

Formalismo negoziale e nullità: le aperture delle Corti di merito

1. - Nuove forme e nuove nullità

Troppo sbrigativamente appiattito sulle nullità «strutturali» di cui al secondo comma dell'art. 1418 c.c. ovvero, nelle sue più recenti manifestazioni, spesso scolorito entro lo scivoloso capitolo della trasparenza, il tema della sanzione da abbinare al vizio di forma del contratto esibisce invece – sia nel sistema del codice civile sia nel quadro del cosiddetto diritto privato europeo – una forte specificità.

La tradizione, è noto, si muove lungo i due poli del *vestmentum* quale requisito della fattispecie e della nullità quale irrilevanza giuridica dell'atto: il contratto privo della forma richiesta *ad substantiam* è senz'altro destinato alla caducazione, essendone inibita alle parti esecuzione, conferma o accettazione (1).

Tale corrispondenza è il riflesso di altro nesso che il codice presuppone, quello tra forma del negozio e natura dei suoi effetti, in virtù del quale solo i negozi volti a realizzare determinati effetti sono soggetti al vincolo formale (2). Poiché si tratta in larghissima parte di effetti reali (3), l'istantaneità del loro sorgere nel momento della conclusione del contratto fa sì che essi non possano nascere se non formali, e che la forma, pur servendo la sfera effettuale, venga attratta nell'orbita della fattispecie, divenendone elemento costitutivo.

L'appartenenza al novero dei requisiti essenziali ne giustifica l'interdi-

(1) GIORGIANNI, *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 994 ss.

(2) SCALISI, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 383 ss.

(3) Il codice civile, come chiaramente emerge dalla lettura dell'art. 1350, lega la necessità di formalizzare l'atto a pena di nullità a vicende che impegnano significativamente beni immobili: per un verso ciò va addebitato al clima culturale dell'epoca in cui la proprietà ancora rappresenta il «prototipo» dei diritti soggettivi (RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Roma-Bari, 1991, p. 104) e nel quale i beni che assumono preminente importanza sono quelli immobili, che le parti sono libere di far circolare «ma quando li muovono conviene che facciano sapere dove vanno»: CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1933, p. 13. Per altro verso viene in rilievo la corrispondenza pressoché biunivoca tra art. 1350 e art. 2643 c.c. nonché la regola posta dall'art. 2657 c.c., sebbene formalismo e trascrizione abbiano funzioni del tutto distinte cui corrisponde una netta differenziazione quanto all'apparato rimediale. In questo senso: PUGLIATTI, *La trascrizione*, I, 1, Milano, 1957, p. 419. Pone l'accento sulla diversità di funzioni dei due istituti GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1991, p. 99. Nel senso di una netta distinzione si pronuncia anche MARICONDA, *Gli atti soggetti a trascrizione con efficacia tipica*, in *Riv. not.*, 1981, p. 1017.

pendenza con il sistema della nullità, il che, di nuovo, conferma la relazione con gli effetti, poiché solo presupponendo un simile legame si spiega che alla mancanza di forma consegua il venir meno *ab initio* degli effetti del negozio ⁽⁴⁾.

L'inserzione fra i requisiti del contratto è però del tutto *artificiale*: a differenza dell'accordo, della causa e dell'oggetto, che *sono* il contratto ⁽⁵⁾, la forma, quantunque necessaria, non è mai anche sufficiente, laddove i requisiti « sostanziali », oltre che necessari, possono essere sufficienti ⁽⁶⁾.

La forma è dunque requisito *sui generis*, rispetto al quale appare particolarmente appropriata la distinzione, delineata in dottrina, tra elementi di « esistenza » ed elementi di « validità » ⁽⁷⁾. Ed è anche il meno strutturale fra quelli di cui all'art. 1325 c.c., alla stregua della nullità che vi si associa, a sua volta la meno strutturale fra le nullità strutturali dell'art. 1418 c.c.

Lo confermano, per un verso, i numerosi indici di uso della forma a fini diversi da quello costitutivo – ben oltre la distinzione *ad substantiam/ad probationem* ⁽⁸⁾ – ed i non pochi momenti in cui la disciplina del vincolo deflette dai canoni consueti (si pensi, solo esemplificativamente, all'ampio tema degli equipollenti della sottoscrizione ⁽⁹⁾, al formalismo delle singole clausole contrattuali ⁽¹⁰⁾, alle cosiddette forme *ad regularitatem* ⁽¹¹⁾, alle fun-

⁽⁴⁾ P. TRIMARCHI, *Appunti sull'invalidità del negozio giuridico*, in *Temi*, 1955, p. 201.

⁽⁵⁾ SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, 1950, p. 248.

⁽⁶⁾ BRECCIA, *La forma*, in *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, I, *Formazione*, a cura di Granelli, Milano, 2006, p. 511.

⁽⁷⁾ R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1970, p. 70. Cfr. altresì la raffinata voce di ORMANNI, *Forma del negozio giuridico*, in *Noviss. dig. it.*, VII, Torino, p. 557 ss.

⁽⁸⁾ Sul superamento del binomio, per tutti, GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 997 ss. Ancor prima, in Francia, FLOUR, *Quelque remarques sur l'évolution du formalisme*, in *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Études offertes à G. Ripert*, Paris, 1950, I, p. 93 ss.

⁽⁹⁾ Su cui, in luogo di molti, cfr. ORLANDI, *La paternità delle scritture. Sottoscrizione e forme equivalenti*, Milano, 1997, *passim*.

⁽¹⁰⁾ Cfr.: art. 2096 c.c. in materia di patto di prova (su cui D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005, p. 110 ss.); art. 1284, comma 3°, c.c. in materia di determinazione per iscritto di interessi superiori alla misura legale (su cui DI MAJO, *La forma del tasso ultralegale*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, p. 125); art. 1751bis c.c. in materia di patto limitativo della concorrenza (su cui STICA, *Atti che devono farsi per iscritto*, in *Comm. Schlesinger*, Art. 1350, Milano, 2003, p. 366).

⁽¹¹⁾ L'espressione, coniata da CARNELUTTI (*Teoria generale del diritto*, Roma, 1946, p. 311 ss.) e poi entrata nel lessico consueto dei civilisti, indica riassuntivamente le ipotesi normativamente previste in cui il rispetto dell'onere formale non è richiesto per il perfezionamento del negozio ma neanche rileva a fini probatori, consentendo invece all'atto di autonomia un più alto grado di efficacia, in punto di opponibilità, pubblicità, certificazione di attività già va-

zioni del precetto formale nei contratti di società e associazioni) (12); per altro verso, una giurisprudenza non folta ma significativa che, pur senza smentire *apertis verbis* le linee della tradizione, tende a salvare il contratto difettoso in punto di forma (riconvertendolo in una omologa fattispecie a forma libera (13), qualificandone l'esecuzione come adempimento di obbligazione naturale (14), richiamando il divieto di *venire contra factum proprium* a filtro del concreto interesse ad agire) (15).

Essenziali per cogliere la complessità del sistema, questi segnali non si spingono tuttavia ad incrinare davvero le « tre regole, concatenate fra di loro, del formalismo, della nullità, della insanabilità » (16).

Solo lungo un percorso assai più articolato (ma meno frammentario di quanto abitualmente si dica) – e che vede nella cosiddetta legislazione speciale post-codicistica alcuni suoi determinanti prodromi (17) – si giunge alla dissoluzione di tale rassicurante quadro, fino al profilarsi di un inedito rap-

lidamente esplicate. Sulla polifunzionalità dell'elemento formale: SPADA, *La fase costitutiva dell'impresa*, in *Impresa e tecniche di documentazione giuridica*, IV, Atti del convegno di Roma (27-28 ottobre 1990), Milano, 1991.

(12) OPPO, *Forma e pubblicità nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1966, I, p. 110 ss.; GENOVESE, *Le forme integrative e le società irregolari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 119 ss.; ANGELICI, *Sulla forma del contratto preliminare di società: vent'anni dopo*, in *Giur. comm.*, 1988, II, p. 323.

(13) Cass. 29 maggio 1999, n. 5265, in *Mass. Giust. civ.*, 1999, p. 1219; Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955, in *Mass. Giust. civ.*, 2007, p. 221. In argomento, imprescindibile SACCO, *Se tra coniugi l'attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto dia luogo a restituzioni*, in *Questioni di diritto patrimoniale della famiglia*, Padova, 1989, p. 90 ss. Cfr. altresì PALAZZO, *Forma e causa dell'attribuzione nelle donazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 744 ss.

(14) Cass., 18 dicembre 1975, n. 4153, in *Giur. it.*, 1976, I, p. 1913; Trib. Napoli, 6 febbraio 1978, in *Dir. giur.*, 1978, p. 671; Trib. Roma, 13 maggio 1995, in *Gius.*, 1995, p. 3593; Cass., 30 marzo 2006, n. 7507, in *Vita not.*, 2007, p. 188. V. in proposito le osservazioni critiche di BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Tratt. dir. priv.* a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1991, p. 81 ss. Per una diversa proposta ricostruttiva cfr. SACCO, in Sacco e De Nova, *Il contratto*, I, nel *Tratt. dir. civ.* diretto dallo stesso a., Torino, 2004, p. 659. In argomento, anche con ampi riferimenti al sistema tedesco, FAVALE, *Nullità del contratto per difetto di forma e buona fede*, in AA.VV., *Il ruolo della buona fede*, Padova, 2003, p. 1 ss.

(15) Trib. Roma, 13 luglio, 2004, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 1937, con nota di MAFFEIS, *Forma ad substantiam, gestioni di affari e divieto di venire contro il fatto proprio*. In argomento v. le dense pagine di RESCIGNO, *Presentazione* a Negri, *Il recupero dell'atto nullo mediante esecuzione*, Napoli, 1981, XII.

(16) SACCO, *Se tra coniugi l'attuazione di fatto di un regime patrimoniale diverso da quello corrispondente a diritto dia luogo a restituzioni*, cit., p. 83.

(17) Sia consentito rinviare sul punto a MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto. Dal negozio solenne al nuovo formalismo*, Milano, 2008, p. 91 ss.

porto tra forme e rimedi, e, talora, di un'altrettanto inedita rilevanza dell'atto « amorfo », ignota al codice.

Un percorso che forma e nullità compiono già ciascuna per sé; ma che manifesta i caratteri più originali ed anche problematici quando le due strade sono destinate ad incrociarsi, riproponendo la *liaison* tra vincolo e sanzione, ma sotto spoglie del tutto mutate.

Da un canto il fenomeno ormai usualmente denominato « neoformalismo »: una congerie di disposizioni di varia natura – tutte di sicuro inderogabili (almeno *ex uno latere*)⁽¹⁸⁾ – che scompagina le categorie note, sia con riferimento all'articolazione dell'elemento formale e del suo atteggiarsi entro la vicenda contrattuale, sia rispetto alle funzioni⁽¹⁹⁾.

Non si tratta infatti di mera moltiplicazione delle prescrizioni di forma: inediti sono l'impiego e la natura dei vincoli, la dislocazione di questi lungo tutto lo svolgimento del rapporto negoziale, la capacità di interferire con gli altri elementi del contratto, gli interessi assecondati⁽²⁰⁾.

Al di là del dato più immediatamente percepibile che vuole adesso coperti dal *vestmentum* contratti che sarebbero nel codice a forma libera, il riferimento è a congegni del tutto nuovi (o che hanno nella tradizione solo timidi antecedenti ma non eguali presupposti né finalità): il necessario inse-

⁽¹⁸⁾ C. SCOGNAMIGLIO, *L'autonomia contrattuale e la legge*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, II, p. 299 ss. Il dibattito sul punto è assai ampio: senza pretesa di completezza si veda STORME, *Freedom of contract: Mandatory and Non Mandatory Rules in European Contract Law*, in *Eur. Rev. priv. law*, 2007, p. 247 ss. Per una diversa impostazione HESSELINK, *Non-mandatory Rules in European Contract Law*, in *European Rev. of Contract Law*, 2005, p. 43 ss. Cfr. altresì GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 1 ss.

⁽¹⁹⁾ Per una generale considerazione del fenomeno si veda, per la dottrina italiana, oltre agli autori già citati: R. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, *passim*; AMAGLIANI, *Profili della forma nella nuova legislazione sui contratti*, Napoli, 1999, p. 47 ss.; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forma negoziale*, Napoli, 1999; E. GABRIELLI e ORESTANO, *Contratti del consumatore*, Dig. Disc. priv., sez. civ., Agg., Torino, 2000, p. 235 ss.; DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 396 ss.; JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Tratt. dir. priv. europeo*, a cura di Lipari, Padova, 2003, p. 3 ss.; MASUCCI, *La forma*, *ivi*, p. 575 ss.; MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto. Trasparenza contrattuale e neoformalismo*, Padova, 2006; LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Milano, 2008, p. 113 ss.; PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008; VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, p. 827 ss.

⁽²⁰⁾ In generale, per una esemplare ricognizione critica del nuovo formalismo in costante confronto con la tradizione, cfr. per tutti, BRECCIA, *La forma*, *cit.*, p. 474 ss.

rimento nel documento contrattuale di una serie di elementi predeterminati *ex lege* (la cosiddetta forma-contenuto) ⁽²¹⁾; l'imposizione di *verba solennia* assunta a presupposto per la produzione di certi effetti ⁽²²⁾; la redazione per iscritto quale condizione di applicabilità o meno di una determinata disciplina ⁽²³⁾; la rilevanza dell'esecuzione come modo di conclusione di un (valido) contratto pur in carenza della prescritta forma solenne ⁽²⁴⁾.

L'area del formalismo si amplia poi fino a ricomprendere l'utilizzo di una determinata lingua per la redazione dei documenti ⁽²⁵⁾ o l'indicazione di dimensione ed evidenziazione dei caratteri grafici ⁽²⁶⁾. Regole sulle quali il legislatore comunitario si appunta con sempre maggior convinzione ⁽²⁷⁾ e di cui a torto è talvolta revocata in dubbio la riconducibilità al nostro tema; perplessità destinate ad essere smentite ove si abbia riguardo alla forma quale complessiva morfologia dell'atto, nel senso di « insieme delle note esteriori di un testo » ⁽²⁸⁾, e, soprattutto, ove si considerino i significativi approdi del

⁽²¹⁾ Art. 71, c. cons.; art. 86, c. cons.; art. 6 d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122; art. 3, l. 6 maggio 2004, n. 129.

⁽²²⁾ Art. 118 T.U.B., comma 2°; art. 1, comma 1°, l. 17 ottobre 2007 n. 188. Su norme di tal fatta cfr. LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato"*, cit., p. 8 ss. Sul l'impiego di tecniche analoghe già nel sistema del codice cfr. CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio*, Padova, 1969, p. 9 ss.

⁽²³⁾ Art. 12, comma 4°, lettera b, T.U.B.; art. 117, comma 8°, T.U.B.; art. 2 d.lgs. 21 maggio 2004 n. 170.

⁽²⁴⁾ Art. 2, comma 2°, l. 192/98; art. 118 T.U.B.

⁽²⁵⁾ Art. 52 comma 4°, c. cons.; art. 71, c. cons.; art. 12 d.lgs. 9 aprile 2003 n. 70. Sulla prescrizione di lingua: MEMMO, *Dichiarazione contrattuale e comunicazione linguistica*, Padova, 1990; CICALA, *Lingua straniera e testo contrattuale*, Milano, 2003; CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. del contratto* diretto da Roppo, II, *Regolamento*, a cura di Vettori, Milano, 2006, p. 280 ss.

