



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

Tutela del consumatore nel contratto di multiproprietà e nullità.

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

Tutela del consumatore nel contratto di multiproprietà e nullità / A. Gorgoni. - In: PERSONA E MERCATO. - ISSN 2239-8570. - STAMPA. - 1:(2012), pp. 31-55.

Availability:

This version is available at: 2158/633885 since: 2015-10-28T09:02:29Z

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

PERSONA E MERCATO



Rivista periodica on-line

www.personaemercato.it

Anno 2012 - Numero 1

Saggi

- Diritti e coesione sociale. Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012, di Giuseppe Vettori..... p. 3
- Il contratto senza numeri e aggettivi. Oltre il consumatore e l'impresa debole, di Giuseppe Vettori..... p. 10
- Note critiche in tema di sanabilità e rinunciabilità delle nullità di protezione, di Giovanni Passagnoli..... p. 24

Materiali e commenti

- Tutela del consumatore nel contratto di multiproprietà e nullità, di Antonio Gorgoni..... p. 31
- Danno non patrimoniale e rottura ingiustificata della promessa di matrimonio, di Serena Meucci..... p. 56

Attualità

- Il dialogo tra le Corti europee in numeri. Un confronto tra statistiche giudiziarie, di Mario Mauro..... p. 67

Persona e Mercato è una rivista fondata da Giuseppe Vettori.

Direzione: Giuseppe Vettori
Comitato di direzione: Emanuela Navarretta; Stefano Pagliantini; Giovanni Passagnoli; Pietro Sirena.
Comitato dei revisori: Fabio Addis; Carmelita Camardi; Giuseppina Capaldo; Massimo Confortini; Giovanni D'Amico; Giancarlo Filanti; Carlo Granelli; Massimo Franzoni; Francesco Macario; Marisaria Maugeri; Fabio Padovini; Maddalena Rabitti; Antonio Rizzi; Claudio Scognamiglio; Paolo Zatti; Massimo Zaccaro.
Segreteria: P.zza San Marco 5, 50121 Firenze.
E-mail: info@personaemercato.it
Info: www.personaemercato.it

Persona e Mercato è testata registrata in data 9/10/2000 al n. 4995 dell'elenco della stampa periodica curato dal Tribunale di Firenze.

ISSN 2239-8570

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

Hanno collaborato a questo numero: Antonio Gorgoni; Mario Mauro; Serena Meucci; Giovanni Passagnoli; Giuseppe Vettori.



TUTELA DEL CONSUMATORE NEL CONTRATTO DI MULTIPROPRIETA' E NULLITA'.

Di Antonio Gorgoni

| 31

SOMMARIO: 1. Attuazione della direttiva 2008/122/CE in tema di multiproprietà, vacanze a lungo termine, rivendita e scambio. - 2. I diritti dell'acquirente. - 3. Formulario informativo e conclusione del contratto. - 4. Nullità delle rinunce e tutela in caso di preliminare del preliminare. - 5. La garanzia fideiussoria. - 6. Il diritto di recesso nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e nella multiproprietà. - 7. Il problema della disciplina delle nullità di protezione. - 8 (Segue). Diversità delle nullità di protezione e necessità di distinguere.

1. Attuazione della direttiva 2008/122/CE in tema di multiproprietà, vacanze a lungo termine, rivendita e scambio.

La multiproprietà soddisfa l'esigenza dell'acquirente di godere di un bene immobile, con una cadenza annuale per un periodo non inferiore a una settimana e tendenzialmente in perpetuo (c.d. diritto di godimento turnario). L'acquirente realizza una forma di investimento immobiliare che bilancia il costo dell'operazione con l'effettivo utilizzo del bene.

Il costituente, da parte sua, attraverso il frazionamento del diritto sul bene in più unità di tempo, "attua una strategia imprenditoriale che adegua l'offerta alla domanda e, soprattutto, massimizza i ricavi connessi allo sfruttamento dell'immobile, che sono senza dubbio maggiori di quelli conseguibili con la vendita della proprietà"¹.

¹MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, Torino, 2012, 455-456, afferma che "nella c.d. multiproprietà immobiliare l'interessato acquista dalla società promotrice, proprietaria dell'immobile, una quota parte della proprietà indivisa dell'unità abitativa, situata in un complesso residenziale, ottenendo la facoltà di godere dell'immobile in modo esclusivo ma per periodi di tempo limitati, secondo una turnazione che porta i c.d. multiproprietari ad alternarsi nel godimento della medesima frazione immobiliare. La multiproprietà ha, pertanto, la struttura del diritto reale, presentandone i caratteri della perpetuità, dell'inerenza alla cosa e dell'opponibilità: il titolare inol-

La normativa sulla multiproprietà è stata oggetto di un'ampia revisione in attuazione della direttiva 2008/122/CE², adottata in sostituzione della direttiva 94/47/CE. Quest'ulteriore intervento normativo da parte dell'Unione europea è stato sollecitato dallo sviluppo del settore della multiproprietà e dalla comparsa di nuovi prodotti per le vacanze. La diret-

tre acquista contestualmente una quota di condominio delle parti comuni proporzionale ai millesimi della propria unità abitativa".

² La direttiva 2008/122/CE *Relativa ai contratti di multiproprietà - contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine - contratti di rivendita e di scambio*, preso atto che nuovi prodotti per le vacanze di tipo analogo alla multiproprietà sono utilizzati nel mercato, ha regolato, oltre alla multiproprietà appunto anche il seguenti contratti: 1) contratto relativo a un prodotto per le vacanze di lungo termine, di durata superiore a un anno, con cui "un consumatore acquisisce a titolo oneroso essenzialmente il diritto di ottenere sconti o altri vantaggi relativamente ad un alloggio, separatamente o unitamente al viaggio o ad altri servizi"; 2) il contratto di rivendita con il quale "un operatore assiste a titolo oneroso un consumatore nella vendita o nell'acquisto di una multiproprietà o di un prodotto per le vacanze di lungo termine"; 3) il contratto di scambio con cui "un consumatore partecipa a titolo oneroso a un sistema di scambio che gli consente l'accesso all'alloggio per il pernottamento o ad altri servizi in cambio della concessione ad altri dell'accesso temporaneo ai vantaggi che risultano dai diritti derivanti dal suo contratto di multiproprietà"; 4) il contratto accessorio col quale "il consumatore acquista servizi connessi a un contratto di multiproprietà o a un contratto relativo a un prodotto per le vacanze di lungo termine e forniti dall'operatore o da un terzo sulla base di un accordo tra il terzo e l'operatore".



tiva più recente ha inteso “incoraggiare la crescita e la produttività delle industrie della multiproprietà e dei prodotti per le vacanze di lungo termine mediante l’adozione di talune norme comuni” (considerando 2 dir. 2008/122/CE).

L’art. 2 del d. lgs n. 79/2011 (codice del turismo)³, in attuazione della direttiva 2008/122/CE, ha sostituito interamente il capo I del titolo IV del codice del consumo. Il nuovo capo I reca una diversa denominazione rispetto a quella precedente ed esattamente: “Contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio”. Esso è composto dagli artt. da 69 a 81-*bis*.

La direttiva 2008/122CE ha riformulato la precedente direttiva 94/47/CE, ponendosi l’obiettivo di “rafforzare la certezza del diritto e consentire ai consumatori e alle imprese di godere pienamente dei vantaggi del mercato interno”. Obiettivo da realizzare attraverso un ulteriore avvicinamento delle leggi degli Stati membri”, ai quali “non dovrebbe essere consentito di mantenere o introdurre nelle normative nazionali disposizioni diverse da quelle previste dalla presente direttiva” (considerando 3 ma anche considerando 11 sul recesso).

Tutto questo all’esito di una precisa “scelta programmatica di non affrontare i nodi concettuali”⁴ più spinosi della multiproprietà, riguardanti specialmente la natura giuridica del diritto oggetto del contratto e le facoltà spettanti al multiproprietario. Anzi dalla nuova definizione di multiproprietà è stato soppresso il riferimento al diritto reale, contenuto nella direttiva 94/47/CE e nel vecchio testo dell’art. 69 let. a) cod. cons.

Il più recente intervento normativo si è, invece, concentrato - come è stato rilevato in dottrina⁵ - su quegli “snodi idonei ad alterare il gioco della concorrenza e ad accrescere l’asimmetria di potere contrattuale ossia a esporre a pregiudizio gli interessi dei consumatori e ad offrire occasioni di approfittamento ai professionisti”.

Tra questi obblighi sono stati oggetto di una regolazione più accurata le informazioni sugli elementi più significativi del contratto e le modalità di trasmissione delle stesse, il recesso e la risoluzione dei contratti accessori, il divieto di anticipi di pagamento prima della scadenza del termine di recesso e la garanzia prevista qualora operatore sia una

società o oggetto del contratto sia una multiproprietà in corso di costruzione. Senza trascurare i casi piuttosto frequenti in cui le parti abbiano scelto una legislazione diversa da quella italiana⁶, oppure qualora sia applicabile la legge di un paese extracomunitario (art. 78 coo. 3 e 4 cod. cons.). Con riferimento ai quali sono state dettate regole a tutela dell’acquirente-consumatore.

Dal confronto con la direttiva più risalente, emerge come la nuova abbia rafforzato la tutela del consumatore. In ragione non solo della riformulazione, in certi casi, dei predetti obblighi e divieti e dell’introduzione di nuove prescrizioni, ma anche dell’eliminazione dalla definizione di multiproprietà di ogni riferimento alla realtà del diritto [art. 1 let. b) dir. e art. 69 let. a cod. cons.]⁷.

Si deve però riconoscere che talune critiche rivolte dalla dottrina alla precedente disciplina - prima contenuta nel d. lgs. n. 427/1998 poi trasfusa nel codice del consumo - possono essere indirizzate anche ad alcune nuove disposizioni. Quali, ad esempio, quella sulla fideiussione, rimasta sostanzialmente invariata⁸.

⁶ Esiste il rischio di privare il consumatore della tutela concessa dalla direttiva 2008/122/CE, scegliendo il diritto di un paese terzo come diritto applicabile al contratto. In questo caso resta applicabile la tutela garantita dal codice del consumo.

