debole può dichiarare di volersene avvalere, proponendo apposita domanda di nullità al fine di ottenere un giudicato sulla nullità stessa. In mancanza di esplicita domanda in tal senso, il giudizio verrà definito sulla base di un contratto o di una clausola considerati validi e sui quali si formerà il giudicato implicito, nei casi e con le modalità innanzi citati. A parere della Corte del 2014, al fine di evitare dubbi sull'estensione del giudicato in casi simili, i giudici non dovrebbero neanche fare menzione in motivazione del rilievo officioso della nullità, in assenza di una apposita domanda di parte. Il differente regime della nullità di protezione rispetto a quello della nullità tradizionale, per il quale il rilievo officioso della nullità consente la formazione del giudicato sulla stessa, a prescindere da apposita domanda di parte, si spiega in considerazione della *ratio* di tutela cui è preposta la nullità di protezione.

3.2.4 Le clausole abusive nella direttiva 93/13

La direttiva 93/13 introduce la nozione di *clausola abusiva*: il paragrafo 1 dell'art.3 chiarisce che «Una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto»; la previsione ricollega all'inserimento della clausola abusiva nel contratto la “non vincolatività” della stessa nei confronti del consumatore; considera presupposto oggettivo per l'applicazione della

disciplina l'assenza di negoziato individuale ed individua i criteri di valutazione dell'abusività nelle nozioni di "buona fede" e "significativo squilibrio".

Il secondo paragrafo dell'art.3¹⁹¹ indica due criteri che permettono di rilevare che la clausola del contratto non sia stata individualmente negoziata: quando il consumatore non abbia potuto esercitare una propria influenza sul contenuto della stessa e quando sia stata redatta dal professionista in un momento antecedente l'inizio del rapporto. Autorevole dottrina¹⁹² ritiene sufficiente che il consumatore abbia esercitato influenza sul contenuto della clausola, anche se questa sia stata già formulata dal professionista e la partecipazione sia avvenuta in un momento successivo.

L'art.3, par. 2, comma 2¹⁹³ precisa che, in caso di negoziazione c.d. parziale, cioè di sole alcune delle clausole, il resto del contratto non è, in alcun modo, sottratto al giudizio di vessatorietà.

L'articolo prosegue prevedendo che l'onere della prova che la clausola standardizzata sia stata oggetto di trattativa individuale spetti al professionista che abbia affermato l'incontro delle rispettive volontà¹⁹⁴. Da tale previsione si possono trarre le seguenti conclusioni: solo nel caso i cui il contratto sia stato formulato per un numero indeterminato di destinatari, l'onere della prova incombe sul professionista; in caso di clausole non standardizzate, l'onere della prova spetta al consumatore.

Il secondo presupposto al quale il legislatore comunitario fa riferimento per l'applicazione della normativa di protezione è che le clausole non riproducano disposizioni di legge. Il considerando n. 13 precisa che «si parte dal presupposto che le *disposizioni legislative o regolamentari* degli Stati membri che disciplinano, direttamente o indirettamente, le clausole di contratti con consumatori non contengono clausole abusive; che pertanto non si reputa necessario sottoporre alle

¹⁹¹ «Si considera che una clausola non sia stata oggetto di negoziato individuale quando è stata redatta preventivamente in particolare nell'ambito di un contratto di adesione e il consumatore non ha di conseguenza potuto esercitare alcuna influenza sul suo contenuto».

¹⁹² Cfr. E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*. Torino, 2010, p. 51.

¹⁹³ «il fatto che taluni elementi di una clausola o che una clausola isolata siano stati oggetto di negoziato individuale non esclude l'applicazione del presente articolo alla parte restante di un contratto, qualora una valutazione globale porti alla conclusione che si tratta comunque di un contratto di adesione».

¹⁹⁴ «Qualora il professionista affermi che una clausola standardizzata è stata oggetto di negoziato individuale, gli incombe l'onere della prova».

disposizioni della presente direttiva le clausole che riproducono *disposizioni legislative o regolamentari imperative nonché principi o disposizioni di convenzioni internazionali* di cui gli Stati membri o la Comunità sono parte; che a questo riguardo l'espressione "*disposizioni legislative o regolamentari imperative*" che figura all'articolo 1, paragrafo 2 comprende anche le regole che per legge si applicano tra le parti contraenti allorché non è stato convenuto nessun altro accordo». Il considerando richiama l'art.1, paragrafo 2, secondo il quale: «Le clausole contrattuali che riproducono *disposizioni legislative o regolamentari imperative e disposizioni o principi di convenzioni internazionali*, in particolare nel settore dei trasporti, delle quali gli Stati membri o la Comunità sono parte, non sono soggette alle disposizioni della presente direttiva». Alcuni problemi di interpretazione sono sorti circa il significato di quest'ultima previsione, il cui testo rimane oscuro laddove parla di *disposizioni legislative o regolamentari imperative*: la nozione "disposizioni imperative" spesso non coincide con l'espressione corrispondente negli ordinamenti degli stati membri e può non assumere analoga portata e significato. In sede di attuazione, l'espressione è stata tradotta in modo diverso nei vari ordinamenti e questo, di certo, non costituisce un problema, dato che la direttiva costituisce un intervento di armonizzazione minima, per cui è necessario e sufficiente l'aver previsto una disciplina che abbia ampliato l'area di tutela del consumatore¹⁹⁵.

Il secondo e il decimo considerando della direttiva delimitano l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina stabilendo che si applica ai contratti stipulati tra venditori di beni e prestatori di servizi e i consumatori e che le regole relative alle clausole abusive devono applicarsi a qualsiasi contratto che venga stipulato tra professionista e consumatore. Vengono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva i contratti di lavoro, i contratti relativi ai diritti di successione, i contratti relativi allo statuto familiare, i contratti relativi alla costituzione ed allo statuto delle società.

¹⁹⁵ L'art. 1469 ter, co.3, c.c. (oggi abrogato) prevedeva che «[...] Non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge ovvero che siano riproduttive di disposizioni o attuative di principi contenuti in convenzioni internazionali delle quali siano parti contraenti tutti gli Stati membri dell'Unione europea o l'Unione europea [...]».

3.2.5 Le clausole abusive nella disciplina nazionale: le clausole c.d. vessatorie

L'art. 33 del c. cons., nello stabilire che «si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti e obblighi derivanti dal contratto», adotta un criterio che permette di analizzare il carattere vessatorio delle clausole in termini oggettivi, in un senso che prescinde dall'analisi dell'elemento meramente psicologico delle parti. Il riferimento alla *buona fede*, infatti, è da intendere in senso soggettivo: nonostante il professionista abbia condotto le trattative e stipulato il contratto in buona fede¹⁹⁶, l'oggettiva presenza di significativi squilibri di diritti ed obblighi a danno del consumatore rende la clausola vessatoria.

In sede di redazione del codice e di trasposizione della disciplina dal Codice civile al nuovo codice del consumo, si crearono alcuni contrasti in relazione all'espressione "malgrado la buona fede". Nel parere reso dalla sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, i giudici avevano proposto di sostituire le parole "malgrado la buona fede" con le parole "in contrasto con la buona fede". Secondo i giudici di Palazzo Spada il riferimento alla "buona fede" ed al "significativo squilibrio di diritti e obblighi" rappresentava un inutile duplicazione di uno stesso concetto. I giudici, infatti, facevano riferimento alla buona fede oggettiva (e non soggettiva) e, per questo motivo, avevano proposto l'eliminazione del riferimento alla buona fede, ritenuto già implicito nel "significativo squilibrio di diritti e obblighi". La Commissione incaricata di redigere il codice seguì il parere reso dall'Antitrust, di lasciare immutata l'espressione "malgrado la buona fede", da tradurre con l'espressione "nonostante la buona fede": in questo modo si sottrae il consumatore dall'onere di provare la malafede dell'impresa, onere che risulta particolarmente gravoso per la difficoltà di dimostrare l'effettiva scorrettezza, sia sul piano psicologico, sia quello oggettivo: una tale previsione avrebbe aggravato ulteriormente la posizione del consumatore ed accentuato la sua debolezza.

¹⁹⁶ Cass. 23 marzo 2016, n.5762, in riferimento alla buona fede giudici hanno chiarito che «la regola posta dall'art.1337 c.c. non si riferisce alla sola ipotesi della rottura ingiustificata delle trattative ma ha valore di clausola generale, il cui contenuto non può essere predeterminato in modo preciso, e implica il dovere di trattare il modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza, ai fini della stipulazione del contratto».

Il significativo squilibrio di diritti ed obblighi cui fa riferimento il co. 2 dell'art. 33 cod. cons, se letto in combinato disposto con l'art. 34, co. 2¹⁹⁷, risulta essere esclusivamente quello normativo e non economico: una clausola è vessatoria se comporta uno squilibrio significativo di diritti ed obblighi spettanti alle parti e non se lo squilibrio intercorre tra il bene o il servizio offerto e il corrispettivo imposto dal professionista¹⁹⁸.

Il primo comma dell'art. 34 riproduce tre criteri di valutazione della vessatorietà di una clausola: la valutazione della natura del bene o del servizio oggetto del contratto, delle circostanze esistenti al momento della sua conclusione, delle clausole del contratto o di contratti collegati o dai quali dipende. Nel fissare tali criteri, ancora una volta, il legislatore risponde alla ratio di tutela del contraente debole cui è informata l'intera normativa del codice: il giudizio di vessatorietà delle clausole non avviene in seguito a valutazioni ed osservazioni astratte, ma sulla base delle concrete posizioni delle parti e del modo in cui sono regolati i rispettivi interessi.

La chiarezza e la comprensibilità delle clausole di un contratto è imposta dall'art. 35 co.1¹⁹⁹, il quale codifica il c.d. principio di trasparenza del contratto: nell'intento di chiarire il significato della disposizione, è opportuno sottolineare che, nonostante l'articolo richiami espressamente solo le clausole scritte, anche le clausole proposte oralmente, siano essenziali oppure accessorie, vessatorie o no, devono essere espresse in modo chiaro e comprensibile. Al riguardo non si dubita che l'ambito di applicazione comprenda sia i contratti standard, sia i contratti predisposti dal professionista per una singola operazione. In dottrina si ritiene che la chiarezza vada

¹⁹⁷ «*La valutazione del carattere vessatorio della clausola non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile*»

¹⁹⁸ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, p. 76, in *Manuale del diritto dei consumatori*, op. cit., Roma, 2013, di A. CATRICALÀ e M. P. PIGNALOSA. L'A. afferma che la proclamata irrilevanza del sindacato sull'equilibrio economico del contratto non è assoluta, in quanto il prezzo è irrilevante solo se è indicato nel contratto in modo chiaro e comprensibile, come chiarito dall'ultima parte del co. 2 dell'art. 34. Se la prescrizione di chiarezza e trasparenza non viene osservata, anche il corrispettivo assume la dichiarata importanza ai fini del giudizio di vessatorietà della clausola. L'Autore sostiene che la disposizione rappresenta uno degli indici positivi a favore della tesi sulla contaminazione tra regole di validità e regole di comportamento (s'intende, le regole di trasparenza e degli obblighi informativi sono capaci d'inficiare la validità del contratto).

¹⁹⁹ «*Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune clausole siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile*».

ricondata alla redazione del testo contrattuale con caratteri leggibili; la comprensibilità va riferita, invece, al contenuto del testo.

Il secondo comma dall'art.35 impone una regola di interpretazione del contratto, al pari dell'art. 1370 c.c.: il contratto deve essere interpretato contro l'autore della clausola. Sebbene le due norme prevedano lo stesso principio, la norma in esame non costituisce un'inutile duplicazione della seconda, se non altro perché impone una regola di interpretazione non solo dei contratti standard, ma anche dei contratti predisposti dal professionista per una singola operazione²⁰⁰.

3.2 L'uso selettivo della nullità nel contratto di intermediazione finanziaria

3.3.1 Premessa: sulle orme della nullità nel settore bancario e creditizio

Giunti a questo punto dell'indagine si può affermare che la categoria della nullità di protezione comprende una casistica talmente varia ed eterogenea da impedire qualsiasi inquadramento generale delle nullità speciali sotto un unico concetto²⁰¹. Vero è, come abbiamo visto in precedenza, che il rimedio in questione riflette alcuni caratteri generali comuni a tutte le "nullità speciali", derogatori della nullità tradizionale di cui al cod. civ., e che risponde ad una *ratio* protettiva della parte debole del rapporto. Ma al di là di questi canoni generali è utile, e necessario, approfondire gli aspetti propri delle singole fattispecie.

L'art. 23 del TUF si è ispirato alle previsioni normative dei primi anni Novanta in materia bancaria e creditizia. Il TUB entra in vigore a seguito della nascita del mercato unico europeo e del recepimento, all'interno del paese, delle direttive comunitarie in materia bancaria e creditizia. Al suo interno non vi è, però, alcuna norma che definisca i caratteri generali dell'attività di erogazione del credito e per individuare l'operazione, nelle varie norme del codice, il legislatore utilizza il

²⁰⁰ In dottrina si prospettano diversi approcci al rapporto che intercorre tra il primo e il secondo comma. Secondo l'approccio c.d. monistico, il primo comma indica una regola di condotta, mentre il secondo comma la rispettiva sanzione. La tesi c.d. pluralista sostiene che i commi in esame prevedono due diverse prescrizioni, tra le quali non è rinvenibile alcuna linea di continuità in termini di rapporto regola-sanzione. Una tesi intermedia afferma che l'interpretazione più favorevole prevista dal secondo comma rappresenta solo una delle possibili sanzioni da riconnettere alla violazione dell'obbligo imposto dal comma 1.

²⁰¹ Richiamo all'attenzione le parole dei giudici del Consiglio di Stato nel parere reso dalla sezione consultiva per gli atti normativi, il 20 dicembre 2004 già citate, sulla frantumazione della categoria della nullità.

termine generale “finanziamento” (si parla anche di “prestito”, “impieghi”, “concessione di credito e di fidi”). Il contratto di credito rappresenta un accordo tra un ente creditizio ed un terzo, alla cui base vi è, appunto, un finanziamento da parte del primo nei confronti del secondo. Con tale espressione si vuol alludere all’attività del finanziatore che concede un credito, una somma di denaro, al terzo, il quale si impegna a rimborsare la somma con pagamento differito nel tempo e con modalità che vengono definite nel contratto stesso (s’intende, l’importo e il numero di rate). È bene chiarire che, nell’ambito dei contratti di credito, l’attenzione rivolta alla tutela del cliente non è circoscritta alla sola fase di conclusione del contratto, caratterizzata dalla concessione del credito, ma a tutte le fasi del rapporto creditizio, a partire dagli atti prodromici come la pubblicità e gli obblighi informativi²⁰². Con l’entrata in vigore del testo unico in materia bancaria e creditizia²⁰³ si concretizza la spiccata tendenza a tutelare con il rimedio della nullità la controparte contrattuale dotata di minore competenza tecnica, e quindi svantaggiata nella contrattazione: il co.2 dell’art. 127 TUB afferma che le nullità previste dal titolo VI²⁰⁴, sulla «Trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti» (comprensivo degli artt. 115-127), operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d’ufficio e che le disposizioni di questo titolo possono essere derogate solo in senso più favorevole al cliente²⁰⁵.