⁽²⁶⁾ Art. 47, c. cons.; art. 177 comma 2°, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209. Sulla contiguità fra simili disposizioni e precetto di chiarezza e comprensibilità di cui all'art. 35, c. cons., cfr. ONORATO, *Decodificazione della proposta e nullità della clausola nel contratto col consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 601 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. per esempio la recente dir. Ce 2008/48/ in materia di credito ai consumatori (art. 10), su cui sia dato rinviare a MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Europa e dir. priv.*, 2009, p. 785 ss. Cfr. altresì, con attenta analisi dei nessi tra forma e rimedi, PAGLIANTINI, *Il contratto di credito al consumo tra vecchi e nuovi formalismi*, ne *I contratti per il finanziamento dell'impresa*, a cura di Dinacci e Pagliantini, nel *Tratt. dir. dell'econ.* diretto da Picozza e Gabrielli, Padova, 2010, p. 1 ss. Sui riflessi che il metodo della « armonizzazione piena » adottato dalla Direttiva in commento produce sul piano dell'effettività delle tutele: DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo; la direttiva 2008/48/Ce e l'armonizzazione « completa » delle disposizioni nazionali concernenti « taluni aspetti » dei « contratti di credito ai consumatori »*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 267 ss.

⁽²⁸⁾ ORLANDI, *La paternità delle scritture*, cit., p. 41.

nostro giudice di legittimità. La Suprema Corte, si ricorderà, ha esplicitamente discusso di « requisiti di forma » sia con riguardo « alla autonomia della clausola di recesso che deve restare separata dalle altre clausole, per rendere chiara, trasparente ed immediata l'informazione » sia con riguardo « alla evidenza grafica della informazione, che deve avere caratteri grafici eguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento »⁽²⁹⁾.

Dall'altro versante, la nullità, come si è detto, non è più quella di ieri⁽³⁰⁾. Di certo in ragione dello statuto che il diritto positivo ne va riscrivendo nel segno di nullità necessariamente parziali, a legittimazione relativa, variamente sanabili e che hanno fatto parlare la dottrina di veri e propri « *rimedi di regolamento* », in grado di gestire e controllare genesi e fisiologia del negozio, in funzione « demolitoria e dissuasiva, ma anche e soprattutto conformativa e costruttiva del profilo prescrittivo dell'agire privato »⁽³¹⁾.

Ma altresì con riguardo al modello spiccatamente rimediabile che ne va costruendo la giurisprudenza comunitaria. Il principio, per esempio, di recente affermato dalla Corte Europea di Giustizia, che il giudice nazionale abbia l'*obbligo* di esaminare d'ufficio la natura della clausola e di disapplicarla ove ne accerti l'abusività, *tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga* – quando cioè il consumatore, dopo essere stato avvisato dal giudice, non intenda invocarne la natura abusiva e non vincolante, il tutto nel segno di « garantire l'effetto utile della tutela cui mirano le disposizioni della Direttiva »⁽³²⁾ – cos'altro delinea se non la possibile *efficacia*, e per di più *ex uno latere*, del contratto nullo?

Ebbene, quando questa (nuova) nullità incontra la (nuova) forma, l'esito

⁽²⁹⁾ Cass., 3 ottobre 2003, n. 14762, in *Contratti*, 2004, con commento di GENOVESE, *Diritto di recesso e regole d'informazione del consumatore*, a proposito di contratto di vendita porta a porta che, se concluso mediante sottoscrizione di una nota d'ordine, deve riportare le informazioni sul diritto di recesso « separatamente dalle altre clausole contrattuali e con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel documento » (art. 47 c. cons.). Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Bergamo 10 maggio 2005, in *Contratti*, 2006, p. 600, con nota di VIGORITI, *L'obbligo di chiarezza e comprensibilità nei contratti dei consumatori e le conseguenze della sua violazione*; e, ancor prima, Trib. Vigevano, decr. 6 giugno 2003, in *Studium iuris*, con nota di GIROLAMI.

⁽³⁰⁾ SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 496. Cfr. inoltre ORLANDI, *Autonomia e sovranità, ne Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, Milano, 2007, p. 188 ss. Per un quadro di insieme assai documentato: MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, in *Tratt. del contratto*, cit., IV, I *Rimedi*, a cura di Gentili, p. 155 ss.

⁽³¹⁾ SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 849.

⁽³²⁾ Corte giust. Ce, 4 giugno 2009, causa C-243/08, in *Contratti*, 2010, p. 1115, con commento di MONTICELLI, *La rilevanza d'ufficio condizionata della nullità di protezione: il nuovo "atto" della Corte di Giustizia*.

appare ancor più sorprendente, presentandosi le nullità formali come le più speciali tra le nullità speciali. Relatività della legittimazione ad agire legata esclusivamente ai difetti di forma⁽³³⁾; nullità dell'intero contratto per assenza di una indicazione di contenuto⁽³⁴⁾; inedite tecniche di integrazione e sostituzione di clausole non formalizzate⁽³⁵⁾; conservazione parziale degli effetti prodotti dal contratto ma solo se il vizio è di forma⁽³⁶⁾; nullità del contratto per carenze formali del *documento* informativo⁽³⁷⁾; intercambiabilità dei rimedi, con la previsione dello *ius poenitendi* in alternativa alla nullità in presenza di lacune nel testo contrattuale normativamente determinato⁽³⁸⁾: l'elenco potrebbe allungarsi (e coinvolgere ipotesi non direttamente legate a regole di fonte comunitaria: si pensi alla « conversione » giudiziale della locazione orale)⁽³⁹⁾ ma basta per segnalare quanto distante sia il panorama normativo descritto dalle pur scarse linee tracciate nel codice civile.

Si è sostenuto, condivisibilmente, che il neoformalismo rappresenta una tecnica di governo dell'autonomia privata con funzioni per certi versi analoghe a quelle che per i prodotti alimentari svolge l'etichettatura: come questa, a prescindere dal merito degli elementi indicati, consente all'acquirente di comparare il prodotto con gli altri immessi nel mercato, allo stesso modo il documento contrattuale contenente le informazioni richieste conforma il contenuto regolamentare del singolo atto e permette di paragonarlo con altri predisposti da altri operatori (e non è un caso, per anticipare ciò che diremo dopo, che la Corte di Cassazione si esprima nel senso della nullità del contratto di fornitura di merci le cui etichette risultino prive delle indicazioni richieste, per contrarietà a norme imperative)⁽⁴⁰⁾.

(33) Cfr. per es. l'art. 127 T.U.B. a norma del quale le nullità che possono essere fatte valere solo dal cliente sono esclusivamente quelle previste nel titolo IV, che sono tutte variamente riconducibili a carenze di ordine formale. In proposito, Pret. Bologna, 4 gennaio 1999, in *Corr. giur.*, 1999, p. 600 ss., con nota di GIOIA, *Nullità di protezione tra esigenze di mercato e nuova cultura del contratto conformato*.

(34) Art. 76, c. cons.; art. 30 T.U.F.

(35) Il riferimento è ancora alla disciplina del T.U.B. ed al peculiare meccanismo ivi delineato all'art. 117, comma 7°, lettera *b*.

(36) Art. 2, comma 1°, l. 192/1998.

(37) Art. 30 T.U.F., su cui v. Trib. Bologna, 19 aprile 2009, n. 2107 in *Corr. mer.* 2009, p. 1075, con nota di BRUNO, *Offerta fuori sede e "nullità" di protezione per omessa comunicazione del diritto di recesso*, e App. Milano, 10 giugno 2009, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 2771/2009, entrambe inclini ad una interpretazione estensiva della regola di cui all'art. 30, seppure da profili differenti. Cfr. altresì art. 100bis T.U.F.

(38) Art. 73, comma 2°, c. cons.

(39) Art. 13, comma 5°, l. 431 del 1998.

(40) Cass. 18 luglio 2003, n. 11256, in *Contratti*, 2004, p. 237, con commento di SANVITO, *Prodotto senza scadenza e nullità del contratto*.

È sul libero gioco della concorrenza che le regole di forma incidono, al di là delle discipline *antitrust* che reggono in modo diretto la materia; segnatamente nella versione di griglia di clausole obbligatoriamente inserite nel documento sì da attuare la strategia di conformazione dei regolamenti negoziali ⁽⁴¹⁾, determinando di questi non un'uniformazione nei contenuti (in senso sostanziale), quanto piuttosto nelle comunicazioni/informazioni che, attraverso il testo contrattuale, devono essere fornite. Ciascun operatore rimane libero di «riempire» la griglia come crede, ma deve rendere visibili le proprie scelte, a tutela, insieme, del libero e consapevole dispiegarsi dell'autonomia privata del suo *partner* contrattuale, e del corretto svolgersi delle relazioni di mercato, in regime di concorrenza ⁽⁴²⁾.

Il vincolo formale in genere, e nella variante forma-contenuto massimamente, inocula così nell'atto di autonomia elementi di governo del mercato, assecondando l'esigenza di certezza delle regole su cui da sempre riposa il funzionamento di questo. Ne rappresenta però la versione aggiornata, segnata dal superamento di un tipo di regolazione giuridica fondata su norme imperative autoritative a vantaggio di una regolazione «dal basso», che passa per la standardizzazione e la gestione degli strumenti ⁽⁴³⁾.

In tale prospettiva, protezione (del contraente debole) e controllo (sul contenuto «formale» del contratto) non si elidono a vicenda, ma vanno apprezzati nel più ampio quadro di politica del diritto – tipica delle discipline di matrice europea - che fa di ogni operazione la specola attraverso cui saggiare l'efficienza del mercato e nel quale le regole di forma svolgono un ruolo essenzialmente strumentale, al pari di tutte le regole del diritto del mercato che è, da questo angolo, «diritto degli strumenti» e non degli scopi ⁽⁴⁴⁾.

Si vuole allora oggettivizzare il regolamento contrattuale (per ridurre lo spazio di operatività dei vizi del consenso ed agevolare la verifica preventi-

⁽⁴¹⁾ SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., p. 498. Nello stesso senso, CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, XXVI, *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Tizzano, Torino, 1999, p. 627.

⁽⁴²⁾ JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 41.

⁽⁴³⁾ Alla base, un fenomeno per cui il mercato non è più inteso come una prassi «ma come un modello (al quale conformare la prassi degli scambi) e, in quanto tale, è stato accreditato di una funzione politica, quella di garantire quel che la politica prima garantiva»: così BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua etero integrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 37.

⁽⁴⁴⁾ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 69. Nello stesso senso SIRENA, *L'integrazione del diritto dei consumatori nella disciplina generale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 792 ss.; E. GABRIELLI, *Mercato, concorrenza e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1044; CAMARDI, *Integrazione giuridica europea e regolazione del mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel sistema del diritto della concorrenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2001, p. 715.

va del rispetto delle condizioni legali, cui consegue una semplificazione dei criteri giudiziali di valutazione nonché una decisa riduzione della conflittualità) e conformarlo a *standard* predeterminati (standardizzazione che assicura che «tutti i contratti siano soggetti a fondamentali regole condivise da tutti gli interlocutori»⁽⁴⁵⁾ e favorisce la comparabilità delle offerte sul mercato).

2. – *Prescrizioni di forma del contratto tra norme organizzative e norme imperative*

Ce n'è abbastanza, insomma, per chiedersi se i caratteri e le funzioni appena descritti ed il ricorrente abbinamento ad una nullità «speciale» non facciano della nuova forma qualcosa di assai lontano dal *vestmentum* che il codice impone per i negozi inclusi nel catalogo dell'art. 1350 c.c.

La tradizione, è noto, colloca le regole di forma *ad substantiam* fra le norme «organizzative» (o «qualificative» o «ordinative») a voler indicare che esse si limitano a *descrivere* la fattispecie, individuando gli elementi cui è ricondotta la produzione di effetti⁽⁴⁶⁾. Pur condividendo con le imperative il carattere della inderogabilità, la loro violazione non dà luogo ad illiceità, ma ad un negozio che, semplicemente, è nullo (*rectius* inesistente), perché non perfezionatosi⁽⁴⁷⁾.

La diversa natura delle due classi di norme è consacrata del resto nell'assetto topografico dell'art. 1418 c.c., che situa il difetto di «uno dei requisiti indicati dall'art. 1325» al comma 2°, mentre riserva al primo la contrarietà a norme imperative. Tale sistemazione, come è evidente, stronca sul nascere ogni tentativo di configurare nullità virtuali quando ad essere violato sia un precetto di forma, in coerenza del resto con il (preteso) principio di libertà delle forme e con la (altrettanto pretesa) natura eccezionale dei vincoli imposti *ad validitatem*, insuscettibili di applicazione analogica⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁵⁾ V. in proposito GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno. Le regole di informazione come strumento*, in *Europa e dir priv.*, 2001, p. 257 ss. Illuminati in tal senso le pagine di NIGRO, *La legge sulla trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari: note introduttive*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1992, I, p. 423.

⁽⁴⁶⁾ BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, II ed., rist., Napoli, 1994, p. 12.

⁽⁴⁷⁾ FERRARA, *Teoria del negozio illecito nel diritto civile italiano*, II ed., Milano, 1914, p. 17. Sulla distinzione, più di recente, cfr. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 203 ss.

⁽⁴⁸⁾ GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., p. 1003. Troppo noto il dibattito sulla crisi del principio di libertà delle forme per poterlo riproporre. Ci si limita a segnalare i contributi che hanno del principio tentato una decisa contestazione, pur con diversità di argomenti e giungendo a conclusioni variamente radicali: SCALISI, *La revoca non formale del testamento*, cit., p. 379

Dunque: la forma quale requisito (eccezionale) la cui carenza non può che dar luogo ad una nullità strutturale – chiaro derivato della dottrina della fattispecie⁽⁴⁹⁾ – assoluta, totale, insanabile, *semper testuale*; praticamente insolubile il problema della prescrizione di forma sguarnita di sanzione espressa.

Si può davvero ancora ritenere adeguata, alla luce di quanto sin qui detto, l'impostazione fondata sul carattere « organizzativo » delle regole di forma quando spostata sul terreno della legislazione nuova? Costellato da prescrizioni formali imperfette che pure invocano una sanzione e nullità contraddistinte da una chiara inclinazione manutentiva, si presta il quadro normativo di recente conio ad essere governato da istituti e meccanismi figli della logica del codice civile e, anche per questo, connotati da una irriducibile rigidità?

È quanto sostiene, invero, chi ha criticato l'idea, già altrove espressa⁽⁵⁰⁾, che le nuove forme si alienino dal paradigma per così dire classico prima descritto per allocarsi fra le norme imperative di cui al primo comma dell'art. 1418 c.c., con tutte le conseguenze, in termini di nullità virtuale e *ratio* della norma violata, che ne conseguono.

Si è paventato al riguardo un « (discutibile) iato tra forme ad evidenza strutturale (rilevanti in termini di nullità testuale, assoluta e definitiva) e forme standard ad evidenza informativa (serventi una nullità virtuale, relativa e di *pleno iure*) »⁽⁵¹⁾, ed il profilarsi di un « assai improbabile » *tertium genus* di forma solenne⁽⁵²⁾.

