

LAURA DI BONA

*SPUNTI DI RIFLESSIONE IN TEMA DI OBBLIGHI INFORMATIVI
(E NEOFORMALISMO) NEI CONTRATTI ASIMMETRICI*

SOMMARIO: 1. Premesse metodologiche: l'impiego della locuzione «contratti asimmetrici» in termini di ellissi descrittiva. – 2. Segue. Obblighi informativi e prospettiva funzionale. – 3. Circolarità fra gli obiettivi di tutela sottesi agli obblighi informativi. – 4. Obblighi informativi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Il problema dei rimedi. – 5. Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: violazione dell'obbligo del professionista di informare il consumatore sul diritto di recesso. Inadeguatezza della sanzione testualmente prevista e interpretazione evolutiva. – 6. Profili di criticità degli obblighi informativi nella disciplina del credito al consumo e nel codice del turismo. – 7. Il rischio di un'ipertrofia informativa.

1. Premesse metodologiche: l'impiego della locuzione «contratti asimmetrici» in termini di ellissi descrittiva

A partire dai primi anni del nuovo millennio¹ si è diffusa nel lessico della scienza giuridica l'efficace locuzione «contratto asimmetrico», con la quale la dottrina² cui se ne deve la paternità ha identificato un nuovo paradigma

¹ Ad osservare nella prospettiva storico-evolutiva il fenomeno della progressiva, penetrante metamorfosi che ha investito la legislazione privatistica, specie in tema di contratto, ci si avvede che al processo si riconnettono radici ancor più risalenti. In generale, sui riflessi spiegati dall'evoluzione delle ideologie economiche sulla disciplina dei contratti, v. L. NIVARRA, *Diritto privato e capitalismo*, Napoli, 2010, in particolare p. 38 ss.

² Il riferimento è evidentemente a V. ROPPO, *Il contratto del duemila*³, Torino, 2011, il quale, nei diversi contributi ivi raccolti, delinea i tratti distintivi, sul piano concettuale, normativo e rimediabile, di una compiuta categoria: v., in particolare, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, *ivi*, p. 65 ss. e spec. 85 ss.; *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*

contrattuale³: un modello di contratto delineato da tratti fisionomici per un verso comuni ad una pluralità (via via crescente) di fattispecie normative di derivazione comunitaria e, per altro verso, sensibilmente dissonanti rispetto a quelli propri del contratto di diritto comune.

Come noto quest'ultimo, concepito quale espressione del potere di autoregolare i propri interessi riconosciuto ai privati dall'ordinamento (autonomia privata⁴), ispirato al principio di irretrattabilità del consenso (art. 1372 c.c.) ed assoggettato al controllo della buona fede oggettiva, nel codice unificato⁵ aveva rinvenuto la sua più congrua cristallizzazione, ivi peraltro garantito quale categoria unitaria proprio dalla presenza di una disciplina generale.⁶

Esorbita dall'ambito della presente indagine una ricostruzione dei singoli passaggi che, segnando le tappe di un incessante processo di destrutturazione – sia esso concepito in termini di decodificazione *tout court*⁷ o,

(con postilla sul “terzo contratto”), *ivi*, p. 91 ss. e spec. 102 ss. *Id.*, *prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 267 ss.; *Id.*, *From consumer Contracts to Asymmetric contracts: a Trend in European Contract Law?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 304 ss.

³ V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 103, che così testualmente definisce il «nuovo paradigma»: «un modello di contratto governato da un insieme di regole che diverge in modo significativo dalla disciplina del contratto “in genere” consegnataci dagli artt. 1321 e segg. cod. civ., e che possiamo chiamare “contratto di diritto comune”».

⁴ D'obbligo è il rinvio a E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist., Napoli, 1994, p. 49.

⁵ F. MACARIO e M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi*, Padova, 2010, spec. p. 64 ss.

⁶ Si vedano, per tutti, G. BENEDETTI, *La categoria generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, I, p. 649, in particolare 663; F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto (art. 1321-1469 cod. civ.)*, 3, rist., Milano, 1952, p. 1; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 2011, p. 80.

⁷ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979. Il dibattito sulla decodificazione si è ulteriormente animato proprio con riferimento alla emanazione dei diversi codici di settore (dal codice del consumo, al codice del turismo, al codice della *privacy*, al codice dei beni culturali, solo per citarne alcuni), rispetto ai quali la dottrina si interroga se essi segnino un ritorno alla cultura della codificazione, o invece rappresentino l'esito ultimo del relativo processo di destrutturazione. Per le diverse posizioni v. N. IRTI, *Codici di settore: compimento della decodificazione*,

comunque, di crisi della centralità o della sufficienza del codice⁸ – hanno determinato nei formanti legislativo, dottrinale e giurisprudenziale la necessità di abdicare al rassicurante archetipo contrattuale unitario, concorrendo all'elaborazione dell'attuale contesto policentrico e complesso.

Ai fini che qui interessano, è appena il caso di ricordare come, mentre è certamente fondato che già «ben prima di essere stravolti dal diritto privato europeo [...] i concetti del diritto interno erano in crisi – sicché – basterà considerare come tutti i principali fossero passati alla metà del novecento dal singolare al plurale: non la proprietà ma le proprietà, non il negozio ma i negozi; non l'obbligazione ma le obbligazioni»⁹, appare persino scontato che il decisivo impatto disgregante esercitato sul contratto codicistico, ed il relativo effetto di estraniamento dai suoi stessi principi ordinanti, siano derivati dalla disciplina di matrice europea informata agli obiettivi di tutela del contraente (più) debole, regolazione del mercato e promozione della libertà di concorrenza¹⁰.

in *Diritto e società*, 2005, p. 133, il quale, sottolineando l'estraneità dei nuovi codici alla logica ed al significato della codicistica tradizionale e la mancanza della cifra tipica di questi, reputa che i nuovi codici siano esplicativi di un effetto di mera semplificazione; in senso contrario, pur non ravvisando in essi un ritorno *tout court* alla codificazione, ne evidenzia tuttavia la piena rispondenza al valore dell'«organizzazione sistematica delle regole», U. PERFETTI, *Pratiche commerciali scorrette e profili rimediali individuali*, in G. ALPA (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014, p. 266, n. 13; V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 98 s., il quale distingue a seconda che si declini il termine «codice» in accezione «debole» – nel qual caso la consolidazione delle discipline di tutela del contraente debole apparirebbe rispondente alla logica della ricodificazione – ovvero in accezione «forte», quale «veicolo di un progetto politico-culturale» (p. 99), compito rispetto al quale le normative della XVI legislatura apparirebbero inadeguate ed espressive, piuttosto, del linguaggio della decodificazione. Dubita della possibilità che vengano ulteriormente elaborati codici di impianto tradizionale, R. SACCO, *Codificazione, ricodificazione, decodificazione*, in *D. disc. priv., sez. civ., Aggiornamento*, V, 2010, p. 332 s.

⁸ M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, p. 24 ss.

⁹ A. GENTILI, *I concetti nel diritto privato europeo*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 774.

¹⁰ Cfr. A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, in *Enc. dir., Annali*, V, 2012, p. 2: «L'irruzione dell'Europa e delle sue discipline così intrise di mercatismo nel territorio del contratto è stata la prima e più importante causa scatenante di quel

Non è tuttavia nel riscontro della suddetta frammentazione che trova fondamento l'elaborazione della categoria dei contratti asimmetrici, bensì, all'opposto, nella successiva scoperta di un'ulteriore frontiera evolutiva che, superata sia la centralità del modello unitario di contratto sia la sua polverizzazione in plurimi e diversificati schemi regolamentari, nuovamente richiama all'unità concettuale di un nuovo paradigma contrattuale¹¹: (intanto) nuovo unitario paradigma (in quanto) dotato, per un verso, di forza agglomerante di tutte le fattispecie caratterizzate dall'asimmetria del potere contrattuale delle parti e, per altro verso, di speculare capacità distintiva rispetto alla tradizionale categoria dei contratti di diritto comune.

Ebbene, il fatto indubitabile che la suddetta fisiologica¹² asimmetria di potere contrattuale fra i paciscenti rappresenta precondizione fattuale co-

passaggio dall'unità alla pluralità delle figure di contratto, che è cifra del diritto contrattuale attuale»; A. PLAIA, *Introduzione*, in ID., *Diritto civile e diritti speciali*, Milano, 2008, p. 3 s., che sottolinea come proprio rispetto alla disciplina del contratto sia maggiormente emerso l'«indebolimento della vocazione generalista del diritto civile».

¹¹ V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale*, cit., p. 139: «il paradigma di un contratto la cui 'forza di legge' risulta notevolmente attenuata (per l'ampia somministrazione di recessi di pentimento, e per il dilagare delle invalidità discendenti dal moltiplicarsi dei vincoli di forma, di contenuto, di trasparenza/completezza); un contratto in cui la più diffusa impugnabilità è bilanciata da un contenimento forzoso delle conseguenze distruttive dell'impugnazione (nullità relative, nullità solo parziali), un contratto sempre più largamente assoggettato a controlli sull'equilibrio delle prestazioni, in senso non solo normativo ma anche schiettamente economico [...]; un contratto il cui regime subisce la crescente commistione fra ordini di regole tradizionalmente separati, come le regole di validità e le regole di comportamento/responsabilità».

¹² Cfr. V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, ne *Il contratto del duemila*, cit., p. 139 s., che definisce fisiologiche «le asimmetrie di potere contrattuale risultanti – in termini non individualizzanti, bensì standardizzati per intere classi di contraenti – dalle obiettive posizioni di mercato occupate dall'una e dall'altra parte del contratto» e «patologiche le asimmetrie di potere contrattuale (o, se si preferisce, le menomazioni della libertà negoziale) determinate da fattori che esplicano la loro rilevanza nel momento in cui incidono sulla sfera soggettiva del contraente [...]: come i vizi della volontà [...] o gli stati di pericolo o bisogno»; ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, cit., p. 106, n. 35.

mune a tutti contratti in parola – come tale idonea a rappresentarne il minimo comune denominatore – non pare tuttavia argomento sufficiente a far assumere il contratto asimmetrico al rango di categoria concettuale alternativa ed impermeabile rispetto a quella dei c.d. contratti di diritto comune.

Considerazione che *a fortiori* vale rispetto alle diverse discipline, ove singolarmente considerate, dei contratti del consumatore da un lato, e dei rapporti fra imprenditori con differente potere negoziale dall'altro o, in altra prospettiva ancora, dei contratti fra professionista e «cliente» (sia esso persona fisica o impresa¹³). Anche tali normative divergono, reciprocamente nonché (più sensibilmente) da quella del contratto in genere, caratterizzandosi per la presenza, nella dinamica contrattuale, di ruoli connotati da una strutturale asimmetria di potere: ciò tuttavia non giustifica partizioni concettuali ancora ulteriori, peraltro pretese a fondamento di altrettante distinte categorie: «secondo»¹⁴ e «terzo contratto»¹⁵.

¹³ A queste tre distinte aree di rapporti, e richiamando le tesi di V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit., si riferisce A.M. BENEDETTI, *Contratto asimmetrico*, cit., *passim*, rispettivamente definendole «primo», «secondo» e «terzo cerchio della debolezza».

¹⁴ Critico nei confronti di questa ulteriore sottopartizione, siccome fautore della più ampia categoria dei contratti asimmetrici, comprensiva tanto della disciplina dei contratti dei consumatori – c.d. B2C – che dei contratti fra imprenditore forte e imprenditore debole – c.d. B2B – nonché (più in generale) di tutti quelli in cui la parte debole rivesta il ruolo di «cliente», V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, cit., spec. p. 131 ss.