Si tratta di una nullità di protezione vera e propria che, al momento dell’entrata in vigore del testo unico, costituiva un caso ancora isolato²⁰⁶ (invero, il codice del consumo, con la relativa previsione di una nullità a protezione del contraente più

²⁰² Cfr. L. 154/1992, «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari» e L. 142/1992 sul credito al consumo.

²⁰³ D. lgs 1° settembre 1993, n.385.

²⁰⁴ Cfr. artt. 117 co. 3, co. 6, co. 8; 124 co. 3, co.4; 126 TUB.

²⁰⁵ Sul punto G. PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contratto e impresa*, 1995, p. 477 «con riferimento al comma secondo dell’art. 127, mi sembra fondatamente predicabile: a) che la nullità relativa ivi statuita non deve essere prescrittibile, poiché il disvalore giuridico ad essa sotteso è tendenzialmente da dichiararsi tale anche in un tempo indefinito; b) che l’atto relativamente nullo non deve essere convalidabile dal cliente, perché la convalida potrebbe facilmente divenire l’escamotage per declassare il disvalore giuridico, e cioè per disconoscere, in concreto, un tutelato interesse collettivo; c) di contro, che la nullità non è rilevabile *ex officio iudicis*, o che perlomeno il giudice la può rilevare solo quando, dall’insieme della domanda formulatagli dal cliente, la dichiarazione di nullità risulti a favore della domanda stessa».

²⁰⁶ G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1996, p. 122 scrisse che l’art.127 «istituisce una rarissima ipotesi di nullità relativa».

debole, entra in vigore solamente nel 2006)²⁰⁷. Eppure, la sua ammissibilità veniva legittimata da quanti rinvenivano nell'inciso "salvo diverse disposizioni di legge" dell'art. 1421 c.c. la fonte della sua legittimazione.

Ben si comprende che, in questo contesto, l'indicazione della somma di denaro che il cliente deve corrispondere alla banca per la quantità di credito concessogli è fondamentale. Di qui la rigida previsione della nullità per vizio di forma ai sensi dell'art. 117 TUB²⁰⁸: la norma valorizza l'idoneità della forma scritta *ad substantiam* a costituire un mezzo consono a rendere certa la volontà negoziale manifestata e ad informare il cliente-consumatore, rendendolo maggiormente consapevole circa l'operazione economica alla quale intende vincolarsi. Quanto all'imposizione della forma scritta richiesta *ad substantiam* per gli atti negoziali in materia bancaria e finanziaria, occorre rilevare che la recente giurisprudenza ha affrontato la questione relativa al c.d. "contratto monofirma" ed alla forma informativa, di cui sarà detto nelle prossime pagine.

Dalla lettura della disposizione in commento si evince che la nullità prevista dal TUB a tutela del contraente debole è rilevabile d'ufficio e che non vi è alcun riferimento alla rilevanza ad esclusiva legittimazione del cliente, come invece si può desumere dal successivo Testo Unico della Finanza, che prevede una nullità relativa, ed in quanto tale, eccepibile solo dall'investitore. Sembra dunque, che mentre l'art. 117 TUB, protegga un interesse generale, l'art. 23 TUF, sia posto a presidio di un interesse particolare. Ragion per cui parte della dottrina ha escluso che il principio della validità dei contratti mono-firma espresso dalla Corte in merito ai contratti d'intermediazione finanziaria, sia applicabile anche ai contratti bancari regolati dal TUB, in quanto la norma «è stata espressamente configurata dal legislatore come nullità di protezione assoluta, rilevabile d'ufficio dal giudice, non

²⁰⁷ Al di là della nullità relativa in funzione protettiva del contraente debole prevista nei contratti asimmetrici, già il codice napoleonico francese contemplava una nullità relativa che poteva essere azionata solo da determinati soggetti; anche il nostro codice del '42 ammetteva che la nullità della dote poteva essere fatta valere dal solo marito e che la donazione fatta ai figli naturali non riconoscibili poteva essere impugnata dal solo donante, o dai suoi discendenti legittimi o dal coniuge (oggi gli artt. 190 e 780 c.c. sono abrogati); anche la legge sul diritto d'autore prevedeva una forma di nullità relativa.

²⁰⁸ M. ARRIGONI, *Nullità selettiva degli ordini di investimento ed "eccezione di buona fede"*, in *Rivista di diritto bancario*, n. 2, 2020, reputa sensata la severa previsione della nullità nel settore bancario ma irragionevole la medesima sanzione nel mercato dei capitali, nel quale l'indicazione dei costi del servizio di investimento assume minore rilevanza rispetto alla scelta sul rischio e sul rendimento dell'investimento che vuole intraprendere.

sanabile, perché a tutela di interessi generali e costituzionalmente garantiti, come il corretto funzionamento del mercato (art. 41 cost.) e l'uguaglianza formale tra contraenti forti e contraenti deboli (art. 3 cost.), cioè di valori fondamentali a presidio di contratti a contenuto patrimoniale, come quelli bancari»²⁰⁹. Nondimeno la sentenza 898/2018 della Corte di Cassazione a sezioni unite, di cui si discorrerà ampiamente nei prossimi paragrafi, ha stabilito che “ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa, come tale intesa a proteggere in via diretta ed immediata non un interesse generale, ma anzitutto un interesse particolare, l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche”.

La differenza tra le due norme in questione si rinviene nella diversa formulazione e nel diverso angolo di visuale della nullità di protezione: nell'art. 23 TUF l'accento è posto sulla parte che può agire in giudizio – l'investitore; nell'art. 117 TUB si sposta sul modo in cui la nullità opera – a vantaggio esclusivo del cliente/consumatore.

Tuttavia, nonostante le differenze stilistiche e letterali delle norme la Cassazione ha, recentemente, ritenuto che un diverso trattamento per i contratti bancari e d'investimento sarebbe assolutamente irragionevole e costituzionalmente illegittimo.

Per amor di completezza giova precisare che l'interesse per la figura del consumatore, quale persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, professionale, commerciale o artigianale eventualmente svolta, sorge anche in merito ai contratti di finanziamento, la cui disciplina di protezione confluisce proprio all'interno del testo unico, a seguito della trasposizione degli articoli contenuti nella legge di attuazione²¹⁰ della direttiva 102/87/CEE, «relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamenti e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo». La caratteristica principale del credito al consumo è costituita dal fatto che il credito sia concesso ad un consumatore.

²⁰⁹ V. CANCRINI, *Contratti quadro monofirma: brevi note sulla recente sentenza delle Sezioni Unite del 16 gennaio 2018*, in *diritto.it*. p. 67.

²¹⁰ Cfr. L. 142/1992.

Inserito nel Capo II («Credito ai consumatori») del Titolo VI, l'art. 121 TUB stabilisce che per contratto di credito ai consumatori si intende «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».

A questo proposito, le nullità comminate in occasione di un contratto di credito stipulato con un consumatore sono quelle previste dai commi 6 e 8 dell'art. 125-*bis*, i cui caratteri di specialità sono esplicitati proprio dall'art.127. Nel primo caso si tratta di una nullità parziale, che determina la caducazione della singola clausola, lasciando in vita il contratto, nel caso di costi a carico del consumatore che non sono stati inclusi o sono stati inclusi non correttamente nel TAEG pubblicizzato. Il co.8 ha invece l'effetto di caducare l'intero contratto nel caso in cui questo non contenga le informazioni essenziali sul tipo di contratto, sulle parti contraenti, sull'importo totale del finanziamento e sulle condizioni di prelievo e di rimborso.

3.3.2 Nozione e caratteri

L'art.23 TUF stabilisce al comma 1 che «I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, sono *redatti per iscritto*, in conformità a quanto previsto dagli atti delegati della direttiva 2014/65/UE, e un *esemplare è consegnato ai clienti*. La Consob, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma, assicurando nei confronti dei clienti al dettaglio appropriato livello di garanzia. *Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo*».

Ai sensi del comma 3 la nullità *può essere fatta valere solo dal cliente*²¹¹: si tratta, senza dubbio, di una nullità “di protezione”. Infatti, dal momento che il legislatore non ha dettato un preciso regime giuridico relativo alla nullità del contratto di intermediazione finanziaria, il comma 3 sarà riletto alla luce della normativa del codice del consumo e, in particolare, dell'art. 36, che costituisce il caso paradigmatico della nullità di protezione. Per la verità, l'invalidità menzionata

²¹¹ La prima comparsa del requisito di forma scritta per il contratto quadro è dovuta all'art. 18 d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415 (c.d. decreto Eurosim).

dall'art. 23 TUF si allontana dal paradigma previsto dall'art 36, perché, nel primo caso, la nullità travolge l'intero contratto («il contratto è nullo»), diversamente da come accadrebbe in caso di clausole abusive inserite nei contratti dei consumatori²¹², in cui è possibile rimuovere esclusivamente la clausola viziata («Le clausole considerate vessatorie ai sensi degli articoli 33 e 34 sono nulle mentre il contratto rimane valido per il resto»).

Inoltre, il Regolamento Consob n. 16190/2007 all'art. 37 prevede che “Gli intermediari forniscono ai clienti al dettaglio i propri servizi di investimento, diversi dalla consulenza in materia di investimenti, sulla base di un apposito contratto scritto; una copia di tale contratto è consegnata al cliente”, completando la normativa in questione.

Il settore bancario-finanziario, ed in particolare l'art. 23 TUF, è stato terreno di elezione di dubbi ermeneutici che hanno impegnato la Corte di Cassazione in merito ai presupposti di applicazione della nullità di protezione, sebbene le sentenze gemelle del 2014 abbiano definitivamente stabilito quali siano i caratteri generali²¹³. Le perplessità sorte in relazione al contratto di intermediazione finanziaria hanno riguardato questioni che interessano profili diversi della materia, ma, in verità, collegati inscindibilmente da un unico “*fil rouge*”²¹⁴.

²¹² SARTORIS, *La sentenza delle Sezioni unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede*, in *Persona e mercato*, n. 4, 2019, riporta le parole della Cassazione a Sezioni Unite nella sentenza 4 novembre 2019, n. 28314: è proprio questo «ampliamento dell'ambito di applicazione delle nullità di protezione a costituire il nucleo problematico della questione».

²¹³ Sul punto commenta M. GIROLAMI, *"L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?"* *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1/2 (2020), «Curioso, tuttavia, il fatto che non appena raggiunto l'approdo, non banale, della delineazione dei tratti ricorrenti delle nullità protettive si sia ingenerato un contenzioso inedito, volto a metterne in discussione non più il modus operandi bensì i presupposti stessi di operatività».

²¹⁴ Per usare le parole di M. GIROLAMI, *op. cit.*

3.3.3 Il contratto “monofirma”: “una questione di massima di particolare importanza”. (Cass. Sez. Un. 898/2018. Artt. 23, co.1 TUF e 117 TUB)

Dal momento che la norma richiede la forma scritta, ma non specifica se è necessario il requisito della doppia sottoscrizione, i giudici di merito si domandarono se costituisse un problema l'assenza di firma dell'intermediario e, in particolare, se incidesse sulla forma del contratto-quadro, essendo sottoscritto esclusivamente dal cliente-consumatore. Al riguardo, si affermò che costituisce una «questione di massima di particolare importanza se, a norma dell'art. 23 d.lgs. n. 58 del 1998, il requisito della forma scritta del contratto di investimento esiga, accanto a quella dell'investitore, anche la sottoscrizione *ad substantiam* dell'intermediario»²¹⁵. Ci si chiese, inoltre, se l'iniziale difetto di sottoscrizione potesse essere sanato da alcuni comportamenti tenuti dalle parti dopo la conclusione del contratto.

Con la sentenza 898/2018 la Corte, a seguito dell'ordinanza di rimessione 27 aprile 2017, n. 10447 che avanza la perplessità circa il ruolo del formalismo negoziale nei contratti asimmetrici e in particolare nel contratto di intermediazione finanziaria²¹⁶, ha chiarito che la prescrizione di forma contenuta dall'art. 23 TUF si differenzia dalla forma *ad substantiam* tradizionalmente intesa e coerente con la *ratio* di cui all'art. 2702 del cod. civ., rubricato «Efficacia della scrittura privata»²¹⁷. L'art. 2702 considera la scrittura privata come la forma minima richiesta per la *validità* del contratto e che, per interpretazione unanime, consiste in un atto scritto e sottoscritto²¹⁸. Diversamente, a parere della Corte, la *ratio* alla quale risponde la prescrizione di forma dell'art. 23 è puramente informativa: serve a rendere edotto

²¹⁵ Per la verità tutte le precedenti pronunce sembravano ferme sul punto: il documento doveva essere firmato da entrambi i contraenti, in quanto l'art. 23 prescriveva la forma scritta *ad substantiam actus*: *actus* che si soddisfa solo con la firma di entrambi i contraenti. Cfr. Cass., 14 marzo 2017, n. 6559; Cass., 3 gennaio 2017, n. 36; Cass., 19 maggio 2016, n. 10331; Cass., 27 aprile 2016, nn. 8395 e 8396; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; Cass., 24 marzo 2016, n. 5919; Cass., 19 febbraio 2014, n. 3889.

²¹⁶ La questione origina dal fatto che nella prassi del contratto di intermediazione finanziaria, il professionista tratteneva una copia sottoscritta dal cliente, il quale riceveva dall'intermediario un esemplare con la dicitura “sottoscritto per accettazione dai soggetti abilitati a rappresentarvi”. Mancava, in questo modo, un unico documento recante la sottoscrizione di entrambi i contraenti.

²¹⁷ Art 2701 c.c.: *La scrittura privata fa piena prova, fino a querela di falso, della provenienza delle dichiarazioni da chi l'ha sottoscritta, se colui contro il quale la scrittura è prodotta ne riconosce la sottoscrizione, ovvero se questa è legalmente considerata come riconosciuta.*

²¹⁸ M. BIANCA, *Il contratto, Diritto civile*, Milano, 2000, p. 286.

il cliente dell'esistenza e del contenuto dell'accordo. Mediante la sottoscrizione, infatti, il cliente dimostra di essere a conoscenza della consistenza del contratto, essendo sufficiente per l'intermediario averlo predisposto²¹⁹. Di qui la denominazione di "contratto monofirma", mancante della sottoscrizione di quest'ultimo.

L'art. 23 TUF, secondo l'interpretazione della Corte apre, dunque, la strada ad una nuova concezione della forma del contratto di intermediazione finanziaria – e dei contratti bancari e creditizi regolati dal TUB –, che si allontana da quella prevista dal cod. civile: un *tertium genus* che si differenzia dalla forma *ad substantiam* e *ad probationem*, in quanto si tratta di una forma *ad essentiam*,²²⁰ una forma informativa, che non è una "forma di struttura", ma una "forma di funzione"²²¹; una forma «(più) rappresentativa "di un comportamento" che non di un requisito (del contratto)²²²». Si badi: la Corte esclude categoricamente che la forma informativa sia caratterizzata da un profilo di "specialità" rispetto a quella codicistica, nel senso che non costituisce una sua variante – come invece l'ordinanza di rimessione sembrava supporre –, ma una diversa forma, caratterizzata da tre distinti momenti: la predisposizione del contratto, la raccolta della firma e la consegna dell'esemplare al cliente.