Ora, in generale, non è nella moltiplicazione delle forme che potrebbe

ss.; IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, *passim*; FERRI, *Forma e autonomia negoziale*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 327 ss.; P. PERLINGERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, p. 54 ss.; VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *Sudi Giorgianni*, cit., p. 821 ss. Sulla necessità di un approccio funzionale al tema della forma cfr. DI GIOVANNI, *La forma*, in *Tratt. dei contratti* diretto da Rescigno e Gabrielli, I, *I contratti in generale*, a cura di Gabrielli, Torino, 1999, p. 783. Cfr. altresì, nella stessa direzione, LISERRE e JARACH, *La forma*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, XIII, *Il contratto in generale*, 3, a cura di Alpa, Breccia, Liserre, Torino, 1999, p. 400 ss. Le dispute italiane spesso si sono richiamate ad alcuni lavori d'oltralpe dei primi anni del ventesimo secolo, fra cui, per primo, MOENECLAËY, *De la renaissance du formalisme dans les contrats en droit civile et commercial français*, th., Lille, 1914, recensito in Italia da CIVETTA, *La rinascita del formalismo nei contratti*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, p. 971 ss.

⁽⁴⁹⁾ DI MAJO, *La nullità*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Bessone, VII, Torino, 2002, p. 63.

⁽⁵⁰⁾ MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., p. 119 ss., spec. p. 264 ss. Sul punto CALVO, *Il risparmiatore disinformato tra poteri forti e tutele deboli*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1448.

⁽⁵¹⁾ PAGLIANTINI, *Forma e formalismo nel diritto europeo dei contratti*, Pisa, 2009, p. 102.

⁽⁵²⁾ PAGLIANTINI, *Forma e formalismo*, cit., p. 18.

annidarsi un'incrinatura del sistema: il codice civile conosce già più generi di forma, in un panorama assai meno compatto di quanto abitualmente si descriva e nel quale il binomio *ad substantiam/ad probationem* non esaurisce di certo il tema, sufficientemente molteplice, del formalismo negoziale e delle sue tante funzioni. Soprattutto se, come riteniamo, ci si debba emancipare dall'idea di un immanente principio di libertà delle forme⁽⁵³⁾ laddove né lo scarno enunciato dell'art. 1325 c.c. né l'elenco per nulla esauritivo dell'art. 1350 c.c. possono dirsi decisivi per affermare l'eccezionalità delle forme solenni⁽⁵⁴⁾.

Che un ulteriore « tipo » di forma – con caratteri, *rationes* ed effetti propri – faccia ingresso sulla scena appare poi ancor meno eversivo delle categorie tradizionali ove si abbia riguardo al *polimorfismo* che interviene innegabilmente a connotare la dimensione tutta *postmoderna* del contratto⁽⁵⁵⁾.

È vero che il « farsi » di un atto formale sempre si traduce in un « dover farsi », e che, nella variegata gamma di forme vincolate che l'ordinamento propone, soltanto quella *ad substantiam* descrive il farsi del contratto in quanto elemento partecipante alla sua « ossatura strutturale »⁽⁵⁶⁾. Ma è pur vero – questo è il punto – che, ben prima della forma, è proprio tale ossatura « strutturale » ad essere mutata, tanto da non risultare più (del tutto) sovrapponibile al paradigma della fattispecie che campeggia nel codice civile⁽⁵⁷⁾; e che, a monte, modificate appaiono le cadenze del rapporto tra ordinamento ed autonomia dei privati: la regolare formazione dell'atto nel senso dell'aderenza al modello legalmente preconstituito nei suoi requisiti essenziali, dentro un mercato che si suppone già strutturato, tipica del codice, lascia il passo adesso, dentro un mercato in perenne via di strutturazione, ad una preminente esigenza di *conformazione* del regolamento negoziale.

Si tratta di una trasformazione che la dottrina ha descritto come passag-

(53) Il cui fondamento è da rintracciarsi negli echi del dogma volontaristico e nella conseguente equivoca identificazione tra « atto » e « forma » ch'esso presuppone: SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997, 9° ed., rist., p. 135.

(54) Sia consentito, sul punto, il riferimento a MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., p. 4 ss.

(55) BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 27. Cfr. altresì ADDIS, *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, p. 869.

(56) PAGLIANTINI, *Forma e formalismo*, cit., p. 19, che richiama IRTI, *Replica ai difensori degli idola libertatis*, in *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, X.

(57) Sulla peculiarità che le regole di struttura manifestano nel diritto europeo in formazione cfr. BRECCIA, *La parte generale fra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, ne *Il diritto europeo dei contratti*, cit., p. 82 ss.

gio da una «logica decontestualizzante e astrante, generale e uniformante, propria della tecnica “fattispecie-effetti”, funzionale e ubbidiente solo ai noti principi cardine del diritto privato moderno: soggetto del diritto unico e astratto, principio di uguaglianza in senso soltanto formale», ad una «realtà molto più articolata, complessa e plurale» entro la quale «la logica della fattispecie appare ormai decisamente inadeguata e fuorviante» ed il suo oltrepassamento «diviene una necessità» (58).

Di «perdita della fattispecie» (59) si discorre dunque per segnalare il radicale superamento del modello proprio della concezione codicistica, fondato sulla *descrizione* dei requisiti cui la norma ricollega certi effetti giuridici; mentre sempre più domina, nel diritto privato di derivazione comunitaria, il «regolamento» e la sua *conformazione* nel quadro di una strategia volta a garantire un'efficiente regolazione del mercato aperto e in libera concorrenza.

Una strategia conformativa che, ci pare, si muove lungo una duplice direttrice: quella «nullità funzione» che sta «in diretto ed immediato rapporto di congruenza e di corrispondenza con un determinato assetto di interessi» (60); e quei vincoli di forma che – segnatamente nella versione di documentazione di una griglia di clausole necessaria e trasparente – assicurano tendenziale fungibilità dei contratti e degli operatori (61) in chiave di innalzamento della concorrenzialità di un mercato inteso quale *esito* (ma anche *misura*) delle singole contrattazioni (62).

Perciò si è detto che il necessario formalismo del contratto altro non è che il necessario formalismo del mercato (63): la forma assicura regolarità, uniformità, prevedibilità, tipizzazione dei contenuti, certezza di interpretazione (64). Ed in questo senso si può condividere l'idea che i contratti diventino sempre più «strutture formali, messe a disposizione delle parti, che le usano e riempiono» (65).

Ma il riferimento alla «struttura», per quanto suggestivo, rischia di rimanere ambiguo, poiché il formalismo di nuova generazione è tutto fuorché replica – solo maggiormente pervasiva – della forma-requisito la cui mancanza condanna l'atto ad una nullità assoluta e demolitoria, sempre più

(58) SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, cit., p. 847.

(59) DE NOVA, *I singoli contratti: dal Titolo III del Libro IV del c.c. alla disciplina attuale*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 507.

(60) SCALISI, *Nullità e inefficacia*, cit., p. 499.

(61) JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività*, cit., p. 20 ss.

(62) BARCELLONA, *Diritto, sistema e senso. Lineamenti di una teoria*, Torino, 1996, p. 359.

(63) IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 57.

(64) IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 54.

(65) IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 54.

piegandosi invece a presidiare il rispetto delle regole attraverso cui l'ordinamento controlla *contenuto e compiutezza* del contratto ⁽⁶⁶⁾.

Se si concorda con tale ragionamento, non c'è spazio per *questa* forma, e per le sue finalità, fra le norme organizzative di cui al secondo comma dell'art. 1418 c.c., soprattutto quando si tratti di delinearne il trattamento sanzionatorio.

Sembrano avvedersene adesso anche i giudici di merito. Il Tribunale di Torino ha ritenuto soddisfatto il requisito della forma scritta previsto per il contratto relativo alla prestazione di servizi finanziari in quanto esibito in giudizio dall'intermediario, ancorché lo stesso non l'avesse sottoscritto ⁽⁶⁷⁾.

Parrebbe d'acchito riproporsi il congegno, certo non nuovo, con cui la giurisprudenza, piuttosto univocamente, afferma la possibilità di sanare giudizialmente la nullità del contratto privo della forma richiesta *ad validitatem* ammettendo che il contraente che non abbia sottoscritto possa comunque perfezionare l'atto mediante la sua produzione in giudizio al fine di farne valere gli effetti contro l'altro contraente ⁽⁶⁸⁾.

Senonché, nel caso di specie, ad esibire il documento (sottoscritto solo dalla controparte) non è l'attore ma l'intermediario convenuto, il quale, per difendersi, oppone il documento firmato dal cliente. Con ciò sovvertendo la pacifica ⁽⁶⁹⁾ regola pretoria; che risulta sì applicata, ma a parti rovesciate ⁽⁷⁰⁾.

⁽⁶⁶⁾ ALESSI, *Consensus ad idem e responsabilità contrattuale*, ne *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, p. 120.

⁽⁶⁷⁾ Trib. Torino 23 novembre 2009, in *Giur. it.* 2010, p. 604.

⁽⁶⁸⁾ V. per es. Cass., 11 marzo 2000 n. 2826, in *Contratti*, 2000, p. 1093, con nota di TIMPANO, *La produzione in giudizio come equipollente della sottoscrizione*.

⁽⁶⁹⁾ Ma non in dottrina: cfr. le perplessità di SACCO, *La forma*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da Rescigno, 10, *Obbligazioni e Contratti*, II, Torino, 2002, p. 301.

⁽⁷⁰⁾ Così COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari. Un quadro ben delineato: con qualche novità e corollario*, in *Giur. it.*, 2010, p. 608. Il rovesciamento di cui si discorre deriva dalla circostanza che nella citazione (atto unilaterale recettizio) e nella procura che la accompagna – e dunque in atti propri dell'attore – si rintraccia la manifestazione di volontà idonea al perfezionamento formale dell'accordo: la volontà di «concludere» il contratto sarebbe così manifestata mediante un documento preparato a fini non contrattuali ma a fini processuali, e redatto non dalla parte personalmente ma dal suo difensore munito di procura.

Si segnala altresì il contrasto che la sentenza del Tribunale torinese determina rispetto al ricorrente *dictum* della Cassazione secondo cui impedisce la formazione giudiziale del documento la circostanza che l'altra parte abbia revocato il proprio consenso (Cass., n. 4921 del 2006, in *Giur. it.*, 2006, p. 2292). Sulla base di tale argomento la conclusione di Trib. Torino, 5 febbraio 2010, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 2193/2010, ad avviso del quale «la mancanza di forma scritta (cui non può neppure supplire la prova per testi o per presunzioni) non può essere in alcun modo emendata o sanata dalla produzione in giudizio da parte della banca convenuta del

Altrove è sulla scorta della *ratio* del vincolo formale che si fonda la decisione. Affrontando un'identica situazione processuale e concludendo nel medesimo senso, un secondo giudice ⁽⁷¹⁾ motiva la scelta avendo riguardo alla peculiare *funzione* che il requisito di forma sarebbe chiamato a svolgere nella commercializzazione di strumenti finanziari: « dare certezza, nel preminente interesse del cliente, dell'autorizzazione data alla banca a svolgere un determinato servizio di investimento e, altresì, del tipo di servizio di investimento che la banca si impegna a offrire e delle informazioni di base sul servizio e sui suoi costi ». In altre parole, si continua, « la forma scritta si pone come *veicolo certo di un flusso di informazioni* dall'intermediaria al cliente e dal cliente all'intermediaria, del mandato del cliente alla banca di eseguire dietro suoi ordini investimenti in strumenti finanziari ».

In ciò la peculiarità del vincolo di cui all'art. 23 T.U.F. che, in quanto « *di protezione per il cliente* », « si discosta dalla tradizionale distinzione di forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem* ».

Più che la mera reiterazione del procedimento della formazione giudiziale del documento, è dunque l'adattamento delle norme alla complessiva *situazione di interessi* a rilevare, come ulteriormente dimostrato dalla circostanza che ai fini della decisione determinante appare che l'intermediario, dopo il contratto, *con il suo comportamento abbia dimostrato di avervi aderito* ⁽⁷²⁾.

Così intesa la *ratio* dell'art. 23, T.U.F., la censura autorevolmente mossa per cui « il fine informativo che l'obbligo di redazione per iscritto doveva *ab origine* soddisfare si realizzerebbe *ex post* con il deposito del fascicolo della parte convenuta in causa » ⁽⁷³⁾ è destinata a perdere rilievo. Poiché, se è la

contratto quadro di negoziazione, posto che l'incontro delle volontà può dirsi perfezionato solo se la parte del processo che ha sottoscritto il contratto al momento della produzione non abbia già manifestato la revoca del proprio consenso, *volontà di revoca che deve essere individuata nella domanda con la quale l'investitore deduca appunto la nullità del contratto per mancanza della forma di cui si discute*.

⁽⁷¹⁾ Trib. Novara 2 novembre 2009, in *Giur. it.*, 2010, p. 606: il requisito della forma scritta previsto dall'art. 23 T.U.F. a sanzione di nullità del contratto quadro per la prestazione di servizi di investimento è soddisfatto « anche se il modulo contrattuale è firmato dal solo cliente e non dalla banca ». Sui problemi legati ai percorsi giurisprudenziali di individuazione dei rimedi nel caso di violazioni formali nell'ambito di contratti finanziari v. da ultimo BERTOLINI, *Risparmio tradito: una riflessione tra teoria generale del contratto e disciplina dei mercati*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, p. 344 ss.

⁽⁷²⁾ *Contra* Trib. Torino, 5 febbraio 2010, cit.: « il fatto che le parti abbiano dato corso ad investimenti, dando di fatto attuazione al contratto quadro di negoziazione, non vale a rimediare al vizio della mancanza di forma scritta del contratto medesimo poiché il contratto nullo non può essere in alcun modo convalidato o sanato » (fb).

⁽⁷³⁾ COTTINO, *La responsabilità degli intermediari finanziari*, cit., p. 608.

trasmissione di informazioni chiare e complete a contare davvero, la sola assenza della firma – che nel sistema delineato dal codice soddisfa il requisito imposto a fini costitutivi fondando la presunzione *juris tantum* di consenso del sottoscrittore al contenuto del documento ⁽⁷⁴⁾ – non osta alla realizzazione di siffatta funzione ⁽⁷⁵⁾. Il celebrato fenomeno della « crisi della sottoscrizione » – che la dottrina aveva inizialmente descritto come il progressivo scioglimento del rapporto tra firma autografa e testo scritto tipico dell'uso esclusivo dell'apparato tecnico caratterizzante l'economia moderna ⁽⁷⁶⁾ – si pone dunque sotto una luce nuova tutte le volte in cui l'essenziale è che il contratto contenga e diffonda nel mercato una serie predeterminata di informazioni: rispetto a tale necessità la sottoscrizione dell'impresa non aggiunge nulla all'obiettivo informativo (*rectius* conformativo) ove la provenienza dell'offerta sia comunque certa ⁽⁷⁷⁾.

La digressione rispetto al tema iniziale della « natura » delle regole di forma è solo apparente. La messa a fuoco delle finalità che documento e scrittura assolvono nel nuovo contesto, e che le decisioni appena citate valorizzano, segna infatti il tratto di discontinuità più evidente tra negozio solenne del codice civile e formalismo di più recente conio. Il cui carattere « imperativo », e non più « organizzativo », va delineandosi con sufficiente

⁽⁷⁴⁾ Cass., 24 gennaio 1995, n. 801, in *Mass. Giust. civ.*, 1995, p. 130.