¹⁵ La formula si deve a R. PARDOLESI, *Prefazione a G. COLANGELO, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica comparata*, Torino, 2004, p. XIII-XIV. Alla figura è stato specificamente dedicato il convegno «Il terzo contratto»: Milano, 10 febbraio 2006. Il dibattito sul terzo contratto è molto nutrito: *ex multis*, si vedano i saggi raccolti in G. GITTI e G. VILLA (a cura di), Bologna, 2008; R. FRANCO, *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010; critico verso la ricostruzione unitaria dei contratti asimmetrici C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549 ss., specie p. 557 ss.; molto distante anche G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 849 ss., specie 859-861, che ascrive i contratti del consumatore all'ambito dei «contratti civili», distinguendoli nettamente dai contratti d'impresa. In senso critico, v. C. CASTRONOVO,

La dinamica degli affari evidentemente ci consegna molteplici e diverse situazioni in cui il rapporto fra le parti è, in concreto, ben lungi dall'esprimere la parità di forze che, in astratto, dovrebbe costituire garanzia di un'efficiente – se non giusta – dinamica contrattuale: esse ricomprendono non solo le relazioni fra professionista e consumatore, bensì ogni altro e diverso contratto caratterizzato da strutturale asimmetria di poteri, sia esso stipulato fra professionista e non professionista, o fra soggetti entrambi imprenditori e/o professionisti, dei quali (e purché) uno *più forte* e l'altro, specularmente, *più debole*.

Restano estranei a questo ambito di indagine solo i rapporti in cui entrambi i contraenti siano non professionali,¹⁶ i quali, benché talora caratterizzati, in concreto, da disparità di potere, tuttavia non possono ascrivarsi alle discipline di regolazione del mercato, siccome (eventualmente) affetti da asimmetrie non già strutturali e seriali, bensì occasionali, legate alle qualità soggettive dei singoli contraenti coinvolti e, dunque, alle irripetibili peculiarità della relazione tra gli stessi intercorrente¹⁷.

Verso i rapporti caratterizzati da asimmetria strutturale, dei quali pertanto sia parte almeno un professionista, invece, il legislatore ha avvertito la necessità di intervenire, settore per settore, a ridisegnare il quadro delle regole, al fine di favorire il ritorno di una corretta ed equilibrata dinamica contrattuale, garantita – o almeno perseguita – dalla previsione di una serie di cautele e correttivi.

Ispirati a tale logica risultano i tratti comuni alle suddette discipline:

Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema, Milano, 2006, p. 121; P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, p. 415 ss., il quale, sia pure in una diversa prospettiva, finisce per avvalorare la prospettiva unificante rilevando che «i c.d. contratti dei consumatori non segnano alcuna soluzione di continuità rispetto a quelli stipulati da imprenditori» (p. 423-4).

¹⁶ Variamente individuati con gli acronimi «P2P» da D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 301 ss., e «C2C» da R. PARDOLESI, *op. loc. cit.*, il quale tuttavia li include nell'area del c.d. terzo contratto, e da V. ROPPO, *Parte generale del contratto*, cit. p. 121 s., che però ne esclude l'ascrivibilità alla categoria dei contratti asimmetrici, la quale postula che almeno uno dei contraenti sia un professionista.

¹⁷ Cfr. V. Roppo, *op. loc. ult. cit.*; *contra*, A.P. SCARSO, *Il contraente "debole"*, Torino, 2006, il quale li considera invece in una prospettiva unitaria rispetto ai contratti che coinvolgono un professionista.

così l'ampia previsione di recessi di pentimento – con conseguente significativa attenuazione del principio di irrettrabilità del consenso – nonché di invalidità negoziali derivanti dal dilagare di vincoli di forma, contenuto, trasparenza e, in particolare, di obblighi informativi; invalidità, peraltro, sensibilmente depotenziata, quanto all'effetto di rimozione del vincolo, sia dall'ampio ricorso alla legittimazione relativa, sia dall'esaltazione del principio di conservazione del contratto, siccome (solo) selettivamente epurato delle clausole colpite da (più diffusa) nullità parziale. Coerente e funzionale, in questa prospettiva, il più diffuso ricorso al crisma dell'invalidità per sanzionare la violazione di regole (pur) di comportamento, nonché la crescente tendenza delle normative di settore ad incidere verticalmente nel *core* dei singoli assetti negoziali, in modo da perseguirne l'equilibrio, in senso non (più) solo normativo, bensì anche economico.

Una volta delineati tali caratteri distintivi, e prima di entrare nel merito degli specifici profili oggetto di riflessione, val la pena di riproporre il quesito se – di là dal mero effetto descrittivo e classificatorio – l'individuazione di un insieme qualificato di regole *comuni* possa allo stato definire una vera e propria categoria concettuale autonoma e distinta sia da quella del contratto di impianto codicistico – nella richiamata prospettazione unitaria dei contratti asimmetrici¹⁸ – sia (addirittura) da quella stessa dei contratti dei consumatori, come tale ulteriormente confinabile nell'area del «terzo contratto».

Senza addentrarsi nel merito del dibattito¹⁹ sui singoli caratteri che consentirebbero o, nella opposta prospettazione, scongiurerebbero un'assimilazione fra i contratti in cui siano parti un professionista ed un consumatore e quelli in cui, viceversa, si relazionino due imprenditori con diverso potere contrattuale (i cd. contratti *B2B e S2C*²⁰) e limitandosi per ragioni di sintesi

¹⁸ V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, cit.

¹⁹ Per le opposte tesi si veda l'aperto dibattito fra A. ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, p. 515 ss., specie 536-541 e V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, cit., p. 140 ss.

²⁰ L'acronimo «S2C» è coniato da V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, cit., p. 133, come riassuntivo di *supplier-to-customer* e riferito ai contratti stipulati fra un'impresa o professionista da un lato, ed un soggetto – indifferentemente operatore professionale o meno, persona fisica o impresa – che operi sul mercato dal lato della domanda, e cioè, nel contratto, in veste di acquirente di beni o servizi: in una parola, di cliente.

ad affermare (rinunciando ad esemplificare e dimostrare) che gli essenziali tratti fisionomici dei contratti dei consumatori si riscontrano anche nelle più recenti discipline dedicate ai contratti fra professionista dominante e professionista debole, è soprattutto l'opzione metodologica sottesa a questa riflessione che induce a prendere le distanze dalla delineazione di un «terzo contratto» ed anzi – a monte e più radicalmente – da pretese partizioni in un «primo», un «secondo» ed un «terzo contratto»²¹.

Il punto è infatti che la tesi del «terzo contratto» lavora per una ulteriore frammentazione del sistema, laddove, nella concezione dell'ermeneutica elaborata dalla dottrina più sensibile, compito e responsabilità del giurista è piuttosto quello di tendere ad una ricomposizione sistematica, unitaria e ordinante delle crescenti articolazioni e conseguenti complessità dell'ordinamento giuridico²².

Nella suddetta prospettiva, foriera di una visione armonica ed unitaria dell'ordinamento concepito quale sistema italo/comunitario delle fonti, occorre procedere ad un ripensamento complessivo delle partizioni e classificazioni operate dalla tradizione, considerando che, in modo del tutto naturale e fisiologico, anche il diritto comunitario concorre a (ri)delineare ed a (ri)comporre il c.d. diritto comune dei contratti.

Da scongiurare appare pertanto la pervicace e insinuante tentazione di ravvisare nell'impalcatura sistematica delineata dal codice civile del 1942 il diritto *comune* di riferimento nella regolamentazione dei rapporti fra privati, riservando alla normativa comunitaria e/o di derivazione comunitaria natura di diritto speciale, chiamato ad operare (soltanto) in deroga alla disciplina codicistica ed in presenza di specifiche ed espresse previsioni di rinvio.

Concezione tanto più censurabile, in quanto sostanzialmente fondativa

²¹ V. ROPPO, *Parte generale del contratto*, cit., p. 120, n. 52, che chiosa osservando come il «tema che ci occupa sia percorso da una specie di ossessione per i numeri cardinali».

²² Il riferimento è evidentemente alla prospettiva elaborata da P. Perlingieri che sottolinea il valore dell'unità dell'ordinamento giuridico pur nella sua complessità, risultante del concorso di una pluralità di fonti interne e comunitarie; enfatizzando il ruolo centrale e la responsabilità che, nel garantire una visione sistematica pur nella complessità, competono all'interprete. Fra i numerosissimi contributi si veda, a mero titolo esemplificativo, P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 5 ss.; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2006, I, p. 180 ss.

di un sistema schizofrenico, in parte ispirato al principio di eguaglianza formale (che permea il codice del 1942) e (solo) alternativamente informato a principi, quali quello di tutela del contraente debole, di garanzia dell'equilibrio delle posizioni contrattuali, di proporzionalità e ragionevolezza, a loro volta espressivi del valore dell'eguaglianza sostanziale.

Anche il richiamo alle classificazioni delle norme giuridiche ed alle correlative distinzioni fra norme comuni e speciali, o regolari ed eccezionali, richiede pertanto particolare attenzione e sensibilità, specie se rapportato alle discipline in esame.

Norma speciale – nell'insegnamento tradizionale – è quella che si caratterizza per il ristretto grado di generalità e/o di astrattezza, nel senso che disciplina rapporti cui è interessata una ristretta serie di soggetti e di fatti.²³

Ora, sia le discipline di derivazione comunitaria, sia la normativa che, benché di produzione interna²⁴, appare chiaramente ispirata ai medesimi principi di tutela del contraente debole, garanzia dell'equilibrio delle posizioni contrattuali, proporzionalità, non possono affatto reputarsi caratterizzate da un ridotto grado di generalità e di astrattezza.

E, per altro verso, se alla qualificazione in termini di regolarità di una normativa si perviene in ragione della (ed in rapporto alla) sua coerenza con i principi ordinanti e sovraordinati del sistema, allora si deve convenire che tutta la normativa che si ispira al principio di tutela del contraente debole sia certamente da qualificarsi regolare (non già speciale e tanto meno eccezionale), rivelandosi pienamente coerente sia con i principi costituzionali e sovraordinati di solidarietà sociale – dei quali correttezza e buona fede costituiscono concrete specificazioni – e di eguaglianza sostanziale (che ha la medesima matrice del più moderno principio comunitario di proporzionalità), sia col principio comunitario di tutela del contraente debole, che in via ulteriore rappresenta elemento imprescindibile per il buon funzionamento del mercato e della concorrenza.

Riconoscere ai contratti con asimmetria di potere e *a fortiori*, fra questi, ai contratti fra imprese (cd. terzo contratto), il ruolo di categorie distinte, espressive ciascuna, *di per sé*, di un nuovo paradigma, di un nuovo modello negoziale, significa reclamarne diversità e scissione, rispettivamente, sia dal

²³ P. PERLINGIERI, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., p. 252 ss., M. ALLARA, *Le nozioni fondamentali del diritto civile*, Torino, 1958, p. 31.

²⁴ Si pensi, ad es., alla legge n. 108 del 1996 in materia d'usura, o alla legge 18 giugno 1998, n. 192 sulla subfornitura.

contratto di diritto comune che dai contratti del consumatore, negando che tali discipline (c.d. contratti *B2C* e contratti *B2B*) possano, per via di interpretazione, ricondursi a coerenza, armonia ed unità.

Nel solco della richiamata concezione ermeneutica risulta allora evidente come l'impiego, in questa sede, della stessa definizione «contratto asimmetrico» debba intendersi non già come evocativo di una categoria ontologicamente distinta da quella dei c.d. contratti di diritto comune o del consumatore, bensì quale locuzione ellittica, meramente descrittiva della crescente pluralità di fattispecie normative²⁵ – quasi tutte di matrice europea – accomunate, sul piano fattuale, da una fisiologica asimmetria di potere delle parti contraenti e specularmente, sul piano delle regole, dall'obiettivo (legislativamente prefissato) di neutralizzare la suddetta disparità o disegualianza. Con ciò, peraltro, perseguendo contestualmente obiettivi multilivello, reciprocamente integrantisi in una sorta di sinergica circolarità: dalla protezione del contraente (più) debole, alla correzione dei fallimenti del mercato, all'incentivazione del libero gioco della concorrenza e così, in un virtuoso ritorno, a tutela della effettiva libertà negoziale dei pasciscenti²⁶.