Ciò che preme sottolineare – che poi è il nocciolo della questione – è che, quindi, la sottoscrizione dell'intermediario non è utile allo scopo prefissato dalla norma,

²¹⁹ Cass., 16 gennaio 2018, n. 898, «per costante giurisprudenza l'art. 23 del d.lgs. 58/1998, laddove parla di forma scritta a pena di nullità, si riferisce ai contratti quadro e non ai singoli servizi di investimento o disinvestimento, la cui validità non è soggetta a requisiti formali, salvo diversa previsione convenzionale nel contratto-quadro».

²²⁰ Cass., sez. un., 17 settembre 2015, n. 18214, in De Jure. In dottrina, cfr. LAGHI, Forma ad essentiam e nullità di protezione: declinazioni funzionali della forma nelle locazioni ad uso abitativo, in Contr. e impr., 2017, 256 ss.

²²¹ M. GIROLAMI, *Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanziari: i dubbi della Suprema Corte*. Il caso.it. 2017, richiama le parole della Corte. F. VENOSTA, in *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura. Obbligazioni e Contratti*, n.11, 2008, critica la netta contrapposizione tra forma "di funzione" e forma "di struttura" denunciata dalla Corte: «In realtà, sia la forma *ad substantiam* che la forma-procedimento devono ritenersi caratterizzate da un profilo strutturale e da uno funzionale: il primo attiene alla esatta ricostruzione degli adempimenti formali da eseguire per la valida conclusione del contratto; il secondo alle finalità dirette ed indirette della previsione normativa. E non v'è dubbio che anche le prescrizioni di forma *ad substantiam* [...] siano dovute da un lato alla protezione diretta delle posizioni d'interesse facenti capo alle parti (indipendentemente dal fatto che si vogliano tutelare in via tipica entrambe le parti o una di esse), e dall'altro lato alla protezione indiretta di interessi più generali afferenti al corretto funzionamento di determinati mercati (ad es., il mercato immobiliare).

²²² DI MAJO, *Contratto di investimento mobiliare: il "balletto" delle forme*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3, 2018.

che è quello di protezione del contraente debole, perché, occorre ribadirlo, si tratta di una forma *ad informationem*, non già *ad validitatem*. La firma del cliente e la consegna dell'esemplare sono necessari e sufficienti a soddisfare lo scopo informativo prefissato dalla norma. E la nullità che vi collega il comma 3 è comminata ad esclusivo interesse del cliente. Ciò, occorre ribadirlo, costituisce una vera e propria deroga alle regole di diritto comune, in base alle quali la sottoscrizione rappresenta un mezzo idoneo ad attribuire la paternità all'atto e con l'obiettivo di suggellare l'accordo ivi contenuto.

Natalino Irti parlò di *crisi della sottoscrizione* già nel 1985²²³, intendendo, con tale espressione, la definitiva rottura del binomio scrittura privata-sottoscrizione, ma non nel senso di ammettere la conclusione di un contratto con la sottoscrizione di una sola delle parti, ma nel senso di accogliere nuovi criteri di imputazione di paternità diversi dalla sottoscrizione²²⁴. Si tratta, insomma, di recuperare il carattere di "regola" propria di alcune ipotesi, che sono da sempre state, invece, condannate al carattere dell'eccezionalità: tra esse l'art. 2705 sull'efficacia probatoria del telegramma, dove la *consegna* del messaggio viene considerata idonea a soddisfare il requisito di forma *ad substantiam*; l'art. 2705 «affianca al criterio attributivo della sottoscrizione, i criteri del consegnare o far consegnare»²²⁵. Ciò è confermato dall'art. 807 c.p.c., che «indica nella forma telegrafica una specie di forma scritta»²²⁶.

Anche negli artt. 117 TUB e 23 TUF²²⁷ si rinvencono alcuni criteri di paternità alternativi alla sottoscrizione. Infatti, quanto al secondo quesito sottoposto all'attenzione della Corte, se cioè sia possibile sanare l'iniziale mancanza di sottoscrizione con altri comportamenti tenuti dall'intermediario, con la sentenza 898/2018 i giudici della Cassazione aprono la strada a nuovi mezzi, diversi dalla sottoscrizione, idonei ad esprimere il consenso nel particolare caso del contratto-quadro in materia di intermediazione finanziaria. I comportamenti idonei - dalla dottrina denominati "equipollenti" - ad esprimere il consenso sono rappresentati dalla raccolta della firma del cliente, dalla consegna del documento contrattuale e

²²³ N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 25.

²²⁴ Anche la *Cass. Sez. Unite* 2018, n. 898 cit. lo evidenzia bene.

²²⁵ N. IRTI, *Idola libertatis* cit., 27 ss.

²²⁶ N. IRTI, *Compromesso e clausola compromissoria nella nuova legge sull'arbitrato*, 652.

²²⁷ Cfr. anche l'art. 2 della L. 192/1998

dall'esecuzione stessa del contratto, coerentemente a quanto stabilito dall'art. 1327 c.c., ai sensi del quale «Qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta, il contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione». Quanto all'obbligo di consegna dell'esemplare da parte dell'intermediario, se da un lato, tale adempimento costituisce un momento fondamentale per l'investitore, che a partire da questo momento può monitorare il successivo comportamento dell'intermediario, in termini di adempimento/inadempimento e correttezza, d'altra parte, anche per la banca la cristallizzazione del regolamento contrattuale mediante la consegna dell'esemplare è un passaggio necessario ed ineludibile, mettendosi, in questo modo, al riparo da eventuali ritorsioni o ripensamenti da parte del cliente.

La lettera della norma fa intendere che la consegna dovrebbe collocarsi nella fase successiva alla formazione dell'accordo e quindi alla conclusione del contratto²²⁸ e non a quella antecedente. Non coincide neanche con l'obbligo di informazione che grava sull'intermediario nella fase delle trattative, in quanto si tratta, per l'appunto, di un obbligo di forma. La Corte non si sbilancia sul punto²²⁹.

Invero, già prima della pronuncia del 2018, alcuni consolidati orientamenti giurisprudenziali avevano stabilito che la mancata sottoscrizione iniziale della scrittura privata poteva essere sopperita dalla produzione in giudizio da parte di chi non l'avesse sottoscritta²³⁰. In altre pronunce, invece, erano state considerate equipollenti alla firma la consegna del documento al cliente, o inserzioni come

²²⁸ Cfr. G. ALPA, *Commento all'art. 23*, in *Commentario al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di ALPA e CAPRIGLIONE, p. 258, ricollega alla mancata consegna dell'esemplare il rimedio risolutorio a favore del cliente, trattandosi di un inadempimento che incide sul rapporto e non sull'atto.

²²⁹ M. GIROLAMI, in *Ragioni economiche del settore bancario-finanziario e funzione nomofilattica della cassazione*, op. cit., critica il silenzio della Corte in merito alla consegna dell'esemplare al cliente: «Una parola in più sarebbe stata utile perché a ben vedere sul punto sembra aprirsi una falla nel ragionamento della Corte, tenuto conto che l'art. 23 richiede, a pena di nullità, la consegna proprio di un esemplare del contratto e non di una generica copia del documento che ne riproduca il testo. Accade invece, nella prassi più diffusa, che il cliente sottoscriva un unico documento contenente il regolamento negoziale e, in calce, la dichiarazione di avere ricevuto un esemplare del contratto. Nella maggior parte dei casi, però, quel documento rappresenta una mera proposta contrattuale o un'accettazione non ancora giunta a conoscenza della controparte e dunque è escluso che quando appone la propria firma l'investitore abbia già in mano un esemplare del contratto: semplicemente perché nessun contratto è ancora venuto in essere».

²³⁰ Cfr. Cass. 27 aprile 2016, n. 8395; Cass., 11 aprile 2016, n. 7068; Cass. 24 marzo 2016, n. 5919, Ord. n. 10447/2017.

“sottoscritto per accettazione dai soggetti abilitati a rappresentarvi”²³¹. Si trattava di un orientamento più progressista, che ammetteva qualsiasi manifestazione di volontà dell’intermediario che permettesse di raggiungere lo scopo dell’atto, rispetto ad un altro rigidamente formalista²³², che non ammetteva deroghe alla sottoscrizione. Infine, non mancava l’indirizzo intermedio²³³ che reputava la sottoscrizione elemento essenziale per la validità del contratto e funzionale alla tutela del contraente debole, senza, però, pretendere l’apposizione della firma di entrambi i contraenti sul medesimo documento.

La dottrina più recente ha riscontrato nella decisione della Corte «una soluzione idonea a sanare le prassi disinvolute dell’intermediario»²³⁴, più che un mezzo per proteggere il cliente, considerato la parte debole del rapporto. A seguito del comportamento delle banche, i clienti insoddisfatti, per ovviare alle perdite, non avevano altra via che chiedere l’invalidità del contratto-quadro. E il numero di negozi di cui veniva chiesta la caducazione, era talmente alto da poter fare collassare l’intero sistema bancario. Per questo motivo la Corte è pervenuta alla soluzione del contratto “mono-firma”, volto ad agevolare una maggiore efficienza dei mercati finanziari e celerità nella conclusione dei contratti finanziari.

In conclusione, è possibile affermare che l’interpretazione della Corte supera il tradizionale formalismo contrattuale e introduce una forma che non rispecchia la lettera della norma²³⁵, la quale si inserisce tra le numerose disposizioni che richiedono la forma scritta in funzione informativa: si parla, al riguardo, di neo-formalismo contrattuale²³⁶. La forma scritta costituisce veicolo di informazioni che vengono scambiate tra banca e cliente ed assolve la funzione di dare certezza del

²³¹ Cfr. Cass. 22 marzo 2012, n. 4564; Cass. 7 settembre 2015, n. 17440.

²³² Cfr. Trib. Alba 2 novembre 2010; Trib. Benevento 29 giugno 2010; Trib. Trento 22 febbraio 2010; Trib. Torino 5 febbraio 2010; Trib. Forlì 20 gennaio 2010; Trib. Torino 5 gennaio 2010.

²³³ Cfr. Trib. Mondovì 9 novembre 2010; Trib. Torino 29 settembre 2010; Trib. Bari 15 luglio 2010.

²³⁴ M. GIROLAMI, *Ragioni economiche del settore bancario-finanziario e funzione nomofilattica della cassazione*. *Rivista diritto bancario*, n.3, 2020.

²³⁵ Solamente in due precedenti, isolate pronunce la Corte aveva statuito in senso contrario. Cfr. Cass. civ., 22 marzo 2012 n. 4564 e Cass. civ., 7 settembre, n. 17740.

²³⁶ Per quanto seducente, la soluzione proposta dalla Corte non è condivisa da parte della dottrina, seppur anteriore alla pronuncia. V. ROPPO, *Il contratto*, *op. cit.*, p. 209, secondo il quale, anche se il contratto sottoscritto esclusivamente dal cliente viene ritenuto, per ciò stesso, valido *ad substantiam*, non risulterebbe in alcun modo provato che il contratto si sia concluso e che la “proposta” del cliente abbia incontrato l’accettazione dell’intermediario.

tipo di rapporto che intercorre tra le parti, del ruolo che svolge l'intermediario, del servizio reso al cliente²³⁷.

È bene notare che ciò non vuol dire affermare che la forma scritta non sia rilevante nei contratti bancari e finanziari, come invece denota l'ordinanza di rimessione n. 10447 del 2017. Infatti, l'art. 39 della Dir. 73/2006/CE, attuativo della direttiva 2004/39/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa ai «requisiti di organizzazione e le condizioni di esercizio dell'attività delle imprese», richiede un accordo scritto tra cliente e intermediario, su carta o su altro supporto durevole, dove vengono fissati i diritti e gli obblighi essenziali dell'impresa.

Per la verità l'espressione “neo-formalismo” si riferisce ad un'ampia casistica nella quale la forma si presenta sotto nuove vesti e non rispecchia più esclusivamente il binomio forma scritta – scrittura privata/atto pubblico, ma comprende documenti anche privi di sottoscrizione. Non si tratta esclusivamente di vincoli di forma che si ispirano ad una ratio diversa – nel nostro caso quella informativa -, ma anche di forme diverse da quelle tradizionali, la cui violazione, ad esempio, non comporta la nullità del contratto – non si tratta della forma ad probationem – o di una forma che è disciplinata diversamente da quella tradizionale.

Nonostante si possa leggere in diversi luoghi che il neo-formalismo non sia un fenomeno del tutto nuovo²³⁸, si può comunque osservare che negli ultimi anni abbia subito una rapida accelerazione, soprattutto grazie all'integrazione nel nostro paese del diritto europeo dei contratti, con cui si è passati da una “forma di efficacia” ad una “forma di protezione”²³⁹.

²³⁷ Altre disposizioni che rientrano nel fenomeno del neo-formalismo negoziale sono quelle relative alla vendita dei pacchetti turistici e ai contratti telefonici.

²³⁸ Si può leggere in F. VENOSTA F., *Profili del neoformalismo negoziale, op. cit.*, che «Sulla Rivista di diritto commerciale del 1914 si poté leggere, a proposito di un libro francese allora pubblicato: «il formalismo contrattuale non solo non è morto, ma vive un'esistenza gagliarda, e le ragioni della sua fresca attività stanno nei benefici, che le formalità apportano nel regime contrattuale, e che secondo il M. [Moeneclay], sono i seguenti: precisa identificazione del momento in cui sorge il vincolo giuridico, facilitazione della prova del vincolo, netta determinazione dei suoi confini, maggior tutela del contraente contro le inadempienze della controparte e contro le insidie di essa e dei terzi, maggior tempo dato alle parti di riflettere sul vincolo giuridico, maggiori garanzie per la tutela dell'interesse pubblico in genere, dell'interesse dei terzi che hanno relazione con il contratto, in specie. Questi benefici sembrano al M., e sono in realtà tali da compensare i difetti del formalismo, principalissimo de' quali l'incomodo (noi diremmo piuttosto la limitazione) che esso determina in ordine alla libertà giuridica dei contraenti».

²³⁹ S. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo del diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 65. V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2001, 495, dove osserva che il diritto europeo dei contratti «assicura [anche al formalismo] il massimo rilievo in

La coerenza del discorso della Corte risulta, in verità, intaccata da alcune recentissime osservazioni in merito: come si può affermare che la sottoscrizione del documento da parte dell'intermediario sia irrilevante formalmente, se poi si ricercano strumenti equipollenti idonei ad attribuirvi la paternità? Invero, sarebbe stato più coerente un ragionamento che avesse dedotto, dall'art. 23 TUF, un requisito di forma *ad substantiam* ed affermato l'esigenza di un equipollente in caso di mancanza di tale requisito formale. Oppure, negare la presenza di una forma prevista *ad validitatem*, come ha argomentato la Corte, ma in questo modo rendendo priva di contenuto la ricerca di un eventuale equipollente²⁴⁰. Ancora, altra parte della dottrina rileva che la questione che viene sottoposta all'attenzione della Corte nasce perché manca la firma di una delle parti del contratto, ma si conclude come un problema relativo alla forma: la Cassazione affronta il problema della sottoscrizione come un problema di forma e non di firma, sostenendo che la nullità è posta a presidio della tutela del consumatore e che se la forma è corretta -cioè è presente la firma dell'investitore- il cliente è tutelato e che la firma dell'intermediario non è necessaria perché esula dallo scopo della norma. Ma cosa c'entra la sottoscrizione con la forma, se la prima attinente al profilo sostanziale e la seconda al profilo formale? Nell'intento di chiarire il significato e la portata della questione, la dottrina in commento ha affermato che la forma rappresenta solamente il modo in cui la volontà viene esteriorizzata, mentre la sottoscrizione rappresenta lo strumento di imputazione della volontà, che non è un requisito formale²⁴¹. Diversamente, la Corte considera i comportamenti concludenti dell'intermediario

estensione e in intensità». Parla al riguardo di “rinascita del formalismo”, inteso come un ritorno all'interesse per la forma, che negli ultimi decenni era stata respinta ed accantonata, in quanto ritenuta nociva per la velocità dei traffici commerciali.