⁽⁷⁵⁾ PATTI, *Documento*, in *Dig., Disc priv.*, sez. civ., Torino, 1991, p. 4 ss.

⁽⁷⁶⁾ IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, cit., pp. 25, 74 ss.

⁽⁷⁷⁾ LENER, *Forma contrattuale*, cit., p. 22. Vale la pena segnalare in proposito anche Cass. 3 novembre 2008, n. 26422, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, 11, p. 902, con commento di BRUNI, *Uno per tutti e tutti per uno: al gruppo di viaggiatori basta una sola sottoscrizione per l'acquisto di un pacchetto turistico*. La vicenda può così essere riassunta: Tizio si reca, insieme ad altri due amici, presso la Sempronio s.r.l. per prenotare un viaggio per il quale viene versato un acconto. Successivamente Tizio conviene in giudizio, dinanzi al Giudice di Pace di Napoli, la Sempronio s.r.l. per far dichiarare la nullità del contratto per difetto di forma scritta, adducendo di non aver sottoscritto il contratto, firmato da un altro dei partecipanti, e di non avere ricevuto copia del contratto o di altro opuscolo informativo. Il giudice di pace, con sentenza resa secondo equità, conferma la validità del contratto accertando che, pur essendo stato sottoscritto da un solo partecipante, *la sottoscrizione è avvenuta alla presenza degli altri che non hanno manifestato il proprio dissenso rispetto alle condizioni del contratto rappresentate*. La Corte di Cassazione condivide simile decisione e precisa che qualora più persone intendano effettuare, negli stessi giorni, una vacanza insieme non concludono tanti contratti individuali ma un unico contratto, acquistano così un unico pacchetto turistico di cui tutte risultano beneficiarie. Ciò comporta che il contratto possa essere sottoscritto da un solo contraente e che sia indifferente la mancata coincidenza tra il sottoscrittore ed il soggetto che abbia versato l'acconto per il viaggio. Assai interessante notare che né la prima né la seconda pronuncia si pongono il problema di verificare a monte se il contratto di vendita di pacchetto turistico sia assistito o non da una forma *ad substantiam*, dando del tutto per scontata la soluzione affermativa pur nel silenzio delle norme.

chiarezza: se la funzione «ordinativa» bene descrive una forma che determina la valida formazione della fattispecie guardata solo nel momento statico del suo perfezionarsi, essa è destinata ad uscire di scena allorché il vincolo giochi un ruolo decisivo nell'opera di conformazione del negozio e del rapporto che ne scaturisce, sempre più alienandosi dal rigido binomio forma(requisito)-nullità(strutturale).

È ancora in questa ottica allora che dovrà configurarsi «certamente imperativa»⁽⁷⁸⁾ la norma che impone la redazione per iscritto del contratto di vendita di pacchetto turistico senza esplicitarne la sanzione – a meno di non volerle attribuire una portata elusivamente programmatica e nell'impossibilità di attribuirle valenza probatoria, stante il principio della eccezionalità delle forme *ad probationem*⁽⁷⁹⁾.

Poiché qui sta, a ben vedere, *l'impasse* cui non si sottrae l'adesione al necessario abbinamento vizio di forma strutturale/nullità testuale: se il vincolo di forma o è «strutturale» o non è, le prescrizioni di cui abbondano le discipline di fonte comunitaria, riferite al momento genetico della formazione del contratto, si riducono a niente di più che raccomandazioni di un legislatore quanto meno sprovveduto, secondo un *trend* clamorosamente incurante dell'*effetto utile*.

Dall'imperatività della norma discenderà dunque la nullità del contratto che violi siffatto precetto di forma quale contratto «contrario a norme imperative»: nullità (formale) virtuale *ex art.* 1418 c.c., la quale, per realizzare efficacemente gli obiettivi cui le regole di forma sono volti, dovrà essere anche (virtualmente) relativa.

Non è certo questa la sede per affrontare *funditus* il profilo da ultimo evidenziato. Ci si limita a rilevare per il momento, con la migliore dottrina, che se la norma imperativa è posta a protezione di uno dei contraenti «nella presunzione che il testo contrattuale gli sia imposto dall'altro contraente», una soluzione che non fosse in grado di modulare la sanzione sul concreto regolamento di interessi «potrebbe piuttosto nuocere che giovare al contraente che il legislatore intende proteggere»⁽⁸⁰⁾.

⁽⁷⁸⁾ ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 773, con riferimento all'art. 85, comma 1°, c. cons. Sulla questione v. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *questa rivista*, 2006, p. 369.

⁽⁷⁹⁾ MONTESANO, *Questioni attuali su formalismo, antiformalismo e garantismo*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1990, p. 12; LENER, *Forma contrattuale*, cit., p. 170.

⁽⁸⁰⁾ DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 451. V. altresì VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 122 ss.; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, p. 235 ss.; D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 152. Critico rispetto alla configurabilità di nullità virtuali di protezione PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, p. 1040 ss.

Qualificare la nullità, testuale o virtuale che sia, come « di protezione » è allora esito obbligato in virtù del singolare atteggiarsi dei vincoli di forma (nonché della loro del tutto peculiare rilevanza strutturale) e del ruolo assegnato nel nuovo contesto alle nullità speciali. Una volta individuate le funzioni delle nuove forme, ricondurre alla loro mancanza una nullità tradizionale tradirebbe gli obiettivi che quelle funzioni perseguono, poiché il congegno conformativo regge e raggiunge il suo scopo solo se alla forma fa da *pendant* una nullità relativa; che attribuisce all'aderente « arbitro » del mercato il potere di rendere non vincolante il contratto non illuminato dall'informazione, ma che ne consente altresì il mantenimento – in coerenza con quel *favor contractus* che può dirsi autentico *fil rouge* della legislazione nuova ⁽⁸¹⁾ – ove ciò risulti maggiormente congruente con i suoi concreti interessi. Esito che del resto bene s'iscrive entro un segmento normativo ormai consolidato il quale, pur attraverso la mera reiterazione – in larga misura imputabile tuttavia, almeno nel diritto interno, ai limiti di coordinamento dei testi che lo compendiano – fa delle regole in tema di nullità di protezione l'espressione di un principio generale ⁽⁸²⁾.

3. – *Destrutturazione della forma*

Ci si è fin qui mossi su di un terreno che, per quanto ricco di spunti eccentrici, rimane tutto sommato familiare al civilista: redazione per iscritto del contratto, sottoscrizione, nullità, rimandano comunque al formalismo tradizionale, pur se oggi percepito in un contesto di progressiva « destrutturazione » della forma.

Destrutturazione che, con conseguenze ancor più difficilmente rintracciabili in punto di rimedi, è destinata a prospettarsi ulteriormente: assai meno rassicurante diventa infatti il quadro quando si tratti di valutare le ripercussioni del difetto di forma che si sostanzia non in una totale mancanza di *vestmentum* (un contratto che si vuole formale e che le parti concludono oralmente), bensì in una carenza nel testo scritto di singole informazioni o menzioni che *ex lege* dovrebbero figurarvi oppure in una scarsa « qualità » del documento quanto alla sua concreta intelligibilità ⁽⁸³⁾.

⁽⁸¹⁾ DE NOVA, *Dal principio di conservazione al favor contractus*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni ottanta*, a cura di Cabella Pisu e Nanni, Padova, 1998, p. 306.

⁽⁸²⁾ MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., p. 207 ss.

⁽⁸³⁾ Trib. Rimini, 18 dicembre 2006, in *Contratti*, 2007, p. 893, con nota di GUERINONI, *Clausola di ripensamento non trasparente e nullità del contratto di investimento*, dichiara nullo il contratto di collocamento fuori sede di prodotti finanziari in ragione della circostanza che la

Le regole di forma invero si diversificano entro una gamma che trascorre da più o meno originali riformulazioni della forma scritta a pena di nullità del contratto alle rigide prescrizioni di forma/contenuto con la predeterminazione legale di ciò che deve esservi indicato in vista di una tendenzialmente esaustiva individuazione delle prestazioni e del contenuto normativo del contratto; fino alla richiesta presenza di talune informazioni, dichiarazioni, comunicazioni che contribuiscono ad una più compiuta comprensione delle caratteristiche dell'affare o dello scambio anche al fine di meglio identificare le aree di responsabilità delle parti (e non è un caso che terreno di elezione di simili interventi sia la commercializzazione di strumenti finanziari).

Sul primo versante, si è già accennato come la necessaria inserzione di una serie di elementi nel testo contrattuale sia uno dei tratti più originali delle nuove forme. Discipline le più varie (ma tutte connotate da un'asimmetria di potere contrattuale fra le parti ⁽⁸⁴⁾): *franchising*, multiproprietà, pacchetti turistici, vendita di immobili da costruire, credito al consumo, ecc.) prevedono invero che la redazione per iscritto (a pena di nullità) del contratto non si limiti agli elementi « essenziali » – beninteso, nel senso della tradizione – ma si estenda all'intero regolamento, il quale dovrà risultare compiutamente ed esclusivamente dal testo scritto ⁽⁸⁵⁾.

Assai di rado simili prescrizioni sono assistite da una sanzione testuale, ed il più delle volte la sorte del contratto difettoso quanto a (forma)contenuto diventa per l'interprete un vero e proprio rompicapo.

In particolare, la soluzione di ritenere violata in questi casi la prescrizio-

clausola che consente al cliente di recedere entro sette giorni (da inserirsi nel contratto a pena di nullità relativa *ex art.* 30 T.U.F.) non è opportunamente evidenziata.

⁽⁸⁴⁾ La formula « contratto asimmetrico », coniata con successo in dottrina, individua un nuovo paradigma contrattuale – al di là della distinzione fra contratti dei consumatori e contratti fra imprese – il cui *proprium* si individua nel fronteggiarsi di « due soggetti di mercato caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale: asimmetria che, per il fatto di derivare precisamente dalle rispettive 'fisiologiche' posizioni di mercato, si presenta come asimmetria di tipo per l'appunto fisiologico e non patologico »: così ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici*, ne *Il diritto europeo dei contratti*, cit., p. 306. L'impostazione è criticata da chi ribadisce la necessaria separazione fra contratti dei consumatori e contratti fra imprese, i quali ultimi configurerebbero un paradigma a sé, compendiabile nella locuzione « terzo contratto »: cfr. AMADIO, *L'ipotesi del terzo contratto*, ne *Il diritto europeo dei contratti*, cit., p. 329 ss.; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale. Contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, *ivi*, p. 355 ss. Sul punto cfr. altresì 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.

⁽⁸⁵⁾ In un modo per cui, come nota LENER, *Forma contrattuale*, cit., p. 15, « la realtà non è solo *tradotta* nelle "indicazioni obbligatorie": essa è *ridotta* al loro contenuto ».

ne di forma *ad substantiam* prevista genericamente per il contratto e farne discendere l'applicazione del relativo rimedio (in termini, si è visto, di una nullità pur relativa dell'intero atto) appare ai più sovradimensionata rispetto alla natura del vizio ed alle finalità delle norme coinvolte ⁽⁸⁶⁾.

Si suggerisce allora di distinguere caso per caso a seconda della essenzialità o meno dell'elemento mancante, ricorrendo all'integrazione della lacuna e dunque attingendo alla disciplina legale quando il difetto non interferisca con uno dei requisiti appartenenti al novero di cui all'art. 1325 c.c. e non comprometta (ma alla luce del diritto « primo ») la validità dell'atto ⁽⁸⁷⁾.

La proposta, convincente e praticabile nell'ottica tradizionale, non appare però del tutto in linea con le indicazioni provenienti dal panorama normativo entro cui ci muoviamo, che, ci pare, manifesta una decisa tendenza a considerare « essenziale » tutto il regolamento, ed a rivestire della forma (*ad validitatem*) anche elementi che nella prospettiva del codice civile essenziali non sarebbero.

A conferma una triplice indicazione (micro)sistemica. L'assenza di qualsivoglia spia che consenta di graduare la rilevanza delle informazioni obbligatorie, tutte volte alla completa determinazione del programma contrattuale; l'individuazione, quando esplicitata, della nullità (talora relativa) dell'intero contratto ⁽⁸⁸⁾ (in un caso dell'allungamento dei termini per recedere) ⁽⁸⁹⁾ quale sanzione più acconcia a governo del *vulnus* formale; l'inequivoca aspirazione alla « onnicomprensività » del testo ⁽⁹⁰⁾ (rafforzato da una generalizzata messa al bando della *relatio*) ⁽⁹¹⁾, che assurge dunque a sede esclusiva di espressione delle condizioni del rapporto ⁽⁹²⁾.

La prescrizione di contenuto – che proprio per questo si tramuta in prescrizione di forma – tende invero ad una integrale e persino minuziosa definizione di tutti i profili dello scambio e delle regole *convenzionali* che ne reggeranno le vicende; dunque ad una compiutezza ed onnicomprensività del testo in cui tali regole sono consacrate, che il rinvio alla disciplina legale di per sé vanificherebbe ⁽⁹³⁾.

⁽⁸⁶⁾ In questo senso, da ultimo Trib. Venezia 5 novembre 2009, in *Contratti*, 2010, p. 221 ss., con nota di SANGIOVANNI, *Obbligazioni Lehman Brothers e tutele degli investitori*.

⁽⁸⁷⁾ In questo senso, per esempio, MINERVINI, *Le regole di trasparenza nel contratto di subfornitura*, in *Giur. comm.*, 2000, p. 229 ss.; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 246.

⁽⁸⁸⁾ Art. 76, c. cons.; art. 125bis, comma 8°, T.U.B.

⁽⁸⁹⁾ Art. 73, comma 2°, c. cons.

⁽⁹⁰⁾ Art. 86, c. cons.; art. 125bis, comma 5°, T.U.B.

⁽⁹¹⁾ Art. 23, T.U.F.; art. 117, comma 6°, T.U.B.

⁽⁹²⁾ MASUCCI, *La forma*, cit., p. 589.

⁽⁹³⁾ Degna di rilievo appare in questa prospettiva Trib. Benevento 23 marzo 2010, in

Semmai, in taluni casi, è un'integrazione mediante disciplina convenzionale che può venire in rilievo – sul modello delineato dagli artt. 116 e 117, T.U.B. – per il tramite di quell'attitudine integrativa dei documenti precontrattuali che siano omologo antecedente della prescrizione di forma-contenuto del contratto e che, ove completi, siano talvolta idonei a colmare le lacune del documento contrattuale atteggiandosi a veri e propri segmenti dell'offerta⁽⁹⁴⁾. Profilo, questo, che ci si limita a segnalare, con ampio rimando alla letteratura in tema⁽⁹⁵⁾.