²⁵ Si vedano – ma l'elencazione non ha valore esaustivo – la disciplina della subfornitura (l. 18 giugno 1998, n. 192); dei contratti dei consumatori (Codice del consumo: d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206); dell'affiliazione commerciale (l. 6 maggio 2004, n. 129); delle pratiche commerciali scorrette (Direttiva 2005/29/CE e relativo decreto di recepimento, d.lgs. 2 agosto 2007, n. 146, refluito negli artt. 18 ss. del codice di settore); dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali (d.lgs. n. 50/1992, in attuazione della Direttiva CEE n. 577/85, confluita negli artt. 45 ss. c. cons.); dei contratti a distanza (d.lgs. 185/1999, attuativo della Direttiva 97/7/CE, inserita agli artt. 50 ss. c. cons.); della multiproprietà (d.lgs. 9 novembre 1998, n. 427, confluito negli artt. 69-81 *bis* c. cons.); dei pacchetti turistici (direttiva CEE n. 314 del 13 giugno 1990, concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti «tutto compreso», recepita in Italia dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111, le cui disposizioni, collocate in un primo tempo nel codice del consumo, sono confluite nel Codice del turismo (d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79); dei rapporti bancari e finanziari (la cui disciplina è la risultante di una serie di testi con disposizioni frammentarie, successivamente razionalizzate in Testi unici quali quello in materia bancaria, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 e successive novellazioni attuative delle copiose direttive sopravvenute sulla materia); il Testo unico in materia di intermediazione finanziaria, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, come modificato con d.lgs. 17 settembre 2007, n. 164 e d.lgs. 6 novembre 2007, n. 195, e integrato con Reg. CONSOB 29 ottobre 2007, n. 16190).

²⁶ La rilevata sinergia fra i diversi obiettivi di tutela – sindacato di lealtà nei rapporti di consumo, buon funzionamento del mercato e libertà di autodetermi-

Al perseguimento di tali obiettivi il legislatore (comunitario e nazionale) ha preordinato tecniche di tutela di tipo diverso, variamente incidenti sia su specifici tipi contrattuali, sia su particolari fasi della contrattazione: ora misure di protezione rivolte alla generalità dei potenziali consumatori e collocate a monte di qualsiasi rapporto con uno specifico operatore professionale (così le norme in tema di educazione al consumo²⁷, informazione sui prodotti e sui prezzi, pubblicizzazione delle condizioni generali di contratto, disciplina dell'attività promozionale e pubblicitaria); ora forme di regolamentazione della fase prenegoziale, con la prescrizione di obblighi informativi che tuttavia estendono la loro efficacia anche alle fasi successive; ora l'ampia previsione di vincoli formali e di contenuto, nonché del recesso quale esercizio dello *jus poenitendi*²⁸.

In un contesto sì caratterizzato da ambiziosi obiettivi di tutela, comuni a settori pur eterogenei, non è dunque auspicabile propendere per l'artificiosa creazione di nuove categorie omnicomprensive, entro le quali forzatamente ridurre la molteplicità ad unità, né, all'opposto, enfatizzare ogni singolo elemento discretivo di ciascuna fattispecie, elevandolo a tratto fondante di categorie distinte, autonome e reciprocamente impermeabili ai rispettivi rimedi.

Essenziale si rivela, piuttosto, il ricorso alla prospettiva ermeneutica incentrata sul profilo teleologico ed assiologico degli istituti, informata alla

nazione del contraente debole – è opportunamente sottolineata in dottrina: cfr. L. DI NELLA, *Il controllo di lealtà delle pratiche commerciali*, in G. CAVAZZON, L. DI NELLA, L. MEZZASOMA e V. RIZZO, (a cura di), *Il diritto dei consumi: realtà e prospettive*, Napoli, 2008, p. 239; A. PERA, *Tutela della concorrenza e protezione del consumatore: quali complementarità?*, in A.A.V.V., *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, a cura di E.A. RAFFAELLI, Milano, 2009, p. 337; ; E. CAPOBIANCO, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Napoli, 2000, p. 55; S. POLIDORI, *Regole dei rapporti e regole del mercato: fra disomogeneità del quadro normativo e responsabilità dell'interprete*, in *corti marchigiane*, 2007, 2-3, p. 278 s., ora anche in P. D'ADDINO SERRAVALLE (a cura di), *Mercato ed etica*, Napoli, 2009, p. 353 ss.; ID., *Nullità di protezione e interesse pubblico*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 1019 ss.; A. GENOVESE, *La normativa sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 762; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 178.

²⁷ Artt. 2 ss., d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206.

²⁸ Cfr. M.C. CHERUBINI, *Pratiche commerciali ingannevoli ed effetti sul contratto: alcune osservazioni ed un'ipotesi*, in G. PONZANELLI (a cura di), *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, Milano, 2008, p. 447.

ricerca degli strumenti di tutela in concreto più funzionali alla salvaguardia degli interessi meritevoli ed orientata sul valore della unitarietà e sistematicità dell'ordinamento giuridico.

Risulta così possibile ed utile discernere, nell'ambito della complessa disciplina comunitaria e nazionale dei contratti con asimmetria di potere, fra «regole e principi non esportabili, a vocazione più propriamente speciale e destinati per tale ragione ad operare nel contesto del (solo) cerchio di debolezza per il quale sono stati legislativamente previsti»,²⁹ e regole e principi a vocazione generale, dotate di trasversale capacità espansiva, come tali destinate a trovare applicazione a fattispecie pur diverse da quelle di stretta previsione, a condizione che ciò risulti funzionale ad una efficace tutela dell'interesse più meritevole³⁰.

2. Segue. Obblighi informativi e prospettiva funzionale

Sulla scorta di tali premesse metodologiche, è ora possibile muovere verso una più specifica considerazione delle due direttrici rispetto alle quali è ordinata la presente riflessione sui contratti con asimmetria di potere: neoformalismo e obblighi di informazione.

²⁹ A. M. BENEDETTI, *op.cit.*, p. 14.

³⁰ Cfr. In tal senso M. LIBERTINI, *Ancora sui rimedi civili conseguenti ad illeciti antitrust (II)*, in *Danno resp.*, 2005, n. 3, p. 248 ss., che sostiene il potere del giudice di ricostruire, dopo averne constatata la nullità, la clausola sul termine di pagamento (art. 7, comma 3, d.l.s. 9 ottobre 2002, n. 231 sulla disciplina dei ritardi nei pagamenti), anche con riferimento alle ipotesi in cui il giudice dichiara nulle clausole frutto di abuso di dipendenza economica; condiviso da V. ROPPO, *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, cit., p. 130-131; *contra*, L. DELLI PRISCOLI, "Consumatore", "imprenditore debole" e principio di eguaglianza, in *Contr. impr. Eur.*, 2003, p. 749 ss., il quale invece esclude radicalmente la possibilità di estendere per via di analogia ai contratti dell'imprenditore debole la disciplina dei contratti del consumatore; nel senso del testo, ancora, A. M. BENEDETTI, *op.cit.*, p. 13, per il quale la disciplina dell'abuso di dipendenza economica può trovare applicazione anche quando vittima dell'abuso sia un consumatore; *contra*, G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in *Annuario del contratto*, 2010, in particolare 66 ss.; nel medesimo senso anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 291 ss.

Si tratta di direttrici distinte, non coincidenti³¹, che tuttavia in questa sede verranno prese in esame ove si presentino come un'endiadi, sì da coglierne le interconnessioni, la funzionalità comune e la reciproca sinergia. Ciò al fine di tentarne una valutazione sul piano teleologico-funzionale, che ne ponga in risalto, per un verso, le finalità perseguite sotto il profilo della tutela degli interessi e, per altro verso, l'effettività della tutela medesima, cioè la conformità (o meno) del mezzo al fine, del risultato conseguito all'obiettivo prefigurato.

Per ragioni di sintesi non si procederà ad una esaustiva rassegna in orizzontale delle copiose disposizioni normative concernenti obblighi formali ed informativi, limitandosi pertanto ad alcuni richiami a campione – ove il nesso funzionale tra gli stessi si appalesi più chiaramente e/o dove più problematico appaia il profilo dei rimedi – onde fornire, se non la dimostrazione, quanto meno una suggestione rispetto ai profili valutativi sopra delineati e ad eventuali criticità emergenti dalle discipline in esame.

Necessaria, tuttavia, una premessa: nell'accingerci a questa riflessione occorre abdicare a qualunque aprioristico atteggiamento di pregiudiziale valutazione, in termini positivi o negativi, delle tendenze normative riassunte nelle espressioni neoformalismo ed obblighi informativi: rinunciare pertanto a qualunque preconcepita demonizzazione critica, come pure ad entusiastiche quanto meccaniche esaltazioni delle “magnifiche sorti e progressive”, siccome essi non rappresentano, a ben vedere, che strumenti e tecniche di tutela di interessi. Giova qui richiamare l'insegnamento secondo il quale «Lungi [...] dall'attribuire al formalismo giudizi pre-concetti, posi-

³¹ Distingue nettamente trasparenza e forma S. PAGLIANTINI, *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2011, p. 7, osservando che «le norme sulla trasparenza lungi dal dettare dei requisiti di struttura della fattispecie, pongono in realtà il diverso problema di una sufficiente “adeguatezza”, tale perché per lo più parametrata ai comuni canoni dell'ordinaria conoscenza, nella formulazione e stesura di tutte le clausole contrattuali unilateralmente predisposte. [...] Di talché, per il tramite della trasparenza, quel che si contestualizza è anzitutto un problema di scienza pienezza del consenso prestatato (dal consumatore) e non di qualità intrinseca del documento contrattuale. La trasparenza, nel lessico del legislatore europeo, evoca infatti (pur se non solo) una questione di formarsi responsabile della volontà in seno al contratto *standard*, non un requisito di forma [...] la trasparenza di un testo contrattuale, valore mezzo e non fine, illumina l'*an* ed il *quantum* dell'accordo, mentre la forma non ha nulla a che spartire con la consapevolezza che il consumatore abbia dei propri diritti contrattuali. La forma, infatti, o c'è o manca».

tivi o negativi, occorre individuarne le radici e le funzioni»,³² assoggettando anche le prescrizioni di forma al controllo di meritevolezza, sia sotto il profilo dell'effettività della prefigurata tutela di interessi, sia (più in generale) della sua congruità ai principi e ai valori fondamentali di riferimento nel settore oggetto di disciplina.

È appena il caso di precisare, ancora, che lo stesso impiego del termine (neo)formalismo deve intendersi scevro da generalizzanti giudizi di valore sui (pur dilaganti) vincoli di forma dettati per i contratti asimmetrici.

Come per qualsivoglia prescrizione formale, anche rispetto a quelle in esame un compiuto giudizio di meritevolezza non può esaurirsi nella considerazione del mero dato quantitativo, meccanicamente ravvisando derive formalistiche nel solo moltiplicarsi delle disposizioni che vincolano la forma dei contratti con asimmetrie di potere. Occorre piuttosto una valutazione che attenga al profilo qualitativo delle prescrizioni medesime, fondata sulla verifica della sussistenza di un rapporto da mezzo a fine tra forma ed interesse oggetto di tutela.³³

Come precisato dalla dottrina più sensibile, «Si ha formalismo quando si assume la forma come fine a sé stessa e se ne esalta il ruolo a prescindere dall'individuazione del fondamento giuridico che la giustifica. Se tale forma funge da garanzia di interessi o di valori privilegiati costituzionalmente, la sua utilizzazione o il suo rispetto non sono formalismo»³⁴.

Nel tentare una valutazione sulle prescrizioni formali ed informative oggetto di previsione nelle discipline di protezione del contraente debole, *market regulation* e tutela della concorrenza, occorre pertanto scongiurare il rischio di accedere ad uniformanti giudizi di sintesi e, invece, rigorosamente discernere tra forme legali rivelatrici di prescrizioni inadeguate – per difetto o per eccesso – e dettati normativi espressivi di un rinnovato formalismo qualitativamente conformato agli obiettivi di tutela che informano le legislazioni comunitarie e ai valori di rilevanza costituzionale che pure in esse si riflettono.

In altri termini, si tratta di esprimere un giudizio di idoneità rispetto ad interessi preminenti, che supera un'astratta valutazione in termini di ragio-

³² P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 18.

³³ Cfr. D. BARBERO, *A proposito della forma negli atti giuridici (l'efficacia del testamento olografo nonostante l'incompletezza della data)*, in *Ius*, 1940, p. 443.

³⁴ P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p. 60.

nevolezza assoluta e si permea dei parametri di proporzionalità,³⁵ adeguatezza e ragionevolezza in concreto.

Nella disciplina dei contratti asimmetrici compare una vasta gamma di ipotesi nelle quali il formalismo – *rectius*, il ricorso alla forma vincolata – appare funzionalmente connesso a specifici obblighi di informazione e si prospetta come strumento di attuazione di interessi ed obiettivi di primaria rilevanza nell'ordinamento giuridico, quale risultante del concorso delle fonti interne e comunitarie.