⁷ Il nuovo art. 69 let. a) cod. cons., rispetto al previgente, abbandona, come si diceva, nella definizione del contratto di multiproprietà il richiamo alla categoria del diritto reale. Si statuisce che il contratto di multiproprietà è “un contratto di durata superiore a un anno tramite il quale un consumatore acquisisce a titolo oneroso il diritto di godimento su uno o più alloggi per il pernottamento per più di un periodo di occupazione”. L’accento posto sul diritto di godimento comporta l’applicabilità della disciplina della multiproprietà anche qualora il contratto non abbia ad oggetto la ripartizione di un diritto di proprietà o di un diritto reale di godimento, purché, naturalmente, sussistano gli elementi previsti dall’art. 69 let. a). Le parti possono predisporre figure particolari cui si applica però la disciplina della multiproprietà. Sulla natura giuridica della multiproprietà si è pronunciata Cass., 16 marzo 2010, n. 6352, in *Contratti*, 2010, 6, p. 596 ss. e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 10, 1070, con nota di CANALI, *Nullità del preliminare di multiproprietà senza l’indicazione in millesimi della quotadi comproprietà dell’unità immobiliare*, la quale ha altresì affermato che “il preliminare avente ad oggetto una quota di multiproprietà deve recare l’indicazione della quota nella sua effettiva misura o, comunque, i criteri per la sua determinazione millesimale, incidendo tali elementi sulla determinatezza o determinabilità dell’oggetto del contratto ai sensi dell’art. 1346 cod. civ., e non risultando quindi sufficiente l’indicazione del solo periodo di godimento dell’immobile riservato al promissario acquirente”.

⁸ Di CIOMMO, *Multiproprietà: l’attuazione italiana della direttiva a tutela dell’acquirente*, in *Foro it.*, 1999, c. 38., 45; MACARIO, *Il contenuto della garanzia fideiussoria ex D. lgs. 122/2005 e le conseguenze della sua incompletezza ed erroneità*, in *Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, 2006, 110-111 e ivi ZOPPINI, *La garanzia fideiussoria vista dall’angolo visuale del costruttore: costi, rischi e problemi*, 122.

³ D. lgs. 23.5.2011, n. 79, “Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell’articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio”, in *suppl. ord. n. 139 alla Gazzetta Ufficiale* 6 giugno 2011 n. 129.

⁴ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 457.

⁵ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 457.



In queste pagine ci soffermeremo sulla tutela dell'acquirente, svolgendo subito una considerazione preliminare. La direttiva 2008/122/CE, come anche in altre occasioni di tutela del consumatore, ha rafforzato i diritti di quest'ultimo attraverso l'attribuzione del carattere imperativo delle norme che li prevedono. L'art. 12 dir. stabilisce infatti che "Gli Stati membri garantiscono che, ove la legge applicabile al contratto sia quella di uno Stato membro, i consumatori non possano rinunciare ai diritti conferiti loro dalla presente direttiva" (cfr. anche considerando 17).

Di conseguenza il legislatore italiano ha ribadito nel nuovo art. 78 cod. cons., al comma 1, quanto già affermato nel precedente art. 78 cod. cons. che consisteva di un unico comma. Ed esattamente che "sono nulle le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti dal presente capo o di limitazione delle responsabilità previste a carico dell'operatore"⁹. Questa disposizione tutela fortemente il consumatore vietando anche la limitazione della responsabilità dell'operatore.

Proprio sui diritti e sulle ipotesi di responsabilità dell'operatore dovremo soffermarci, al fine di predicare la nullità sia delle clausole di rinuncia ai primi sia delle clausole che integrano le seconde.

Vi è poi un altro problema che nasce dalla possibile convivenza di più rimedi in caso di inosservanza delle disposizioni della direttiva. Con riguardo ad esempio all'inadempimento dell'obbligo dell'operatore di fornire al consumatore, prima della conclusione del contratto, una serie di informazioni (art. 71 cod. cons.), non è chiaro se il recesso sia l'unica tutela o se il consumatore possa ricorrere ad altri rimedi quali la nullità per violazione di norma imperativa o l'annullamento in caso di dolo. Del resto l'art. 81-bis cod. cons. fa salvi sia i diritti attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento, sia le disposizioni del codice civile per quanto non espressamente previsto dal capo I del codice del consumo.

2. I diritti dell'acquirente.

La nuova direttiva 2008/122/CE prevede un'ampia e articolata informazione precontrattuale, l'indicazione di precise modalità attraverso cui tra-

smettere queste informazioni, la facoltà di recesso sia di pentimento (*ad nutum* del consumatore) che di autotutela, il divieto di anticipi di pagamento prima della scadenza del termine del recesso e l'obbligo di traduzione.

Il d.lgs. n. 79/2011, sulla scorta di quanto previsto dalla direttiva 2008/122/CE, non ha dettato una disciplina esaustiva della multiproprietà. Tralasciando il mancato riferimento alla sua natura giuridica e ai vari tipi di multiproprietà¹⁰, non vi è un'indicazione del tutto chiara sul rimedio applicabile qualora sia inadempito uno dei numerosi obblighi dell'operatore.

Il legislatore italiano ha comunque, come si diceva, nel rispetto della direttiva, presidiato i diritti del consumatore prevedendone

¹⁰ La dottrina ha segnalato, fin dai primi commenti, come il d. lgs. n. 427/1998 non contenesse risposte ad interrogativi cruciali, quali: 1) la natura giuridica dell'istituto della multiproprietà (diritto reale atipico, proprietà su bene individuato bidimensionalmente, ente di gestione diverso dalla comunione ordinaria e riconducibile ad una particolare forma di proprietà - così Corte d'Appello di Genova, 29.9.2000, in *Giur. di mer.*, 2001, 2, pp. 362 ss., con nota di BELFIORE - o comunione); 2) la compatibilità con la tassatività dei diritti reali; 3) l'amministrazione, atteso che la riunione di tutti i partecipanti nel medesimo luogo è resa problematica dalla circostanza che il godimento delle unità immobiliari è turnario; 4) la qualificazione delle diverse forme di multiproprietà.

Sotto quest'ultimo profilo è noto che la multiproprietà si distingue in: a) "reale", in quanto i multiproprietari acquistano un diritto reale turnario divenendo comproprietari dell'immobile; b) "azionaria" in cui gli acquirenti sono titolari di azioni societarie, in genere privilegiate (cui è associato il diritto di godimento turnario), e vantano un diritto di natura obbligatoria sull'immobile oggetto del godimento turnario, mentre la società rimane la proprietaria del bene (cfr. Cass., 10.5.1997, n. 4088, in *Foro it.*, 1998, I, 2255, nota di DI CIOMMO, *La multiproprietà azionaria*). Si distingue tra multiproprietà azionaria diretta e indiretta. La prima collega al possesso delle azioni privilegiate il godimento turnario; la seconda riconosce solo la legittimazione a divenire titolari del diritto di godimento, il quale si costituisce con un'apposita convenzione. Un'ulteriore distinzione è quella tra multiproprietà azionaria pura (dove la società proprietaria dell'immobile non svolge alcuna attività produttiva di utili da distribuire ai soci) e multiproprietà azionaria impura (in cui la società gestisce anche i servizi comuni e gli impianti ricreativi a fini di creare utili da distribuire ai soci); c) "alberghiera", che può essere immobiliare o azionaria, in cui l'esercizio del diritto reale o di credito del multiproprietario è condizionato alla prenotazione dell'unità immobiliare per il periodo di tempo concordato e al pagamento della relativa quota di spese di gestione o della tariffa. In dottrina, per una più esaustiva trattazione delle questioni sollevate cfr: DI CIOMMO, *Multiproprietà: l'attuazione italiana della direttiva a tutela dell'acquirente*, cit., c. 38; PASTORE - RE, *La multiproprietà: problemi e prospettive*, in *Riv. not.*, 2000, 841 ss.; *Studio del CNN n. 2330 del 25/2/1999* di CARLO - MONICA, *Prime osservazioni sulla normativa in tema di multiproprietà* e BULGARELLI, *Contratti relativi all'alienazione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili: note in tema di tutela dell'acquirente*, in *Riv. not.*, 2000, 535 ss.; ma soprattutto MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 463-467.

⁹ Il nuovo art. 69 let. e) cod. cons. introdotto dal d. lgs. n. 79/2011, rubricato "Definizioni", definisce l' "operatore" (e non più il professionista) come "il professionista, di cui all'art. 3 comma 1, let. c)" cod. cons. Si utilizza, quindi, un termine più ampio tenuto conto che il Capo I disciplina anche altri contratti, sebbene si tratti sempre di una "persona fisica o giuridica che agisce nell'esercizio della propria attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, ovvero un suo intermediario".



l'indisponibilità. L'art. 78 cod. cons. sancisce, infatti, la nullità delle clausole contrattuali o dei patti aggiunti con cui l'acquirente *rinunci ai diritti* previsti dal Capo I¹¹, ovvero *accetti limitazioni delle responsabilità* gravanti sul venditore¹². Questa disposizione è pressoché identica a quella precedentemente in vigore; se ne differenzia solo per l'utilizzo del termine *operatore* in luogo di *venditore*.

Il nuovo art. 78 cod. cons. contiene però altri commi. Il comma 2 riprende quanto prescritto dal vecchio art. 79 cod. cons. sulla competenza territoriale. Il comma 3 stabilisce, analogamente al previgente art. 80 cod. cons., che se le parti scelgono di sottoporre i contratti di cui al Capo I a una legislazione diversa da quella italiana, «al consumatore devono comunque essere riconosciute le condizioni di tutela previste dal presente capo». Si tratta di una norma di "applicazione necessaria", dettata dall'ordinamento interno al precipuo scopo di regolare la fattispecie concreta¹³ in deroga a quanto sancito dalle regole di conflitto bilaterali poste dal diritto internazionale privato¹⁴.

Il comma 4 dell'art. 78 cod. cons. è, invece, nuovo e afferma la necessaria applicazione della tutela garantita dal codice del consumo in taluni casi in cui sia applicabile la legge di un paese extracomunitario.

A parte questi ultimi aspetti del testo dell'art. 78 cod. cons., è quasi ovvio rilevare che per chiarire l'ambito applicativo del comma 1 occorre individuare i diritti attribuiti all'acquirente, nonché le ipotesi di responsabilità del venditore. Su queste ultime è bene osservare che sarebbe nulla una clausola che escludesse la responsabilità dell'operatore in caso di colpa lieve, la risarcibilità del danno o l'esperibilità della risoluzione per inadempimento.