Non giova d'altro canto il riferimento alla nullità parziale di cui all'art. 1419 c.c. ed al meccanismo ivi delineato al primo comma. Il rinvio al crite-

www.ilcaso.it. doc. n. 1171/2010: posto che nel piano finanziario di cui l'investitore chiede la nullità per una serie di carenze formali finanziamento e acquisto di titoli mobiliari sono collegati da un legame inscindibile, se ne fa discendere che la mancata indicazione del TAEG non può essere integrata mediante l'inserzione automatica del tasso sostitutivo di cui all'art. 124, comma 5°, lettera a) T.U.B. in quanto: «il mutamento del tasso di interesse con l'applicazione di quello sostitutivo, *influenzerebbe, modificandoli, altri elementi essenziali dell'operazione negoziale espressamente determinati dalle parti*, quale l'importo e il numero delle rate mensili da rimborsare, oltre a stravolgere il complessivo contenuto economico dell'operazione finanziaria; per cui si presenta nel caso concreto inammissibile l'applicazione automatica del tasso sostitutivo, derivando dalla stessa non semplicemente gli effetti voluti dalla norma imperativa, bensì *effetti del tutto diversi, che possono dipendere solo dalle pattuizioni delle parti*». Come nota DE NOVA, *I contratti di oggi e la necessità di un elenco condiviso di divieti e di clausole vietate: a proposito di armonizzazione del diritto europeo dei contratti*, ne *Il diritto europeo dei contratti*, cit., p. 451: «se il contratto di ieri era un contratto che produce effetti [...] e per il resto era disciplinato dalla legge, che garantiva l'uniformità, il contratto di oggi è conforme ad un modello, il che garantisce l'uniformità, ed è un contratto che non solo produce effetti, ma altresì regola un rapporto, disapprova le sopravvenienze, regola i rimedi. Non un contratto che vuole la disciplina legale, bensì un contratto che non vuole (non vorrebbe) essere regolato dalla legge».

⁽⁹⁴⁾ Si rimanda sul punto alle acute riflessioni di ALESSI, *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, cit., p. 403 ss.

⁽⁹⁵⁾ Il tema dell'informazione precontrattuale e delle sue ricadute sul regolamento contrattuale è stato ed ancora è al centro di un vivacissimo dibattito. Senza alcuna pretesa di completezza, e limitandoci ai contributi di taglio generale, oltre agli aa. già citati, si veda: NAZZARO, *Obblighi di informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; MOSCARINI, *Diritti ed obblighi di informazione e forma del contratto*, in *Diritto privato ed interessi pubblici*, I, Milano, 2001, p. 350 ss.; ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 349 ss.; GENTILI, *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 575 ss.; ROPPO, *L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 747 ss.; FEBBRAJO, *L'informazione ingannevole nei contratti del consumatore*, Napoli, 2006; GRISI, *Informazione (obblighi di)*, in *Enc. giur.*, XIV, Agg., Roma, 2006, p. 16 ss.; GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, p. 641 ss.

rio intenzionale cui il codice subordina la salvezza del contratto appare qui del tutto fuori contesto, come dimostra la scelta esplicitamente compiuta in materia di clausole abusive nel senso di una nullità *necessariamente* parziale, preclusiva di ogni percorso interpretativo volto alla ricostruzione di una ipotetica volontà delle parti.

Neppure dirimente sarebbe una lettura della norma in termini antivolontaristici, incentrata sulla perdurante attualità – verificata in termini del tutto oggettivi – del contratto residuo rispetto all’assetto d’interessi originario: la questione tornerebbe a risolversi nella (oggettiva) valutazione di essenzialità o meno dell’elemento mancante in relazione alla causa in concreto, in un contesto però in cui lo *screening* di ciò che è « essenziale » è operato a monte dal legislatore e dunque trasferito fuori dall’ambito di rilevanza dell’interesse dei contraenti.

Il fenomeno della eterodeterminazione del contenuto appare invero inconciliabile con la logica stessa che innerva l’art. 1419 c.c. che è la logica, tipica del codice civile, della parità fra contraenti, egualmente liberi nella determinazione del contenuto del contratto e nella scelta fra conservazione o caducazione ⁽⁹⁶⁾. Nella contrattazione uniforme, al contrario, è la disparità (di potere contrattuale) al centro della scena, e ciò reclama l’*originaria* standardizzazione e completezza dei documenti, rendendo pressoché inutile un giudizio volto alla verifica del diverso peso della clausola nulla (assente) nel *singolo* affare.

Ritenere il difetto di contenuto – che sia veicolato da una prescrizione di forma *ad substantiam* dell’intero contratto e che non possa sanarsi mediante il riferimento a informazioni, scritte, fornite in sede precontrattuale – sanzionato alla stregua del difetto di forma *tout court*, appare allora soluzione, certo dura, ma, come si è detto, tutt’altro che giuridicamente infondata ⁽⁹⁷⁾.

Ad essa viene l’adesione di una recente decisione di merito.

Chiamato a pronunciarsi intorno ad un contratto di multiproprietà mancante di alcuni degli elementi che il codice del consumo impone, il Tribunale di Bologna ne ha dichiarato la nullità precisando che l’acquirente, in assenza delle necessarie indicazioni, non è posto in grado, *mediante l’esame della modulistica predisposta dalla controparte*, di conoscere con esattezza l’oggetto del contratto ed il tenore dell’obbligazione assunta ⁽⁹⁸⁾.

Rispetto ad un contratto in cui non compaia la menzione del periodo di tempo durante il quale può essere esercitato il diritto nascente dal contrat-

⁽⁹⁶⁾ MAZZAMUTO, *Brevi note in tema di conservazione o caducazione del contratto in dipendenza della nullità della clausola abusiva*, in questa rivista, 1994, p. 1098.

⁽⁹⁷⁾ ROPPO, *Contratto di diritto comune*, cit., p. 774.

⁽⁹⁸⁾ Trib. Bologna, 19 gennaio 2009, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, p. 751.

to e la data a partire dalla quale l'acquirente può avvalersene, non potrebbe parlarsi – continua il giudice di merito – di determinabilità dell'oggetto, poiché quest'ultima sussiste se ed in quanto le parti si siano accordate onde procedere alla sua specificazione e prevedendo i criteri da seguire e le modalità da osservare a tale fine, non essendo sufficiente il riferimento a circostanze concernenti la fase di esecuzione del contratto: ciò infatti – si badi – *vanificherebbe la prescrizione concernente la forma scritta*, sanzionata con la conseguenza della nullità.

Potrebbe obiettarsi che nel caso di specie l'elemento mancante interferisce già con il requisito dell'oggetto e che quindi alla nullità si sarebbe comunque dovuti giungere per le rassicuranti vie della disciplina generale. Ma la pronuncia ha il pregio di evidenziare la forte compenetrazione che tra forma ed oggetto si determina; e si tratta, come subito chiariremo, di intuizione rilevante.

Che dire infatti di prescrizioni come quelle che impongono nel contratto scritto di vendita del pacchetto turistico l'indicazione del « tipo di posto assegnato » (art. 86, lettera g, c. cons.) o nel contratto di multiproprietà le condizioni di utilizzazione del servizio di raccolta rifiuti (art. 71, comma 2°, che richiama il 70 lettera e, c. cons.)?

Simili indicazioni, certamente, sporgono rispetto all'area *tradizionalmente* coperta dall'oggetto.

Ma, di nuovo: come non fare i conti con una, a sua volta mutata, nozione di oggetto, sempre più coincidente con la descrizione della *situazione finale*?

Anche la disciplina dell'oggetto è interessata da una torsione verso scopi *lato sensu* protettivi « nella misura in cui impone ai contraenti di “descrivere” non solo le prestazioni oggetto del contratto, ma anche talvolta le loro modalità, affinché vi sia – nell'interesse della parte che si reputa esposta a possibili abusi – maggiore certezza di ciò che da essa è dovuto e che ad essa si può chiedere »⁽⁹⁹⁾. E *questo* oggetto è veicolato da una prescrizione di forma, rispetto alla quale solo il rimedio della nullità dell'intero contratto evidentemente asseconda, munendola di *vestmentum*, una generale quanto inedita regola di necessaria determinatezza⁽¹⁰⁰⁾. La nullità è però rimedio ad un vizio di forma e, dunque, sebbene colpisca l'intero contratto, (testualmente o virtualmente) relativa.

Non ci si può nascondere che si tratti di esito carico di controindicazio-

⁽⁹⁹⁾ E. GABRIELLI, *Teoria e dogma dell'oggetto del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 346.

⁽¹⁰⁰⁾ GITTI, *L'oggetto del contratto e le fonti di determinazione dell'oggetto nei contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 25; SENIGAGLIA, *L'oggetto del contratto tra determinabilità e necessaria determinatezza*, in *Contratti*, 2005, p. 853 ss.

ni, potenzialmente dannoso per il contraente «protetto»: l'alternativa tra il prendere o lasciare che la nullità totale (pur relativa) postula, spesso lo condanna al silenzio, privandolo di quella libertà e di quel potere che la norma violata intendeva assicurargli, mentre l'effetto protettivo, si sostiene, «non sta in sé nella distruzione del contratto ma nella sua modifica»⁽¹⁰¹⁾.

Ci si imbatte qui nella contraddizione propria, ed ineliminabile, di una strategia di regolazione del mercato, e dei rapporti «asimmetrici» che vi si determinano, mediante strumenti contrattuali; la quale, ove apprezzata al netto del retorico e spesso fuorviante richiamo al «contraente debole», rivela una più autentica vocazione alla strutturazione del libero mercato, talora inaspettatamente riducendo all'osso i margini di correzione e/o rinegoziazione⁽¹⁰²⁾.

4. – (segue) *Vincoli di forma con finalità informativa tra nullità e responsabilità: il difficile dialogo tra Sezioni Unite e Corti di merito*

Lo scenario si fa ancor meno nitido quando la *machinery* forma/contenuto/informazione tenda ad irrigidire in un vincolo formale taluni profili che propriamente attengono al flusso di comunicazione trasparente che si vuole intercorra tra professionista e contraente non qualificato.

Che la questione abbia una carica assai più dirompente di quanto si pensi e sia lontana dal trovare sistemazioni definitive è confermato dalla circostanza per cui il tanto celebrato punto apposto in proposito dalle Sezioni Unite della Cassazione si è rivelato tutt'altro che fermo. A testimoniarlo gli esiti cui giungono ancora i giudici di merito i quali, invece di adeguarsi all'intervento nomofilattico del dicembre 2007⁽¹⁰³⁾, continuano a subire il fascino della nullità (virtuale).

⁽¹⁰¹⁾ GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, p. 205. Sulla possibilità di usi strumentali degli obblighi informativi cfr. SARTORI, *Autodeterminazione e formazione eteronoma del regolamento negoziale. Il problema dell'effettività delle regole di condotta*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 159/2009.

⁽¹⁰²⁾ L'idea che vi sia spazio nel nostro ordinamento per un obbligo di rinegoziazione, nel silenzio della legge discendente dal dovere di buona fede, suscita comprensibili perplessità in dottrina e comunque, se appare in principio idonea ad una gestione successiva di profili contenutistici, siano essi normativi o economici, difficilmente si attaglierebbe quale rimedio alla mancanza di forma/contenuto/informazione, la cui funzione è peraltro significativamente riferita, dalle scelte normative, al momento genetico del contratto. In materia cfr. BARCELLONA e MELI, *Il mutamento delle circostanze e l'obbligo di rinegoziazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 521 ss.; MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Tratt. del contratto*, cit., V, 2, *Rimedi*, a cura di Roppo, p. 493 ss.

⁽¹⁰³⁾ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Corr. giur.*, 2008, p. 25 ss., con commento di MARICONDA, *L'insegnamento delle sezioni unite sulla rilevanza della distinzione tra*

Il Tribunale di Ravenna, dopo aver affermato la – invero non pacifica⁽¹⁰⁴⁾ – riferibilità dell’obbligo di forma scritta (previsto, a pena di nullità dell’art. 23, T.U.F., per il « contratto quadro ») anche ai singoli ordini di acquisto, fa conseguire la nullità del contratto di investimento dalla mancata segnalazione dell’inadeguatezza dell’operazione, configurando l’obbligo di cui all’art. 29 reg. Consob n. 11522⁽¹⁰⁵⁾ come requisito di forma a fini di validità e,

norme di comportamento e norme di validità; in *Contratti*, 2008, p. 221 ss., con commento di SANGIOVANNI, *Inosservanza delle norme di comportamento: la Cassazione esclude la nullità*; in *Giust. civ.*, 2008, I, p. 2785 ss., con nota di FEBBRAJO, *Violazione delle regole di comportamento nell’intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite*; in *Giur. comm.*, 2008, II, p. 612 ss., con nota di BRUNO e ROZZI, *Le Sezioni Unite sciolgono i dubbi sugli effetti della violazione degli obblighi di informazione*; in *Danno e resp.*, 2008, p. 536 ss., con note di ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, e BONACCORSI, *Le Sezioni Unite e la responsabilità degli intermediari finanziari*; in *Nuova giur. comm.*, 2008, I, p. 445 ss., con nota di SALANITRO, *Violazione della disciplina dell’intermediazione finanziaria e conseguenze civilistiche: ratio decidendi e obiter dicta delle sezioni unite*; in *Foro it.*, 2008, I, p. 785 ss., con nota di SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell’intermediario finanziario e le sezioni unite*. Cfr. altresì le osservazioni critiche di 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 *questa rivista*, 2008, p. 936 ss. Prende l’avvio dalla decisione citata per sondare le innervature sistematiche del tema C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e di comportamento: i principi ed i rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, 2008, p. 599 ss. Cfr. altresì, sulla stessa posizione delle Sez. un, Cass., 25 giugno 2008, n. 17340, in *Giur. it.*, 2009, p. 4, con nota di FIORIO, *La non adeguatezza delle operazioni di investimento al vaglio della Corte di Cassazione*. La sentenza attribuisce alla necessità che l’inadeguatezza sia segnalata per iscritto valenza probatoria: l’intermediario non potrà provare per testimoni l’adempimento di tale obbligo informativo. Ma è interessante notare che, così ricostruito il dovere di segnalare la non adeguatezza dell’operazione, ne esce sensibilmente ridimensionata la differenza tra nullità e responsabilità con riferimento alla prova del nesso di causalità. Qualora infatti l’investitore allegli a prova dell’inadempimento la mancata segnalazione scritta della non adeguatezza dell’operazione, non dovrà anche provare il nesso tra inadempimento e danno in quanto la responsabilità sussiste per la stessa violazione dell’obbligo di astensione (Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Contratti*, 2008, p. 229). Sul punto v. 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. 403.

⁽¹⁰⁴⁾ Sul problema della forma degli ordini: LA ROCCA, *La forma degli ‘ordini di borsa’ (a proposito di App. Venezia 19 novembre 2007)*, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 124/2008; DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 2, p. 161. Per un ampio inquadramento sistematico v. GALGANO, *I contratti di investimento e gli ordini dell’investitore all’intermediario*, in *questa rivista*, 2005, p. 889.

⁽¹⁰⁵⁾ Regolamento Consob n. 11522 del 24 febbraio 1998, art. 29, rubricato « operazioni non adeguate »: 1. Gli intermediari autorizzati si astengono dall’effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. 2. Ai fini di cui al comma 1°, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui al-

insieme, norma di carattere imperativo dalla cui violazione non può che derivare la nullità *ex art.* 1418, comma 1°, c.c. ⁽¹⁰⁶⁾.