Nella misura in cui tali prescrizioni formali e informative risultino concretamente strumentali al perseguimento del diritto alla salute, alla sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi, ad un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità, all'educazione al consumo, alla tutela della libertà negoziale consapevole, alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi, alla promozione della libera concorrenza, all'erogazione di servizi pubblici secondo *standards* di qualità ed efficienza, esse non potranno dirsi costruite o imposte come forma fine a se stessa, arbitraria e capricciosa.³⁶ Esse, al contrario, risulteranno apprezzabili per la funzione attuativa di valori fondamentali che trovano rinnovato alimento nelle incessanti evoluzioni del mercato, nella necessità di regolarlo per prevenirne i fallimenti, e nella garanzia che le operazioni economiche si svolgano nel rispetto della dignità umana e, più in generale, del supremo valore della persona.

Ad opposta valutazione dovrà invece pervenirsi – nel dichiarato ripudio di pregiudiziali e generalizzanti valutazioni della forma in termini di valore o disvalore – rispetto alle prescrizioni di obblighi informativi e connessi requisiti formali che si rivelino tecnica inadeguata alle sottese finalità protettive, ridondando così in formalismo burocratico, inidoneo a realizzare una tutela sostanziale degli interessi, bensì puramente estetica.

A titolo meramente esemplificativo rispetto alle considerazioni svolte, e

³⁵ Sull'incidenza del principio di proporzionalità sui rapporti contrattuali, v. P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv.crit.dir.priv.*, 2001, p. 237 ss.; ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 339; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 3, 2004, p. 686 ss.; ID., *Regole dei rapporti e regole del mercato*, cit., p. 279 ss.; F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 13 ss.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Napoli, 2000, p. 198 ss.

³⁶ Cfr. P. PERLINGIERI, *op.ult.cit.*, p. 61.

senza alcuna pretesa di esaustività sistematica, giova ora richiamare il dato positivo ed esaminare alcune previsioni normative di derivazione comunitaria nelle quali si riveli la suddetta endiadi fra obblighi informativi e vincoli di forma, mettendone in luce eventuali profili problematici sul piano dei rimedi.

3. Circolarità fra gli obiettivi di tutela sottesi agli obblighi informativi

Gli obblighi informativi che, con tendenza alluvionale, sono (stati) via via introdotti nelle disciplina dei contratti con asimmetria di potere rappresentano uno dei maggiori punti di emersione della circolarità, più sopra evidenziata, fra i diversi interessi oggetto di tutela della normativa comunitaria. In essi, forse più che in altre prescrizioni, si appalesa infatti lo stretto nesso funzionale tra obiettivi di protezione del contraente debole, regolazione del mercato e tutela della concorrenza, in uno con la garanzia di un'eguale (in senso sostanziale) libertà negoziale dei contraenti.

Istanze di riequilibrio delle asimmetrie informative, normative ed economiche tipiche dei rapporti fra professionista e consumatore, o fra imprenditori con diverso potere contrattuale, rispondono pertanto all'interesse non soltanto del contraente debole parte del singolo rapporto, bensì anche del più generale complesso degli operatori di riferimento, e del contesto tutto nel quale essi si riforniscono o approvvigionano, a seconda delle rispettive posizioni, di beni e servizi: in una parola, del mercato. Alla tutela di questo coacervo di interessi, apparentemente concorrenti ma in realtà convergenti verso comuni obiettivi di efficienza ed equità sostanziale dei rapporti, risultano pertanto direttamente funzionali gli obblighi di informazione dilaganti nella normativa in esame.

Evidente appare dunque il nesso che lega l'informazione, per un verso, alla tutela del contraente più debole e, per altro verso, al mercato, nel senso che essa concorre in modo decisivo ad un più virtuoso funzionamento di quest'ultimo, in termini di efficienza e competitività.³⁷ Come sottolineato in dottrina, «si possono correttamente apprezzare le prescrizioni in materia di informazione del consumatore solo se si tiene conto della rilevata

³⁷ A. GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 556, sintetizza: «un mercato più informato è più efficiente».

ambivalenza. Mai va dimenticato, infatti, che esse sono la risultante della congiunta e simultanea attrazione esercitata da due poli, l'uno che rimanda al rapporto "asimmetrico" tra consumatore e professionista e all'avvertita necessità di apprestare al primo una protezione rafforzata, l'altro alla dimensione superindividuale degli interessi legati alla creazione di un mercato florido, efficiente e competitivo. D'altronde, tutela dei consumatori finali e corretto funzionamento del mercato sono i cardini inscindibili del diritto della concorrenza».³⁸

Relativamente al primo dei due profili, gli obblighi informativi di matrice comunitaria restano funzionali alla formazione di un consenso reale ed effettivo – appunto perché consapevole – con ciò allineandosi al modello contrattuale della tradizione³⁹; da questa si distinguono, invece, per il fatto che vedono estesa la propria efficacia ben oltre il momento formativo del negozio, investendo ogni fase del contratto – preliminare, coeva e persino successiva alla stipulazione⁴⁰ – ed accompagnandosi, di regola, alla prescrizione della forma scritta. Si è impiegata, in proposito, l'espressione «forma

³⁸ G. GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. dir., Annali*, IV, 2001, p. 7; v. anche F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 936, il quale rileva come tra i due termini – protezione del consumatore e regolazione del mercato – non ci sia possibilità di graduazione; ben evidenzia inoltre che quanto più il mercato è efficiente, tanto più aspra è la concorrenza delle imprese e, quindi, maggiori le opportunità per il consumatore di acquistare il prodotto migliore al prezzo più conveniente, aggiungendo altresì che «l'informazione dei consumatori, presupposto essenziale per un'effettiva concorrenza tra le imprese, non può realizzarsi semplicemente lasciando le forze economiche libere di operare» (p. 937).

³⁹ Cfr. F. ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbligazioni e contratti*, 2009, p. 873, secondo il quale il «legislatore comunitario si è anzitutto preoccupato di dettare misure volte a dare luogo ad un consenso effettivo perché informato, muovendo dal presupposto secondo il quale solo una decisione consapevole è davvero riferibile ad una scelta di autonomia, per tutta una serie di ragioni, sulle quali è inutile qui insistere, stante la loro notorietà nei singoli ordinamenti nazionali ancora prima del momento in cui sono diventate il fulcro intorno al quale ha iniziato a muoversi la legislazione di matrice europea».

⁴⁰ Cfr. G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 244; G. GRISI, *op.cit.*, p. 8, che parla di «tendenza a fare del contratto un veicolo di informazioni».

informativa»,⁴¹ proprio perché evocativa della funzione *strictu sensu* informativa cui è deputata la prescrizione formale.

4. Obblighi informativi nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette. Il problema dei rimedi

Significativa esemplificazione degli obblighi informativi così caratterizzati si rinviene nella normativa sulle pratiche commerciali scorrette. Come noto, con decreto legislativo 2 agosto 2007, n. 146 è stata introdotta nel nostro ordinamento, in attuazione della Direttiva CE n. 29/2005, la disciplina sulle pratiche commerciali scorrette⁴² fra professionisti e consumatori, la quale, ampliando il precedente assetto di tutela affidato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, ne ha esteso l'intervento ad ogni forma di comunicazione commerciale, comunque effettuata, nonché a tutte le pratiche commerciali attuate dai professionisti nei confronti di consumatori o microimprese⁴³ in occasione di un'operazione commerciale.

La previsione normativa prende ad oggetto un'ampia ed eterogenea congerie di condotte, comprensiva di azioni, omissioni, dichiarazioni, atti negoziali e comunicazioni commerciali, ivi compresa la pubblicizzazione e commercializzazione del prodotto poste in essere da un professionista, in occasione della promozione, vendita o fornitura di un bene ad un consumatore (art. 18, comma 1, lett. *d*), c. cons.)⁴⁴. Eterogeneità delle

⁴¹ B. PASA, *Forma informativa*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, Aggiornamento, V, 2010, p. 651 ss.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 49, che attribuisce a G. DE NOVA, *Tipico ed atipico nei contratti della navigazione, dei trasporti e del turismo*, in *Diritto dei trasporti*, 1995, p. 720, di aver impiegato per primo la suddetta locuzione.

⁴² La direttiva impiega il termine «sleali».

⁴³ Previsione introdotta dall'art. 7 del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito in legge 24 marzo 2012, n. 27, che ha integrato il disposto dell'art. 19 c. cons. estendendo la tutela anche alle relazioni tra professionisti e microimprese, la cui definizione è precisata nell'art. 18, lett. *d*) *bis*, c. cons. La previsione conferma che la *ratio* sottesa alla repressione delle pratiche commerciali non si esaurisce nella tutela del consumatore: cfr. S. STANCA, *Informazioni ingannevoli e rimedi contrattuali: profili ricostruttivi*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2014, p. 205, n. 5.

⁴⁴ Cfr. G. ALPA, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria e ordinamento italiano*, a cura di E. Minervini e L.

condotte viepiù esaltata dall'ampiezza del lasso temporale oggetto di previsione, rientrando nell'ambito applicativo della previsione le pratiche poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale (art. 19 c. cons.) (interessante, ad esempio, il richiamo alla sistematica omissione di una risposta alla corrispondenza inviata dal consumatore, al fine di dissuaderlo dall'esercizio delle sue prerogative: art. 26, lett. d), c. cons.)⁴⁵.

Il divieto delle pratiche commerciali scorrette è articolato attraverso disposizioni normative puntuali, corredate altresì da una clausola generale che funge da norma di chiusura con funzione residuale. Quest'ultima, contenuta nell'art. 20, comma 2, c. cons., delinea la nozione di pratica commerciale scorretta: «una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un

Rossi Carleo, Milano, 2007, p. 366; nello stesso senso, E. MINERVINI, *Codice del consumo e direttiva sulle pratiche commerciali sleali*, *ivi*, p. 76-77, il quale evidenzia come la normativa faccia riferimento «non ad atti o contratti, ma all'attività commerciale: la norma rinvia all'intera attività e non ad una fase negoziale, e prescinde quindi dalla sussistenza di un rapporto negoziale, volendo tutelare il consumatore in ogni fase del processo di consumo»; L. FIORENTINO, *Le pratiche commerciali scorrette*, in *Obbl. e contratti*, 2011, p. 166, che evidenzia il cambio di prospettiva realizzato con la disciplina in commento, nella quale l'attenzione del legislatore si sposta dalla singola operazione, dal singolo atto-contratto, verso la pratica commerciale dell'impresa, la sua attività; R. DI RAIMO, *La nuova disciplina della pubblicità commerciale: cenni preliminari*, in G. DE CRISTOFARO (a cura di), *Pratiche commerciali scorrette e codice del consumo. Il recepimento della direttiva 2006/29/CE nel diritto italiano (decreti legislativi nn. 145 e 146 del 2 agosto 2007)*, Torino, 2008, p. 484 ss., che sottolinea l'esigenza di non confondere il piano delle regole dei rapporti con quello delle regole dell'attività: ID., *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 157 s.; ID., *Forme di controllo e profilo funzionale dei poteri dispositivi sul patrimonio (tra regole dei rapporti e regole dell'attività)*, in ID. (a cura di), *Interesse e poteri di controllo nei rapporti di diritto civile*, Napoli, 2006, p. 457,

⁴⁵ Cfr. A. ZIMATORE, *Osservazioni sistematiche sulle pratiche commerciali scorrette*, in *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, 2001, p. 574, rileva come l'ambito applicativo della normativa si estenda oltre i confini del tradizionale intervento legislativo sull'autonomia privata, per contemplare ciò che sta prima, intorno e fuori del contratto.

gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori».

All'interno del *genus*, si specificano poi, rispettivamente, le pratiche ingannevoli e quelle aggressive, egualmente descritte mediante clausole generali (artt. 21, 22, 24, 25 c. cons.), per cui «ingannevole» è la pratica, estrinsecantesi in azioni od omissioni, idonea ad indurre in errore il consumatore medio, precludendogli di agire in modo consapevole; «aggressiva» è invece la pratica suscettibile di menomare sensibilmente la libertà di scelta o di comportamento del consumatore medio, mediante molestie o coercizioni, compreso il ricorso alla forza fisica e all'indebito condizionamento. In entrambe le fattispecie, la pratica risulta idonea ad alterare la capacità del consumatore medio di decidere consapevolmente, inducendolo ad assumere una decisione commerciale che altrimenti non avrebbe adottato (art. 18, comma 1, c. cons.).