²⁴⁰ R. FRANCO, *Il c.d. contratto monofirma: dalla fattispecie al procedimento*, in *Europa e Diritto Privato*, 2020, fasc.2, pag. 635

²⁴¹ M. P. PIGNALOSA, *L'accordo telefonico, op. cit.*, in *Nuovo Diritto Civile*, 2020, n. 1. V. anche M. MAGGIOLIO, *Forma, firma, informazione, (Il contratto come stabile contenitore di istruzioni)*, in *Giustizia Civile*, 2020: «Se la vicenda giudiziale nasce perché manca la firma di uno dei contraenti, allora il problema dovrebbe essere affrontato e trattato quale problema di firma, e non quale problema di forma o di informazione. Il concreto testo contrattuale è infatti del tutto completo; quel testo racchiude tutte le informazioni dovute al cliente; quel testo è scritto. Non c'è alcuna lacuna regolamentare o informativa; non c'è alcuna oralità. Manca solo la firma di uno dei contraenti, e non manca null'altro. E infatti, se la firma dell'intermediario fosse stata apposta, sparirebbe ogni discussione circa il rispetto delle regole formali prescritte per il contratto, e sparirebbe ogni incertezza circa il patrimonio informativo dovuto al cliente. Se la firma dell'intermediario fosse stata apposta, per di più diverrebbe a quel punto indifferente se questioni relative a forma e informazione vengano affrontate separatamente l'una dall'altra».

rilevanti sul piano formale della conclusione del contratto e non ai fini della stabilità e della certezza circa la paternità del contratto.

3.3.4 L'uso selettivo della nullità. (Cass. Sez. Un. 28314/2019)

Com'è stato attentamente osservato dalla Corte, l'omessa sottoscrizione dell'esemplare consegnato al cliente non legittima l'azionabilità del rimedio invalidante previsto dal terzo comma dell'art. 23 TUF. «[C]on il principio di proporzionalità l'ordinamento stabilisce un sistema di garanzie nel quale è più accentuata la parte coperta dal diritto rispetto a quella coperta dalla legge, e la regola è quella creata dal fatto o dopo il fatto; il principio di proporzionalità consente al giudice un ruolo più attivo nella produzione del diritto, ma rappresenta anche un parametro quantitativo più vincolante della sua arbitrarietà, al di là della semplice buona fede, cui spesso si fa riferimento»: queste le parole con le quali i giudici di legittimità richiamano il principio di proporzionalità, statuendo che sarebbe stato sproporzionato prevedere la nullità del contratto-quadro per mancanza di sottoscrizione dell'intermediario in relazione alla *ratio* cui è preposta la norma²⁴². Ben si comprende allora come la prescrizione di forma contenuta nell'art. 23 si riferisca alla redazione del contratto in sé e non ad altri profili inerenti al rapporto contrattuale.

Come si vedrà, è proprio alla luce della *ratio* di protezione sottesa alla disciplina di riferimento, «intrinsecamente rivolta a realizzare uno specifico e puntuale obiettivo di solidarietà: propriamente intendendo sbilanciare, così, la disciplina normativa di un rapporto-tipo a favore di una determinata categoria di soggetti»²⁴³, che si giustifica il particolare atteggiarsi della nullità di protezione prevista dall'art.23 TUF, ed in particolare il suo uso c.d. selettivo. Com'è stato attentamente osservato dalla Corte il ricorso alla selettività si impone tutte le volte in cui non è possibile garantire la conservazione dell'operazione contrattuale, in quanto l'invalidità non è graduabile in forma parziale e la nullità di protezione travolge l'intero contratto.

²⁴² G. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 353.

²⁴³ A. A. DOLMETTA, *Exceptio doli generalis*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1998, I, 189.

La questione origina dalle ordinanze emesse nel 2017, che, come anticipato nei paragrafi precedenti, sono collegate da un unico filo conduttore e che riguardano la forma del contratto-quadro. Dopo più di un anno dalla pronuncia relativa all'ammissibilità del contratto mono-firma, di cui sopra, la Corte torna a pronunciarsi in relazione all'ammissibilità dell'uso selettivo della nullità²⁴⁴ del contratto-quadro nel caso in cui non sia stato redatto in forma scritta e una copia non sia stata consegnata al cliente, intendendosi con la locuzione "uso selettivo" la richiesta di far caducare i soli ordini di investimento oggetto della domanda di nullità e non tutte le operazioni d'acquisto dipendenti dall'unico contratto-quadro dichiarato nullo. Nel caso di specie un investitore, in forza dell'art.23 TUF co.3, aveva impugnato due contratti d'intermediazione finanziaria relativi ad investimenti in obbligazioni argentine e, una volta dichiarata la nullità dei contratti, aveva chiesto che avvenisse la restituzione delle somme investite in base al rapporto nascente da quei contratti. Così come il Tribunale di primo grado, anche la Corte d'Appello accolse non solo la domanda dell'attore, ma altresì la domanda riconvenzionale della banca convenuta che chiese a propria volta la restituzione dei titoli obbligazionari, in forza di quanto stabilito dall'art. 2033 c.c. Di fronte ad una tale decisione dei giudici, l'investitore propose ricorso in Cassazione chiedendo la nullità dei soli ordini d'investimento dai quali ne fosse derivato un pregiudizio, mantenendo in vita il rapporto con la banca e tutti gli investimenti dai quali avesse ricevuto guadagni.

È curioso un dato che non dev'essere trascurato: il ricorso in Cassazione in relazione alla vicenda soggetta al vaglio dei giudici, è avvenuto successivamente alla pronuncia relativa al contratto mono-firma, la quale, come appurato, ha ammesso la validità del contratto firmato esclusivamente dal cliente. La sentenza n. 28314/2019 si fonda invece sul presupposto che il contratto firmato esclusivamente dall'investitore sia nullo, dal momento che i giudici di merito pronunciatisi prima della sentenza della Cassazione n. 898/2018, che nel frattempo è intervenuta, avevano affermato che il contratto fosse nullo e né la controparte né il ricorrente stesso avevano messo in dubbio una tale decisione, comportando la formazione di un giudicato interno sulla questione. Proprio su questo punto occorre soffermare

²⁴⁴ Cfr. la sentenza della Corte di Cassazione 9 aprile - 4 novembre 2019, n. 28314

l'attenzione in merito alla credibilità ed al seguito che ci si possa attendere dalla sentenza n. 28314/2019, da reputare sicuramente recessiva, considerato il sopravvenire di un'altra pronuncia che capovolge il presupposto della sentenza in questione. Ciò nonostante, la conclusione alla quale approda la Corte non cambia, ancorché il presupposto sia, ad oggi, errato, in quanto la domanda del risparmiatore di far caducare gli investimenti svantaggiosi, in conseguenza della mancata firma dell'intermediario, non avrebbe dovuto essere accolta e il contratto quadro avrebbe dovuto essere dichiarato valido.

Ancora una volta, sulle orme della pronuncia 898/2018, la Corte ragiona sulla base della *ratio* della norma e degli interessi protetti. Ragionando in senso contrario, per la Corte sarebbe stato più logico approdare ad una diversa soluzione, dal momento che ha affermato che la struttura del contratto di intermediazione finanziaria e dei successivi ordini di investimento rappresenta una «sequenza che - in ragione di un razionale disegno di ispirazione unitaria e inteso, questo sì, a proteggere la posizione dell'investitore - viene a svolgersi lungo più fasi in consecuzione tra loro» e che quindi la nullità avrebbe dovuto colpire indistintamente tutti gli ordini di investimento²⁴⁵. In verità – la tematica è già stata ampiamente affrontata nel primo capitolo – non è ben chiaro a quale schema sia ricondotto il rapporto tra contratto-quadro e servizi di investimento, ed a parere dei giudici di legittimità «non è importante la qualificazione degli ordini di investimento in termini di frammenti di una medesima prestazione dovuta in base ad un rapporto unitario o, al contrario, quali autonomi atti negoziali in grado di costituire a sé un regolamento di interessi ai sensi dell'art. 1321 c.c. Quello che conta nell'ottica della migliore soluzione dei problemi affrontati è l'attuazione di un regolamento adeguato rispetto agli interessi chiamati in causa»²⁴⁶. È certo che unicamente gli ordini di investimento, non già il contratto-quadro, sono idonei ad arrecare vantaggi, in termini di profitti, o pregiudizi, in termini di perdite.

Il dubbio in ordine alla possibilità di invalidare solo alcuni degli investimenti eseguiti dalla banca e richiesti dall'investitore, sorge in dipendenza delle

²⁴⁵ Diversamente, con la sent. Cass., 16 marzo 2018, n. 6664, in *ilcaso.it*, i singoli ordini sono stati ritenuti “negozi giuridici autonomi” rispetto al contratto principale.

²⁴⁶ C. RINALDO, *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.4, 2018, pag. 398, nota a: Cassazione civile, 23 maggio 2017, n.12937, sez. I

caratteristiche stesse del mercato finanziario, in cui, come già constatato in precedenza, i soggetti del rapporto sono dotati di informazioni diverse e l'unico mezzo idoneo a bilanciare l'asimmetria informativa e di tutelare l'investitore, in veste di soggetto debole, è rappresentato dalla diffusione delle informazioni da parte dell'intermediario²⁴⁷. Spesso, infatti, l'investitore disinformato è spinto ad accettare le condizioni dell'intermediario, senza conoscerne appieno il significato e la portata. E nella disciplina del TUF la funzione della nullità di protezione – e così il suo uso “selettivo” –, secondo la Cassazione a sezioni unite, va ravvisata proprio nella «reintegrazione di una preesistente condizione di squilibrio strutturale che permea le fattispecie contrattuali»²⁴⁸.

Con la sentenza 28314/2019 la Corte a sezioni unite ammette che l'investitore possa far caducare gli ordini rivelatisi svantaggiosi e conservare i vantaggi derivanti da quelli redditizi, nonostante dipendenti da un contratto-quadro dichiarato nullo per difetto di forma; tanto più potrà chiedere la restituzione delle corrispondenti somme investite.

Dopo essersi soffermati sui principi già affermati con la sentenza 898/2018, i giudici statuiscano che l'uso selettivo della nullità in relazione agli ordini di investimento deve essere informato al principio di buona fede, individuato come criterio guida nel valutare la legittimità dell'uso selettivo. Ragionando in questo

²⁴⁷ R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva*, op. cit., in *Questione giustizia*, 2020, rende bene l'idea del rapporto che intercorre tra banche e risparmiatori/investitori nel mercato del risparmio: «I rapporti tra banche e clienti sono divenuti, negli ultimi decenni, quanto mai tumultuosi ed anche nell'immaginario collettivo hanno talvolta assunto i tratti un po' caricaturali di una vera e propria contrapposizione tra il mondo predatorio delle banche (poteri forti per definizione) ed il popolo dei risparmiatori, vittime ignare degli inganni tramati in loro danno da banchieri senza scrupoli. Cercando di guardare le cose a mente fredda, credo sia innegabile che al ceto bancario debbono essere addebitate molte colpe. Della sconsiderata ed opaca gestione di alcuni importanti istituti di credito abbiamo avuto proprio in questi mesi dei vistosi esempi. Già da tempo, d'altronde, la trasformazione delle banche in soggetti operanti a tutto campo nel mondo della finanza ha innescato una serie di potenziali conflitti d'interesse con la clientela, che non sempre le banche medesime hanno saputo adeguatamente neutralizzare. Il tutto inserito in uno scenario di generale finanziarizzazione dell'economia che ha per lungo tempo incoraggiato i risparmiatori (piccoli o meno piccoli) ad investire il proprio denaro in strumenti finanziari troppo sofisticati perché il singolo investitore possa davvero percepire le caratteristiche e gli eventuali rischi. Da un lato li si è sollecitati con la prospettiva di facili guadagni speculativi, ma dall'altro lato li si è loro di fatto imposto sempre più di affidarsi alla competenza degli intermediari professionali e, in primis, a quelli bancari. Non sorprende certo che il cattivo esito di alcuni investimenti generi perciò forti e diffusi risentimenti la cui eco si avverte anche nelle aule di giustizia».

²⁴⁸ Cfr. A. A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, op. cit., “L'intera normativa del TUF è di “«riequilibrio contrattuale»: al punto che occorre, anzi, «evitare che l'esercizio dell'azione in sede giurisdizionale possa produrre effetti distorsivi ed estranei alla ratio riequilibratrice in funzione della quale lo strumento di tutela è stato introdotto»”.

modo, la Corte ha rilevato che la richiesta del cliente di caducare solo alcuni degli investimenti – quelli svantaggiosi – non comporta automaticamente una violazione del principio di buona fede e correttezza²⁴⁹, ma necessita di un’analisi concreta degli investimenti complessivamente eseguiti, in modo tale da valutare se l’investitore abbia effettivamente subito un pregiudizio²⁵⁰. Se al netto dei rendimenti derivanti dagli ordini non colpiti dalla nullità, il giudice afferma che il cliente ha subito dei danni, l’uso selettivo della nullità non contrasterà col principio di buona fede. Al di là di tale limite, l’intermediario è legittimato ad opporre l’eccezione di buona fede paralizzando gli effetti derivanti dalla domanda di nullità e così evitare la caducazione degli ordini considerati sfavorevoli dall’investitore. Quindi spetterà al cliente valutare in concreto l’opportunità di agire o meno in giudizio sulla base di un calcolo guadagno-perdite.

Anche se qualche autore aveva sostenuto il contrario, la buona fede richiamata dalle sezioni unite non è intesa in senso meramente soggettivo (sostanzandosi il giudizio, in quest’ipotesi, in un accertamento dell’intento fraudolento dell’investitore) – o, per lo meno, non solo soggettivo – ma oggettivo. L’“esame degli investimenti complessivamente eseguiti” si sostanzia in un’indagine puramente matematica e concreta: «è tutto un problema di somma algebrica di poste negative e positive»²⁵¹. Invero, la soluzione proposta stride sotto un profilo prettamente teleologico: «non è chiaro però come e perché una sottrazione aritmetica costituisca applicazione della regola di buona fede»; è stato detto che «la intrinseca rigidità di un’operazione matematica si colloca agli antipodi di un giudizio necessariamente elastico qual è quello di buona fede. La buona fede esiste per superare le rigidità delle norme formali, sicché costringere la buona fede nella formalità della aritmetica è un controsenso».

È indubbio che la piena operatività del principio di buona fede sia richiesta anche nella fase conclusiva delle restituzioni (degli ordini in perdita dell’investitore): la

²⁴⁹ S. PAGLIANTINI, *La nullità di protezione come una nullità selettiva?*, in *Foro it.*, 2019, I 987, spiega che “siccome ogni interesse ad agire ha un carattere selettivo, [...] non si può per questo etichettare come contraria a buona fede una domanda che miri a discernere l’ordine vantaggioso da quello divenuto causa di un danno”.