Quanto ai diritti, essi sono: il diritto di beneficiare della garanzia del rimborso di ogni pagamento già effettuato in caso di mancato completamento dell'alloggio (All. II-bis, parte 3 n. 3 d. lgs. n. 79/2011); il diritto di avere la traduzione del contratto nella lingua dello Stato dell'Unione europea in cui è situato il bene immobile (art. 72 co. 2 cod.

cons.)¹⁵; il diritto di ricevere il contratto anche nella lingua italiana se l'operatore svolge la propria attività di vendita nel territorio nazionale (art. 72 co. 3 cod. cons.)¹⁶; il diritto di recesso, sia "breve" di pentimento (art. 73 co. 1 cod. cons.)¹⁷, sia "lungo" di autotutela (art. 73 co. 3 cod. cons.); il diritto di essere informato sull'esistenza di esso mediante un "formulario separato di recesso", come riportato nell'allegato II-sexies (art. 72 co. 6 cod. cons.); il diritto, qualora il consumatore eserciti il recesso, di non sostenere alcuna spesa, alcuna penalità (c.d. multa penitenziale) e di non corrispondere alcunché se il servizio è stato reso prima del recesso (art. 74 co. 4 cod. cons.); il diritto di essere garantito da una fideiussione bancaria o assicurativa nei casi previsti dall'art. 72-bis co. 1 e 2 cod. cons.

Sempre sul versante dei diritti vi sono due casi di risoluzione di diritto giustificabili sulla base del collegamento negoziale. Nel primo se il prezzo è stato interamente o parzialmente coperto da un credito "concesso al consumatore dall'operatore o da un terzo in base ad un accordo tra il terzo e l'operatore, il contratto di credito è risolto senza costi per il consumatore qualora [quest'ultimo] eserciti il diritto di recesso dal contratto di multiproprietà" (art. 77 co. 2

¹⁵ Secondo la regola generale sancita dall'art. 72 co.1 cod. cons., "Il contratto deve essere redatto per iscritto, a pena di nullità, su carta o su altro supporto durevole, nella lingua italiana e in una delle lingue dello Stato dell'Unione europea in cui il consumatore risiede o di cui è cittadino, a sua scelta, purché si tratti di una lingua ufficiale dell'Unione europea".

¹⁶ In caso di violazione dell'art. 72 cod. cons., l'operatore è punito per ogni singola violazione con la sanzione amministrativa pecuniaria da 1.000 euro a 5.000 euro (art. 81 cod. cons.). Gli obblighi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 72 mirano a tutelare il consumatore dal c.d. "rischio linguistico", a vantaggio della chiarezza e della trasparenza (così ROSSI CARLEO, *Il contratto di multiproprietà nella prospettiva dell'atto notarile*, in *Notariato*, 2001, 6, 626 ss.).

¹⁷ Il recesso c.d. di pentimento costituisce un elemento che differenzia il contratto del consumatore dal contratto di diritto comune. Il quale non conosce tale rimedio attese le prescrizioni di cui all'art. 1372 co. 1 e 2 c.c. in ordine al valore del vincolo. Il recesso previsto dall'art. 73 co. 1 cod. cons. non si spiega, a differenza di altri casi di recesso (come ad es. quelle ex art. 64 cod. cons.), con l'intento di proteggere il consumatore da un pregiudizievole "effetto sorpresa", in quanto esso opera a prescindere "dalle modalità spaziali di conclusione del contratto" di multiproprietà (cfr. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino, 2005, p. 28-29 e p. 34-35, v. anche nella terza ed. 2011, 68). Nel considerando 11 della direttiva 2008/122/CE si rileva che il recesso di pentimento (*id est*: senza addurre ragioni) si giustifica nell'ottica di "offrire all'acquirente la possibilità di valutare meglio gli obblighi derivanti dai contratti conclusi e i diritti relativi", tenendo conto del fatto che "l'immobile è spesso situato in uno Stato e sottoposto ad una legislazione diversi da quelli dell'acquirente". Già DE NOVA, voce *Recesso*, in *Digesto (disc. priv.)*, Torino, 1997, 318 ss., aveva distinto questi due tipi di recesso.

¹¹ Cfr. anche gli artt. 134 co. 1. in tema di vendita dei beni di consumo e 143 cod. cons. contenuto nella parte VI intitolata disposizioni finali.

¹² Cfr. gli artt. 33 co. 2 let. b) e 124 cod. cons. in tema di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

¹³ BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1999, 187, afferma che il legislatore, con la norma di applicazione necessaria, persegue un fine nazionale particolarmente importante (p. 188).

¹⁴ Un'eventuale clausola che deroghi a quanto previsto dall'art. 78 co. 3 cod. cons. *non è nulla, ma deve essere disapplicata*.



cod. cons.)¹⁸. Nel secondo, che costituisce un'ipotesi nuova rispetto al previgente art. 77 cod. cons., si prevede la risoluzione di "tutti i contratti di scambio accessori e di qualsiasi altro contratto accessorio" al contratto di multiproprietà.

Vi sono poi taluni divieti a tutela del consumatore: effettuare a favore dell'operatore "qualunque versamento in denaro a titolo di acconto, prestazione di garanzie"; accantonare "denaro sotto forma di deposito bancario"; riconoscere debiti o "ogni altro onere (...) a favore dell'operatore o di un terzo prima della fine del periodo di recesso in conformità dell'art. 73 (art. 75 co. 1 cod. cons.).

Se l'art. 78 co. 1 cod. cons., sotto il profilo sostanziale, tutela il consumatore attraverso la nullità delle rinunce ai predetti diritti, il nuovo art. 79 cod. cons., sul versante processuale, richiama gli strumenti specifici di cui agli artt. 27, 139, 140 e 140-bis cod. cons.¹⁹

¹⁸DI CIOMMO, *op. loc. ult. cit.*, ha osservato che, opportunamente, si è collegato le sorti del contratto di finanziamento al contratto di multiproprietà. La risoluzione di diritto, infatti, preserva il consumatore dal rischio di dover rispettare il contratto di finanziamento nonostante il recesso da quello di multiproprietà. Tuttavia il limite di questa disposizione sta nell'aver realizzato il collegamento negoziale soltanto nei confronti dell'atto di finanziamento erogato dal venditore o da un terzo d'accordo con il venditore. Di conseguenza l'acquirente, pur esercitando il diritto di recesso dal contratto di multiproprietà, non si libera dagli obblighi che abbia assunto nei confronti del terzo creditore qualora quest'ultimo non sia stato d'accordo - come avviene nella maggioranza dei casi - con il venditore.

¹⁹L'art. 27 cod. cons. attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, di inibire la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e di eliminarne gli effetti. Detta Autorità ha altresì il potere di comminare, in diversi casi, una sanzione amministrativa pecuniaria. L'art. 37 cod. cons. disciplina l'azione inibitoria che spetta alle associazioni rappresentative dei consumatori, alle associazioni rappresentative dei professionisti e alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura per inibire l'utilizzo di condizioni generali di contratto abusive.

La legge di conversione 24.3.2012, n. 27 del d.l. n. 1/2012 (Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività) ha inserito nel codice del consumo, dopo l'art. 37, l'art. 37-bis che disciplina la tutela amministrativa contro le clausole vessatorie. La norma attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato il potere di dichiarare, d'ufficio o su denuncia, "la vessatorietà delle clausole inserite nei contratti tra professionisti e consumatoriche si concludono mediante adesione a condizioni generali di contratto o con la sottoscrizione di moduli, modelli o formulari". Per svolgere l'istruttoria il legislatore ha attribuito all'AGCM i poteri di cui all'art. 14 commi 2,3 e 4 della legge 10.10.1990, n. 287. E' fatta comunque "salva la giurisdizione del giudice ordinario sulla validità delle clausole vessatorie e sul risarcimento del danno. Opportuno l'art. 5-ter della legge di conversione in discorso il quale prevede che l'AGCM, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, proceda all'elaborazione di un "rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale", funzionale anche per la concessione dei finanziamenti

3. Formulario informativo e conclusione del contratto.

Tra i diritti fondamentali del consumatore vi è quello all'adeguata informazione (art. 2 co. 2 let. c cod. cons.)²⁰. La quale si specifica con riferimento alle peculiari caratteristiche del singolo contratto.

Nei contratti a distanza, ad esempio, in caso di comunicazioni telefoniche "l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere dichiarati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione". Nella multiproprietà il nuovo art. 70 cod. cons. pone taluni obblighi a carico dell'operatore. Alcuni attengono all'offerta del contratto al consumatore, offerta che deve essere trasparente. Altri riguardano le informazioni precontrattuali, delle quali deve essere specificata, in

pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni e per l'accesso al credito bancario.

Gli artt. 139 e 140 cod. cons. riguardano, più in generale, l'accesso alla giustizia da parte delle associazioni dei consumatori e degli utenti, inserite nell'elenco di cui all'art. 137 cod. cons., a tutela degli interessi collettivi dei consumatori e degli utenti. Esse possono richiedere al tribunale l'inibizione di atti e comportamenti lesivi, nonché l'adozione di misure volte "a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate", oltre alla pubblicazione del provvedimento (art. 140 co. 1 lett. a, b, c cod. cons.).

L'art. 140-bis disciplina, invece, l'azione di classe, è stato modificato dall'art. 6 della citata legge di conversione n. 27/2012 per rendere tale strumento maggiormente efficace. Essa è stata prevista a tutela dei "diritti individuali omogenei dei consumatori e degli utenti di cui al comma 2 nonché [de]gli interessi collettivi". L'art. 140-bis co. 2 stabilisce che "L'azione di classe ha per oggetto l'accertamento della responsabilità e la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni in favore degli utenti consumatori". Da notare che la legge di conversione ha sostituito alla parola "identica" - su cui si era innestato un vivace dibattito dottrinale - la parola "omogenea" o "omogenei". Può agire in giudizio ciascun componente della classe (o un'associazione cui dà mandato o un comitato cui partecipa) al fine di ottenere la condanna al risarcimento del danno e alle restituzioni. Vi è un giudizio sull'ammissibilità della domanda, cui seguono, in caso di esito positivo, gli atti di adesione. E' fatta comunque salva l'azione individuale dei soggetti che non hanno aderito all'azione collettiva. Sull'azione di classe cfr. SCHLESINGER, *La nuova azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2011, 4, p. 547 ss.; LIBERTINI e MAUGERI, *Il giudizio di ammissibilità dell'azione di classe*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 9, 882 ss.; COSTANTINO e CONSOLO, *Prime pronunce e qualche punto fermo sull'azione di classe*, in *Corr. giur.*, 2010, 8, 985 ss.; PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 349 ss.