In altra pronuncia, pure successiva a quella delle Sezioni Unite e pure dichiarativa dell'invalidità dell'ordine privo di esplicito riferimento alle avvertenze ricevute dall'investitore, la nullità – che la Cassazione, nell'antecedente immediato della pronuncia a Sezioni Unite, aveva escluso circoscrivendo la rilevanza del vizio all'ambito di applicazione degli articoli 1394 e 1395 c.c. ⁽¹⁰⁷⁾ – è così spiegata: «l'art. 29 del regolamento Consob 11522/1998 non ha stabilito una semplice regola di comportamento o responsabilità, ponendo a carico dell'intermediario l'obbligo di informare l'investitore dell'inadeguatezza dell'operazione e delle ragioni che ne sconsigliano l'attuazione, ma ha introdotto una vera e propria *regola di validità* del contratto di acquisto dello strumento finanziario, un elemento costitutivo del medesimo»; e poiché «le disposizioni contenute nel T.U.F. e nel suo regolamento attuativo, essendo poste a tutela di interessi pubblicistici anche di rango costituzionale [...] sono norme imperative ai sensi dell'art. 1418, comma 1°, c.c.», la loro violazione non può che dar luogo a nullità⁽¹⁰⁸⁾.

Ciò che più rileva, e d'acchito sorprende, nella pronuncia adesso citata è che la soluzione della nullità per contrasto col primo comma dell'art. 1418

l'art. 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati. 3. Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa *solo sulla base di un ordine impartito per iscritto* ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute. L'obbligo in parola, anche noto come *suitability rule*, previsto originariamente all'art. 6, comma 3°, reg. Consob. n. 10943/1997, successivamente riprodotto senza modifiche di rilievo all'art. 29, reg. Consob n. 11522/1998, adesso abrogato ad opera del reg. n. 16190/2007 con il quale è stata attuata la dir. Ce. 2004/39/ (MIFID), trova ancora frequente applicazione presso i giudici di merito chiamati a valutare il rispetto degli obblighi di informazione imposti agli intermediari nella negoziazione degli strumenti finanziari precedenti al novembre 2007. In argomento, cfr. ROPPO, *Sui contratti del mercato finanziario, prima e dopo la MIFID*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, p. 503 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Trib. Ravenna, 12.10.2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, p. 456 ss., con nota di GUADAGNO, *Inadeguatezza e nullità virtuale*; Trib. Bologna, 2 marzo 2009, in *www.ilcaso.it*, doc. 1662/2009.

⁽¹⁰⁷⁾ Cass., 29 settembre 2005 n. 19024, in *Danno e resp.*, 2006, p. 25, con commento di ROPPO e AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della Cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*. Sulla rilevanza dei vizi della volontà nel contratto di investimento: ALBANESE, *Regole di condotta e regole di validità nell'attività d'intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.* 2008, p. 107 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Trib. Ferrara, 28 gennaio 2010, in *www.ilcaso.it*, doc. 2051/2010.

c.c. viene espressamente definita *coerente* con quelle stesse sentenze della Cassazione che un simile esito avevano decisamente rifiutato.

Coerenza che in effetti si rivela assai meno improbabile di quanto appaia *prima facie*. Ed invero, affermare, come fa la Corte di legittimità nella pronuncia del 2005, che «la nullità virtuale *ex art.* 1418, comma 1°, c.c., opera solo quando la contrarietà a norme imperative riguardi *elementi intrinseci* del contratto, e cioè struttura e contenuto del medesimo» e, pertanto, salvo che il legislatore disponga diversamente, «va esclusa quando contrari a norme imperative siano *comportamenti* tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto» ⁽¹⁰⁹⁾, significa per l'appunto ammettere, *a contrario*, che la violazione di norme imperative che attengano ad elementi di struttura o contenuto – ma, c'è da credere, *diversi* da quelli che già figurano al comma 2° dell'art. 1418 c.c., pena un'irragionevole sterilizzazione del comma 1° – possa dar luogo a nullità (virtuale) del contratto ⁽¹¹⁰⁾.

E ciò senza che ne risulti messo in discussione il principio secondo cui, in difetto di una esplicita previsione normativa, la violazione di doveri di comportamento attinenti alla informazione del cliente e alla corretta esecuzione delle operazioni che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati in nessun caso può determinare la nullità del contratto quadro né dei singoli ordini ai sensi del primo comma art. 1418 c.c. ⁽¹¹¹⁾. A patto di ammettere, ovviamente, che le regole di cui si discute *non* sono regole di comportamento, almeno nella nozione esatta che se ne deve assumere.

Poiché infatti tutte le regole giuridiche sono *regole di comportamento*, e tali devono dunque considerarsi anche le cosiddette «regole di validità», è evidente che non è *nella sua estensione letterale* che l'espressione può essere utilmente impiegata ⁽¹¹²⁾.

Si tratta invero del punto centrale della questione. L'equivoco che sta alla base della pronuncia delle Sezioni Unite – ma anche delle conclusioni di taluni autori – si annida, riteniamo, nell'approccio stesso al tema delle «regole di comportamento», che si vorrebbero come tali contrapposte alle «regole di validità»; e che ha come corollario una rigida ed insovertibile corrispondenza biunivoca tra (violazione della) regola di comportamento e responsabilità e (violazione della) regola di validità e nullità, ed una altrettanto rigida non comunicabilità fra le due «coppie» che si vorrebbe scolpita nell'impianto codicistico ⁽¹¹³⁾. Il tutto a presidio del generale principio di

⁽¹⁰⁹⁾ Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.

⁽¹¹⁰⁾ ALESSI, *I doveri di informazione*, cit., p. 440 ss.

⁽¹¹¹⁾ Cass., 19 dicembre 2007, cit.

⁽¹¹²⁾ Così D'AMICO, *Nullità virtuale-Nullità di protezione (Variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, p. 735.

⁽¹¹³⁾ MENGONI, *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, I, p. 9:

certezza del diritto che nella delicata materia dell'invalidità degli atti di autonomia invoca l'applicazione di regole dal contenuto definito e predeterminato ⁽¹¹⁴⁾, rispetto alle quali « si giustifica una costruzione di carattere logico-formale » ⁽¹¹⁵⁾ in quanto portatrici della essenziale funzione di « garantire la certezza sull'esistenza di fatti giuridici » ⁽¹¹⁶⁾.

Se è questa la *ratio*, le regole di validità vanno contrapposte non – come prospettato dalla Suprema Corte, con argomentazione che da questo profilo lascia a desiderare – a generiche e non meglio definite « regole di comportamento », ma – specie quando si abbia riguardo alla fase genetica e non vengano in evidenza direttamente le prestazioni dedotte in obbligazione – a regole rispetto alle quali una medesima costruzione di carattere logico-formale non opera, e non potrebbe operare, perché risultanti dalla concretizzazione di una clausola generale, come tale non formalizzabile *a priori* ⁽¹¹⁷⁾.

L'antinomia, « essenziale alla disciplina degli atti del traffico » ⁽¹¹⁸⁾, è piuttosto da rintracciare tra regole di validità e regole di buona fede: per « regola di comportamento » dovrà intendersi « regola di *mero* comportamento », ovvero sia regola di correttezza/buona fede o altra regola generale di (mera) condotta (ragionevolezza, trasparenza, ecc.) ⁽¹¹⁹⁾. Dalla violazione *delle quali* non potrà farsi discendere una conseguenza invalidante, per soddisfare l'esigenza – di ordine « politico », prima ancora che sistematico ⁽¹²⁰⁾

« In nessun caso comunque, secondo la dogmatica del nostro c.c., la violazione del dovere di buona fede è causa di invalidità del contratto, ma solo fonte di responsabilità per danni » (corsivo nostro).

⁽¹¹⁴⁾ DI MAJO, *La Nullità*, cit., p. 91.

⁽¹¹⁵⁾ PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Padova, 1990, p. 156.

⁽¹¹⁶⁾ PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., p. 118. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa. Prefazione all'edizione italiana dei principi di diritto privato europeo dei contratti*, Parte I e II, Milano, 2001, XXXIV, nota come far passare il giudizio di invalidità attraverso la violazione della regola di buona fede « significa spostare la qualificazione dal terreno legislativo a quello giudiziale, con un aggravio sul piano della certezza del rapporto, sicuramente più grave di quello che la concretizzazione della clausola generale può avere quando sia adoperata in funzione integrativa cioè su un tronco che sussiste a prescindere da essa sicché, per così dire, essa può aggiungere o togliere un ramo, l'albero restando fuori discussione ». Per una diversa autorevole impostazione GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *questa rivista*, 1997, p. 423.

⁽¹¹⁷⁾ D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 43.

⁽¹¹⁸⁾ PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento*, cit., VII. Ma v. in proposito le osservazioni di VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 241 ss.

⁽¹¹⁹⁾ Così, pressoché testualmente, D'AMICO, *Nullità virtuale*, cit., p. 735.

⁽¹²⁰⁾ D'AMICO, *Nullità virtuale*, p. 736 (nota 12).

– di legare il giudizio di invalidità ad un superiore criterio di legalità ⁽¹²¹⁾.

La questione si risolve allora nello stabilire se le disposizioni di cui parliamo si collochino fra le regole di *mero* comportamento, la cui violazione non può valicare il confine dei rimedi risarcitori, ovvero possano essere qualificate come norme (imperative) la cui violazione *può* dar luogo alla nullità (virtuale) del contratto.

Posto infatti che l'esclusione della nullità per violazione di obblighi legali (di informazione nel contratto o di redazione del testo scritto) mai potrà essere giustificata – come invece fanno le Sezioni Unite – con « la mera considerazione » che detti obblighi « costituiscono delle “regole di comportamento”, e che *per questa ragione* la loro violazione *non* può essere sanzionata con la invalidità del contratto » ⁽¹²²⁾, è pur vero che non la violazione di qualsivoglia norma imperativa dà luogo a nullità.

Due a questo punto i nodi da sciogliere.

Rispetto al primo, senza poter indugiare oltre in questa sede ⁽¹²³⁾, ci pare si possa affermare con una certa sicurezza che le norme impositive di obblighi informativi (nel contratto), requisiti grafici, specifiche menzioni ecc. *non sono regole di buona fede*. Non che rispetto ad esse l'interprete si trovi di fronte una secca alternativa esistenza/inesistenza, dovendo anche qui compiere, come in qualsiasi attività interpretativa, un'operazione valutativa non meramente cognitiva; tuttavia questa si svolgerà sulla base di parametri che lo stesso legislatore ha provveduto a formalizzare massimamente, *ex ante*. In un clima, peraltro, nel quale si fa piuttosto chiara la spinta verso la stabilizzazione dell'operazione conforme al modello legale e verso la compressione del potere giudiziale di amministrare clausole generali ⁽¹²⁴⁾, e più netta la polarizzazione sul testo « onnicomprensivo » che di per sé esclude un richiamo a caratteri extratestuali ed extralegali propri del giudizio di buona fede ⁽¹²⁵⁾.

Norme come quelle prima citate non si risolvono in un generico dovere di diligenza o correttezza, ma indicano minuziosamente criteri, modalità, tempi, luoghi del *facere*. Non si rivolgono al destinatario dicendo: « comportati diligentemente »; piuttosto: « (poiché devi comportarti diligentemente) è necessario che tu scriva *x*, con caratteri *y*, inserisca la dizione *z*,

⁽¹²¹⁾ D'AMICO, *Nullità virtuale*, p. 736.

⁽¹²²⁾ D'AMICO, *Nullità virtuale*, cit., nota 17.

⁽¹²³⁾ Sia consentito rinviare nuovamente a MODICA, *Vincoli di forma e disciplina del contratto*, cit., p. 119 ss.

⁽¹²⁴⁾ MAZZAMUTO, *Il problema della forma nei contratti di intermediazione mobiliare*, in *questa rivista*, 1994, p. 45.

⁽¹²⁵⁾ DI MAJO, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 542.

ecc.». Ben lungi dunque dall'integrare una clausola generale quale «forma di fattispecie che descrive con grande generalità un ambito di casi e li consegna alla valutazione giuridica»; per rispondere invece perfettamente al criterio della «costruzione casistica» quale «conformazione della fattispecie legale (intesa come complesso dei presupposti che condizionano la disposizione legislativa di conseguenze giuridiche), tale che descriva i singoli gruppi di casi nella loro specifica particolarità»⁽¹²⁶⁾.

Alla stregua del percorso ricostruttivo sopra illustrato può dirsi che – e siamo al secondo profilo – almeno in generale, l'esito invalidante appare giustificato.

Perché dalla violazione della norma imperativa possa derivare la nullità del contratto è necessario invero – stabilisce il comma primo dell'art. 1418 c.c. – che la legge non «disponga diversamente». Sintagma dal «contenuto dilemmatico»⁽¹²⁷⁾, cui assumiamo di attribuire, con molta ed autorevole dottrina, il significato di esclusione della nullità in base alla *ratio* della norma imperativa violata, vale a dire tutte le volte in cui la nullità appaia soluzione irragionevole rispetto agli obiettivi perseguiti dalla regola disattesa⁽¹²⁸⁾.

Si potrebbe obiettare che delegare all'interprete l'apprezzamento della congruenza del rimedio rispetto alle finalità della norma violata significherebbe vanificare quella «fuga dai giudici» che abbiamo individuato come tratto caratterizzante la legislazione nuova e che sta a fondamento del processo di formalizzazione delle condotte di cui si è detto.

Il rilievo è destinato però quanto meno a ridimensionarsi ove solo si rifletta sul tasso di indeterminatezza tipico della clausola di buona fede rispetto al tasso di indeterminatezza tipico delle norme della cui violazione si discute.

Poiché il potere del giudice è inversamente proporzionale alla determinatezza delle regole che è chiamato ad applicare, ed anche l'individuazione della *ratio* di una norma è tanto meno discrezionale quanto più la stessa è determinata; e, ancora, poiché le discipline in commento si caratterizzano per un alto grado di determinatezza, ci sembra destinato a svanire il timore di far rientrare dalla finestra ciò che si era cacciato dalla porta.

Allora la questione può così riproporsi: è la nullità rimedio congruente rispetto alla *ratio* dei vincoli formali di nuova generazione?

⁽¹²⁶⁾ ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, pp. 192-193, cui si riferisce anche la citazione precedente.

⁽¹²⁷⁾ DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 82.

⁽¹²⁸⁾ Così CARRARO, *Il contratto in frode alla legge*, Padova, 1949, p. 149 (nota 9); DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 440; VILLA, *Il contratto contrario a norme imperative*, cit., p. 78; PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 43; MANTOVANI, *La nullità e il contratto nullo*, cit., p. 47.

Se «forma *ad substantiam*» non è più mera e generica scrittura ma redazione per iscritto «qualificata», sottoposta a certe condizioni (predeterminate dal legislatore), torna a prospettarsi l'interrogativo del contratto difettoso in punto di forma, in uno dei tanti profili in cui questa si sostanzia; la quale, però, ha già una risposta nel sistema, nei termini sopra annunciati dell'individuazione del rimedio alla carenza di forma nella nullità (testuale o virtuale).

Prescrizioni come quelle di lingua, adozione di determinati caratteri grafici, inserzione di *verba solemnia*, indicazioni puntuali, sono componenti del più generale vincolo di forma – connotazioni vincolate del vincolo, potrebbe dirsi – e come tali devono essere presidiati, riteniamo, dalla medesima sanzione prevista in generale per il difetto di forma scritta ⁽¹²⁹⁾.

Il problema dunque non è se la violazione dia luogo a nullità, ma a quale nullità dia luogo la violazione. Quando la regola di controllo dell'autonomia privata si proponga di intercettare ed azzerare squilibri di potere contrattuale *mediante forma*, essa necessariamente esige adattamenti del rimedio invalidante; o meglio: in ragione della mutata sua rilevanza strutturale, la nuova forma reclama a presidiarla regole flessibili, incompatibili con il paradigma della nullità assoluta.