²⁵⁰ La Corte statui che «L’uso selettivo del rilievo della nullità del contratto quadro non contrasta in via generale con lo statuto normativo delle nullità di protezione».

²⁵¹ Cfr. S. PAGLIANTINI, *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”)*. *Intermediazione finanziaria*, in *I contratti*, 2020, n.1.

nullità del contratto-quadro deve essere accertata con valore di giudicato (una decisione che va nettamente in contrasto con le sentenze gemelle 26242 e 26243 del 2014) e la sua invalidità non è in alcun modo messa in dubbio.

Trattandosi di una nullità di protezione, i giudici di legittimità chiariscono che la nullità può essere azionata solo ed esclusivamente dall'investitore-consumatore, e che l'intermediario non può in alcun caso agire ex artt. 1422 e 2033 c.c.²⁵². All'intermediario non resta che eccepire il principio di buona fede, che deve essere specificamente allegato, non costituendo un'eccezione in senso stretto ed in quanto tale non soggetta alla decadenza prevista dall'art. 167 c.p.c.²⁵³. Tale conclusione si discosta da quella cui erano approdati in precedenza i giudici di piazza Cavour nella sentenza n. 6664/2018, con la quale avevano riconosciuto all'intermediario, successivamente alla domanda del cliente di rendere invalido il contratto-quadro e alcuni ordini di investimento da quest'ultimo appositamente selezionati, la facoltà di chiedere la restituzione di quanto versato in occasione degli ordini dichiarati dal giudice invalidi e perciò di agire in via riconvenzionale mediante le azioni di cui agli artt. 1422 e 2033 c.c.

Sicché dalla conclusione che la nullità operi solo a vantaggio del cliente e che solo da quest'ultimo, o dal giudice, possa essere fatta valere – decidendo di escludere il riconoscimento di un simile potere anche in capo all'intermediario – ne consegue che la ripetizione delle prestazioni già eseguite spetti esclusivamente al cliente.

In merito al rilievo ufficioso della nullità, di cui l'investitore rimane libero di avvalersi o meno, nella sentenza in commento la Corte ha ammesso che valgono gli stessi principi dalla stessa enunciati nella pronuncia n. 26242/2014 – più volte menzionata – in merito al regime della nullità di protezione, dove si può leggere che la rilevabilità d'ufficio del giudice «sembra costituire il *proprium* anche delle nullità speciali».

²⁵² «L'azione rivolta a far valere la nullità di alcuni ordini di acquisto richiede l'accertamento dell'invalidità del contratto quadro»; «tale accertamento ha valore di giudicato, ma l'intermediario, alla luce del peculiare regime delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale o in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c.» le parole della Corte in merito alla posizione dell'intermediario.

²⁵³ Secondo le Sezioni Unite «l'eccezione di buona fede, operando su un piano diverso da quello dell'estensione degli effetti della nullità dichiarata, non è configurabile come eccezione in senso stretto non agendo sui fatti costitutivi dell'azione (di nullità) dalla quale scaturiscano gli effetti restitutori, ma sulle modalità di esercizio dei poteri endocontrattuali delle parti. Deve essere tuttavia, oggetto di specifica allegazione».

Queste affermazioni hanno avuto implicazioni di non poco conto anche in merito alla fase dell'istruzione probatoria, relativa al calcolo guadagni-perdite e quindi, come anticipato, all'«esame degli investimenti complessivamente eseguiti, ponendo in comparazione quelli oggetto dell'azione di nullità, derivata dal vizio di forma del contratto quadro, con quelli che ne sono esclusi, al fine di verificare se permanga un pregiudizio per l'investitore corrispondente al *petitum* azionato».

In una recentissima pronuncia della Prima Sezione della Cassazione n. 23168/2020 i giudici hanno stabilito che l'intermediario, a difesa delle pretese del cliente-attore, dovrà non solo dichiarare «gli investimenti, relativi agli ordini non coinvolti nell'azione, abbiano prodotto vantaggi economici per l'investitore», ma potrà richiedere che il risultato complessivo degli investimenti, allegato dal cliente, sia riscontrabile attraverso una consulenza tecnica d'ufficio²⁵⁴. Nell'evenienza in cui gli investitori si rifiutano di produrre i documenti richiesti dal CTU, in tal modo ostacolando il suo effettivo accertamento delle operazioni che hanno prodotto guadagni, anziché perdite, il consulente non è affatto impedito dal relativo rifiuto, potendo operare anche a mezzo di presunzioni. È chiaro che, di fronte al rifiuto dell'investitore di produrre documentazioni che potrebbero danneggiare la sua posizione, sarà onere dell'intermediario allegare quante più possibili operazioni che consentano un'esauriente verifica.

²⁵⁴ Nel caso di specie, in sede d'Appello, il CTU era stato costretto ad effettuare l'esame degli investimenti complessivi unicamente in base ai documenti prodotti dalla banca, in quanto gli investitori-attori si erano rifiutati di consegnare alcuni documenti opportunamente richiesti dal CTU, necessari a provare che alcune delle operazioni – diverse da quelle allegate in giudizio – avevano avuto risultati positivi e quindi prodotto dei guadagni. La Corte d'Appello, a parere dei giudici di legittimità, aveva ben «chiarito che le operazioni affidate al consulente, pur se limitate ai documenti prodotti dalle parti», a causa del «rifiuto dei ricorrenti di permettere l'acquisizione ulteriore rispetto agli ordini di acquisto oggetto di domanda di nullità», si erano «comunque espletate sul rapporto di debito-credito proprio dell'intero contratto di intermediazione finanziaria». L'inerzia degli investitori è stata punita dalla stessa Corte di Cassazione che si sono visti costretti a rigettare il loro motivo di ricorso, in base al quale la Corte d'Appello aveva deciso in base ad una carenza di prove. La cassazione ha affermato che, non risultando «elementi puntuali indicativi di valori di carico differenti in capo ad altro soggetto trasferitario del portafoglio», gli investitori non erano riusciti a provare la «potenziale affluenza di titoli da altro intermediario» e il «diverso, più selettivo, andamento del medesimo rapporto e del suo esito finale, per come desunto dagli estratti conto». Cfr. ANGELO PETRONE, RISTUCCIA TUFARELLI & PARTNERS, *Nullità selettiva e 'reazione' dell'intermediario*, in www.dirittobancario.it.

3.3.5 I precedenti giurisprudenziali della Cassazione e le critiche della dottrina

Con la pronuncia in commento la Corte tenta di dirimere il contrasto creatosi in seno alla dottrina e alla giurisprudenza in merito agli strumenti previsti dall'ordinamento, a favore dell'intermediario, atti a contrastare l'uso selettivo della nullità: un primo orientamento affermava che la nullità avrebbe travolto tutti gli ordini di investimento, compresi quelli non oggetto della domanda e potesse essere azionata solo dal cliente. Inoltre, ammetteva l'operatività delle regole dell'indebito, sostenendo che “una volta che sia privo di effetti il contratto d'intermediazione finanziaria destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti in quanto esso sia dichiarato nullo, operano le regole comuni dell'indebito (art. 2033 c.c.) non altrimenti derogate”, in base alle quali “la pronuncia del giudice è l'evenienza che priva di causa giustificativa le reciproche obbligazioni dei contraenti e dà fondamento alla domanda del *solvens* di restituzione della prestazione rimasta senza causa”. Già la giurisprudenza di merito in passato – il riferimento è alla Corte d'Appello di Brescia, il 21 novembre 2013 – aveva accolto la domanda di un risparmiatore che chiedeva la dichiarazione di nullità di soli alcuni degli ordini di investimento derivanti da un contratto di intermediazione finanziaria. Invero, la Corte aveva stabilito che l'invalidità del contratto quadro avrebbe travolto tutti gli ordini – non solo quelli selezionati dal cliente – e che, nel caso in cui la banca avesse proposto una domanda riconvenzionale di restituzione, l'investitore avrebbe dovuto restituire alla banca tutti i titoli acquistati, le cedole riscalde ed ogni utilità percepita in forza del rapporto di intermediazione. Ma, a parere della Corte, quella proposta dall'intermediario era un'eccezione di compensazione, la quale avrebbe solamente paralizzato gli effetti restitutori della domanda dell'attore²⁵⁵.

In seguito, anche la giurisprudenza di legittimità, con la pronuncia del 16 marzo 2018 n. 6664, aveva escluso la possibilità di far valere la nullità per i singoli ordini d'investimento selezionati dall'investitore e quindi aveva statuito che l'eventuale azione promossa per la mancanza dei requisiti di forma stabiliti dall'art. 23 TUF dovesse travolgere gli effetti di tutti gli atti d'acquisto. In questo modo, la banca

²⁵⁵ Tra la giurisprudenza di merito anche, a titolo di esempio, Trib. Milano, 11 aprile 2008 e Trib. Udine 16 gennaio 2009, in www.ilcaso.it.

avrebbe potuto richiedere la restituzione degli acquisti, scongiurando comportamenti scorretti ed opportunistici dell'investitore²⁵⁶.

L'opposto orientamento, antecedente al primo e radicale sul punto, aveva negato qualsiasi potere in capo all'intermediario in risposta alla rilevabilità della nullità di protezione, e aveva statuito che "l'intermediario non può avvalersi della dichiarazione di nullità in relazione alle conseguenze, in particolare restitutorie, che ne possono scaturire a suo vantaggio, dal momento che il regime delle nullità di protezione opera esclusivamente in favore dell'investitore. [...] "L'indebito, così come previsto nell'art. 1422 c.c., può operare solo ove la legge non limiti con norma inderogabile la facoltà di far valere la nullità ed i suoi effetti in capo ad uno dei contraenti, essendo direttamente inciso dallo 'statuto' speciale della nullità cui si riferisce"²⁵⁷.

Dunque, nella prima delle due pronunce dinanzi prospettata la Corte ha statuito che la funzione di protezione della nullità, che è quella di operare ad esclusivo vantaggio del cliente, fosse da quest'ultimo invocabile unicamente dal punto di vista processuale, cioè della legittimazione a far valere la nullità del contratto-quadro, e non già dal punto di vista sostanziale di governare gli effetti che ne scaturiscono, potendo l'intermediario avvalersi degli effetti caducatori conseguenti alla dichiarazione di nullità. Il secondo orientamento invece, contrariamente al primo, ha escluso qualsiasi potere di questo genere in capo all'intermediario.

Come ha più volte ribadito la dottrina, la soluzione della Corte costituisce un "compromesso"²⁵⁸ fra contrapposte esigenze, quelle dell'investitore da un lato e quelle dell'intermediario dall'altro. Ne consegue che la necessità di tutelare la parte debole del rapporto – e il corretto andamento del mercato – non deve trasformarsi

²⁵⁶ La Corte sostenne che «(...) né la legittimazione all'azione di nullità, riservata all'investitore ex art. 23 d. lgs. n. 58 del 1998, impedisce la restituzione reciproca dell'indebito ricevuto: ponendosi la legittimazione all'azione e le conseguenze ripristinatorie dell'azione medesima, qualora esercitata, su piani diversi che l'investitore può vagliare al momento della proposizione della domanda perseguendo la sua massima convenienza. Neppure è di ostacolo la natura giuridica di singoli ordini, che questa Corte ormai ritiene negozi giuridici autonomi, ma collegati al contratto normativo di riferimento". Quando "sia stata dichiarata dal giudice del merito la nullità per difetto di sottoscrizione da parte del cliente del contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi di investimento, anche i successivi ordini, pur qualora non indicati dal cliente, né restato travolti. Secondo le norme sull'indebito, le restituzioni non seguono automaticamente alla caducazione del contratto ma esigono la domanda di parte».

²⁵⁷ Cfr. Cass. 27 aprile 2016, n. 8395.

²⁵⁸ R. RORDORF, op. cit.

in una spinta ad alimentare comportamenti scorretti del cliente²⁵⁹, il quale potrebbe trovarsi nelle condizioni di approfittare della disciplina di favore per loro prevista dalla legge. Per questo motivo, per evitare che la disciplina a tutela di un soggetto si traduca in un pregiudizio negativo in danno dell'altro, la Corte chiede di verificare, caso per caso, se il comportamento dell'investitore sia improntato al principio di buona fede.

Per quanto seducente e meritevole di attenzione, il ricorso alla buona fede rappresenta il punto più problematico e criticato da buona parte della dottrina, seppur da diversi angoli di visuale e nonostante la Cassazione ne abbia giustificato il richiamo affermando che “ha un sicuro ancoraggio costituzionale” negli artt. 2, 4, 41 e 47 della Costituzione.

Da alcuni interpreti è stato criticato, anzitutto, il contenuto stesso assegnato alla clausola²⁶⁰, essendo stato considerato “una sorta di passepartout”²⁶¹, uno strumento di cui l'interprete si serve per districare i nodi interpretativi più aggrovigliati e risolvere il caso di specie. Per questa parte della dottrina non è ben chiaro a quale buona fede si siano riferiti i giudici della Cassazione²⁶²; certo è che non si tratti del comportamento informato a buona fede e correttezza richiesto nella stipulazione, interpretazione o esecuzione del contratto ex art. 1375 c.c. Chi, tra questi, ritiene che il richiamo al principio della buona fede sia riferito al modo in cui la parte agisce in giudizio ed ai limiti dell'azione stessa²⁶³, viene contraddetto da chi ritiene che, accettando questa interpretazione, si introdurrebbe un'ulteriore condizione di ammissibilità della domanda dell'investitore – “rappresentata dalla meritevolezza

²⁵⁹ D. MAFFEIS, *Nullità selettive: la «particolare importanza» di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corriere giur.*, 2019, 178 s.s., riserva qualche dubbio sul fatto che possa qualificarsi “opportunisti” il cliente/investitore che decide quali ordini utilizzare a proprio esclusivo vantaggio, in base ad un contratto quadro nullo.

²⁶⁰ R. RORDORF, op. cit., scrisse che la conclusione delle Sezioni Unite è «ragionevole, ma palesemente costituisce una integrazione giurisprudenziale di un testo normativo che non la contempla». D. MAFFEIS, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *dirittobancario.it.*, 2019, «la sensazione è che la buona fede sia una narrazione, buona a condurre alla creazione giurisprudenziale di qualsiasi regola operativa, più o meno prevedibile». Ancora sul tema G. GUIZZI, *Le Sezioni Unite e le «nullità selettive» nell'ambito della prestazione di servizi di investimento. Qualche notazione problematica*, in *dirittobancario.it.*, 2019, la «soluzione accolta dalla Corte costituisce espressione di quella sempre più diffusa tendenza ... a spostare i criteri della decisione giudiziaria al di sopra della legge».

²⁶¹ R. RORDORF, *Buona fede e nullità selettiva*, op. cit.

²⁶² R. RORDORF, op. cit.; ma anche C. SCOGNAMIGLIO, *Le Sezioni unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. giur.*, 2020, 5 ss.

²⁶³ R. RORDORF, op. cit.

dell'interesse ad agire” – in aggiunta alla legittimazione e all'interesse ad agire, appesantendo e complicando il processo ulteriormente²⁶⁴.