²⁰GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 2, 278 ss.; ID., *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 4, 585 ss.; ROSSI CARLEO, *Informare, educare, tutelare il consumatore, in I diritti dei consumatori*, a cura di G. Alpa, Torino, 2009, 7 ss., e ivi DI DONNA, *Gli obblighi informativi precontrattuali*, 209 ss.



ogni pubblicità, sia la possibilità di ottenerle sia le modalità con cui ottenerle.

Più in generale è noto come all'informazione sia stato dedicato ampio spazio nel codice del consumo, essendo essa condizione imprescindibile dell'esercizio effettivo dell'autonomia privata e prima ancora della capacità di scelta. Molte sono, infatti, le disposizioni che disciplinano dettagliatamente sia gli obblighi informativi precontrattuali sia le tecniche di trasmissione dell'informazione²¹.

Quest'ultima ha, di recente, assunto un rilievo ancora maggiore se si considera che sia la direttiva 2008/122/CEE sulla multiproprietà e altri contratti (art. 5 § 2 dir. e art. 72 co. 4 cod. cons.) sia la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori (art. 6 § 5) - sulla quale torneremo in seguito - hanno stabilito che le informazioni formano parte integrante del contratto e non possono essere modificate se non con l'accordo delle parti. Si tratta di una novità molto significativa per le prospettive che apre in ordine all'integrazione cogente e suppletiva del contratto, con l'effetto da un lato di eliminare il recesso prorogato a tre mesi e quattordici giorni e dall'altro di restringere la nullità virtuale per contrarietà a buona fede²².

Non sempre però è stato indicato il rimedio nei casi di inosservanza dell'obbligo di fornire informazioni o di false informazioni²³.

²¹ Sugli obblighi informativi e sulle modalità di ricezione delle informazioni cfr.: artt. 47, 52, 53, da 67-*quater* a 67-*undecies*, 71, 104 cod. cons., e, quanto alle informazioni inerenti i contratti del turismo organizzato cfr. artt. 37 e 38 d. lgs. n. 79/2011.

²² Sul punto cfr. *amplius* S. PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, in *Persona e Mercato*, 4, 2011, 261-263. Il fatto che le informazioni contenute nel prospetto informativo siano parte integrante del contratto esclude, in certi casi, la nullità virtuale di protezione in caso di omessa o incompleta informazione. La previsione legislativa dell'integrazione-sostituzione integra la deroga alla nullità virtuale consentita dall'art. 1418 co. 1 ("salvo che la legge disponga diversamente").

²³ Il codice del consumo avversa le pratiche commerciali scorrette (ingannevoli e aggressive) che costituiscono l'esatto contrario delle pratiche commerciali secondo i principi di buona fede, correttezza e lealtà (art. 2 co. 2 let. c-*bis* cod. cons.). La relativa disciplina (artt. 20 ss. cod. cons.) non indica alcun rimedio in caso di scorrettezza in tali pratiche, applicandosi, di conseguenza, le regole del contratto in generale in tema di invalidità e risarcimento. La disciplina delle pratiche commerciali scorrette descrive diverse condotte che possono integrare ora il dolo (art. 22 cod. cons.), ora la violenza (art. 24 cod. cons.) ovvero i presupposti della responsabilità precontrattuale in caso di contratto valido ma pregiudizievole a causa di scorrettezze nella fase delle trattative. Cfr. *amplius* GRANELLI, *Le "pratiche commerciali scorrette" tra imprese e consumatori: l'attuazione della direttiva 2005/29/CE modifica il codice del consumo*, in *Obbligaz. e contr.*, 2007, 776 ss.; GENTILI, *Pratiche sleali e tutele legali: dal modello economico alla disciplina giuridica*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 3, 37 ss.

Soffermandoci più da vicino sulla multiproprietà, l'art. 71 cod. cons. disciplina le informazioni precontrattuali che l'operatore deve fornire al consumatore. Informazioni che assumono senz'altro centralità rispetto alla conclusione del contratto di multiproprietà. Occorre però chiarire quali sono le ricadute sul contratto in caso di omessa o insufficiente informazione.

L'articolo in esame contiene una disposizione di carattere generale sulle informazioni da rendere "prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta". Esse devono essere "accurate e sufficienti", fornite dall'operatore al consumatore "in maniera chiara e comprensibile", tramite un formulario informativo il cui contenuto è esplicitato dall'allegato II-*bis* al d. lgs. n. 79/2011²⁴.

La funzione del formulario, da consegnare prima della conclusione del contratto di multiproprietà, è fin troppo evidente: consentire al consumatore di ponderare accuratamente la decisione di acquistare un diritto di multiproprietà. In dottrina si è parlato di "forma-modulo, quale strumento rimediabile di contrasto all'asimmetria informativa"²⁵.

Ci si domanda allora se sia legittima la rinuncia al formulario informativo e, nel caso di risposta negativa, se vi siano conseguenze sul contratto ugualmente concluso che eventualmente contenga anche la menzione della rinuncia.

Dal quadro normativo sembra emergere la validità del contratto. Le informazioni comunicate nel formulario informativo devono essere contenute nel contratto (art. 72 co. 5 cod. cons.), di cui costituiscono parte integrante e sostanziale, tant'è che esse non possono essere modificate salvo in due casi

²⁴ Nell'allegato II-*bis* al codice del consumo denominato "Formulario informativo per i contratti di multiproprietà" devono essere indicati tutti i punti qualificanti dell'operazione tra i quali: la descrizione del prodotto, il periodo, il prezzo, i costi supplementari, i servizi fondamentali e le strutture a disposizione del consumatore. La parte 2 del formulario prevede informazioni generali riguardanti, tra l'altro, il recesso e il divieto di acconti. La parte 3 contiene sempre informazioni cui il consumatore ha diritto inerenti i beni, gli alloggi in costruzione, i costi, la risoluzione dei contratti accessori e altre informazioni supplementari. Rileva MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 494, come il rinvio all'allegato, "del tutto inedito nel panorama legislativo consumeristico, ha la funzione di standardizzare ed uniformare le informazioni da rendere ai consumatori di ogni paese membro e di evitare qualsivoglia problema interpretativo".

²⁵ Così PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, cit., 261, il quale rileva come "l'informazione precontrattuale (...), davvero sembr[er]i proceduralmente collocarsi in uno spazio temporale ancillarmente prodromico al formarsi di un contratto - supposto per ciò stesso come responsabile - del consumatore".

previsti dall'art. 72 co. 4 cod. cons.²⁶. Ma l'effetto positivo di questa disposizione svanisce se il formulario informativo non viene predisposto. Difatti, in questo caso, il consumatore perde la possibilità di valutare approfonditamente l'operazione, confrontandosi direttamente e soltanto con il testo da sottoscrivere che sarà vincolante. Ciò nonostante il legislatore non ha previsto - almeno testualmente - rimedi invalidanti.

Lo stesso può dirsi qualora il contratto non includa il "formulario separato di recesso, come riportato nell'allegato II-sexies, inteso ad agevolare l'esercizio di tale diritto in conformità all'art. 73" (art. 72 co. 6 cod. cons.).

In entrambi i casi di omessa informazione, l'art. 73 cod. cons. ha attribuito al consumatore il diritto di recesso. Più esattamente se il formulario separato di recesso non è stato compilato dall'operatore e consegnato al consumatore per iscritto, su carta o altro supporto durevole, il consumatore può recedere entro un anno e quattordici giorni dalla data di cui al comma 2 dell'art. 73²⁷ (art. 73 co. 3 let. a). Il termine per recedere diminuisce a tre mesi e quattordici giorni, sempre a decorrere dalla data di cui al comma 2 dell'art. 73, se non sono state fornite "le informazioni di cui all'art. 71 co. 1 incluso il formulario applicabile" (art. 73 co. 3 let. b).

L'operatore, peraltro, può sanare il suo inadempimento, fornendo al consumatore, per iscritto, tutte le informazioni previste dalla normativa²⁸. Da tale momento inizierà a decorrere il termine di recesso breve (art. 73 co. 4 cod. cons.).

L'importanza del recesso quale rimedio specifico che - a tutta prima - toglie efficacia al contratto si desume dai nuovi artt. 72 co. 6 e 74 co. 3 cod. cons. Il primo stabilisce che l'operatore, prima della conclusione del contratto, deve informare il consumatore del diritto di recesso, compresa la durata di quest'ultimo. Ciò non è tuttavia sufficiente, occor-

rendo altresì una sottoscrizione separata da parte del consumatore della clausola che prevede il diritto di recesso (oltre che il divieto di versare acconti durante il tempo previsto per esercitare tale diritto). Il secondo articolo sembra statuire, stante la sua lettera, che il contratto di multiproprietà prima dell'esercizio del recesso è *valido ed efficace*; dunque deve essere eseguito²⁹. Ma l'art. 75 cod. cons. pone nell'interesse del consumatore il divieto di qualunque versamento in denaro prima della fine del periodo del recesso.

Vero è che la previsione normativa del recesso in luogo dell'invalidità s'inquadra nella distinzione tra regole di validità e regole di comportamento. Secondo la quale le condotte esterne al contratto attingono al rapporto e non all'atto. Esse non incidono sulla validità³⁰, se non nei casi espressamente previsti dalla legge come l'annullabilità per violenza o dolo, la rescissione e le nullità di protezione. Tutte fattispecie, queste, in cui rileva sì la condotta scorretta, ma vi è un'espressa previsione di legge.

La diversità di piani in cui operano queste regole hanno indotto le Sezioni Unite della Cassazione³¹ ad affermare che la violazione di una norma imperativa che prescriva una regola di condotta non è sufficiente di per sé sola a determinare nullità del contratto, poiché quest'ultima attiene ad elementi di struttura dello stesso o al suo contenuto. L'inosservanza di siffatta regola, continuano le Sezioni Unite, produce nullità solo nei casi previsti dalla legge³².

Ora - si può osservare - se le informazioni contenute nel formulario "costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto" (art. 72 co. 4 co. cons.), saremmo sul piano del contenuto contrattuale. Ma il contratto di multiproprietà non è nullo qualora l'informazione sia mancata o sia stata carente. In questo caso, si diceva, vi è la previsione espressa del rimedio specifico del recesso, il quale deve esse-

²⁶ I due casi cui fa riferimento l'art. 72 co. 4 cod. cons. sono "l'accordo esplicito della parti" oppure il sopravvenire di "circostanze eccezionali e imprevedibili, indipendenti dalla volontà dell'operatore, le cui conseguenze non avrebbero potuto essere evitate neanche con la dovuta diligenza. Tali modifiche, indicate espressamente nel contratto, sono comunicate al consumatore su carta altro supporto durevole a lui facilmente accessibile prima della conclusione del contratto".