Infine, nell'ambito delle rispettive categorie, sono previste alcune fattispecie tipiche, di pratiche da considerarsi in ogni caso ingannevoli (art. 23 c. cons.) o aggressive (art. 26 c. cons.).

Espressivo della ipotizzata endiadi obblighi informativi-vincoli di forma risulta, in particolare, l'art. 22 c. cons., il quale prescrive un numero chiuso di informazioni essenziali che l'impresa ha l'obbligo di comunicare, qualora non risultino evidenti già dal contesto⁴⁶. La corrispondente fattispecie concreta di interesse ai nostri fini si specifica pertanto nella pratica ingannevole per omissione che si realizzi nella violazione, da parte del professionista, dei suddetti obblighi informativi e che risulti idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico del consumatore medio.

Sotto il profilo della tutela, in conformità alle previsioni della direttiva (art. 11.2), il legislatore nazionale ha previsto il provvedimento inibitorio, rimesso alla competenza della Autorità garante della concorrenza e del mercato, azionabile d'ufficio o su istanza «di ogni soggetto o organizzazione

⁴⁶ Le informazioni riguardano le caratteristiche principali del prodotto; l'indirizzo geografico e l'identità del professionista; il prezzo comprensivo delle imposte e in genere delle spese che potranno essere addebitate al consumatore; le modalità di pagamento; la consegna; l'esistenza di un diritto di recesso. Sono infine considerati rilevanti gli obblighi di informazione previsti dal diritto comunitario connessi alle comunicazioni commerciali e stabiliti dettagliatamente da un allegato alla direttiva.

che ne abbia interesse» (art. 27, comma 2, c. cons.). Ad esso sono inoltre affiancate sanzioni amministrative di carattere pecuniario.

Prevista espressamente la tutela di carattere preventivo, il legislatore nazionale non ha invece provveduto (benché la direttiva comunitaria gliene avesse sostanzialmente rimesso la missione⁴⁷) alla definizione dei rimedi di carattere successivo azionabili dal singolo consumatore che, in una specifica contrattazione, abbia subito gli effetti di una pratica scorretta da parte dell'impresa⁴⁸.

Tale lacuna per un verso costituisce un ulteriore *vulnus* sul piano dell'efficacia dell'*enforcement* – peraltro già ampiamente indebolito dall'ancoraggio del giudizio sulla slealtà della condotta a criteri soggettivi quali il *target* del consumatore medio⁴⁹ e la diligenza professionale⁵⁰ e, per altro verso, aggrava la responsabilità dell'interprete, riservandogli il delicato compito di addentrarsi, per via interpretativa, nel «cuore del cuore del diritto civile».⁵¹

⁴⁷ L'art. 3, comma 3, fa salve le disposizioni normative nazionali in materia contrattuale, in particolare quelle sulla formazione, validità o efficacia del contratto. In merito, v. M.R. MAUGERI, *Pratiche commerciali scorrette e disciplina generale dei contratti*, in A. GENOVESE (a cura di), *I decreti legislativi sulle pratiche commerciali scorrette. Attuazione e impatto sistematico della direttiva 2005/29/CE*, Padova, 2008, p. 266 ss.; V. MELI, *Le pratiche commerciali sleali*, in P. PERLINGIERI e L. RUGGERI (a cura di), *Diritto privato comunitario*, II, Napoli, 2008, p. 198 s.

⁴⁸ In sede di commento alla direttiva la dottrina aveva auspicato una espressa presa di posizione in tema di rimedi: cfr. A. COSTA, in AA.VV., *Le pratiche commerciali sleali*, cit., p. 253; A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti*, 2006, p. 170 s., il quale ipotizza l'introduzione di una nuova nullità di protezione; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *Contratti*, 2007, p. 178, che prospetta un'alternativa fra nullità relativa e annullabilità.

⁴⁹ Sottolinea invece l'opportunità del riferimento al consumatore medio C. CAMARDI, *Pratiche commerciali scorrette e invalidità*, in *Obbl. contr.*, 6, 2010, p. 408 ss.

⁵⁰ In particolare, l'art. 2, lett. b) qualifica la diligenza professionale come il «rispetto a pratiche di mercato oneste e/o al principio generale della buona fede nel settore di attività del professionista, il normale grado della speciale competenza e attenzione che ragionevolmente si possono presumere essere esercitate da un professionista nei confronti dei consumatori». Sulla nozione, V. MELI, *Le clausole generali relative alla pubblicità*, in *AIDA*, 2008, p. 257.

⁵¹ L'efficace espressione è di V. ROPPO, *Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico (schivando il terzo contratto?)*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies*

L'individuazione dei rimedi al contratto derivato da una pratica commerciale scorretta postula una prima opzione di fondo, a seconda che, continuando a predicare tralattivamente una supposta incomunicabilità fra regole di comportamento e regole di validità, si escluda che la violazione di un dovere di comportamento possa ridondare nell'invalidità del contratto⁵² ovvero, cogliendo l'anacronismo della suddetta impostazione, si acceda al rimedio della nullità.

Cogliendo i crescenti indici normativi che testimoniano il superamento del principio di non interferenza,⁵³ la dottrina si è prevalentemente orientata

in contract. The Common Rules for a European Law, Padova, 2008, p. 207, che così sottolinea la centralità del profilo dei rimedi contrattuali.

⁵² Nella prima impostazione, evidentemente, il rimedio azionabile avverso le conseguenze di una pratica commerciale scorretta si esaurisce nel risarcimento del danno. V. C. TENELLA SILLANI, *Pratiche commerciali sleali e tutela del consumatore*, in *Obbl. contr.*, 10, 2009, p. 775 ss., che individua nel rimedio risarcitorio lo strumento di tutela più efficace per il consumatore.

⁵³ Per l'opinione della perdurante vigenza della distinzione, v. G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 44-47; ID., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 37 ss.; V. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 104 ss.; ID., *Il dovere generale di buona fede*, Padova, 1969, p. 130; L. MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, p. 9; P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962, p. 202 ss.; F. CARRESI, *In tema di responsabilità precontrattuale*, in *Temi*, 1965, p. 458; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 252 ss. In giurisprudenza l'orientamento di Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007 nn. 26724 e 26725 è stato successivamente applicato da Cass., Sez. VI, sottosezione III, 14 dicembre 2010, n. 25222 (ord.), in *CED Cassazione*, rv. 614877. Sostengono il superamento del principio di non interferenza, F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. impr.*, 1997, p. 417 ss.; ID., *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, *ivi*, 1996, p. 1 ss.; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2, 2003, p. 241 ss.; V. SCALISI, *Il diritto europeo dei contratti: invalidità e inefficacia*, in G. VETTORI (a cura di), *Remedies in Contract*, cit., p. 231 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contr. impr.*, 2008, p. 936 ss.; A. FACHECHI, *regole di condotta e regole di validità: verso il superamento del principio di non interferenza*, in *Corti salernitane*, 2012, p. 339 ss.; R. NATOLI, *I rimedi per a violazione delle regole di*

ad accedere, in caso di contratti stipulati per effetto di pratiche commerciali sleali, alla categoria delle invalidità negoziali. Si è ipotizzato, anzi tutto, il ricorso all'azione di annullamento per dolo,⁵⁴ soluzione che tuttavia si espone ad alcune obiezioni, essenzialmente derivanti dall'inidoneità del rimedio di cui all'art. 1439 c.c. – considerato il limitato ambito applicativo che lo caratterizza – a rispondere alle (più) ampie finalità protettive sottese alla riprovazione (e repressione) legislativa delle pratiche commerciali scorrette.

Viene in considerazione, anzi tutto, l'assai controversa applicabilità del rimedio di cui all'art. 1439 c.c. alla reticenza⁵⁵ e al mendacio, categorie concettuali alle quali propriamente devono ascrivere le pratiche omissive previste nell'art. 22 cons.

Dirimente appare inoltre la considerazione che, mentre l'azione di annullamento per dolo postula la dimostrazione del nesso causale fra raggiro e stipulazione, richiedendo pertanto che l'effetto decettivo si sia effettivamente compiuto, per contro il codice del consumo censura l'idoneità anche

condotta degli intermediari finanziari (oltre la distinzione tra regole di validità e regole di responsabilità), in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino, 2010, p. 303 ss.; F. GRECO, *Informazione pre-contrattuale e rimedi nella disciplina dell'intermediazione finanziaria*, Milano, 2010; D. MAFFEIS, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 406; I. FEDERICI, *Dolo incidente e regole di correttezza*, Napoli, 2010, p. 109 ss.; S. POLIDORI, *Regole dei rapporti e regole del mercato*, cit., p. 353 ss.; E. GIORGINI, *Repressione delle pratiche sleali fra direttiva n. 29/2005/CE e sistema nazionale: riflessioni in vista del recepimento*, in *Corti pugliesi*, 2007, p. 490. In giurisprudenza, v. Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Contratto in genere*, n. 449.

⁵⁴ M. NUZZO, *Pratiche commerciali sleali ed effetti sul contratto: nullità di protezione o annullabilità per vizi del consenso?*, in E. MINERVINI e L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, Milano, 2007, p. 238 ss.; C. GRANELLI, *Le «pratiche commerciali scorrette» tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbl. contr.*, 10, 2007, p. 781 ss.; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette e rimedi contrattuali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, p. 487.

⁵⁵ Sulla reticenza v., per tutti, G. VISINTINI, *La reticenza come causa di annullamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, p. 157 ss.; M. DE POLI, *Servono ancora i "raggiri" per annullare il contratto per dolo? Note critiche sul concetto di reticenza invalidante*, in *Riv. dir. civ.*, 6, 2004, p. 911 ss.; G. PERLINGIERI, *Regole e comportamenti nella formazione del contratto. Una rilettura dell'art. 1337 codice civile*, Napoli, 2013, p. 67 ss.

solo potenziale della pratica scorretta ad indurre il consumatore ad un'errata scelta economica⁵⁶.

Non è un caso, d'altra parte, che la categoria dell'annullabilità sostanzialmente non compaia nella normativa comunitaria, nella quale – proprio in forza dei dilaganti obblighi (formali ed) informativi – la tendenza all'oggettivazione e alla procedimentalizzazione del consenso appare sì immanente al fenomeno contrattuale che l'accertamento sostanziale dell'*in idem placitum consensus* diventa ormai residuale.⁵⁷

Conferma di ciò – ad ulteriore dimostrazione che i contratti in esame si attestano a distanze siderali dalla categoria fondata sul principio volontaristico⁵⁸ – si trae dalla progressiva affermazione di un principio di vincolatività delle dichiarazioni pubblicitarie, le quali evidentemente spiegano la loro efficacia in un momento antecedente la fase negoziale⁵⁹ (quanto meno se strettamente riferita alla stipulazione) *a fortiori* se destinate ad un pubblico indefinito di consumatori.

D'altra parte, tale vincolatività vieppiù si giustifica, nell'ottica di garantire un'effettiva protezione al contraente debole, ove si consideri che il messaggio pubblicitario, proprio per il suo apparente rivolgersi ad una generalità (più o meno indifferenziata, a seconda dei prodotti o servizi in questione) di destinatari e non già al singolo (utente, acquirente), finisce per risultare ben più insidioso, per il consumatore, di quanto non sia una vera e propria dichiarazione prenegoziale. Il consumatore, infatti, non percependosi quale interlocutore diretto, cioè quale specifico obiettivo strategico della comunicazione promozionale, si dispone a riceverla con un livello di

⁵⁶ L'argomento è efficacemente spiegato da S. STANCA, *op. cit.*, p. 215.

⁵⁷ F. ADDIS, *op. cit.*, p. 879; G. GRISI, *op. cit.*, p. 15; R. DI RAIMO, *Art. 1428*, in E. NAVARRETTA e A. ORESTANO (a cura di), *Dei contratti in generale. Artt. 1425-1429 bis e leggi collegate*, in *Comm. c.c.* Gabrielli, IV, Milano-Torino, 2011, p. 73; A.C. NAZZARO, *Obblighi d'informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000, p. 275 ss. Più in generale, sulla procedimentalizzazione del consenso, v. G. D'AMICO, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, p. 329.