Nonostante la Cassazione abbia espressamente preso le distanze dalla figura dell'abuso del diritto – ed anche dell'*exceptio doli* – sottolineando di riferirsi al principio di buona fede “in modo non del tutto coincidente con le illustrate declinazioni” di queste due figure, un orientamento antecedente alla pronuncia ritenne che il ricorso alla buona fede si concretizzasse nell' “abuso del proprio diritto”, che consistesse nel cumulare i vantaggi economici ottenuti²⁶⁵. L'orientamento in esame riconosceva all'intermediario la possibilità di azionare l'*exceptio doli generalis* e di chiedere «la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe – in ragione di una condotta abusiva – sostanzialmente iniqua»²⁶⁶.

²⁶⁴ D. MAFFEIS, *Nullità selettive*, op. cit., in *Corriere giur.*, 2019, 178.

²⁶⁵ G. D'AMICO, *Considerazione – sulla c.d. nullità selettiva. Intermediazione finanziaria*, op. cit., in *I contratti*, 2020, n.6. secondo il quale «il riferimento sia alla buona fede (recte: alla mala fede) che sostanzia il c.d. “abuso del diritto”, abuso che sussisterebbe più specificamente per il fatto che l'attore (l'investitore) non chiederebbe che siano dichiarati nulli tutti gli “ordini” (impartiti all'intermediario, e) risultati “viziati” a causa della nullità (“a monte”) del contratto-quadro, bensì solo alcuni di tali ordini (quelli che si sono risolti in operazioni di investimento con esito “sfavorevole”, preservando dalla nullità le operazioni rivelatesi invece vantaggiose). Con la precisazione che l'“abuso” non starebbe nel fatto in sé di effettuare la suddetta “selezione” (la nullità di protezione - scrivono, infatti, i giudici – è strutturalmente selettiva), quanto piuttosto nella circostanza di operare in ipotesi in modo tale da cumulare i vantaggi economici conseguiti attraverso le operazioni “favorevoli” (che sarebbero - come appena detto - “preservate” dalla dichiarazione di nullità, che per esse non verrebbe ovviamente richiesta) con l'eliminazione degli svantaggi economici prodotti dalle operazioni “sfavorevoli” (le sole di cui si chiederebbe la caducazione)». Di opposte vedute è A. CANDIAN, *Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati*. Nota a: Cassazione civile, 04 novembre 2019, n.28314, sez. un. Banca Borsa Titoli di Credito, fasc.5, 2020, pag. 720: «non sembra che sia appropriata l'idea secondo la quale il convenuto può invocare l'*exceptio doli generalis* per paralizzare l'azione selettiva svolta dall'attore. [...] nel contesto del problema in esame, l'*exceptio doli* non è chiamata a reagire ad una condotta dell'attore, ma a quella del giudice il quale, visti gli artt. 2,3,41 e 47 Cost. fa divieto al convenuto di esperire le azioni ed eccezioni riconvenzionali che si fondano sul medesimo rapporto e sul medesimo presupposto giuridico. Sennonché rivolta al giudicante l'*exceptio doli generalis*, specie nella variante della *replicatio*, è sicuramente fuori contesto».

²⁶⁶ Tra i contributi più recenti v. G. DE CRISTOFARO, *Doveri di buona fede ed abuso degli strumenti processuali*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, p. 993 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto*, in *Obbl. e contr.*, 2010, p. 168 ss.; AA.VV., *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2010, I, p. 15 ss.; R. Sacco, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Agg., VII, Torino, 2012; M. BARCELLONA, *L'abuso del diritto: dalla funzione sociale alla regolazione teologicamente orientata del traffico giuridico*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, II, p. 467 ss.; G. ALPA, *Appunti sul divieto di abuso del diritto in ambito comunitario e i suoi riflessi negli ordinamenti degli Stati membri*, in *Contr. e impr.*, 2015, p. 145 ss.

Per altri²⁶⁷, l'accento viene posto sulla mancata inerenza del canone di buona fede (oggettiva) all'«esito complessivo degli investimenti», dal momento che sarebbe stato più coerente far riferimento ad un altro principio, quello dell'arricchimento senza causa. Nonostante la Corte statuisca espressamente di aver ricorso al principio della buona fede per impedire che l'impresa subisca delle perdite ingiustificate, sembra invece che il limite della buona fede «risulta collocato sul crinale del passaggio dalla perdita al lucro da parte dell'investitore», cioè che sia stato richiamato per impedire che le perdite possano trasformarsi in vantaggi, che la tutela possa trasformarsi in abuso da parte dell'investitore. In altre parole, La Corte richiama il principio di buona fede guardando all'investitore e non all'intermediario, come invece sarebbe stato più appropriato fare dal momento che il principio di buona fede e correttezza è improntato a salvaguardare l'interesse di soggetti (l'intermediario) con cui altri vengono in contatto e di cui viene regolato il comportamento (l'investitore).

Ancora, in merito al ricorso alla buona fede come principio ordinatore che regola il corretto esercizio della nullità selettiva, parte della dottrina più recente critica la soluzione prescelta dalle Sezioni Unite di limitare la restituzione all'investitore delle somme relative ad alcuni ordini d'investimento, quelli oggetto della domanda, in quanto paralizzante dall'eccezione di buona fede opposta dall'intermediario²⁶⁸. Non appare ben chiaro, dal momento che la Corte «non riesce a spiegare le ragioni giuridiche di questa pretesa iniquità che giustificerebbe la rottura della

²⁶⁷ DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione*, op. cit.

²⁶⁸ Sul punto, v. D. IMBRUGLIA, *La nullità selettiva tra vantaggio del cliente e paralisi delle restituzioni*, in *Persona e mercato*, n. 1, 2020: «stavolta non è chiaro quale interesse protetto dall'ordinamento si opponga all'accoglimento della pretesa restitutoria con cui l'investitore, domandando “tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire”, intende recuperare le somme perse in forza di un titolo che è nullo». Ancora, «La sensazione che lascia la lettura della sentenza è che le Sezioni Unite, dopo avere correttamente ricostruito la legittimità dell'azione di nullità selettiva dalla speciale conformazione dell'art. 23 T.u.f., siano cadute nello stesso errore dell'orientamento che contesta quell'azione perché ritiene iniqua la conseguenza (i.e., che l'investitore recuperi delle somme perse in esecuzione di un contratto senza al contempo restituire quanto ricevuto) e articola una soluzione distinguendo tra il piano della nullità (dove l'interesse del cliente è sovrano assoluto) e quello degli effetti restitutori (dove l'interesse del cliente incontra il limite del sacrificio economico dell'intermediario). [...] Il risultato è quello di avvicinare la soluzione adottata a quel pericoloso filone di decisioni con cui il giudice, “in modo arbitrario”, sanziona “comportamenti delle parti che, per qualche ragione estranea alla applicazione delle norme processuali specifiche, sono considerati come “scorretti””. Il tempo dirà se questa limitazione alla restituzione delle somme versate in forza di ordini nulli perché privi di un valido contratto quadro resisterà o se, invece, la giurisprudenza correggerà il tiro, ora meglio giustificando l'eccezione paralizzante ora ripristinando il nesso tra restituzione e nullità selettiva».

corrispondenza tra domanda di nullità ed effetti restitutori», né quale sia il fondamento dell'eccezione di buona fede né quale sia il conflitto da risolvere con l'attribuzione all'intermediario del potere di paralizzare gli effetti della domanda di nullità selettiva: per l'autore «riesce difficile accettare la tesi per cui il pregiudizio subito dall'intermediario dall'accoglimento della domanda restitutoria sottesa alla nullità selettiva sia ingiustificato e contrario a buona fede. In questo senso, lascia perplessi l'idea per cui un'azione che, se accolta, consente all'investitore di aumentare il proprio patrimonio recuperando somme perse in forza di un titolo nullo possa tradire o disattendere la funzione tipica della nullità protettiva “ovvero quella di operare a vantaggio di chi le fa valere».

Un'ulteriore critica che viene mossa alla sentenza riguarda il suo carattere di “indeterminatezza”, sia riguardo l'orizzonte temporale nel quale gli investimenti vengono considerati rilevanti ai fini del calcolo²⁶⁹, sia in relazione alla considerazione di eventuali ulteriori rapporti intercorrenti tra le parti.

La dottrina più critica ha definito le argomentazioni della Corte “carenti sotto il profilo della ragionevolezza ed equità della soluzione prescelta, traducendosi, così, in un'occasione mancata” ed ha colpito il discorso della Corte dalle sue fondamenta, cioè per il sol fatto di avere ammesso l'operatività c.d. selettiva della nullità, conclusione ritenuta non condivisibile. Il passaggio logico che viene criticato da alcuni²⁷⁰ riguarda l'affermazione circa il valore di giudicato che assume

²⁶⁹ S. MONTICELLI, op. cit. circa l'orizzonte temporale entro il quale computare utili e perdita degli investimenti «Si ritiene che la valutazione in questione non possa che essere quella cristallizzata alla data di notifica dell'atto di citazione, giacché tale momento, com'è noto, rappresenta il dies a quo della pendenza del giudizio. È del pari evidente che tale “fotografia” rappresenterà, molto probabilmente, se non perdite virtuali, giacché è verosimile che l'investitore abbia disinvestito il prodotto oggetto del singolo ordine per cui invoca la nullità selettiva, spesso utili virtuali. Ben potrebbe darsi il caso, infatti, in cui gli altri investimenti, in utile, non siano stati affatto dismessi al momento della notifica dell'atto introduttivo. È appena da dire, peraltro, che trattandosi di investimenti sui mercati finanziari, ove molto spesso la volatilità è alta, ben potrebbe accadere che la perdita prospettata dal cliente con l'atto di citazione, già il giorno successivo alla notifica potrebbe non sussistere, e, parimenti, vale la considerazione opposta. Il che certamente non aggiunge argomenti a favore della tesi prospettata dalla Corte secondo cui è nella sussistenza di uno svantaggio differenziale tra utili e perdite il parametro oggettivo, principio ed equo, cui fare riferimento al fine di dare ingresso o meno all'eccezione di buona fede». V. anche La Corte d'Appello di Lecce – Sezione distaccata di Taranto, 30 dicembre 2019, ha ritenuto che devono essere tenute in considerazione le operazioni seguite a un rapporto sprovvisto di un contratto quadro formalmente valido e quelle successive poste in essere in presenza di sopravvenuto contratto, in *dirittobancario.it*.

²⁷⁰ S. MONTICELLI, *La nullità selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura*, op. cit. v. anche M. GIROLAMI “*L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?*” *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata* 1/2 (2020), 154.

l'accertamento dell'invalidità del contratto – come detto sopra – e le conseguenze che se ne fanno discendere e, più precisamente la parte in cui si afferma che “tale accertamento ha valore di giudicato ma l'intermediario, alla luce del peculiare regime giuridico delle nullità di protezione, non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità e non è conseguentemente legittimato ad agire in via riconvenzionale od in via autonoma ex artt. 1422 e 2033 c.c.”. La questione è stata affrontata dalla dottrina in commento in questo modo: sia per le nullità c.d. tradizionali, che per le nullità c.d. di protezione, la declaratoria di nullità cancella *ex tunc* il diritto apparente posto in essere dal contratto nullo; il titolo viene meno e così i diritti che le parti vantavano sulla base di questo e la legittimazione delle azioni restitutorie relative a quei diritti. Se ciò è vero, il fatto che l'intermediario “non può avvalersi degli effetti diretti di tale nullità” rappresenta una forzatura del sistema ed una deroga agli effetti che naturalmente conseguono alla nullità del contratto, ovvero il venir meno del titolo e dei diritti da questo scaturenti. Inoltre, la previsione contenuta nell'art. 23 TUF non può spingersi fino a rendere l'unico legittimato ad azionare la nullità, anche arbitro degli effetti che ne conseguono²⁷¹. Dunque, i principi generali del nostro ordinamento fungono da «limite esterno» all'ammissibilità della nullità selettiva. Una conferma di questa tesi si rinviene negli art. 34 co.2 cod. cons e 6 della direttiva sulle clausole abusive – di cui abbiamo ampiamente discusso nei paragrafi precedenti – in base ai quali la parziarietà e la legittimazione relativa della nullità di protezione non implicano che, una volta proposta la domanda, l'attore – l'unico legittimato – possa anche governarne gli effetti e le conseguenze, che dipendono invece dalle regole e dei principi dell'ordinamento. L'art. 34 esclude dalla valutazione di vessatorietà la «determinazione dell'oggetto del contratto, l'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi», purché siano individuati in modo chiaro e comprensibile. In caso contrario il consumatore non potrà ottenere la nullità parziale oggetto della domanda giudiziale, perché sarà l'intero contratto ad essere dichiarato nullo. L'art. 6 della direttiva sancisce la validità del contratto, ma «sempre che esso possa

²⁷¹ Chiaro in tal senso il discorso di S. MONTICELLI, op. cit. «il soggetto legittimato a farla valere esaurisce il suo potere dispositivo, conseguente alla legittimazione relativa, nella decisione, libera e nella sua sola disponibilità, di proporre o meno l'azione di nullità. Una volta esercitata tale facoltà si esaurisce, però, ogni disponibilità degli effetti che dall'azione proposta e dal conseguente giudicato sulla quaestio *nullitatis* derivano, in quanto essi sono predeterminati dall'ordinamento».

sussistere senza le clausole abusive». Ciò significa le regole del sistema giuridico possono assoggettare le parti a conseguenze più sfavorevoli: infatti, nel contesto delle clausole abusive la protezione del consumatore si realizza con la conservazione del contratto, non con la sua distruzione. A ben vedere, però, «tutto ciò non svislaccia il fondamento delle nullità protettive, come sembra invece adombrare la Cassazione nella sentenza in commento, ma le rende coerenti con il sistema giuridico nel quale sono calate».

Sull'assunto che la trasparenza dei traffici giuridici sia il fine ultimo della prescrizione d'invalidità ex art. 23 TUF, altri²⁷² hanno sostenuto che la domanda di far caducare solo alcuni degli ordini di investimenti costituisca esercizio abusivo dei propri diritti e che tradisse, in qualche maniera lo scopo della norma. Per questo motivo, una volta avanzata, la domanda di nullità "selettiva" doveva essere, senza ombra di dubbio, respinta dal giudice.

La stessa dottrina appena citata respinge la tesi di chi²⁷³ critica la soluzione proposta dalla Corte alla luce dell'inquadramento del contratto d'intermediazione e dei singoli ordini d'investimento nello schema di un contratto unico e inscindibilmente legati da un nesso d'interdipendenza: la volontà di caducare solo alcuni degli ordini e di mantenere in vita il contratto-quadro invalido, costituisce una tacita volontà di convalidarlo. Questa tesi viene respinta in virtù dell'inspiegabilità del modo in cui «la convalida tacita di taluni ordini (appunto, quelli estranei all'azione) possa condurre alla convalida (tacita anch'essa, si dovrà concedere) di quelli oggetto dell'azione di nullità, e cioè di quelli in relazione ai quali si esprime, proprio nell'atto in cui si ravvisa la fonte della convalida tacita, la volontà opposta: e cioè della volontà non già conservativa, bensì ablativa».

Un ulteriore passaggio del discorso argomentativo della Corte che viene criticato è quello relativo al modo in cui confligge il principio della *compensatio lucri cum damno* con il regime della nullità selettiva, in quanto il principio è tipico dell'azione risarcitoria, che si basa sulla c.d. teoria differenziale, in ragione della quale occorre ripristinare lo status quo ante del soggetto leso in conseguenza ad un illecito

²⁷² G. BERTI DE MARINIS, *Uso e abuso dell'esercizio selettivo della nullità relativa*, in *Banca borsa*, 2014, 612.