²⁷ Tale norma stabilisce che "il periodo di recesso di calcolo: a) dal giorno della conclusione del contratto definitivo e del contratto preliminare; b) dal giorno in cui il consumatore riceve il contratto definitivo o il contratto preliminare, se posteriore alla data di cui alla lettera a)".

²⁸ L'art. 5 terzo trattino della direttiva 2008/122/CE prevede una disposizione non recepita dal legislatore italiano. Si stabilisce che se allo scadere del termine di tre mesi, il consumatore non abbia esercitato il recesso e il professionista non abbia provveduto a integrare le informazioni mancanti, il consumatore dispone di ulteriori dieci giorni per recedere.

²⁹ L'art. 74 co. 3 cod. cons. prevede che "L'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, nei modi indicati nel comma 1, pone fine all'obbligo delle parti di seguire il contratto".

³⁰ MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto, Rimedi-I*, a cura di A. Gentili, Milano, 2006, 60-61, osserva che, ritenendo nullo il contratto per violazione dei doveri precontrattuali di informazione previsti da norme imperative, "si scavalca a piè pari il principio (...) della tendenziale distinzione tra regole di validità e regole di comportamento/responsabilità".

³¹ Cass. Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.* 2008, I, 785 ss., con nota di SCODITTI, *La violazione delle regole di comportamento dell'intermediario finanziario e le sezioni unite*. Per un articolato commento cfr. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La Buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligaz. e contr.*, 2008, 2, 104 ss.

³² Cass. Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit. Per una critica cfr. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 6, 735 ss.



re esercitato secondo le modalità previste dal nuovo art. 74 cod. cons.³³.

Alla stessa conclusione si deve pervenire qualora l'operatore non abbia fatto espressamente sottoscrivere al consumatore - sottoscrizione finalizzata a incrementare il grado di trasparenza del contratto - il documento che informa dell'esistenza del diritto di recesso, della durata dello stesso e del divieto di versare acconti durante il periodo di decorrenze del recesso³⁴.

Piuttosto il diritto di recesso non preclude l'applicazione della tutela in base ad altre disposizioni dell'ordinamento giuridico, tra cui quelle del codice civile in tema di contratti (art. 81-bis cod. cons.)³⁵. Ma allora se, ad esempio, l'omessa informazione s'inserisce in un complesso comportamento adeguatamente preordinato, con malizia o astuzia, a realizzare l'inganno perseguito, si configura, come ha affermato più volte la Cassazione, il dolo causa di annullamento del contratto³⁶.

³³ L'art. 74 cod. cons. ha ampliato le modalità di esercizio del diritto di recesso, prevedendo qualsivoglia "comunicazione scritta, su carta o altro supporto durevole che assicuri la prova della spedizione anteriore alla scadenza del periodo di recesso, alla persona indicata nel contratto o, in mancanza, all'operatore". La formula comprende certo anche la lettera raccomandata con avviso di ricevimento - così espressamente il previgente art. 73 co. 5 cod. cons. - ma soprattutto apre ai mezzi tecnologici più avanzati. Deve ritenersi utilizzabile anche il fax, come del resto prevedeva già l'art. 73 co. 5 cod. cons. - pur richiedendo anche la conferma con lettera raccomandata con avviso di ricevimento da inviarsi entro le 48 ore successive - purché comprovabile con ricevuta.

³⁴ PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, cit., 265-266, sostiene questa tesi, superando il dubbio espresso da qualche autore basato sul fatto che l'art. 73 co. 3 cod. cons. (sulla postergazione del termine di recesso) non richiama il disposto dell'art. 72 co. 6 cod. cons.

L'Autore esclude ancora la nullità anche qualora l'operatore, in violazione dell'art. 72 co. 7 cod. cons., non consegni al consumatore "una o più copie del contratto all'atto della sua conclusione" (p. 266-267).

³⁵ Il contratto di multiproprietà è nullo nei seguenti casi: se il diritto turnario di godimento non si riferisce a un immobile esattamente individuato oppure se esso non è precisato nella sua dimensione temporale. Del resto il decorso del termine massimo di recesso non implica certo il venir meno degli altri rimedi previsti dal legislatore a fronte di gravi patologie dell'atto (DE MARZO, *Trasparenza contrattuale e multiproprietà*, in *Corr. giur.*, 1999, 1, p. 14 ss.).

³⁶ La giurisprudenza è restia a dare rilievo, ai fini dell'invalidità del contratto, all'omessa informazione o alla reticenza di per sé sole. Cfr.: Cass., 11 ottobre 1994, n. 8295, in *Foro it.*, 1995, 1905 ss., con nota di BELLANTUONO, *Polizza fideiussoria, reticenza e obblighi di informazione*; Cass., 15.3.2005, n. 5549, in *Contratti*, 2005, 10, 892 ss.; Cass., 19.9.2006, n. 20260, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 20.4.2006, n. 9253, in *Contratti*, 2007, 1, 19 ss.; Cass., 31.5.2010, n. 13231, in *De jure on line*. *Contra* ma in *obiterdictum* Cass., 1.4.1996, n. 3001, in *Corr. giur.*, 1997, 1, 81 ss., con nota di MACARIO, *Cessione di quote sociali e dolus bonus del vendito-*

Ancora, se l'omessa informazione non integra raggiro ma arreca comunque un pregiudizio al consumatore che conclude il contratto, questi può chiedere il risarcimento del danno a titolo di responsabilità pre-contrattuale³⁷. Non essendovi alcuna incompatibilità, come hanno chiarito le Sezioni unite della Cassazione, tra quest'ultima e la conclusione di un contratto valido ma pregiudizievole.

Piuttosto è discussa la natura giuridica della responsabilità precontrattuale. La giurisprudenza propende ancora per la natura extracontrattuale³⁸, nonostante l'opinione contraria della dottrina maggioritaria che argomenta, invece, per la natura contrattuale³⁹.

Ma sulla conseguenza della violazione degli obblighi di informazione da parte del professionista si è affacciato un altro indirizzo che propende per la risoluzione del contratto. Esso fa leva sul fatto che gli obblighi legali di informazione "costituiscono delle regole di condotta destinate ad orientare il contegno del professionista nel corso del rapporto; [ne consegue che] la loro violazione deve essere qualificata come inadempimento ossia come vicen-

re. Sulla rilevanza della menzogna cfr. Cass. Sez. Un., 11.3.1996, n. 1955, in *Danno e resp.*, 1996, 5, 653 ss.

³⁷ Cass., 29.9.2005, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, 1107 ss., con nota di SCODITTI, *Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale*; in *Danno e resp.*, 2006, 1, 25 ss., con nota di ROPPOE AFFERNI, *Dai contratti finanziari al contratto in genere: punti fermi della cassazione su nullità virtuale e responsabilità precontrattuale*. Cass. Sez. un., 19.12.2007, n. 26724, cit.; Cass., 29.10.2010, n. 22147, in *Leggi d'Italia on line*.

³⁸ Cass., 11.6.2010, n. 14056, in *Guida al dir.*, 2010, 29, 35 ss., su un caso di prospetto informativo non veritiero che aveva indotto la sottoscrizione di azioni. Si legge nella motivazione che "ove vi sia stata violazione delle regole destinate a disciplinare il prospetto informativo che corredata l'offerta, trattandosi di regole volte a tutelare un insieme ancora indeterminato di soggetti per consentire a ciascuno di essi la corretta percezione dei dati occorrenti al compimento di scelte consapevoli, si configura una violazione del dovere di *neminem laedere* e, per ciò stesso, la possibilità che colui al quale tale violazione è imputabile sia chiamato a rispondere del danno da altri subito a cagione della violazione medesima secondo i principi della responsabilità aquiliana". Ma cfr. anche Cass., 13.12.1994, n. 10649, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 30.8.1995, n. 9157, in *Leggi d'Italia on line*; Cass. Sez. un., 16.7.2001, n. 9645, in *Foro it.*, 2002, 1, 806; Cass., 10.10.2003, n. 15172, in *Contratti*, 2004, 4, 356.

³⁹ MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*. *Riv. dir. comm.*, 1956, I-II, 361; ROMANO, voce *Buona fede*, *Enc. dir.*, 682; BENATTI, *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, 126 ss.; TURCO, *Interesse negativo e responsabilità precontrattuale*, Milano, 1990, 741 ss.; D'AMICO, *La natura della responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, *Rimedi-2*, a cura di Roppo, Milano, 2006, 1112; GALGANO, *Le obbligazioni in generale*, Padova, 2007, 183 ss.; CASTRONOVO, *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. e dir. priv.*, 2010, 1, 35 ss.



da autenticamente propria del rapporto contrattuale⁴⁰.

Vero è che in settori particolarmente delicati come quello della commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, il legislatore non ha lasciato spazi a dubbi, prevedendo espressamente la nullità nei casi in cui il fornitore ostacoli il diritto di recesso, ovvero violi gli obblighi di informativa precontrattuale così da alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del servizio finanziario (art. 67-*septiesdecies* cod. cons.).

A parte questo profilo del rimedio ulteriore al recesso, si può ritenere che con l'intervento normativo del 2011, il legislatore abbia semplificato il rapporto tra formulario informativo e contratto di multiproprietà. Il vecchio art. 71 cod. cons. richiedeva che soltanto taluni elementi del documento informativo dovessero essere riportati nel contratto. Il corrispondente nuovo art. 72 cod. cons. stabilisce al comma 4, come si diceva, che tutte "le informazioni di cui all'art. 71 co. 1 costituiscono parte integrante e sostanziale del contratto". E il comma 5, sempre dell'art. 72, prescrive che il contratto deve contenere le informazioni di cui all'art. 71 co. 1 cod. cons. Dunque, non vi è più la distinzione tra elementi che devono e non devono essere contenuti nel contratto.

Il problema del rimedio applicabile ritorna in caso d'inosservanza del nuovo art. 72 co. 5 cod. cons. Il quale stabilisce che il contratto di multiproprietà deve contenere i "seguenti ulteriori elementi": a) l'identità, il luogo di residenza e la firma di ciascuna delle parti; b) la data e il luogo di conclusione del contratto". Si può subito osservare che qualora manchi una di queste indicazioni non si prevede il recesso. Si deve allora ragionare applicando le regole dei contratti in generale, come prescrive l'art. 81-*bis* co. 2 cod. cons.