⁵⁸ La concezione volontaristica è riconducibile a E. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948, p. 66 ss.; G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 10 ss.; ID., *Il negozio giuridico è atto di volontà*, in *Giur. it.*, 1948, IV, c. 41 ss.

⁵⁹ F. CAFAGGI, *Pubblicità commerciale*, in *Dig. disc. priv., Sez. comm.*, XI, Torino, 1995, p. 474.

guardia sopito, meno vigile rispetto a quando, intrapresa una vera e propria fase precontrattuale, è conscio di essere interlocutore diretto e specifico del professionista. Ciò che evidentemente ancor più lo espone al subdolo potere condizionante della pubblicità.

Si comprende pertanto, anche per tale via, come il rimedio dell'annullabilità, così radicato nel principio consensualistico, non appaia il più aderente allo spirito della normativa in esame.

Si giunge, per questa via argomentativa, ad individuare nella nullità il rimedio più adeguato agli obiettivi di tutela del contraente debole e di perequazione dei rapporti commerciali sottesi al divieto di pratiche sleali: ora riconoscendo alle prescrizioni di obblighi informativi natura imperativa – sul presupposto che la normativa consumeristica abbia rilevanza sul piano dell'ordine pubblico economico – e conseguentemente sanzionando le relative violazioni con la nullità *ex art.* 1418, comma 1, c.c.;⁶⁰ ora, nella preferibile prospettiva che evidenzia il profilo funzionale delle invalidità,⁶¹ ravvisando nella pratica sleale l'esercizio di un abuso del potere di determinazione del regolamento di interessi (fonte, per il professionista, di un ingiustificato vantaggio) sanzionabile col ricorso alle nullità di protezione.⁶²

Preme peraltro sottolineare come neppure la nullità rappresenti sempre l'unico rimedio proponibile, né il più adeguato, siccome talora più idonei – poiché necessari ma anche sufficienti allo scopo protettivo, cioè proporzionati e ragionevoli – possono risultare, a seconda dei casi con-

⁶⁰ L. DI NELLA, *Il controllo di lealtà delle pratiche commerciali*, cit., p. 246; E. BATTELLI, *Nuove norme in tema di pratiche commerciali sleali e pubblicità ingannevole*, in *Contratti*, 2007, p. 1120; R. CALVO, *Le pratiche commerciali «ingannevoli»*, in G. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 260 ss.

⁶¹ S. POLIDORI, *Regole dei rapporti e regole del mercato*, cit., p. 283; I. MARINELLI, *La disciplina delle pratiche commerciali sleali nella direttiva 2005/29/Ce: luci e ombre sul livello di protezione assicurato al consumatore*, in *Corti pugliesi*, 2007, p. 498 s.

⁶² In tema di nullità di protezione v., *ex multis*, G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 185; S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 107 ss.; L. FERRONI, *La moderna concezione costituzionale e comunitaria di autonomia negoziale e la nuova filosofia cui s'informa il regime delle invalidità*, in *Id.*, *Saggi di diritto civile*, Pesaro-Urbino, 2003, p. 5 s.; V. SCALISI, *Diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv.dir.civ.*, 2007, I, p. 843; *Id.*, *Nullità e inefficacia*, cit., p. 454 ss.; P.M. PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e comunitario*, Napoli, 2002, p. 388 ss.

creti, rimedi diversi, quali l'inopponibilità di singole clausole o recessi di pentimento.

Piuttosto che vincolarsi entro le ristrette maglie di un regime unico, all'interprete dunque compete – e conviene, nel senso che è più utile rispetto alle finalità protettive del consumatore – attingere ad un regime pluralistico, differenziato e flessibile di tecniche di tutela, fra le quali selezionare, volta a volta a seconda delle peculiarità del caso concreto, quella più funzionale allo scopo.⁶³

Significative, sotto il duplice profilo dell'effettività della tutela sottesa agli obblighi informativi e del fondamentale ruolo dell'interprete, appaiono le prime applicazioni della normativa sulle pratiche scorrette da parte dell'Autorità garante. Con riferimento al settore bancario, l'Autorità ha infatti stigmatizzato la scorrettezza del comportamento delle banche per violazione dei doveri di completa informazione gravanti sulle stesse in forza degli artt. 20, 21, 22 e 23, comma 1, lett. *t*), del codice del consumo⁶⁴.

Da alcuni «considerando» della direttiva CE n. 29/2005, relativa alle pratiche commerciali sleali nel mercato interno, emerge che la stessa «vieta ai professionisti di creare una falsa impressione sulla natura dei prodotti. Ciò è particolarmente importante per prodotti complessi che comportano rischi elevati per i consumatori, come alcuni prodotti finanziari» («considerando» n. 10). Ebbene, con specifico riferimento alla disciplina sulla portabilità dei mutui,⁶⁵ l'Autorità ha stabilito che le finalità protettive della disciplina risulterebbero frustrate qualora i professionisti non rappresentassero, o esponessero in modo inesatto ai consumatori, le possibilità offerte dalla normativa. Si è ritenuto dunque che la dimensione e il contenuto dei doveri di diligenza a carico delle banche nell'informazione alla clientela dovesse essere ricostruiti con specifico riferimento ai dati normativi e al *favor* espresso dal legislatore per la portabilità *gratuita* dei mutui. Ne è derivato il riconoscimento di uno specifico dovere, a carico della banca, di fornire al cliente un'informazione piena in merito alle condizioni di mercato ed alla regolamentazione della portabilità. In applicazione di tali premesse, si

⁶³ Sottolinea efficacemente la necessità di un regime pluralistico e differenziato dei rimedi nell'ambito dei contratti con asimmetria di potere, S. PAGLIANTINI, *op.cit.*, p. 9 ss.; più in generale, sulla flessibilità del sistema dei rimedi, v. P. PERLIGINI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc.civ.*, 2011, p. 4 ss.

⁶⁴ V. Provvedimenti del 7 agosto 2008, in *Bollettino* n. 31/2008.

⁶⁵ D.l. 31 gennaio 2007, n. 7 e successive modificazioni.

è detta ingannevole, poiché contraria al dovere di diligenza informativa, la condotta delle banche diretta a scoraggiare il consumatore rispetto alla portabilità del mutuo, falsamente prospettandogli la sostituzione del mutuo quale soluzione unica o preferibile, oppure prefigurando al cliente oneri per la concessione del nuovo contratto di mutuo collegato alla surrogazione, quando la disciplina non lo consentiva.

Lo sforzo compiuto dall'Autorità garante al fine di garantire effettività ai previsti obblighi informativi ed alle relative finalità protettive non ha tuttavia trovato corrispondente sensibilità nel giudice amministrativo di primo grado, il quale, investito della questione, non ha ravvisato la sussistenza di alcun obbligo di surroga in capo agli istituti di credito ed escluso che il quadro normativo imponesse alle banche quel particolare contenuto dei doveri di diligenza ed informativi, con ciò fortemente pregiudicando l'attuazione delle finalità protettive ad essi sottese⁶⁶.

5. Contratti negoziati fuori dai locali commerciali: violazione dell'obbligo del professionista di informare il consumatore sul diritto di recesso. Inadeguatezza della sanzione testualmente prevista e interpretazione evolutiva

A fronte delle riscontrate lacune normative sul piano rimediabile, esistono per contro specifiche previsioni di obblighi formali/informativi le quali, pur espressamente corredate dell'apparato sanzionatorio, tuttavia egualmente mostrano il fianco sul piano dell'effettività della tutela sostanziale.

Un esempio può rinvenirsi nella disciplina dei contratti negoziati al di fuori dai locali commerciali⁶⁷, con particolare riguardo alla violazione

⁶⁶ TAR Lazio, 6 aprile 2008, n. 3683.

⁶⁷ Disciplina originariamente prevista nella Direttiva 85/577 CE, recepita in Italia con d.lgs. n. 50 del 1992, trasfusa nel Codice del consumo agli artt. 45 ss., e, quanto al diritto di recesso, negli artt. 64 ss., successivamente innovata dalla Direttiva n. 83/2011 CE, attuata con d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, la quale ha particolarmente inciso sulla disciplina dei contratti a distanza e dei contratti negoziati fuori dai locali commerciali, oltre che sui contratti nel settore delle *public utilities*, per la fornitura di acqua, gas, energia elettrica e teleriscaldamento da parte di prestatori pubblici.

dell'obbligo del professionista di informare il consumatore in ordine al diritto di recesso ed ai relativi termini.

Appare qui evidente il nesso funzionale fra obbligo informativo e diritto di recesso⁶⁸, concepito, come noto, quale esercizio di un diritto di ripensamento *tout court*,⁶⁹ scevro da qualunque onere di motivazione o eventuale penalità ed esercitabile ancorché il contratto abbia avuto un principio di esecuzione,⁷⁰ ritendendosi funzionale ad «una logica di speciale protezione della parte, consentire a questa di cambiare idea rispetto ad un contratto già concluso, di pentirsene e tradurre questo pentimento in un atto capace di liberarla dal vincolo non più gradito».⁷¹

Nella formulazione precedente l'ultima novella legislativa,⁷² il codice del consumo prevedeva, quale rimedio alla suddetta violazione, il prolungamento (a sessanta giorni) del termine per l'esercizio dello *ius poenitendi*.⁷³ Rimedio evidentemente inadeguato e inefficiente, tale da svuotare di concreta effettività – sotto il profilo della protezione dell'interesse cui do-

⁶⁸ Cfr. G. GRISI, *op.cit.*, p. 9.

⁶⁹ Cfr. G. GABRIELLI, *Recesso e risoluzione per inadempimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, p. 731. Per evidenziarne la peculiare natura di recesso di pentimento, distinguendone la *ratio* dal recesso unilaterale codicistico (nonché da altri recessi pur presenti nel codice di consumo), la dottrina ha utilizzato diverse locuzioni: *ex multis*, cfr. G. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Dig. Disc. Priv.*, XVI, Torino, 1997, p. 314, che lo definisce «recesso di protezione»; V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica*, Zatti, Milano, 2011, p. 553, che parla di «recesso di pentimento»; E. GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 11, usa l'espressione «recesso penitenziale». Sulla funzione dello *ius poenitendi* come strumento di tutela del contraente «non professionale», v. M.C. CHERUBINI, *Sul c.d.diritto di ripensamento*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 695 ss. sottolinea il ruolo dello *ius poenitendi* «in funzione di coelemento essenziale del consenso e fonte di qualificazione accertativa dello stesso», V. SCALISI, *Nullità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, in *ID.*, *Categorie e istituti del diritto civile nella transazione al postmoderno*, Milano, 2005, pp. 647 s., spec. 653.

⁷⁰ D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, p. 195, propriamente evidenzia come proprio l'esecuzione, e in particolare la consegna della merce, consentano al consumatore di verificare la bontà del suo acquisto e così di esercitare consapevolmente il diritto di recesso.

⁷¹ V. ROPPO, *op.loc.ult.cit.*

⁷² Direttiva n. 83/2011 CE, attuata con d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21.

⁷³ Art. 65, comma 3, c. cons.: «Nel caso in cui il professionista non abbia soddisfatto, per i contratti o le proposte contrattuali negoziati fuori dei locali commer-

veva essere funzionale – la corrispondente previsione dell’obbligo formale e informativo: è infatti evidente che se e finché (lasciato) ignaro della possibilità di recedere dal contratto, il consumatore non può in alcun modo concretamente giovare di un prolungamento (peraltro breve) del termine per esercitare tale facoltà.

In ossequio ai principi di tutela della parte debole del contratto e al convergente obiettivo di riequilibrio delle asimmetrie che strutturalmente caratterizzano i contratti dei consumatori, è indubbio che di tale disposizione si dovesse offrire una interpretazione abrogante, in quanto evidentemente contrastante con le finalità della direttiva 85/577 CE.