²⁷³ S. PAGLIANTINI, *Usi (e abusi) di una concezione teleologica della forma: a proposito dei contratti bancari c.d. monofirma (tra legalità del caso e creatività giurisprudenziale)*, in *Contratti*, 2017, 679.

aquiliano o ad un inadempimento contrattuale, di cui invece non vi è traccia nel caso di specie. La Corte ricorre al principio *compensatio lucri cum damno* «al fine di non determinare un ingiustificato sacrificio economico in capo all'intermediario stesso» ed è proprio questo il passaggio più debole del ragionamento della corte: il fatto che tale principio sia l'unico parametro oggettivo che legittima l'utilizzo del principio di buona fede e quindi paralizza il comportamento "opportunistico" dell'investitore, non tutela effettivamente e concretamente l'intermediario nei casi in cui le perdite superano gli utili di un importo minimo, di qualche centesimo per esempio: in questo caso la domanda di nullità selettiva verrà accolta, l'investitore riceverà l'integrale restituzione delle somme e l'eccezione di buona fede potrà essere opposta ma l'effetto impeditivo sarà minimo, e nel concreto l'eccezione di buona fede non tutelerà l'intermediario²⁷⁴.

Un'interessante osservazione di recente avanzata in merito alla soluzione suggerita dalla Corte impone di constatare che, in verità, il principio di diritto proposto dai giudici dovrebbe considerarsi valido unicamente in merito alle fattispecie composte da un contratto bifasico e che, come nel caso del contratto d'intermediazione, rispecchi un rapporto di mandato, in base al quale la parte svantaggiata possa proporre la nullità dei singoli ordini e chiedere la restituzione di quanto pagato²⁷⁵. Naturalmente, non si può non considerare che, come visto, se è vero che la soluzione proposta dei giudici di legittimità presenta qualche debolezza, chiaramente dovuta all'incompletezza e alla frammentarietà della materia – molti parlano di "crisi della fattispecie", ma oggi può certamente parlarsi anche di "crisi della legislazione"²⁷⁶ – parte della dottrina più autorevole è favorevole alla scelta di

²⁷⁴ S. MONTICELLI, op. cit., ritiene infatti che «l'eccezione di buona fede dovrà ritenersi ammissibile non solo tutte le volte in cui sia ravvisabile un vantaggio differenziale per l'investitore, ma altresì ogni qual volta l'accoglimento della domanda di nullità selettiva, indipendentemente dalla sussistenza o meno di un vantaggio differenziale per il cliente, comporterebbe, comunque, l'avallare un esercizio abusivo del diritto, determinando effetti del tutto sproporzionati rispetto al fine di tutela per cui si è agito».

²⁷⁵ A. CANDIAN, *Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati*. Nota a: Cassazione civile, 04 novembre 2019, n.28314, sez. un, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, fasc.5, 2020, pag. 720: al contrario «nel testo della motivazione le Sezioni Unite non nascondano l'ambizione di emanare un arresto giurisprudenziale avente valenza nomofilattica per tutte le nullità di protezione».

²⁷⁶ D. IMBRUGLIA, *La nullità selettiva tra vantaggio del cliente e paralisi delle restituzioni*, in *Persona e mercato*, n. 1, 2020: «Con l'espressione "crisi della fattispecie", la migliore scienza giuridica discute la perdita e il superamento di quella tecnica normativa che ha per obiettivo la produzione di un diritto scritto che sia chiaro, completo e, quindi, idoneo a consentirne un'applicazione meccanica da parte del giudice (*optima est lex quae minimum relinquit arbitrio*)».

riconoscere all'investitore il diritto all'utilizzo di una nullità "selettiva". Come prospettato sopra, uno dei punti più controversi della sentenza riguarda l'assimilazione della richiesta ad invalidare solo alcuni degli investimenti ad un comportamento abusivo. Già prima della pronuncia delle sezioni unite, stimata dottrina²⁷⁷ riteneva, invece, che il vantaggio derivante dalla caducazione di soli alcuni degli investimenti rappresenta «presupposto legale di attivazione del vizio». Infatti, la correttezza nell'esercizio selettivo della nullità dev'essere valutata sulla base della coerenza, non con le regole ordinarie della nullità, ma con le regole proprie della nullità "di protezione", il cui fine ultimo è quello di proteggere il contraente più debole e «di realizzare l'interesse alla rimozione dell'atto di autonomia viziato, ma 'senza detrimento dell'interesse privato' del cliente; e su questo interesse il relativo statuto richiede di essere conformato e adeguato». Proprio in considerazione della *ratio* della nullità di protezione e nell'ottica di predisporre un'effettiva tutela alla parte debole dei contratti c.d. asimmetrici, è evidente che l'uso della nullità a suo esclusivo vantaggio ed utilizzo – sottoforma di selezione degli ordini da caducare – s'impone inevitabilmente²⁷⁸.

judicis). Tra i fattori di quest'abbandono vi sono, anche, un'altra "crisi", quella della legislazione. Con sempre maggiore frequenza, infatti, il legislatore ordinario rende arduo, per non dire impossibile, l'applicazione meccanica dello schema normativo al fatto concreto, ad esempio, limitandosi ad affermare un certo contenuto e tacendone poi la definizione delle conseguenze per l'ipotesi di sua violazione. Tale silenzio e tale frammentarietà hanno l'effetto di aumentare lo spazio discrezionale e creativo degli interpreti, chiamati a decidere il caso ora risolvendo antinomie, ora colmando lacune e ora individuando essi stessi la regola di diritto».

²⁷⁷ U. MALVAGNA, *Nullità di protezione e nullità «selettive». A proposito dell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite*, in *Banca borsa*, 2017, p. 828;

²⁷⁸ C. SARTORIS, *Contratti di intermediazione finanziaria - nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. It.*, n. 4, 2019, 763 (nota a sentenza). Della spessa ampiezza di vedute sono D. MAFFEIS, *La forma responsabile verso - le sezioni unite*, *op. cit.*, in *I Contratti* n. 4, 2017 e F. GRECO, *L'esercizio selettivo della nullità: tra protezione dell'investitore e «sfruttamento "opportunistico" della normativa di tutela»*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc.1, 2019, pag. 152. Nota a: Cassazione civile, 02 ottobre 2018, n.23927, sez. I, il quale così ragiona: «La piena legittimità del contegno di colui che impugna singoli ordini o singoli contratti (e non anche quelli a sé favorevoli), infatti, promana direttamente dalle peculiarità proprie della nullità in discorso e dalla conformazione stessa del rapporto di investimento. L'autonomia negoziale dei singoli ordini di cui si compone il complesso rapporto tra intermediario e cliente permette a quest'ultimo di selezionare—sulla base del proprio interesse e della lesione subita—cosa caducare e cosa conservare, azionando selettivamente, appunto, una nullità posta innanzitutto a sua tutela. È il legislatore ad aver selezionato, a monte, gli interessi meritevoli di protezione e le modalità con cui azionarli, circoscrivendo la legittimazione ad eccipire la nullità al solo investitore e privando espressamente l'intermediario di un analogo potere».

CONCLUSIONE

L'analisi *supra* rivolta ai cambiamenti strutturali caratterizzanti l'ultimo cinquantennio circa ha rivelato che la società si mostra ben conscia della mutevolezza dei costumi, delle tecniche di scambio apprestate e delle strutture nelle quali queste si svolgono, accogliendo con favore specialmente quei cambiamenti indirizzati a perfezionare e rendere più semplici – in termini di comodità, velocità, e praticità – i rapporti interpersonali, su cui, in fin dei conti, regge una qualsivoglia società. Nel corso della trattazione abbiamo constatato come la realtà, non solo economica, si sviluppa di pari passo al progredire della tecnologia, la quale ha permesso di distaccarsi da un contesto legato esclusivamente alla materialità, alla tangibilità della realtà, conducendo ad un mercato sempre meno connesso alla “fisicità” e sempre meno controllabile.

Di questi cambiamenti è ben consapevole sicuramente il legislatore: invero si è passati ad un “nuovo diritto dei contratti”, affidato alla legislazione speciale e per la cui applicazione l'attenzione si sposta sull'ambito soggettivo della fattispecie, ad esempio, sulla qualifica di “consumatore” o “investitore o, ancora, di “professionista” o “intermediario”. L'analisi condotta nel presente elaborato ha dimostrato, *in nuce*, che ci troviamo dinnanzi ad un legislatore di ampie e molteplici vedute, proteso alla sistematizzazione del diritto e favorevole ad una sua evoluzione. Ma, soprattutto, si tratta di un legislatore che esprime in modo inequivocabile, mediante la varietà delle norme introdotte, di essere ben conscio degli squilibri che caratterizzano i rapporti interpersonali, a volte anche prescindendo dalla qualità dei soggetti agenti – infatti, nel Codice civile, seppure incentrato sull'unità del soggetto giuridico, si rinviene traccia di disposizioni in cui, come si è potuto constatare con la disciplina degli artt. 1341, 1342, 1370, emerge l'intento di tutelare una sola delle parti, il cui rapporto è caratterizzato da uno squilibrio informativo benché siano poste sullo stesso piano. A ciò si aggiunga, infatti, che a dare sostanzialità alla distinzione in classi dei soggetti giuridici, a differenza che nel Codice civile il quale, come anticipato, si basa sull'unitarietà del soggetto giuridico, sono state proprio le norme c.d. speciali.

Inutile dire che, come si è potuto constatare *in itinere*, la giurisprudenza, tanto nazionale quanto comunitaria – costituita dall'insieme delle decisioni che derivano

dall'applicazione della legge che gli organi giudicanti operano ai casi concreti – ha certamente trovato terreno “fertile” nelle nuove fattispecie negoziali introdotte, trovandosi, tuttavia, di frequente in esatta divergenza con l'opinione della dottrina, che da sempre affianca la giurisprudenza e ricopre un ruolo di protagonista nell'evoluzione della storia giuridica del *civil law*.

Infatti, si legge in autorevole dottrina che un'opera che vuol essere sistematica e, al tempo stesso, lineare ed agevole nella lettura, «può considerarsi riuscita se perviene a cogliere attraverso un'attenta cernita, e ad esprimere in una sintesi felice le linee essenziali della dottrina del proprio tempo»²⁷⁹. Lungi da qualsivoglia pretesa di riferirsi a questo scritto quanto ad un'“opera”, l'intento di questo elaborato si sostanzia proprio nella realizzazione dell'obiettivo che, nella citazione dinanzi presentata, s'identifica con la “sintesi felice” delle linee essenziali della dottrina del proprio tempo. Questo intento si manifesta senz'altro nella presentazione finora compiuta della persistente ricerca e dell'incessante studio della dottrina dei significativi cambiamenti cui è soggetta inevitabilmente la società contemporanea e che si riflettono certamente sulla struttura del sistema, sicché l'attenzione di questa dottrina è rivolta essenzialmente all'interpretazione delle norme che lo compongono ed al modo in cui la fattispecie astratta²⁸⁰ si ricollega al caso concreto. Pertanto, al di là dello specifico apprendimento dell'opera del legislatore, interprete della realtà e fabbricante di norme, che certamente devono essere conosciute dal lettore, l'invito a questi rivolto è, sì di partire dalla norma – infatti, «*ignorantia legis neminem excusat*» –, ma per lo più di studiarla con l'occhio critico della dottrina: obiettivo, questo, del presente elaborato.

In particolare, l'esigenza di regolamentare ed interpretare la posizione di un soggetto che si trova in una condizione d'inferiorità rispetto all'altro, quale è l'investitore (o il consumatore), ha condotto alla produzione di norme formulate in chiave protettiva. Questo intento è chiarissimo nelle prescrizioni concernenti la nullità c.d. di protezione, il c.d. diritto di ripensamento o di pentimento o, ancora, i nuovi vincoli di forma, che sono ricompresi nel più ampio fenomeno conosciuto come “neo-formalismo negoziale”.

²⁷⁹ E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*. Torino, 2010.

²⁸⁰ Da tempo, peraltro, si discute di “crisi della fattispecie”, ma il dibattito ad esso inerente esula dall'oggetto della nostra indagine, per cui è opportuno rinviare ad apposita sede.

Difatti, in merito a quest'ultimo profilo, si è avuto modo di appurare come i vincoli di forma imposti alla parte professionale e, in particolare, i rigorosi obblighi informativi, costituiscano lo strumento più adatto a colmare il *gap* informativo intercorrente tra le parti e costituente una dei maggiori “fallimenti di mercato”. La ricerca di una disciplina in tal senso, che collimi con i principi propri del nostro ordinamento, è sfociata nella pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione, le quali nel 2007 hanno affermato che alla violazione di regole di comportamento, ossia del generale principio di comportarsi secondo buona fede e correttezza, non possa conseguire l'invalidità del contratto, ma solo una responsabilità – contrattuale o precontrattuale – in virtù del principio, radicato nel nostro ordinamento, di separazione e non interferenza delle regole di validità e delle regole di comportamento.

Dopo tutto, anche con riguardo alla nullità di protezione abbiamo constatato che, a parere dei giudici di legittimità, la funzione della nullità nella disciplina del TUF e l'ammissibilità del suo uso “selettivo” è indirizzata alla «reintegrazione di una preesistente condizione di squilibrio strutturale che permea le fattispecie contrattuali»²⁸¹.

Dall'analisi casistica però è emerso che l'intento voluto dal legislatore di tutelare la parte debole del rapporto si stia nel tempo affievolendo e stia man mano conducendo la giurisprudenza ad orientarsi verso diverse conclusioni, maggiormente improntate sul bilanciamento degli interessi delle parti e non volte esclusivamente alla tutela di una sola, alla luce del rischio che questa possa abusare della citata normativa protettiva apprestata a suo favore. Il cambio di rotta della giurisprudenza, come sembrerebbe desumersi dai dibattiti affrontati, è dovuto all'acquisita consapevolezza che, in realtà, il soggetto debole del rapporto non sia sempre ed in ogni caso bisognoso della tutela che l'ordinamento gli riconosce. Ed il timore che il contrente debole possa abusare della normativa in funzione di tutela emerge chiaramente dagli animati dibattiti relativi alla disciplina della c.d. nullità selettiva del contratto d'intermediazione.

²⁸¹ A. A. DOLMETTA, *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Rivista di diritto bancario*, n2, 2020.

Dall'analisi condotta scaturisce che lo strumento che ha consentito ai giudici di scongiurare comportamenti opportunistici si fonda su valori generalmente riconosciuti nell'ordinamento e comunemente condivisi dai consociati: si tratta del principio di buona fede, identificato come criterio guida nel valutare la legittimità dell'uso selettivo che, come visto, consiste nel far caducare gli ordini rivelatisi svantaggiosi – e chiedere la restituzione delle corrispondenti somme investite – e nel conservare i vantaggi derivanti da quelli redditizi, benché dipendenti da un contratto-quadro dichiarato nullo per difetto di forma. Pertanto, rileggere la normativa del TUF alla luce del principio di buona fede, comporta che una tale richiesta da parte dell'investitore necessiterà di una concreta analisi degli investimenti complessivamente eseguiti, consentendo al giudice di valutare se l'investitore abbia effettivamente subito un pregiudizio.