E' evidente che chi non ha sottoscritto il contratto non ne è vincolato. Se, invece, non è indicata l'identità di una delle parti e dovesse emergere un errore su quest'ultima, il contratto è, com'è noto, annullabile se risulta che l'identità sia stata determinante del consenso (art. 1429 n. 3 c.c.). Ancora: tale omissione potrebbe impedire l'esercizio del diritto di recesso, il quale, secondo l'art. 74 co. 1 cod. cons., deve essere comunicato "alla persona indicata nel contratto o, in mancanza, all'operatore"⁴¹.

⁴⁰MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Eur. e dir. priv.*, 2011, 4, 871, chiarisce che il consumatore può domandare la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno, oppure il solo risarcimento del danno.

⁴¹La norma lascia intendere che la figura dell'operatore potrebbe non coincidere con quella della persona cui indirizzare il recesso.

Infine la mancata indicazione sia del luogo di residenza delle parti sia della data di conclusione del contratto possono parimenti creare ostacolo all'esercizio del recesso. Nel primo caso non si saprebbe dove indirizzare la comunicazione scritta di cui all'art. 74 cod. cons.; nel secondo non potrebbe decorrere il termine di esercizio del recesso (art. 73 co. 2 cod. cons.).

Rimanendo sul piano delle conseguenze dell'inadempimento degli obblighi dell'operatore, la nuova normativa all'art. 81 cod. cons. ha confermato la sanzione amministrativa pecuniaria, elevandone l'importo rispetto al previgente art. 81, se l'operatore contravviene alle norme di cui agli artt. 70 commi 1 e 2 (pubblicità), 71 (informazioni precontrattuali), 72 (requisiti del contratto), 72-*bis* (obbligo della fideiussione), 75 (divieto di acconti) e 77 (risoluzione dei contratti accessori). La sanzione è comminata all'operatore per ogni singola violazione.

Se vi è stata una violazione ripetuta, si applica altresì la sanzione amministrativa accessoria della sospensione dall'esercizio dell'attività da 30 giorni a sei mesi.

4. Nullità delle rinunce e tutela in caso di preliminare del preliminare.

La rinuncia a uno dei diritti che la normativa sulla multiproprietà attribuisce all'acquirente è affetta da nullità. L'art. 78 co. 1 cod. cons. stabilisce che "Sono nulle le clausole contrattuali o i patti aggiunti di rinuncia del consumatore ai diritti previsti dal presente capo [il capo I del titolo IV] o di limitazione delle responsabilità previste a carico dell'operatore".

Il legislatore è stato chiaro: le disposizioni attributive di diritti sono imperative, pertanto essi sono irrinunciabili e indisponibili. Vi è tuttavia qualche incertezza sull'ambito applicativo di talune di queste disposizioni. Su ciò occorre soffermarsi anche al fine di verificare quale sia lo spazio riconosciuto all'autonomia privata.

Sicuramente con riferimento a taluni patti, l'autonomia è preclusa. Le parti non possono accordarsi per eliminare il diritto di recesso. Un'espressa rinuncia contenuta nel contratto sarebbe affetta da nullità.

Ugualmente si avrebbe nullità se quale corrispettivo della rinuncia al recesso, si prevedesse un prezzo globale inferiore rispetto al valore effettivo del diritto di multiproprietà. Emerge infatti chiaramente dalla lettera dell'art. 78 cod. cons. che la nullità dallo stesso prevista è radicale, diversamente da quella sancita per le clausole vessatorie elencate dall'art.



33 co. 2 cod. cons., con riferimento alle quali è ammessa, a carico del professionista, la prova contraria della vessatorietà. Queste ultime clausole possono essere ritenute valide alle luce di "altre clausole del contratto medesimo o di un altro contratto collegato o da cui dipende [il contratto contenente la clausola presunta vessatoria (art. 34 co. 1 cod. cons.)]."

E' da ritenersi nulla anche la clausola contrattuale o il patto aggiunto con cui si stabiliscono condizioni più gravose per l'esercizio del recesso di pentimento (art. 73 co. 1 e 2) o di autotutela (art. 73 co. 3), quali la diminuzione del termine entro il quale recedere e la previsione di un rimborso spese. Proprio con riguardo alle spese si osserva come il d. lgs. n. 79/2011 abbia ulteriormente rafforzato la posizione del consumatore escludendo - diversamente dal previgente art. 73 co. 2 cod. cons.⁴² - in caso di recesso il rimborso di qualunque spesa affrontata dall'operatore. Il consumatore non è considerato debitore neppure del "valore corrispondente all'eventuale servizio reso prima del recesso" (art. 74 co. 4 cod. cons.).

Se la *ratio* dell'art. 74 co. 4 è di evitare che talune clausole possano precludere o limitare, di fatto, l'esercizio del recesso, le parti potranno senz'altro accrescere la tutela del consumatore. Prevedendo, ad esempio, condizioni temporali di recesso più vantaggiose rispetto a quelle legali. Del resto la direttiva 2008/122/CE ha precisato che vi era la necessità di stabilire "obblighi minimi a carico dei venditori nei confronti degli acquirenti" (considerando 9).

L'esercizio del diritto di recesso è salvaguardato anche dall'art. 75 co. 1 cod. cons., il quale stabilisce che "è vietato qualunque versamento in denaro a titolo di *acconto*, *prestazione di garanzia*, l'accantonamento di denaro sotto forma di deposito bancario, il riconoscimento esplicito di debito od *ogni altro onere da parte di un consumatore* a favore dell'operatore o di un terzo prima della fine del periodo di recesso in conformità dell'art. 73". E' chiara ancora una volta la *ratio legis*: evitare che l'acquirente possa essere condizionato nell'esercizio del diritto dall'aver già effettuato o dall'essersi obbligato ad effettuare pagamenti all'operatore. Da

⁴² Il previgente art. 73 cod. cons. stabiliva che in caso di recesso di autotutela, l'acquirente "deve rimborsare al venditore solo le spese sostenute e documentate per la conclusione del contratto e di cui è fatta menzione nello stesso, purché si tratti di spese relative ad atti da espletare tassativamente prima dello scadere del periodo di recesso". La nuova normativa ha eliminato anche questa circoscritta ipotesi di rimborso spese. L'art. 8 § 2 della direttiva 2008/122/CE stabilisce che "se esercita il diritto di recesso, il consumatore non sostiene alcuna spesa né è debitore del valore corrispondente all'eventuale servizio reso prima del recesso".

qui la nullità della rinuncia al diritto di non pagare tali somme prima del decorso del termine per recedere⁴³.

Rispetto al previgente art. 74 cod. cons. sul divieto di acconti, l'art. 75 cod. cons. tutela maggiormente il consumatore. La nuova norma non vieta soltanto l'anticipo, l'acconto e la caparra, ma qualunque altro onere posto a carico del consumatore prima del decorso del termine del recesso. Così il contratto di multiproprietà non può certo prevedere la corresponsione di una somma quale condizione per recedere; somma da versarsi anticipatamente (caparra penitenziale, art. 1386 c.c.) o al momento del recesso (c.d. multa penitenziale, art. 1373 co. 3 c.c.). Sarebbe ugualmente illegittima la previsione di una penale o del solo rimborso all'operatore delle spese da questo sostenute.

La normativa appena esaminata non lascia dubbi: in pendenza del termine di recesso - sia di pentimento che di autotutela - il consumatore non può essere obbligato a corrispondere danaro ad alcun titolo. Ma cosa accade in caso di proposta di acquisto?

La nuova normativa sulla multiproprietà non disciplina la proposta, sebbene avrebbe potuto equipararla al contratto com'è avvenuto per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali. L'art. 45 co. 2 cod. cons. stabilisce, infatti, che le "disposizioni della presente sezione si applicano anche nel caso di proposte contrattuali sia vincolanti che non vincolanti effettuate dal consumatore in condizioni analoghe a quelle specificate nel comma 1, per le quali non sia ancora intervenuta l'accettazione del professionista".

Occorre allora distinguere due ipotesi. Nella prima il potenziale acquirente sottoscrive una proposta di acquisto e corrisponde una somma di denaro a conferma della serietà della stessa⁴⁴. Questo pagamento sfuggirebbe al divieto di cui all'art. 75 cod. cons., disincentivando il recesso una volta sottoscritto il contratto preliminare di multiproprietà⁴⁵ o il definitivo. Ma siffatto esito interpretativo determinerebbe un irragionevole diversificato trattamento di due situazioni che, alla luce della finalità di tutela perseguita dalla normativa comunitaria, appaiono meritevoli di identica protezione⁴⁶. Si

⁴³ La violazione dell'art. 75 è punita con la sanzione amministrativa pecuniaria (art. 81 cod. cons.).

⁴⁴ Sebbene la proposta sia irrevocabile, il venditore chiede ugualmente la corresponsione di una somma di denaro per rafforzare la serietà dell'impegno del proponente. Nel caso, invece, di proposta revocabile, la somma versata costituisce il corrispettivo della facoltà di revoca.

⁴⁵ Dalla conclusione del contratto preliminare di multiproprietà inizia a decorrere il termine di recesso (art. 73 co. 2 let. a cod. cons.).

⁴⁶ DE MARZO, cit., p. 24.

può pertanto interpretare estensivamente l'art. 75 cod. cons. riferendo il divieto ivi contenuto anche alla proposta di acquisto.

In verità è la seconda ipotesi ad essere molto più frequente nella prassi dei traffici, soprattutto quando nell'operazione intervenga un mediatore. Generalmente chi intende acquistare sottoscrive una scrittura predisposta dall'intermediario contenente una proposta irrevocabile di acquisto. Tale proposta, accettata per iscritto dal proprietario, prevede la stipulazione del contratto preliminare entro un breve termine. Le parti, in definitiva, si obbligano ad obbligarsi ancora in un prossimo futuro. Questa figura è conosciuta col nome di preliminare del preliminare (o di pre-preliminare).

Pressoché sempre all'atto della sottoscrizione del pre-preliminare, il futuro acquirente versa al proprietario una somma a titolo di caparra confirmatoria. Successivamente una delle parti - di solito il proponente - rifiuta la conclusione del preliminare. Si pone così il problema degli strumenti di tutela per la parte non inadempiente. Occorre però chiarire preliminarmente la rilevanza giuridica di una scrittura con cui le parti differiscono l'effetto reale al di fuori dello schema legale preliminare-definitivo.