Illuminanti, in proposito, alcuni passaggi di una pronuncia della Corte di giustizia, intervenuta sotto il vigore della precedente normativa e tuttavolta pienamente estensibile alla nuova. La corte ha statuito: “La direttiva 85/577/CE osta a che il legislatore nazionale applichi un termine di un anno [si trattava della legge di ricezione tedesca; è infatti noto che la corrispondente legge italiana prevede un termine di 60 gg.] dalla stipulazione del contratto per l’esercizio del diritto di recesso istituito dall’art. 5 di tale direttiva, qualora il consumatore non abbia beneficiato dell’informazione di cui all’art. 4 di tale direttiva”. Nel motivare tale decisione, e replicando all’osservazione secondo cui sarebbe indispensabile limitare nel tempo l’esercizio del diritto di recesso, anche in caso di omessa informazione, per motivi di certezza del diritto, ha opportunamente precisato “che tali motivi non possono essere invocati qualora essi comportino una limitazione dei diritti espressamente accordati al consumatore dalla direttiva sulle vendite porta a porta, per tutelare quest’ultimo contro i rischi derivanti dal fatto che gli istituti di credito hanno scelto di stipulare contratti di credito fondiario fuori dei loro locali commerciali. Infatti, se tali istituti scelgono siffatti metodi per commercializzare i loro servizi, essi possono senza difficoltà salvaguardare tanto gli interessi dei consumatori quanto le proprie esigenze di certezza del diritto, conformandosi al loro obbligo di informare questi ultimi.”⁷⁴

Le ripercussioni (anche) nell’ordinamento italiano delle statuizioni contenute nella citata pronuncia paiono indiscutibili e nient’affatto superate dalla più recente direttiva 2011/83/UE, che peraltro ha promosso un innalzamento degli *standards* di tutela dei consumatori.

ciali gli obblighi di informazione di cui all’articolo 47, [...] il termine per l’esercizio del diritto di recesso è [...] di sessanta [...] giorni”.

⁷⁴ Pronuncia del 13 dicembre 2001, n. C-481/99.

La normativa di attuazione ha previsto, all'art. 53, comma 1, c. cons., che «se in violazione dell'art. 49, comma 1, lettera b), il professionista non fornisce al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, il periodo di recesso termina dodici mesi dopo la fine del periodo di recesso iniziale, come determinato a norma dell'art. 52, comma 2».

Tale previsione, benché certamente più efficace della precedente nel garantire al consumatore l'esercizio dello *ius poenitendi*, non appare tuttavia ancora idonea a realizzarne pienamente l'effettività: rispetto a tale obiettivo, piuttosto che perseverare nel prolungamento del termine utile ad esercitare il recesso, sembrerebbe più coerente ancorarne il *dies a quo* al momento in cui il professionista effettivamente adempia all'obbligo informativo, così da rendere il contratto non vincolante per il consumatore ignaro della possibilità di avvalersi del recesso.⁷⁵

La soluzione interpretativa proposta evidentemente espone il rapporto contrattuale a notevole incertezza, sostanzialmente rimettendo in capo al consumatore la possibilità di recedere dal contratto *sine die* – almeno sin quando il professionista, a sua volta, non adempia al relativo obbligo informativo – ma il *vulnus* che indubitabilmente arreca, sul piano soggettivo, all'affidamento nella conservazione degli effetti di un contratto concluso ed eseguito, e, sul piano oggettivo, alla certezza dei traffici, può forse risultare adeguatamente compensato dal maggior grado di effettività che conferisce alla finalità riequilibrativa delle asimmetrie del rapporto e protettiva dell'interesse del contrente più debole nonché – non da ultimo – trovare ulteriore giustificazione in una *ratio* più schiettamente sanzionatoria della condotta scorretta praticata dal professionista che si renda inadempiente rispetto agli essenziali obblighi informativi posti a suo carico.

La soluzione si rivela d'altro canto meno dirompente e stravagante di quanto non appaia a prima vista, ove si consideri che in questa direzione si è mossa la stessa Corte di giustizia in più di una occasione. Nel noto caso «Heiningen»⁷⁶, concernente un contratto di vendita concluso fuori dai locali commerciali, la Corte ha appunto stabilito che il termine di almeno

⁷⁵ Sul diritto di recesso nella prospettiva procedimentale v. C. PIMA, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, p. 491 ss.

⁷⁶ C. giust. Ce 13 dicembre 2001, causa C-481/99, in *Racc. giur. C. giust.*, 2001, I, p. 945, e in *Corr. giur.*, 2002, p. 869 (con il commento di R. CONTI, *Il diritto di recesso tra «contratti porta a porta» e «credito al consumo»*. Un'importante sentenza della Corte UE).

sette giorni di cui all'art. 5 della direttiva n. 85/577/Cee vada calcolato dal momento in cui il consumatore ricevuto l'informazione circa l'esistenza di un diritto di recesso, trovandosi altrimenti il consumatore, ove l'informazione non gli sia fornita, «nell'impossibilità di esercitarlo»; si è, perciò, esclusa la legittimità di una normativa nazionale che circoscriva temporalmente lo *ius poenitendi* pur quando il professionista non ne abbia dato notizia alla controparte, avvalorando la tesi secondo la quale il decorso del termine per l'esercizio del diritto di recesso debba subordinarsi al momento in cui il consumatore effettivamente riceveva la relativa informazione.

La centralità dell'adempimento dell'obbligo informativo sul recesso è stata successivamente ribadita dalla stessa Corte la quale ha peraltro sottolineato che tale obbligo, poiché contemplato a tutela di un interesse pubblico, riveste un ruolo essenziale nell'economia della normativa sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali e, siccome funzionale ad assicurare concreta attuazione al diritto di recesso, garantisce il prodursi dell'effetto utile della protezione dei consumatori voluto dal legislatore comunitario. Sulla scorta di tali premesse, la Corte ha reputato giustificato «un intervento positivo del giudice nazionale al fine di ovviare allo squilibrio esistente tra il consumatore e il commerciante» anche là dove si sostanzia nella rilevabilità d'ufficio della violazione delle prescrizioni sull'informazione poste dall'art. 4 della direttiva n. 85/577/Cee.⁷⁷

In altra decisione, relativa ad un caso («Hamilton») in cui il recesso era stato esercitato dal consumatore dopo diversi anni dalla conclusione (fuori sede) di un contratto di mutuo nel frattempo eseguito⁷⁸, pur non sconfessando la soluzione interpretativa che ancora la decorrenza del periodo di riflessione all'adempimento degli obblighi informativi da parte del professionista, la Corte ne ha tuttavia limitato la portata applicativa, opportunamente calibrandola sulle peculiarità del caso concreto oggetto di giudizio: la normativa nazionale precludeva l'esercizio del recesso una volta trascorso un mese dalla piena esecuzione del contratto e sul punto era fatta oggetto di censure da parte del consumatore che lamentava di non essere stato tempestivamente informato dell'esistenza dello *ius poenitendi*. La Corte di giustizia nel caso *de quo* ha valutato appropriata la normativa, reputando – a

⁷⁷ C. giust. Ue 17 dicembre 2009, causa C-227/08, in *www.curia.eu*.

⁷⁸ V. C. giust. Ce 10 aprile 2008, causa C-412/06, in *Guida al diritto*, 2008, n. 3, p. 42 s., con nota di P. LONGO, *Un diritto sugli atti stipulati a domicilio è esercitabile se il negozio non è adempiuto*.

prescindere dall'avvenuto adempimento o meno dell'obbligo informativo – che il diritto di ripensamento non possa sopravvivere all'estinzione del rapporto obbligatorio intervenuta a seguito della completa attuazione della fase esecutiva⁷⁹.

La pronuncia, lungi dall'inficiare la soluzione interpretativa precedentemente proposta⁸⁰, ha invece rappresentato l'esito di un ragionevole ed equilibrato bilanciamento degli interessi concreti in gioco.

Il precedente richiamo al disposto dell'art. 53, comma 1, c. cons., costituisce ulteriore conferma del fatto che la mera previsione letterale di una sanzione a carico del contraente più forte può rivelarsi insufficiente – o meglio inadeguata – a garantire effettività alla tutela della corrispondente posizione debole. Essa postula pertanto, in capo all'interprete, la responsabilità di proporre interventi adeguatori rigorosi e severi: finanche abroganti, ove questi rappresentino l'unica via per garantire effettività alla tutela degli interessi che, nel giudizio di bilanciamento, appaiano prevalenti, nonché per preservare l'unità e la coerenza interna del sistema fornendo un'interpretazione delle regole conforme ai principi costituzionali e comunitari che le presiedono⁸¹.

Decisivo, in questo contesto, il ruolo delle pronunce interpretative della Corte di giustizia, sia sotto il profilo dell'effettività della tutela, sia per garantire alle discipline di recepimento interpretazioni conformi alla legittimità comunitaria⁸².

⁷⁹ Sicché, riflettendo sulla decisione di cui trattasi, F. RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, II, p. 530, ha osservato come, vincolata «l'operatività del diritto di pentimento alla persistenza di obbligazioni ancora da eseguire lo *ius poenitendi* verrebbe, così, ad assumere nella impostazione della Corte la connotazione di rimedio incidente non sull'atto, bensì sul rapporto».

⁸⁰ Tesi peraltro dalla stessa Corte nuovamente ribadita più di recente: v. C. giust. Ue 15 aprile 2010, causa C-215/08, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 949, con nota di G. BENINI, *Collocamento «fuori sede» di quote di fondi di investimento immobiliare e recesso del cliente-consumatore: direttiva n. 85/377/Cee, codice del consumo e t.u.f.*

⁸¹ P. PERLINGIERI, *Il diritto privato europeo*, cit., p. 495; ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 286, ove sintetizza: «l'interpretazione letterale non ha più senso: l'interpretazione deve sempre tendere ad individuare qual è la *ratio*, a quale principio si ispira quell'articolato e se tale principio è legittimo sotto il profilo costituzionale e comunitario».

⁸² Sulla sinergia fra controllo di legittimità costituzionale operato dalla Corte

6. Profili di criticità degli obblighi informativi nella disciplina del credito al consumo e nel codice del turismo

Suscitano ulteriori spunti critici fattispecie nelle quali le prescrizioni di forma e di contenuto del contratto, dettate in funzione informativa del cliente ed evidentemente ispirate al riequilibrio delle asimmetrie informative tipiche del rapporto e alla tutela del contraente debole, rischiano – se interpretate *alla lettera* – di prestarsi ad un uso strumentale da parte del professionista avveduto (e sovente scaltro) nonché conseguentemente, di produrre un effetto gravemente ritorsivo in danno del soggetto debole.

Nella vigente normativa sui contratti di credito al consumo, risultante dal rinvio che l'art 43 c. cons. fa alle previsioni contenute nel Testo unico bancario⁸³, l'art. 125 *bis* prescrive stringenti vincoli formali e contenutistici a carico del professionista. Dopo aver stabilito che i contratti di credito devono essere redatti su supporto cartaceo o su altro supporto durevole che

costituzionale e controllo di legittimità comunitaria, operato dalla Corte di giustizia, v. A. TARTAGLIA POLCINI, *Integrazione sistematica e assiologica dirimente nel dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in P. FEMIA (a cura di), *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 421 ss.

⁸³ La normativa sui contratti di credito al consumo è frutto di numerosi interventi legislativi di matrice comunitaria. La stratificazione normativa si è resa necessaria al fine di armonizzare le legislazioni dei paesi della Comunità, superando le significative disparità riscontrabili fra le diverse discipline nazionali sotto il profilo della tutela dei consumatori le quali, a loro volta, determinano distorsioni della concorrenza. Le tappe più significative possono così riassumersi: in attuazione della direttiva CEE n. 102/87, l'istituto era stato inizialmente regolato dagli artt. 18-24 della l. 19 febbraio 1992, n. 142, per poi confluire nel Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385). Con l'entrata in vigore del codice del consumo, la disciplina della materia è stata divisa in due comparti normativi: quello strettamente consumeristico, collocato nel codice del consumo agli artt. 40-43, e quello finanziario destinato al testo unico bancario agli artt. 121-126, ai quali rinviava espressamente l'art 43 c. cons. Tuttavia la dir. CEE n. 102/87 fu concepita quale provvedimento di armonizzazione c.d. minimale, attesa la facoltà riconosciuta agli stati membri di prevedere misure più rigorose a tutela dei consumatori. Al fine di uniformare gli *standards* di tutela, la disciplina è stata oggetto di ulteriori modifiche in forza del d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, che ha dato attuazione alla Direttiva n. 48/2008 CE novellando il titolo IV, Capo II, del Testo unico bancario, *Credito ai consumatori*, artt. 121-126 e abrogando gli artt. 40-42 e parte dell'art. 38 c. cons., nonché sostituendo l'art. 67, comma 6, c. cons.

soddisfi il requisito della forma scritta – pena la nullità del contratto, come si evince dall’art. 117, comma 3, Tub – la norma prevede che gli stessi contengano in modo chiaro e conciso le informazioni e le condizioni stabilite dalla Banca d’Italia in conformità con le deliberazioni del CICR. Analizzando le disposizioni di attuazione dell’art 125 *bis*, Tub, si evince che il contratto deve indicare, oltre le voci elencate nella stessa norma, una serie dettagliatissima di informazioni ulteriori, come enucleate nel modulo standard denominato «Informazioni europee di base sul credito ai consumatori».⁸⁴

L’eventuale difetto di indicazione delle informazioni essenziali relative al tipo di contratto, alle parti dello stesso, all’importo totale del finanziamento, nonché alle condizioni di prelievo e di rimborso, determina la nullità dell’intero contratto, come prevede l’art. 125 *bis*, comma 8, Tub.