È chiaro, dunque, che l'attenzione rivolta alla tutela della parte debole del mercato sia sempre costante nella mente del legislatore, ma l'impegno profuso nella ricerca di tali strumenti protettivi riflette in misura direttamente proporzionale il dovere sentito dalla dottrina e dalla giurisprudenza di ponderare quei diritti che in alcuni casi possano tramutarsi in abusi, nell'ottica di realizzazione di un mercato che sia sempre efficiente.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1996
- ID, *Commentario al Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, (a cura di) F. CAPRIGLIONE, Padova, 1998.
- ID, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Bari, 2006.
- ID, *Tutela del consumatore. Ancora sulla definizione di consumatore*, in *I Contratti*, 2001.
- ADDIS, F., *Contratti del consumatore. Il «codice» del consumo, il Codice civile e la parte generale del contratto*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2011.
- ALESSI R., *La disciplina generale del contratto*, Torino, 2019.
- AMAGLIANI R., *Le sezioni unite - sul c.d. contratto mono-firma - nota breve a margine di sezioni unite 16 gennaio 2018, n. 898*, in *Contratti*, 2018.
- ANNUNZIATA F., *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2017.
- ARRIGONI M., *Nullità selettiva degli ordini di investimento ed "eccezione di buona fede"*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020.
- BASTIANELLI G., *Violazione degli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi di investimento e riparto dell'onere probatorio nei giudizi di responsabilità*, nota a: Cassazione civile, 16 febbraio 2018, n.3914, sez. I, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020.
- BELLETTATO S., *Obblighi informativi del finanziatore e misure di tutela del consumatore: la disciplina attuativa della direttiva n. 2014/17/ue*, in *Studium Iuris*, 2017.
- BRESCIA MORRA C., *Il diritto delle banche. Le regole dell'attività*. Bologna, 2020.
- BIANCA M., *Il contratto, Diritto civile*, Milano, 2000.
- CANCRINI V., *Contratti quadro monofirma: brevi note sulla recente sentenza delle Sezioni Unite del 16 gennaio 2018*, in *diritto.it*.

- CANDIAN A., *Nullità di protezione e selezione degli atti impugnati*, nota a: Cassazione civile, 04 novembre 2019, n. 28314, Sez. Un., in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2020.
- CATRICALA' A. e PIGNALOSA M. P., *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013.
- ID, *Saggio di diritto dei consumi*, Torino, 2020.
- CHIARELLA M. L., *Le Sezioni Unite e l'essenza della forma nei contratti-quadro d'investimento*, nota a: Cassazione civile, 16 gennaio 2018, n. 898, Sez. Un., in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018.
- CHIRONI M., *Obblighi informativi e riparto dell'onere probatorio: il punto di partenza per la tutela del risparmiatore e per l'integrità del mercato*, nota a: Cassazione civile, 08 maggio 2019, n.12051, sez. I, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020.
- DALMARTELLO A., *Epilogo della questione della clausola floor in Spagna? Chiarimenti della Corte di Giustizia sugli effetti della non vincolatività delle clausole abusive*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2017.
- DAMBROSIO L., *Mancanza di forma ad substantiam ex art. 23 t.u.f. intermediazione finanziaria*, in *I Contratti*, 2020.
- D'AMICO G., *Considerazione – sulla c.d. nullità selettiva. Intermediazione finanziaria*, in *I contratti*, 2020.
- ID, *Nullità del contratto. Diritto europeo dei contratti (del consumatore) e nullità virtuale (di protezione)*, in *I Contratti*, 2012.
- ID, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 2014.
- ID, *Nullità virtuale – nullità di protezione (variazioni sulla nullità)* in *Le forme della nullità* a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009.
- ID, *Le sezioni unite - sul c.d. contratto mono-firma - la "forma" del contratto-quadro ex art. 23 t.u.f. - non è prescritta ad substantiam actus*, in *Contratti*, 2018.

- ID, *Recesso ad nutum, Buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010.
- DE CRISTOFARO G., *Le invalidità negoziali «di protezione» nel diritto comunitario dei contratti*, Padova, 2010.
- DE LUCA A., *Sezioni Unite della Cassazione sulla condotta degli intermediari finanziari: uno sguardo di analisi economica del diritto*, in *Diritto.it*.
- DELLA NEGRA F., *I rimedi per la violazione di regole di condotta mifid ii: una riflessione di diritto ue*, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2020.
- DELOGU L., *Nozione di consumatore - consumatore e professionista: il lavoratore dipendente dinanzi al suo difensore*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2018.
- DOLMETTA A. A., *All'essenza della nullità di protezione: l'operatività «a vantaggio»*. Per una critica costruttiva di Cass. SS.UU., n. 28314/2019, in *Rivista di diritto bancario*, 2020.
- ID, *Exceptio doli generalis*, in *Enc. Giur*, XII, Roma, 1997,
- ID, *Nullità a vantaggio e nullità selettiva*, in *Questione Giustizia*, 2020.
- ID, *Per l'equilibrio della trasparenza delle operazioni bancarie: chiose critiche alla legge n. 154/1992*, in *Banca borsa, tit. cred*, 1992.
- ID, *Trasparenza dei prodotti bancari, Regole*, Bologna, 2013.
- FERRARA F., *Intermediazione finanziaria - inadempimento dell'obbligo informativo dell'intermediario e nesso di causalità*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020.
- FIMMANÒ F., *La questione del rapporto tra regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Rivista del Notariato*, 2019.
- FOSCHINI M., *Il diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008.
- FRANCO R., *Il c.d. contratto monofirma: dalla fattispecie al procedimento*, in *Europa e Diritto Privato*, 2020.
- FRANZONI M., *Diritto contrattuale europeo. L'impatto del diritto comunitario sul diritto privato*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007.

- GALGANO F., *I contratti di investimento e gli ordini dell'investitore all'intermediario*, in *Contratto e impresa*, 2005.
- ID, *I rapporti di scambio nella società postindustriale*, in *Vita Notar.*, 1992.
- ID, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contratto e impresa*, 2008.
- GENOVESE A., *La crisi della disciplina del contratto standard*, in *Contratto e Impresa*, 2019.
- GENTILI A., *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione finanziaria dopo le Sezioni Unite*, in *I contratti*, 2008.
- ID, *La "nullità di protezione"*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2011.
- ID, *Senso e consenso, storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015.
- GIROLAMI M., *Contratti di investimento non sottoscritti dall'intermediario: la parola alle Sezioni Unite*, nota a: Cassazione civile, 27 aprile 2017, n.10447, sez. I, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2017.
- ID, *Doppia firma e doppio esemplare nei contratti finanziari: i dubbi della Suprema Corte*, in *Il caso.it*, 2017.
- ID, *La nullità relativa di protezione*, in *Le forme della nullità*, a cura di S. PAGLIANTINI, Torino, 2009.
- ID, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Padova, 2008.
- ID, *"L'uso selettivo della nullità di protezione: un falso problema?"*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020.
- ID, *"Ragioni economiche del settore bancario-finanziario e funzione nomofilattica della cassazione"*, in *Rivista diritto bancario*, 2020.
- GRECO F., *La nullità «selettiva» e un necessitato ripensamento del protezionismo consumeristico*, in *esito alla pronuncia delle Sezioni Unite*, nota a: Cassazione civile, 04 novembre 2019, n.28314, sez. un, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2020.

- ID, *L'esercizio selettivo della nullità: tra protezione dell'investitore e «sfruttamento "opportunistic" della normativa di tutela»*, nota a: Cassazione civile, 02 ottobre 2018, n.23927, sez. I, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2019.
- IMBRUGLIA D., *Il "cantiere" delle nullità: b2c, bancarie e selettive - appunti su nullità e restituzioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2020.
- ID, *La nullità selettiva tra vantaggio del cliente e paralisi delle restituzioni*, in *Persona e mercato*, 2020.
- IRTI N., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.
- LA ROCCA G., *Buona fede e tutela dell'investitore tra la sentenza delle Sezioni Unite in materia di "nullità selettiva" e il sistema della Mifid II (ovvero "dell'obbligo a porgere l'altra guancia")*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020.
- LEANZA C., *Contratti di investimento e regole di forma: brevi osservazioni dopo la decisione delle SS. UU. n. 898 del 2018*, in *Obbligazioni e contratti*, 2019.
- LONGHINI P., *Servizi finanziari telematici. La tutela di investitori, risparmiatori ed assicurati: commento al D. Lgs. 19 agosto 2005 n.190*, Milano, 2006.
- LUPANO M., *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva - il regime processuale delle nullità di protezione*, in *Giur. It.*, 2021.
- MAFFEIS D., *La forma responsabile verso - le sezioni unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca - il commento*, in *I Contratti*, 2017.
- ID, *Investimenti fuori sede e difetto di indicazione della facoltà di recesso*, in *Riv. Dir. Banc.*, 2013.
- ID, *La forma responsabile verso - le sezioni unite: nullità come sanzione civile per i contratti bancari e di investimento che non risultano sottoscritti dalla banca - il commento*, in *I Contratti*, 2017.

- ID, *La natura e la struttura dei contratti di investimento*, in *Riv. dir. priv.*, 2009.
- ID, *Nullità selettiva? Le Sezioni Unite e la buona fede dell'investitore nel processo*, in *dirittobancario.it.*, 2019.
- ID, *Nullità selettive: la «particolare importanza» di selezionare i rimedi calcolando i probabili vantaggi e il processo civile come contesa fra opportunisti*, in *Corriere giur.*, 2019.
- MAGGIOLO M., *Exceptio doli e diritto bancario: a proposito di Collegio di Coordinamento ABF n. 17814/2019 (e delle Sezioni Unite in materia di nullità selettiva)*, in *Rivista di diritto bancario*, 2020.
- ID, *Forma, Firma, Informazione. (Il contratto come stabile contenitore di istruzioni)*, in *Giustizia Civile*, 2020.
- ID, *Il contratto predisposto*. Padova, 1996.
- ID, *Servizi ed attività d'investimento. Prestatori e prestazione*. Milano, 2012.
- MAISANO M. S., *Intermediazione finanziaria - la risoluzione per inadempimento di obblighi precontrattuali*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020.
- MANKIV N. G., TAYLOR M. P., *Principi di economia*, Bologna, 2018.
- MINERVINI E., *Dei contratti del consumatore in generale*. Torino, 2010.
- MIRONE A., *Le Sezioni Unite e il contratto c.d. mono-firma*, nota a: Cassazione civile, 16 gennaio 2018, n.898, sez. un, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018.
- MONTICELLI S., *La nullità selettiva secondo il canone delle sezioni unite: un responso fuori partitura*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2020.
- MONTICELLI S. e PORCELLI G., *I contratti dell'impresa*, Torino, 2013.
- MUSIO A., *La violazione degli obblighi di informazione tra regole di validità e regole di correttezza*, in *www.comparazionedirittocivile.it*.
- ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.* 2010.

- PACE D.I., *Nullità degli ordini di negoziazione per difetto di forma e mercati finanziari*, a cura di S. PAGLIANTINI, *Le forme della nullità*, Torino, 2009.
- PAGLIANTINI S., *Clausole contrattuali abusive. Contratto b2c e concorso - di tutele: variazioni su diritto primo e diritti secondi a margine - di van hove e matei - il commento*, in *I Contratti*, 2015.
- ID, *Il “cantiere” delle nullità: b2c, bancarie e selettive - la nullità di protezione tra prescrizione e transigibilità*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2020.
- ID, *La nullità selettiva quale epifania di una deroga all'integralità delle restituzioni: l'investitore è come il contraente incapace?*, in *Persona e mercato*, 2019.
- ID, *La vaghezza del principio di “non vincolatività” delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2010.
- ID, *Le sezioni unite - sul c.d. contratto mono-firma - forma o modalità di un'informazione materializzata? - le ss.uu. ed una interpretazione normalizzatrice dell'art. 23 t.u.f*, in *Contratti*, 2018.
- ID, *Le stagioni della nullità selettiva (e del “di protezione”). Intermediazione finanziaria*, in *I contratti*, 2020.
- PANZARINI G., *Sulle nullità del contratto bancario*, in *Contratto e impresa*, 1995.
- PERLINGERI G., *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010.
- PEROTTI D., *Lo impone il mercato. Come i nostri governanti hanno stravolto i principi costituzionali*, Noventa Padovana, 2018.
- PERRONE A., *Servizi di investimento e violazione delle regole di condotta*, in www.associazioneegcampobasso.it.
- PIAZZA G., *La responsabilità della banca per acquisizione e collocamento di prodotti finanziari “inadeguati” al profilo del risparmiatore*, in *Corr. Giur.*, 2005.
- PIGNALOSA M. P., *Il consumatore calcolante. Contributo allo studio del contratto telematico*, Napoli, 2020.

- ID, *L'accordo telefonico*, in *Nuovo Dir. Civ.*, 2020
- PRINCIPE A., (a cura di), *Impresa bancaria e crisi dei mercati finanziari*. Napoli, 2010.
- PROSPERETTI M., COLAVOLPE A., (a cura di), *Banche, Assicurazioni e Gestori di risparmio*, in *Corporate governance, vigilanza e controlli*, Milano, 2009.
- RABITTI M., *Prodotti finanziari tra regole di condotta e di organizzazione. I limiti di MiFID II*, in *Diritto bancario*, 2020.
- RINALDO C., *La risoluzione dei singoli ordini di investimento sotto una nuova luce: riflessioni su un recente intervento della Suprema Corte*, nota a: Cassazione civile, 23 maggio 2017, n.12937, sez. I, in *Banca Borsa Titoli di Credito*, 2018.
- RINALDO M., *Quando la nullità ("selettiva") invocata dall'investitore trascende in abuso*, nota a: Cassazione civile, 04 novembre 2019, n.28314, Sez. Un, in *Rivista del Notariato*, 2020.
- ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, Milano, 2001.
- ID, *Il contratto*, Milano, 2013.
- ID, *Il contratto del duemila*, Torino, 2011.
- ID, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contratto e impresa*, 2005.
- RORDORF R., *Buona fede e nullità selettiva nei contratti d'investimento finanziario*, in *Questione giustizia*, 2020.
- RUFFO E., *La violazione degli obblighi informativi a carico degli intermediari finanziari*. in *Obbl. e Contr.*, 2019.
- SACCO R., *Nullità e annullabilità*, in *Digesto civ.*, XII, Torino, 1995.
- SANGIOVANNI V., *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*, in *Contr.* 2007.

- SARTORIS C., *La sentenza delle Sezioni unite sulla nullità selettiva: tra protezione e buona fede*, in *Persona e mercato*, 2019.
- ID, *Contratti di intermediazione finanziaria - nullità selettiva come nuova frontiera di tutela per l'investitore?*, in *Giur. It.*, 2019.
- SCODITTI E., *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le Sezioni Unite*, in *Foro.it*, 2008.
- SCOGNAMIGLIO C., *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2010.
- ID, *Le Sezioni unite e le nullità selettive: un nuovo spazio di operatività per la clausola generale di buona fede*, in *Corr. giur.*, 2020.
- SEMEGHINI D., *Forma ad substantiam ed exceptio doli nei servizi di investimento*, Milano, 2010.
- STROZZI G., MASTROIANNI R., *Diritto dell'unione europea*, Torino, 2016.
- TORINO R., *Lezioni di diritto europeo dei consumatori*, Torino, 2010.
- TROMBETTI O., *Contratti del consumatore. L'ulteriore elaborazione della nozione di consumatore*, in *Obbligazioni e Contratti*. 2011.
- VENOSTA F., *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008.