Non può ovviamente essere trattato in questa sede il tema del differimento dell'effetto reale; si può solo ricordare che la dottrina⁴⁷ e la giurisprudenza di legittimità⁴⁸ hanno sostenuto la derogabilità dell'art. 1376 c.c.; dunque la possibilità di graduare volontariamente la produzione dell'effetto reale. Naturalmente tale graduazione trova un limite nel "riferimento causale, non essendo ammesso un negozio astratto di adempimento"⁴⁹.

Ed è proprio ragionando sulla mancanza di causa che la giurisprudenza di merito⁵⁰ ha ritenuto nullo il contratto preliminare del preliminare.

La Cassazione ha ravvisato l'insussistenza di un interesse meritevole di tutela, ma anche della causa⁵¹. Del resto il discorso sulla causa si intreccia, in forza degli artt. 1322 co. 2 e 1323 c.c., con quello sulla meritevolezza⁵².

Il preliminare di preliminare - si legge nella motivazione di una sentenza della Cassazione - "darebbe luogo a un'inconcludente superfetazione, non

spetta neppure se il futuro acquirente ha (come nel caso di specie), nella scrittura nulla, riconosciuto il diritto alla mediazione sottoscrivendo una espressa dichiarazione. "Tale dichiarazione - si legge nella sentenza - non contiene alcuna espressa deroga alla previsione di cui all'art. 1755 c.c., ma assume un significato meramente ricognitivo dell'opera di intermediazione prestata dall'agenzia e del suo diritto al compenso in relazione a tale opera, fermo restando, tuttavia, il presupposto dell'intervenuta conclusione dell'affare, nella specie non verificatosi".

Il Trib. Roma, 28.2.2012, n. 4176, in *www.ilcaso.it*, ha distinto tra puntazione, preliminare del preliminare e contratto preliminare, ritenendo nullo il secondo per mancanza di causa. Questa sentenza si lascia apprezzare per la motivazione rigorosa che sorregge la qualificazione della scrittura come preliminare del preliminare. Il trib. ha argomentato dall'intitolazione del documento ("dichiarazione di intenti"), dall'espressa previsione contenuta nel documento dell'impegno a sottoscrivere un contratto preliminare e dal comportamento successivo delle parti (segnatamente: nello scambio di corrispondenza si invitava a fissare una data per la sottoscrizione del contratto preliminare).

⁵¹ Cass. 2.4.2009, n. 8038, in *Notariato*, 2010, 1, 40 ss., con nota adesiva di LA PORTA, *Preliminare di preliminare*; ivi, con nota critica di CHIANALE, *Preliminare di preliminare*; in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 81 ss., con nota critica di NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, ha confermato la sentenza della Corte d'appello con cui era stata dichiarata la nullità del preliminare del preliminare per mancanza di causa. Cfr. anche Cass., 10.9.2009, n. 19557, in *Leggi d'Italia on line*, la quale, nel riferirsi alla figura in esame, ha affermato che "si tratterebbe soltanto di singolari architetture giuridiche che non avrebbero altro scopo che quello di inutilmente aumentare il contenzioso, d'altra parte in definitiva il c.d. "preliminare del preliminare" si tradurrebbe in un negozio nullo perché privo di giuridica causa, in quanto la finalità con esso perseguita dalle parti non è meritevole di alcuna tutela giuridica". Quest'orientamento non sembra smentito da Cass., 9.12.2009, n. 25780, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 81 ss., la quale, nel decidere la causa nel merito (art. 384 co. 2 c.p.c.), ha rigettato la domanda di restituzione della caparra confirmatoria poiché, come aveva già sostenuto il tribunale, la scrittura doveva essere interpretata come contratto preliminare e non come pre-preliminare. Non è dato sapere perché il primo giudice aveva ravvisato l'esistenza di un contratto preliminare. Di certo la qualificazione spetta al giudice, tuttavia non può ritenersi esistente un contratto preliminare se nella scrittura da cui origina la controversia le parti assumono espressamente e chiaramente l'impegno di stipulare, in futuro, un contratto preliminare. Sul punto è emblematica la sentenza del Trib. Roma, 28 febbraio 2012, n. 4176, cit., in cui, come si diceva *supra*, il giudice ha qualificato la scrittura come preliminare del preliminare sulla base del testo del documento e del comportamento successivo delle parti.

Ammette il contratto preliminare del preliminare GABRIELLI, voce *Contratto preliminare* (Postilla di aggiornamento), in *Enc. giur.*, 1997, 5 ss.

⁵²FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 359 ss., non attribuisce alla meritevolezza un significato autonomo rispetto al concetto di causa in concreto.

⁴⁷SACCO, *Il contratto* (di Sacco-De Nova), Torino, 2004, tomo 2, p. 44, con riferimento all'art. 1376 c.c., afferma che il giurista italiano "non deve nutrire diffidenza verso la vendita con efficacia obbligatoria". VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, 428, afferma che "il contenuto della sequenza traslativa non ha aspetti di inderogabilità incompatibili con un pieno dominio della volontà. La quale cede quando occorre disciplinare non l'acquisto del diritto, ma l'opponibilità del titolo e con esso il regime giuridico della circolazione".

⁴⁸Cass., 24.11.2003, n. 17859 in *Vita notar.*, 2004, 268 ss.; Cass., 25.3.2003, n. 4364, in *Contratti*, 2003, 8-9, 783; Cass., 21.4.2010, n. 9504, in *Leggi d'Italia on line*.

⁴⁹Così VETTORI, *Contratto e rimedi*, cit., p. 428.

⁵⁰Trib. Napoli, 23.11.1982, in *Giust. civ.*, 1983, I, 283; Trib. Napoli, 21.2.1985, in *Dir. e giust.*, 1985, 725; Corte d'App. Milano, 14.3.2003, inedita; Corte d'App. Genova, 21.2.2006, in *Obbligaz. e contr.*, 2006, 648; Corte d'App. Firenze, 21.10.2011, in *Leggi d'Italia on line*, ha affermato giustamente che, in conseguenza della nullità del preliminare di preliminare e dunque della mancata conclusione dell'affare, il mediatore non ha diritto alla provvigione ai sensi dell'art. 1755 c.c. Ma tale provvigione - continua esattamente la Corte d'App. - non



sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente: non ha senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito⁵³.

La Suprema Corte argomenta dall'art. 2932 c.c. il quale "instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo, destinato a realizzare effettivamente il risultato finale perseguito dalle parti"⁵⁴. In sostanza, nella prospettiva della Cassazione, appare contrario ad ogni logica giuridica incentrata sull'efficienza appesantire questa sequenza procedimentale con l'assunzione di un obbligo ad obbligersi ancora.

Ma quest'affermazione della mancanza di causa, nella sua assolutezza, appare discutibile soprattutto considerando l'evoluzione del contratto preliminare con il quale le parti si promettono prestazioni più che consensi⁵⁵. Oggetto del preliminare è non tanto l'assunzione dell'obbligo di manifestare successivamente un consenso (*facere*), ma qualcosa di più: far acquistare al promissario la proprietà di il bene esente da vizi (*dare*), così come descritto e garantito dal contratto preliminare.

Questa nuova impostazione ha indotto la giurisprudenza teorica⁵⁶ ad ammettere, in presenza di vizi occulti della cosa e in alternativa alla domanda di risoluzione del preliminare, la riduzione del prezzo ovvero l'eliminazione dei vizi, congiuntamente alla domanda di cui all'art. 2932 c.c. La possibilità di

⁵³ Così Cass. 2.4.2009, n. 8038, cit. Cass., 10 settembre 2010, n. 19557, cit., richiama anche la mancanza di causa.

⁵⁴ Cass. 2.4.2009, n. 8038, cit.

⁵⁵ CHIANALE, *op. loc. cit.*, rivolge una sferzante critica alla sentenza della Cassazione, sostenendo invece la legittimità di un'operazione economica che si articola in tre fasi. Nella prima le parti concludono un contratto preliminare con il quale si impegnano a stipulare una vendita con effetti obbligatori. "Il successivo preliminare (eventualmente in forma autentica e trascritta) consiste nella vendita obbligatoria; il contratto definitivo è l'atto traslativo solutorio".

⁵⁶ Cass. Sez un., 27.2.1985, n. 1720, in *Vita not.*, 1985, 257; Cass., 19.4.2000, n. 5121, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 16.7.2001, n. 9636, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1963; Cass., 15.12.2006, n. 26943, in *Contratti*, 2007, 6, 580; Cass., 15.2.2007, n. 3383, in *Contratti*, 2007, 7, 669; Cass., 26.1.2010, n. 1562, in *Notariato*, 2010, 3, 245. Oggi può dirsi consolidata la seguente massima: nell'ipotesi di preliminare di vendita di un immobile, le diseconomie conseguenti al successivo insorgere di vizi o difformità (non concretizzanti *aliud pro alio*) possono essere corrette proponendo congiuntamente alla domanda di cui all'art. 2932 c.c., anche le domande accessorie di: a) riduzione del prezzo pattuito (domanda uguale alla *quantum minoris* solo sotto il profilo contenutistico) o, in alternativa; b) esatto adempimento (*id est*: eliminazione delle difformità). L'azione volta ad ottenere la riduzione del prezzo e quello che mira all'eliminazione dei vizi "costituiscono mezzi di tutela di carattere generale che, in quanto tali, devono ritenersi utilizzabili anche per il contratto preliminare".

pronunciare la sentenza costitutiva del trasferimento per un prezzo minore, non discenderebbe, secondo la Cassazione, dall'applicazione della normativa della garanzia per vizi (artt. 1490 ss. c.c.), ma dai principi in tema di responsabilità contrattuale⁵⁷.

Non occorre indugiare oltre su questo tema, se non per sottolineare come sulla invalidità del preliminare del preliminare residuo ancora incertezze. Soprattutto in dottrina dove una parte si è pronunciata per la validità. In particolare, un autore⁵⁸ ha svolto un'attenta analisi ritenendo che vi sia lo spazio per distinguere la figura del pre-preliminare dal contratto preliminare vero e proprio cui segue l'atto traslativo solutorio. Anche il pre-preliminare sarebbe dotato di una propria giustificazione e potrebbe, in concreto, soddisfare un interesse delle parti.