Una previsione di nullità era contenuta anche nella previgente disciplina la quale, nella elencazione degli elementi contenutistici prescritti nei contratti di finanziamento a pena di nullità, includeva “*la descrizione analitica dei beni e dei servizi*” che, con la concessione del credito, il consumatore intendesse acquistare.⁸⁵ La Corte di Giustizia, pronunciatisi in argomento, ha affermato che la direttiva sul credito al consumo (e successive modifiche) osta «*a che il diritto del consumatore di procedere contro il creditore [finanziatore] previsto dall’art. 11, n. 2, della direttiva medesima, sia subordinato alla condizione che la previa offerta di credito rechi menzione del bene o della prestazione dei servizi finanziati*»;⁸⁶ pronuncia interpretativa che evidentemente ha posto seri dubbi di legittimità comunitaria della normativa in esame. Questa, facendo assurgere la descrizione analitica dei beni e dei servizi finanziati a requisito di validità del contratto di credito al consumo, espone il consumatore al rischio di un uso strumentale del rimedio invalidante da parte del professionista il quale, prima resosi inadempiente all’obbligo formale e contenutistico prescritto, successivamente cavalchi a proprio vantag-

⁸⁴ Con provv. 9 febbraio 2001 «*Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari. Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti. Recepimento della direttiva sul credito ai consumatori*», in *Gazzetta Ufficiale*, 16 febbraio 2011, n. 38, suppl. ord. n. 40, la Banca d’Italia ha dettagliato un elenco di diciannove indicazioni che il professionista deve fornire al cliente prima della conclusione del contratto. Sulle novità introdotte dalla Banca d’Italia in attuazione della nuova disciplina sul credito al consumo, v. S. PELLEGRINO, *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, in *Obbl. contr.*, 2001, 4, p. 296.

⁸⁵ Art. 124 Tub, egualmente richiamato *ex art.* 43 c. cons.

⁸⁶ C. giust. 4 ottobre 2007, n. C-429/05.

gio la sanzione della nullità ove eventualmente interessato a svincolarsi dal contratto di finanziamento.

Si comprende pertanto la *ratio* protettiva dell'interesse del cliente, sottesa alla più recente formulazione della normativa sul credito al consumo, secondo la quale, ai sensi dell'art. 125 *bis*, comma 9, Tub, in caso di nullità del contratto per mancanza di indicazione delle informazioni essenziali relative al tipo di contratto, alle parti dello stesso, all'importo totale del finanziamento, nonché alle condizioni di prelievo e di rimborso, il consumatore non può essere tenuto a restituire più delle somme utilizzate e conserva la facoltà di pagare quanto dovuto a rate, con la stessa periodicità prevista nel contratto.

Le fattispecie richiamate vieppiù dimostrano che non sempre l'espressa previsione di una sanzione di nullità assoluta appare la migliore panacea; e lo stesso è a dirsi rispetto a soluzioni interpretative che, in presenza di una lacuna normativa sul rimedio alla violazione dell'obbligo informativo, meccanicamente propendono per la nullità formale virtuale.

Un'eventuale prescrizione a pena di nullità di precisi obblighi informativi o di conformazione del contenuto contrattuale paradossalmente può risolversi in un pregiudizio per il contraente che necessita di maggior tutela, prestandosi la previsione normativa dell'obbligo formale o informativo ad un uso strumentale da parte del contraente più forte ed avveduto, il quale in concreto potrebbe avere interesse a porre nel nulla l'intera operazione, in danno della controparte (debole) interessata alla conservazione dei relativi effetti.

Il rischio, in altri termini, è che il richiesto *surplus* di informazioni scarichi sul consumatore la responsabilità di altrui scelte inadeguate, consentendo al contraente che è già in posizione di supremazia di avvalersi strumentalmente dell'appiglio formale a scapito del contraente più debole.

Analoghe considerazioni possono valere anche rispetto alle fattispecie in cui, mancando l'espressa previsione legale di un rimedio, si propenda in via interpretativa per la nullità formale virtuale. Rispetto alle discipline in esame, questa non rappresenta certo il più congruo ed efficace rimedio all'omessa formale trasfusione nel testo contrattuale (o in documenti allo stesso allegati) del complesso di dati e di informazioni legislativamente prescritti⁸⁷.

Esemplificativo, al riguardo, il richiamo agli obblighi di forma ed infor-

⁸⁷ Illuminanti le riflessioni di S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 8 ss. Escludono la nulli-

mativi prescritti dall'art. 35-36-37 del codice del turismo⁸⁸. Le prescrizioni ivi dettate creano vincoli che non esauriscono affatto il loro vigore nella mera imposizione della forma scritta, bensì si corroborano con obblighi di trasparenza, si spingono a determinare la stessa formulazione linguistica delle clausole contrattuali e, soprattutto, penetrano direttamente il contenuto del documento contrattuale, prescrivendone dettagliatamente dati ed informazioni (al cliente) imprescindibili. La *ratio* che emerge in prospettiva è evidentemente protettiva dell'acquirente/contraente debole, perseguita con l'obiettivo di più breve raggio di renderlo pienamente edotto del complesso dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto (cui è ulteriormente funzionale l'obbligo di consegna di una copia del contratto).

Ove però si consideri che la prescrizione contenutistica può involgere persino elementi meramente eventuali – come nel caso della richiesta indicazione, nei contratti di vendita di pacchetti turistici, dell'importo da versarsi a titolo di caparra all'atto della prenotazione – non può non convenirsi sulla sensazione che un'eventuale sanzione di nullità – tanto più se non concepita come nullità di protezione a legittimazione relativa – risulterebbe esorbitante, e finanche “extravagante”; non rispondente ad un corretto bilanciamento degli interessi ed incongrua, sotto il profilo sia quantitativo che qualitativo: in una parola, irragionevole. Condivisibile ed efficace il monito secondo il quale «la tutela del consumatore, lungi dall'essere assoluta, va sempre intesa come punteggiata da un limite interno di ragionevolezza».⁸⁹

Prezioso, ancora, il richiamo alla giurisprudenza della Corte di giustizia. Nel già citato caso «Hamilton»⁹⁰ la Corte, precludendo al consumatore,

tà, propendendo per la tutela risarcitoria, A. CATRICALÀ e M.P. PIGNALOSA, *Manuale del diritto dei consumatori*, Roma, 2013, p. 197.

⁸⁸ La regolamentazione del mercato del turismo attualmente vigente promana dalla direttiva CEE del 13 giugno 1990, n. 314, concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti “tutto compreso”, recepita in Italia dal d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111, le cui disposizioni, inizialmente incluse nel codice del consumo, sono in seguito confluite nel codice del turismo, di cui al d.lgs. 23 maggio 2011, n. 79.

⁸⁹ S. PAGLIANTINI, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁰ C. giust. Ce 10 aprile 2008, causa C-412/06, cit.; interessante anche C. giust. Ce 4 marzo 2004, causa C-264/02, relativa ad una controversia che aveva per oggetto l'accertamento se, tra gli obblighi di informazione scritta previsti dalla direttiva del Consiglio 22 dicembre 1986, n. 87/102/Cee, prima di ogni rinnovo del contratto di credito dovesse figurare la clausola di variabilità del Taeg (tasso annuo effettivo globale) nonché se il giudice, in caso di premessa affermativa, potesse rile-

benché non tempestivamente informato, il rimedio invalidante rispetto ad un contratto già interamente eseguito, ha statuito che qualora le obbligazioni contrattuali siano state correttamente adempiute, i vizi del formalismo informativo non sono opponibili. Non sempre ed automaticamente, dunque, l'incompletezza dell'informazione documentale inficia l'effettività del consenso del contraente debole.

7. Il rischio di un'ipertrofia informativa

Analoghe considerazioni valgono, a ben vedere, anche a monte del profilo sanzionatorio, con riferimento cioè alla prescrizione degli obblighi informativi in sé e per sé considerati.

Pure rispetto ad essi è opportuno dismettere pregiudiziali valutazioni entusiastiche, quasi che l'informazione esaurisca in sé il tema del consenso consapevole e in sé racchiuda il cuore del problema della libertà negoziale del contraente debole. Come se la relazione tra informazione ed effettività del consenso davvero potesse ridursi alla semplificazione massima di un rapporto di proporzionalità diretta: quanta *più* informazione al contraente debole, tanto maggiore consapevolezza nel suo volere.

A ben riflettere, ci si avvede che il rapporto tra i due termini si atteggia in modo ben più dinamico, complesso e diversificato a seconda dei casi, sì che nient'affatto trascurabile appare il rischio che la superfetazione delle informazioni talora si risolva in un pregiudizio, anziché nella tutela, della consapevolezza e della libertà negoziale del contraente debole: fiaccato, sviato, stornato (per non dire stordito!) dal diluvio di dati e informazioni pur minimali e di dettaglio sottopostegli dal professionista, il consumatore ben può perdere di vista l'*essenza* del regolamento negoziale, e proprio su questa formarsi un consenso non pienamente ed effettivamente consapevole.

Basta porre mente anche solo all'elenco delle informazioni prenegoziali contenuto nel modulo standardizzato elaborato dalla Banca d'Italia, considerando peraltro che esse sono definite «Informazioni europee *di base* relative al credito ai consumatori» (corsivo nostro), per avvedersi di quan-

varne d'ufficio l'omissione. La Corte lo ha escluso, sulla base della considerazione secondo la quale se il Taeg è rimasto invariato, lo scopo protettivo non viene ad essere eluso.

to concreto ed attuale sia il rischio di un eccesso informativo nei contratti asimmetrici.

D'altra parte, chiunque si sia mai imbattuto in un contratto bancario, assicurativo, o di credito al consumo non può non aver percepito il sospetto – (sensazione epidermica, quasi) – che dietro tanta esibita determinazione ad informarlo si annidasse il rischio – se non una precisa volizione in mala fede – di annebbiarlo ogni più resistente capacità di discernimento razionale!

L'indagine, e i diversi esiti valutativi cui si è pervenuti rispetto alle analizzate prescrizioni (formali) di obblighi informativi nei contratti asimmetrici, evidenziano la necessità di adottare un atteggiamento “laico” verso il tema trattato, scevro da aprioristiche esaltazioni della bontà – *id est* della funzionalità – delle prescrizioni formali e informative nei contratti asimmetrici: approccio tale da cogliere l'essenzialità dei suddetti obblighi per garantire protezione al contraente debole, senza tuttavia trascurare il rischio di un uso strumentale (un abuso), con effetto distorsivo delle fisiologiche finalità di tutela, da parte del professionista, quando non (addirittura) da parte dello stesso consumatore.

Occorre pertanto, dal punto di vista metodologico, scongiurare un approccio al tema della forma legato al profilo della struttura della fattispecie, optando piuttosto per un'analisi rigorosamente calibrata sul profilo funzionale, teleologico ed assiologico degli istituti, che indaghi la *ratio* di tutela degli interessi sottesi ed interpreti la previsione normativa in vista dell'obiettivo di garantirne massima effettività⁹¹.

Una prospettiva che pone l'interesse meritevole di protezione al centro dell'attività ermeneutica, ravvisando in esso il punto di avvio e, al contempo, l'approdo della disciplina da interpretare ed applicare: fondamentale ragione di stimolo all'iniziativa legislativa, e stella polare nel viaggio dell'interprete.

⁹¹ Il prezioso insegnamento si deve a P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, cit., *passim*.