Allorché la forma serve ad incanalare l'autonomia privata secondo moduli prefissati, accompagnando e rafforzando il controllo sul contenuto e così presidiando la regolarità (più che della singola fattispecie contrattuale) della contrattazione, i rimedi da riconnettere al suo difetto, non privi di un'attitudine sanzionatoria ma con chiara indole manutentiva, possono spingersi fino a garantire la sopravvivenza del regolamento il quale, pur difettoso, sia ancora utile per uno dei contraenti, salvo sottrarre alla controparte scorretta la disponibilità degli effetti dell'atto «opaco»: il formalismo si atteggia a preconditione dell'esercizio del potere di fissazione del regolamento che una sola parte detiene, profilandosi dunque come essenzialmente asimmetrico; e la carenza di forma condiziona il contratto, più che la validità, la *vincolatività*, che sarà a sua volta asimmetrica.

5. – L'«effetto utile» e l'ibridazione dei rimedi a presidio del vincolo di forma

L'esito ricostruttivo qui prospettato si sviluppa dunque, in sequenza, attraverso la: a) contestazione del principio di libertà delle forme; b) accezio-

⁽¹²⁹⁾ Non a caso la dottrina ha parlato in proposito, efficacemente, di «obblighi legali di fattispecie»: DOLMETTA, *Strutture rimediali per la violazione di «obblighi di fattispecie» da parte di intermediari finanziari (con peculiare riferimento a quelli di informazione e di adeguatezza operativa)*, in www.ilcaso.it, doc. 83/2007, p. 4.

ne pluralistica della forma quale complessiva morfologia dell'atto; c) distrazione delle (nuove) prescrizioni di forma *ad substantiam* dal consueto alveo delle norme ordinarie; d) collocazione di queste tra le norme imperative; e) conseguente ammissibilità di nullità formali virtuali; f) valorizzazione della *ratio legis* ai fini dell'individuazione della relativa disciplina.

Percorso argomentativo che, ci pare, si sottragga alla critica di condurre ad un ingiustificato « sovvertimento dei principi generali »⁽¹³⁰⁾; a patto, ovviamente, che di siffatti principi generali si provi a discorrere alla luce del quadro normativo attuale.

Senza addentrarci in uno dei temi più centrali e tormentati del diritto privato contemporaneo – e cioè quello della « tenuta » del sistema retto dal codice civile e del suo rapporto con (eventuali) microsistemi agenti di uno strisciante fenomeno di « decodificazione » – la questione pregiudiziale è il rapporto che s'intende istituire tra disciplina generale del contratto e discipline di settore⁽¹³¹⁾, pur sempre nella consapevolezza che « la scelta fra l'attribuzione alle norme generali di un ruolo fondamentale o di un ruolo residuale dipende da giudizi di valore »⁽¹³²⁾, come tali sempre contestabili.

Il ragionamento fin qui svolto muove dalla premessa che i settori aventi ad oggetto relazioni negoziali connotate da uno squilibrio di potere contrattuale fra le parti abbiano dato vita – per l'effetto di mutamenti che spingono il diritto interno verso l'inserimento entro un ordinamento comunitario, sia pure per successive tappe – ad un corpo normativo sufficientemente

⁽¹³⁰⁾ PAGLIANTINI, *Forma e formalismo*, cit., p. 104.

⁽¹³¹⁾ Senza alcuna pretesa di completezza: BRECCIA, *Considerazioni sul diritto privato sovranazionale fra modelli interpretativi e regole effettive*, in *Studi in onore di R. Sacco*, Milano, 1994, p. 119 ss.; MENGONI, *Problemi di integrazione della disciplina dei « contratti del consumatore » nel sistema del c.c.*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, III, Diritto privato, 2. Obbligazioni e contratti, Milano, 1998, p. 535 ss.; LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, pp. 379 ss. e 871 ss.; VETTORI, *La disciplina generale del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 313 ss.; CIAN, *Contratti, contratti commerciali, contratti d'impresa*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 849; OPPO, *I contratti di impresa tra codice civile e legislazione speciale*, ivi, p. 50 ss.; GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto: contributo per una ricostruzione sistematica*, Milano, 2005; CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema, in Europa e dir. priv.*, 2006, p. 397 ss.; PATTI, *I contratti del consumatore nel sistema del diritto civile, ne I mobili confini dell'autonomia privata*, Milano, 2005, p. 463 ss.; *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di Macario e Miletti, Milano, 2006; *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, a cura di Navarretta, cit.; *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, a cura di Plaia, Milano 2008.

⁽¹³²⁾ LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale" (appunti per una discussione)*, in *Diritto civile e diritti speciali*, cit., p. 271.

consolidato, nelle premesse e nelle finalità, in grado ormai di esplicitare principi generali distinti da quelli desumibili *de plano* dalla sistematica del codice e non sempre «figli» di questi, sulla scorta di regole che – in quanto coerenti con gli obiettivi che tale microsistema animano – si prestano a circolare (analogicamente. estensivamente o in via di interpretazione sistematica, *qui* poco importa) all'interno dell'ambito normativo in cui si sono originate. Sul presupposto che «la forza degli specialismi è data dalla loro capacità di fornire risposte concrete ad esigenze di autoregolamentazione di determinati settori “forti” della vita sociale ed economica»⁽¹³³⁾, rispetto ai quali una mera riaffermazione di superiorità di rango del «diritto privato generale» è sempre più, sul piano delle risposte, arma spuntata⁽¹³⁴⁾.

La prospettiva in cui ci si pone appare ancor più giustificata – e fors'anche necessitata – quando si discuta di rimedi. Perché massimamente in punto di rimedi, con la fisiologica scompaginazione dei principi (che si vogliono) generali interferiscono due elementi di non scarsa importanza: l'indifferenza delle fonti comunitarie per il modello di sanzione, ferma restando l'imprecindibilità dell'esistenza ed efficacia di questa; l'inerzia delle fonti italiane quando si tratti di darvi corpo. Il che solo basterebbe ad incrinare le certezze circa la primazia, in questo ambito, delle categorie note.

Il legislatore europeo generalmente tace in punto di rimedi, ed anche comprensibilmente: in lui non alberga l'idea di «svelare le assonanze tra i sistemi rilanciandole come cardine del diritto europeo *in fieri*; piuttosto, ha di mira precisi obiettivi di riaggiustamento delle regole del mercato». È dunque «un legislatore pragmatico che poco si cura delle architetture concettuali e dei raccordi con i diversi sistemi giuridici che procede ad armonizzare»⁽¹³⁵⁾, limitandosi a segnalare l'effetto utile da raggiungere e lasciando agli Stati membri di prescegliere gli strumenti, in principio anche differenti, più familiari a ciascuna tradizione⁽¹³⁶⁾. *The Member States may*

⁽¹³³⁾ LIBERTINI, *Alla ricerca del “diritto privato generale”*, cit., p. 276,

⁽¹³⁴⁾ Ma è evidente, senza essere un paradosso, che, ove muti la premessa valutativa, e si assuma (come fa per es. PAGLIANTINI, *Forma e formalismo*, cit., 46) a canone metodologico di riferimento «lo schema logico diritto privato generale/diritti secondi, nella convinzione che solo l'intreccio di questi due formanti possa riuscire a dar conto di alcuni dati sistemici imprevedibili: la caratura pervasiva del primo, il non essere generale dei secondi» e si decida conseguentemente che anche la forma del contratto c.d. europeo «è da costruire sulla scorta dei principi generali, salvo non ricorrano delle disposizioni speciali [...] che ad essi apportino un'espresa eccezione», le conseguenze ricostruttive saranno, internamente coerenti, ma opposte.

⁽¹³⁵⁾ MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *La vendita dei beni di consumo*, a cura di Alessi, Milano, 2005, p. 321.

⁽¹³⁶⁾ Sulla diversità di valori che informa ciascun ordinamento e sul conseguente utilizzo

use any concept of national contract law which fulfils the required objective that unfair contract terms should not be binding on the consumer puntualizzava non a caso il Considerando 54 della proposta di direttiva sui diritti dei consumatori, nella versione inglese ⁽¹³⁷⁾.

Anche per questo, quando espliciti, gli indici normativi di originaria matrice comunitaria hanno talvolta delineato soluzioni di primo acchito fuorvianti, almeno per il giurista italiano. Si pensi all'allungamento dei termini per esercitare lo *ius poenitendi* a sanzione di una carenza informativa; indicazione che la Corte di giustizia ha poi amplificato affermando, in assenza di informazione sul diritto di recesso, la recedibilità senza limiti di tempo – fino alla completa esecuzione – perché solo ad un recesso esercitabile *sine die* può riconoscersi il valore di sanzione immanente allo scopo quando si tratti di presidiare il diritto all'informazione ⁽¹³⁸⁾.

In effetti, nelle ipotesi in cui la strategia di controllo sull'atto è affidata alla trasmissione del flusso informativo, «pur quando il contratto non si manifesti come immeritevole di tutela, la situazione materiale o lo status in cui una parte lo ha stipulato induce l'ordinamento a consentire a tale parte di sciogliere il vincolo, *con lo stesso risultato economico che si conseguirebbe con la nullità*» ⁽¹³⁹⁾.

E proprio lungo questa direttrice si evidenzia come a garantire il pieno rispetto (e le relative finalità) dei vincoli di forma (ma anche di formazione) del contratto non potranno che essere rimedi volti alla *non vincolatività* del regolamento, rimessa alla decisione del contraente (che aderisce ad un regolamento da altri predisposto e che perciò è) protetto ⁽¹⁴⁰⁾.

di categorie concettuali spesso assai distanti cfr. COSTANZA, *Spaesamento assiologico*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 77 ss.; GIACOBBE, *Dimensione territoriale e sistema dei valori nel diritto civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 101 ss.

⁽¹³⁷⁾ Varata nel 2008 - Bruxelles, 8 ottobre 2008, COM(2008) 614 *final* - ma ad oggi rimasta tale. Il «not be binding» si traduce nella versione italiana, di nuovo non a caso, in «nullità»: «Gli Stati membri possono usare *qualsiasi concetto di diritto contrattuale* nazionale che soddisfi l'obiettivo prescritto della *nullità* per le clausole abusive per il consumatore».

⁽¹³⁸⁾ ALESSI, *I doveri di informazione*, cit., p. 404 ss. Sui «modi di uscita» dal contratto nella legislazione europea alla luce degli strumenti dell'analisi economica del diritto cfr. SMORTO, *Autonomia contrattuale e tutela dei consumatori. Una riflessione di analisi economica*, in *Contratti*, 2008, p. 730 ss.

⁽¹³⁹⁾ CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., XXXVI (corsivo nostro). Sui rapporti fra recesso in chiave sanzionatoria e annullabilità, cfr. CHERUBINI, *Tutela del «contraente debole» nella formazione del contratto*, Torino, 2005, p. 95 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ L'idea che la legge possa prevedere delle forme «la cui adozione non condiziona la validità del contratto ma la sua *vincolatività*» è già in LENER, *Dalla formazione alla forma dei contratti su valori mobiliari (prime note sul «neoformalismo» negoziale)*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 1990, p. 789 (nota 40).

Ora, non può disconoscersi quanto si approssimino, *in concreto*, gli strumenti della *recedibilità sine die* e della nullità relativa, a testimonianza della cautela con cui l'interprete dovrà accostarsi al tema, persino senza troppo indulgere alla forza evocativa dei termini, se è vero che la nullità « europea » ben poco disvela ove si parta dalla nullità della nostra tradizione.

Non si vuole certo affermarne una piena fungibilità, ma non v'è dubbio che recesso di pentimento impiegato a fini sanzionatori e nullità « di protezione », nell'ottica del legislatore comunitario, raggiungono entrambi, sul piano pratico, l'*effetto utile* di rendere non vincolante per l'aderente il contratto non conforme allo schema legale ⁽¹⁴¹⁾.

Si assiste insomma ad una progressiva ibridazione dei rimedi di cui si avvede ora anche la giurisprudenza di merito.

Chiamato a pronunciarsi sulla portata del terzo comma art. 23 T.U.F., il quale prevede testualmente che le nullità formali del contratto possano essere fatte valere solo dal cliente, il Tribunale di Verona ⁽¹⁴²⁾ ragiona in proposito di una forma speciale di annullabilità « rafforzata ». Sulla scorta di argomenti imperniati sul concreto atteggiarsi degli *effetti* della sanzione, rileva che: l'art. 23, lungi dal negare efficacia al contratto affetto da vizio di forma, ne assicura la piena efficacia, almeno sul versante dell'intermediario, che resta, comunque, vincolato dal contratto nonché assoggettato all'iniziativa potestativa invalidante del cliente; lo stesso articolo esclude il rilievo officioso della nullità legittimando il solo investitore, senza limiti di tempo *ex art. 1422 c.c.*, ad eccepire l'inidoneità giuridica del vincolo invocato dall'intermediario; la eclatante atipicità del rimedio suggerisce un parallelo con la *Anfechtung* di cui al § 143 BGB ⁽¹⁴³⁾, e conduce a ritenere anche nel caso specifico – in aderenza con la natura esplicitamente definita « ibrida » del rimedio in esame – sufficiente la *denuntiatio* del cliente, sì da esonerarlo dall'azione costitutiva propria dell'annullamento in senso stretto.

Appare allora di tutta evidenza « la difficile sovrapponibilità dell'istituto in esame alla nullità assoluta codicistica che, come è noto, nega *ab origine* ogni efficacia giuridica al negozio viziato (*quod nullum est nullum producit effectum*) e ne consente il rilievo generalizzato da parte di chiunque ne abbia interesse, nonché quello officioso del giudice, come riaffermazione cogente e “militare” dell'ordinamento sull'autonomia privata ». Emerge per converso – continua il giudice – « la forte affinità della nullità in esame, *almeno sul piano soggettivo e degli effetti*, con l'azione di annullamento di cui all'art.

⁽¹⁴¹⁾ Sui caratteri del recesso di pentimento v. da ultimo RENDE, *Il recesso comunitario dopo l'ultima pronuncia della corte di giustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 525 ss.

⁽¹⁴²⁾ Trib. Verona, 17 aprile 2009, in www.ilcaso.it, doc. n. 1839/2009.

⁽¹⁴³⁾ Su cui, di recente, GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 150 ss.

1441 c.c. lì dove, al pari di quest'ultima (e ben diversamente dalla generale legittimazione all'azione di nullità: art. 1421 c.c.), conferisce il relativo diritto potestativo assoluto soltanto a colui nel cui interesse l'annullamento del contratto è previsto (art. 1441 c.c.)».

Se ne fa discendere una conseguenza di non poco conto: la convalidabilità del vizio (di forma, a pena di nullità testuale, relativa) del contratto. Si legge infatti che è proprio la relatività soggettiva del rimedio a consentire il superamento dell'ostacolo dell'art. 1423 c.c. – «più tecnico che teleologico» – come rivelerebbe la formula aperta della norma «il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente». Invero, si fa notare, ciò che osta alla convalida del negozio nullo è proprio l'insuperabile incompletezza della platea dei soggetti chiamati di volta in volta ad esprimere il consenso, «essendo praticamente impossibile individuare a priori l'area di "chiunque vi abbia interesse" e, in ogni caso, inutile laddove permanga il potere del rilievo officioso del giudice».

Diversamente in tema di nullità di protezione: in ragione della sua «relatività assoluta» – così pregnante da escludere persino il controllo giurisdizionale officioso – l'individuazione dell'unico soggetto legittimato tanto alla convalida espressa che a quella tacita mediante esecuzione volontaria del negozio nella consapevolezza del vizio è immediata, al pari dell'annullabilità classica.

Nel caso di specie, la circostanza che l'investitore avesse incassato le numerose e fruttuose cedole relative ai titoli acquistati senza lamentare alcunché e senza mostrare perplessità circa l'inadeguatezza dell'investimento, esprimerebbe in modo implicito, ma pur sempre chiaro ed inequivoco, la volontà di convalidare tacitamente il negozio annullabile⁽¹⁴⁴⁾.

Ne esce ridimensionato il timore talvolta manifestato in dottrina che intravede nella torsione delle categorie un eccesso di tutela a vantaggio del contraente debole: l'investitore, infatti, cui si riferivano numerose ed ingenti operazioni della più varia natura, «lungi dal denunciare tutti gli acquisti effettuati negli anni e dal qualificare coerentemente come indebito oggettivo ogni pagamento effettuato per essi – tutti attuati entro la medesima cornice negoziale viziata – ha invece optato per una selezionata contestazione, circoscrivendola ai soli titoli rivelatisi infruttuosi, fermo il resto».

Ora, «se, da una parte, si può forse convenire sull'equivocità dell'ordine di acquisto come espressione di validazione consapevole del contratto-quadro "a monte" (l'ordine, di per sé, potrebbe ancora non implicare l'univoca volontà di voler trarre vantaggio, in senso giuridico, dal contratto viziato), dall'altro, la volontà di conservare a tutti gli effetti i titoli fruttuosi e le som-

⁽¹⁴⁴⁾ Sulla scorta di Trib. Roma, 5 maggio 2005, in *Corr. giur.*, 2005, p. 1275.

me di cui alle numerose e proficue cedole incassate pur sapendo della nullità del contratto-quadro [...] sta inequivocabilmente a significare la simmetrica volontà di giovarsi di quel contratto».

Risulta dunque applicato, sebbene implicitamente, il principio *nemo venire contra factum proprium*, attribuendo decisivo rilievo al comportamento che il contraente ha tenuto in epoca successiva alla conclusione del contratto, utilizzato come argomento (non per negare la legittimazione ad agire ma) per ammettere la « validazione consapevole » del contratto-quadro affetto da un vizio di forma previsto a pena di nullità (relativa).

Il Tribunale precisa, vale la pena citarlo, che simile conclusione consente, come effetto secondario ma assai rilevante, di evitare « il rischio che l'imprescrittibilità della nullità esaminata possa favorire [...] strategie "a geometria variabile" dell'investitore con portafogli differenziati, volte a far valere *ex post* la nullità derivata delle sole operazioni negative o insoddisfacenti ».

L'*escamotage* della convalida, in effetti, consente di risolvere (indirettamente ma) in radice il problema tecnico della compatibilità fra relatività della legittimazione e imprescrittibilità dell'azione, poiché mentre « né l'inerzia né la consapevole esecuzione possono integrare una acquiescenza e fondare una preclusione soggettiva all'impugnazione »⁽¹⁴⁵⁾, le stesse possono invece, in presenza di determinati indici fattuali, addirittura sanare l'atto. Cosicché il contraente non potrà più azionare la nullità per la semplice ragione che il negozio non è più nullo. E di un negozio valido (convalidato) nessuno può chiedere la nullità, neanche il contraente che era originariamente legittimato a farlo.

Qui dunque non si assiste ad un impiego della clausola di buona fede a mo' di filtro della legittimità del concreto interesse ad agire: la fuga, si è detto, prima che dai giudici è dalle clausole generali⁽¹⁴⁶⁾. E più che fare questione di *exceptio doli generalis* ed occuparsi dell'eventuale uso pretestuoso dell'azione di nullità⁽¹⁴⁷⁾, si approda ad un risultato che può apparire *tran-*

⁽¹⁴⁵⁾ GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, II, nel *Tratt. dei contratti*, diretto da Rescigno, Torino, 1999, p. 1347.

⁽¹⁴⁶⁾ Incisivamente DE NOVA, *I contratti di oggi*, cit., p. 458: « dettare norme uniformi. Questo è in effetti ciò di cui si ha oggi bisogno, di fronte ad una prassi contrattuale uniforme e tendenzialmente completa. Non, sia chiaro, affermare generici principi, come quello di buona fede ».

⁽¹⁴⁷⁾ PAGLIANTINI, *Forma e formalismo*, cit., p. 33. Nello stesso senso GENTILI, *Nullità annullabilità inefficacia*, cit., p. 205: « la prima protezione del consumatore è un mercato efficiente e la nullità vi cospira », mentre ciò che davvero servirebbe è un'operatività il più possibile limitata quanto alla estensione oggettiva ed una legittimazione assoluta assistita da un vaglio serio del concreto interesse ad agire.

chant (ma neanche troppo) e che però ha il pregio di un pragmatismo pur sempre orientato dai « criteri di coerente tutela dei beni giuridici fondamentali coinvolti » nella problematica in esame ⁽¹⁴⁸⁾.

Certo, alla luce della dialettica diritto primo/diritti secondi, non può non condividersi il rilievo che, a forza di coniugare relatività e sanabilità, della nullità non resterebbe nient'altro che il *nomen* e « più nulla del suo meccanismo operativo; che finirebbe per coincidere in tutto o in parte con quello della annullabilità » ⁽¹⁴⁹⁾.

Ma che siamo fuori da quella logica è confermato dalla circostanza per cui lo scivolamento verso l'annullabilità – almeno quella a noi familiare – è solo apparente, laddove invece, si osserva opportunamente, è stato proprio il diritto europeo dei contratti ad « eliminare l'annullabilità », che è rimedio tipicamente posto a salvaguardia della « autenticità e razionalità *individuale* della scelta contrattuale » e pertanto inadeguato quando, come nel caso di specie, si vuole rimediare a fenomeni di carattere seriale, quali la distorsione della concorrenza e le asimmetrie informative, delineando soluzioni ispirate « alla razionalità ed all'efficienza del mercato » ⁽¹⁵⁰⁾.

In gioco è la gestione di asimmetrie di potere « fisiologiche », vale a dire risultanti dalle « obiettive posizioni di mercato occupate dall'una e rispettivamente dall'altra parte del contratto », in termini, dunque, « non individualizzati, ma piuttosto standardizzati per intere classi di contraenti »; inappropriati appaiono pertanto i richiami a strumenti tipicamente volti a governare un'asimmetria « patologica », quella, per intenderci, che interviene fra soggetti originariamente pari la cui relazione si è per accidente incrinata: l'errante, l'ingannato, il minacciato sono « patologicamente » deboli di fronte alla controparte ed invocano rimedi pensati per fallimenti della singola relazione negoziale ⁽¹⁵¹⁾. Rimedi che necessariamente attribuiscono al giudice un potere che le norme in materia di forma adesso gli vogliono sottrarre propendendo per quella nullità che ha invece il pregio di « auto-applicarsi » ⁽¹⁵²⁾. Ed è appena il caso di rimarcare che relatività e sanabilità ripropongono dell'annullabilità solo profili di flessibilità a beneficio di colui nel cui interesse è posto il rimedio; ma troppo poco per mimare di essa anche la logica individualizzante dei presupposti e della verifica giudiziale, dalla quale la nullità di protezione si vuole tenere assai lontana.

⁽¹⁴⁸⁾ LIBERTINI, *Alla ricerca del "diritto privato generale"*, cit., p. 273.

⁽¹⁴⁹⁾ GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1373.

⁽¹⁵⁰⁾ GENTILI, *Nullità, annullabilità, inefficacia*, cit., p. 201, il quale però giunge a conclusioni opposte rispetto a quelle qui sostenute.

⁽¹⁵¹⁾ ROPPO, *Parte generale del contratto*, cit., nota 35.

⁽¹⁵²⁾ IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 52.

Vero è che una moltiplicazione delle cause di nullità restituisce un negozio complessivamente più vulnerabile, con possibili insidiose refluenze sulla certezza dei traffici; ma è vero altresì che si tratterebbe comunque di una vulnerabilità « a metà », in grado di assolvere anche una funzione latamente sanzionatoria nei confronti del predisponente, espropriato della possibilità di caducare il contratto in presenza di un vizio di forma ⁽¹⁵³⁾: rispetto al vizio formale soltanto – la cui genesi non può che collocarsi nella fase di predisposizione dei documenti contrattuali e dunque ascrivere al soggetto « forte » del rapporto – il problema della selezione all'ingresso dei concreti interessi all'esperimento dell'azione si ritiene risolto a monte.

L'interprete è semmai costretto a fare i conti con un fenomeno di progressiva fungibilità e ibridazione dei rimedi, rispetto al quale non sempre gli soccorre l'armamentario delle categorie note; più feconda profilandosi l'interpretazione teleologica delle norme, come assecondata, se non addirittura imposta, dal modello dell'effetto utile.

Non sorprende che « gestore » più adeguato di questa trasformazione si riveli il giudice di merito, dal quale provengono aperture non sempre controllate ma certo di sicuro interesse nella prospettiva qui accolta. Si pensi al consistente recupero del discorso in tema di « nullità sopravvenuta » (a proposito di ordini eseguiti sotto il vigore di una data disciplina ma originatisi da un contratto quadro stipulato sotto il vigore di diversa disciplina, di nuovo con riferimento al problema dei requisiti formali) ⁽¹⁵⁴⁾, alla quale fino a pochi anni fa la giurisprudenza non riservava grande favore assumendola in contrasto con la concezione (tradizionale) che vuole la nullità – in quanto *vulnus* della fattispecie – necessariamente originaria ⁽¹⁵⁵⁾.

6. – *Qualche notazione conclusiva*

Il quadro è certo ben lontano dal potersi considerare definito: « le lacune sono tuttora troppo numerose; e massima è l'incertezza nella pratica » ⁽¹⁵⁶⁾. Soprattutto ove si ponga mente alla circostanza che completamente svuotato di senso si rivela qui il brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: il silenzio non ha un significato decisivo né quando provenga dalle fonti sovra-

⁽¹⁵³⁾ In questo senso PUTTI, *La nullità parziale. Diritto interno e diritto comunitario*, Napoli, 2002, p. 308.

⁽¹⁵⁴⁾ Trib. Ferrara, 28 gennaio 2010, cit.; Trib. Saluzzo, 28 aprile 2009, in *www.ilcaso.it*, doc. n. 1729/2009; Trib. Parma 3 aprile 2008, *ivi*, doc. 1193/2008.

⁽¹⁵⁵⁾ DI MAJO, *La nullità*, cit., p. 98; MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Not.*, 2009, p. 180 ss.

⁽¹⁵⁶⁾ BRECCIA, *La forma*, cit., p. 541.

nazionali, né quando appartenga al legislatore italiano. Il quale, limitandosi a recepire *telle quelle* la normativa europea, disattende ad una invece immane opera di adeguamento alle coordinate interne; inerzia che pare ancor più inaccettabile quando in altre materie e a fini ben differenti, che forse non casualmente hanno scopi del tutto diversi da quelli protettivi, lo stesso si premuri di indicare, e puntualmente, l'apparato sanzionatorio da riconnettere al difetto ⁽¹⁵⁷⁾.

Anche per questo il formalismo informativo cela ben più di una contraddizione.

A monte, è però la suggestiva idea che si possa, insieme, proteggere i soggetti deboli e garantire il libero gioco della concorrenza per il tramite del contratto (ciò che in sostanza aspira a fare il legislatore comunitario troppo confidando, fin qui, sulla razionalità dell'*homo oeconomicus*), a rivelarsi chimerica se non addirittura controproducente ⁽¹⁵⁸⁾: la vicenda della forma-contenuto, con la divaricazione tra indicazioni di (micro)sistema ed effettività delle tutele, lo testimonia.

Di «vanità» del consumerismo si discute ⁽¹⁵⁹⁾ anche a voler segnalare, condivisibilmente, l'impossibilità di fornire risposte forti in termini di (autentica) protezione mediante l'esclusivo impiego di strumenti giusprivatistici, specie contrattuali ⁽¹⁶⁰⁾.

Rinunciando a volervi scorgere a tutti i costi effetti protettivi che spesso non è in grado di assicurare, il cosiddetto neoformalismo – che è tecnica di governo del mercato interferente piuttosto con le condotte dei soggetti forti, di cui uniforma le offerte assoggettandole a preventivo controllo – tem-

⁽¹⁵⁷⁾ Cfr. art. 29, comma 1° *bis*, della l. 27 febbraio 1985 n. 52, introdotto dall'art. 19, comma 14°, del d.l. 31 maggio 2010, n. 78, come risultante dalla l. di conversione 30 luglio 2010, n. 122: «Gli atti pubblici e le scritture private autenticate tra vivi aventi ad oggetto il trasferimento, la costituzione o lo scioglimento di comunione di diritti reali su fabbricati già esistenti devono contenere, per le unità immobiliari urbane, *a pena di nullità*, oltre all'identificazione catastale, il riferimento alle planimetrie depositate in catasto e la dichiarazione, resa in atti dagli intestatari, della conformità allo stato di fatto dei dati catastali e delle planimetrie. Prima della stipula dei predetti atti il notaio individua gli intestatari catastali e verifica la loro conformità con le risultanze dei registri immobiliari».

⁽¹⁵⁸⁾ BRECCIA, *La forma*, cit., p. 541.

⁽¹⁵⁹⁾ RUDDEN, *Le juste et l'inefficace; pour un non devoir de renseignement*, in *Rev. trim. dir. civ.*, 1985, p. 91.

⁽¹⁶⁰⁾ Ove solo si consideri che «qualsiasi informazione che si debba dare, lungi dal ricondursi ad essere una mera trasparenza, riassume in sé del lavoro e delle spese che hanno un costo. Sarebbe ingenuo immaginare che i produttori sopporteranno questo surplus di impegni senza reagire. Ne incorporeranno la stima nel prezzo di vendita, e gli acquirenti pagheranno sin dalla formazione del contratto il miglioramento del servizio eventualmente atteso al momento dell'esecuzione»: CARBONNIER, *Flessibile diritto*, trad. it., Milano, 1997, p. 131.

pera il suo potenziale rigore nell'incontro con rimedi la cui attitudine distruttiva è forzosamente contenuta. Pur nel parziale silenzio delle norme, infatti, la nuova forma esibisce propri tratti distintivi che – oltre ad impedirne la riconduzione ai canoni consueti del formalismo quale requisito della fattispecie – ne fanno significativo banco di prova dell'approccio rimediale proprio del « diritto privato europeo »⁽¹⁶¹⁾.

Non a caso è il panorama giurisprudenziale in tema di forma (*rectius forme*), fra incertezze e incongruenze (e con qualche fuga in avanti), a farsi oggi vivace laboratorio della nullità *speciale*.

LARA MODICA

⁽¹⁶¹⁾ CASTRONOVO e MAZZAMUTO, *L'idea*, in *Manuale di diritto privato europeo*, cit., p. 11 ss.