Altri autori⁵⁹, nel sostenere la validità del pre-preliminare, hanno criticato sia l'affermazione della Cassazione secondo cui tale figura sarebbe priva di causa, sia l'argomento basato sull'art. 2932 c.c. "Il giudizio sull'utilità - ha affermato un autorevole studioso del contratto⁶⁰ - dovrebbe essere lasciato alle parti, che se fanno un preliminare di preliminare si presume vi abbiano interesse: se l'interesse è meritevole di tutela, il contratto ha causa lecita".

Nonostante la vivace discussione dottrinale, avviata come reazione alle pronunce della Cassazione, rimane non del tutto chiarito, ove dovesse affermarsi la tesi della validità, il problema dei rimedi applicabili al pre-preliminare; soprattutto qualora il futuro acquirente, nelle more della conclusione del contratto preliminare, si accorga che il bene promessogli in vendita è affetto da vizi. Segnatamente ci si domanda se sia possibile anticipare, com'è avvenuto per il contratto preliminare, non tanto il rimedio della risoluzione per inadempimento - su cui non dovrebbero esservi dubbi - quanto piuttosto quello della riduzione del prezzo o dell'eliminazione dei vizi.

Parimenti incerto è se, in certi casi, sia applicabile l'art. 2932 c.c. almeno quando il preliminare del preliminare contenga tutti gli elementi del definiti-

⁵⁷ GABRIELLI, voce *Contratto Preliminare*, *Diritto civile I*, in *Enc. giur.*, 1988, I, pur concordando con la soluzione della Cassazione ne contesta la motivazione. L'A. afferma infatti che "i vizi della cosa hanno rilevanza obiettiva, indipendentemente da qualsiasi inadempimento di chi ha promesso di vendere".

⁵⁸ CHIANALE, *op. loc. cit.*

⁵⁹ ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011, 616 e NAPOLI, *Il contratto preliminare del preliminare*, cit., 85 ss., ritengono valido - o comunque non invalido in ogni caso - il preliminare di preliminare. *Contra* GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2009, 878, il quale sembra condividere la recente giurisprudenza della Cassazione.

⁶⁰ ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 616, distingue naturalmente il profilo della validità del preliminare di preliminare dalla questione se ad esso siano applicabili tutte le norme sul contratto preliminare. L'Autore esclude la trascrivibilità.

vo. Senza trascurare neppure la prospettiva della conversione (art. 1424 c.c.) del preliminare del preliminare in contratto preliminare qualora si dovesse ritenere nullo il primo.

La Cassazione non si è posta interrogativi, avendo ritenuto che il preliminare del preliminare non ha un'autonoma giustificazione rispetto a una successiva vendita ad effetti obbligatori. Naturalmente - e la Suprema Corte ne è ben consapevole - i rapporti tra le parti, confluiti nella conclusione del preliminare del preliminare, non sono giuridicamente irrilevanti. Essi si collocano nella fase della trattativa e rispetto a questa - che è governata dall'obbligo di buona fede - devono essere valutati.

Ora l'impegno ad acquistare attraverso più negozi, formalizzato in un documento sia pur nullo, può valere come puntuazione⁶¹. La quale, com'è noto, fissa, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio⁶². Di conseguenza qualora l'operazione non si concluda - perché, per restare al nostro caso, una parte rifiuti la conclusione del preliminare - potranno esservi i presupposti della responsabilità precontrattuale per recesso ingiustificato dalle trattative.

Con riguardo al contratto di multiproprietà si può ipotizzare che il consumatore, letto il formulario informativo, sottoscriva una proposta di acquisto impegnandosi a concludere un contratto preliminare. Proposta sottoscritta anche dal proprietario. Questo atto, seguendo l'orientamento della Cassazione appena illustrato, è nullo anche se il consumatore sia stato debitamente informato ai sensi di legge.

Vero è che la tesi della nullità del preliminare del preliminare tutela soprattutto chi intendeva ac-

⁶¹ Con la minuta (o puntuazione) del contratto, le parti si limitano a documentare l'intesa raggiunta su alcuni o su tutti i punti del contratto, rinviando a un momento successivo la stipulazione di quest'ultimo. Sicché la minuta non ha carattere vincolante. In giurisprudenza si è distinto tra puntuazione di clausole e puntuazione completa di clausole. Nella prima le parti raggiungono intese parziali in ordine al futuro regolamento di interessi. Nella seconda le parti predispongono un accordo negoziale completo in funzione pur sempre preparatoria della stipulazione del contratto. I due casi danno luogo a un regime probatorio diverso. La completezza dell'assetto negoziale genera una presunzione semplice di perfezionamento contrattuale. Di conseguenza il convenuto in giudizio con l'azione di adempimento, se vuole eccepire la puntuazione completa di clausole per paralizzare l'azione dell'attore deve fornirne la prova. Ed esattamente egli deve provare, applicando i criteri di ermeneutica contrattuale (artt. 1362 ss. c.c.), che nonostante la completezza dell'accordo, sussisteva comunque la volontà delle parti di differire il perfezionamento del contratto. In giurisprudenza cfr: Cass., 30.3.1994, n. 3158, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 22.8.1997, n. 7857, in *Foro it.*, 1998, I, 878; Cass., 16.7.2002, n. 10276, in *Arch. civ.*, 2003, 525; Cass., 14.7.2006, n. 16118, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 2.1.2.2008, n. 28618, in *Contratti*, 2009, 4, 396; Cass., 4.2.2009, n. 2720, in *Leggi d'Italia on line*.

⁶² Cass. 2.4.2009, n. 8038, cit.

quistare. Il quale, nella fase della proposta, predisposta generalmente dall'intermediario, spesso, non è assistito da un "tecnico che possa garantire la consapevole assunzione di un impegno obbligatorio"⁶³.

Nel contratto preliminare, invece, il proprietario-promittente venditore è tutelato in sede di esecuzione specifica dell'obbligo a contrarre (art. 2932 c.c.), attraverso la tecnica della sentenza condizionale. Il giudice, se vi sono i presupposti, emette la sentenza costitutiva, ma subordina l'effetto traslativo al pagamento del residuo prezzo, qualora le parti abbiano stabilito che tale pagamento avrebbe dovuto essere corrisposto alla stipula del definitivo.

La corresponsione dovrà avvenire entro un ragionevole lasso di tempo fissato dal giudice ai sensi dell'art. 1183 c.c.; tempo che decorrerà dal passaggio in giudicato della sentenza⁶⁴.

5. La garanzia fideiussoria.

Il legislatore italiano già in sede di attuazione della prima direttiva sulla multiproprietà (94/47) aveva prescritto, nonostante il silenzio della stessa sul punto, l'obbligo a carico di professionista di

⁶³ LA PORTA, *op. cit.*, p. 43, osserva che la Cassazione ha ben colto "l'essenza della volontà privata in questa fase delle trattative [tutelando al meglio] il contraente debole, inteso come quello che si accosta alla trattativa senza possedere le informazioni necessarie alla sua consapevole conclusione e, a monte, spesso, senza nemmeno possedere gli strumenti culturali e tecnici per un accesso consapevole a tali informazioni, certamente non forniti dal mediatore".

⁶⁴ Cass., 27.4.1996, n. 3926, in *Contratti*, 1996, 5, 455; Cass., 22.2.2000, n. 1964, in *Leggi d'Italia on line*; Cass., 4.1.2002, n. 59, (accollo del mutuo e consenso liberatorio del mutuante possono essere oggetto di condizione sospensiva al trasferimento), in *Riv. notar.*, 2002, 1027; Cass., 10.11.2003, n. 16822, in *Arch. civ.*, 2004, 1077; Cass., 7.4.2006, n. 8212, in *Leggi d'Italia on line* e ivi: Cass., 31.7.2007, n. 16881 e Cass., 14.1.2010, n. 477; Cass., 21.10.2011, n. 21896, in *Diritto e Giustizia on line*.

Com'è noto, l'art. 2932 co. 2 c.c. stabilisce che "la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile". L'interesse sotteso a questa regola è la salvaguardia del nesso sinallagmatico tra le prestazioni, nesso che, ai sensi dell'art. 1460 c.c., consente a ciascuna parte di autotutelarsi sospendendo temporaneamente l'adempimento della propria obbligazione fino a quando l'altro contraente non adempia, o non offra di adempiere, la sua. Ora nelle pronunce appena citate si afferma che se il prezzo (o la sua parte residua) risulta esigibile alla conclusione del contratto definitivo, l'offerta è da "ritenersi soddisfatta con la domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, giacché l'offerta è necessariamente implicita nella domanda stessa; pertanto, in tale ipotesi, la sentenza produttrice degli effetti del contratto non concluso deve essere senz'altro emessa, [ma] il pagamento del residuo prezzo deve essere imposto come condizione per il verificarsi dell'effetto traslativo derivante dalla pronuncia del giudice".



prestare, in taluni casi, una fideiussione. Anche la seconda direttiva (2008/122/CE) non ha imposto tale obbligo, ma il legislatore municipale ha confermato nel decreto attuativo la scelta già compiuta a suo tempo. Si tratta, com'è stato osservato, di una linea di politica del diritto "a forte vocazione consumeristica"⁶⁵.

Per effetto del d. lgs. n. 79/2011, l'obbligo di fideiussione è ora disciplinato dall'art. 72-bis, cod. cons. La nuova norma non ha innovato rispetto al previgente art. 72 cod. cons., salvo l'impiego del termine "operatore" in luogo di "venditore" e l'innalzamento del *quantum* del capitale sociale versato da 5.164.569 a 5.500.000 euro. Com'è noto sono due i casi l'operatore è obbligato a prestare fideiussione bancaria: 1) quando l'operatore non ha la forma giuridica ovvero con un capitale inferiore a 5.500.000 euro e non avente sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato a garanzia della corretta esecuzione del contratto; 2) quando l'oggetto del contratto di multiproprietà sia in corso di costruzione a garanzia dell'ultimazione dei lavori.

Rimangono pertanto tutt'ora valide le critiche che la dottrina aveva già rivolto al previgente art. 72 cod. cons.

La norma in esame non contiene una disciplina di spiccato *favor* per il consumatore (ma un *favor* c'è). Essa si limita a stabilire al comma 4 che "le garanzie di cui ai commi 1 e 2 non possono imporre al consumatore la preventiva escussione del venditore". Con ciò derogando a quanto previsto dall'art. 1944 co. 2 c.c. che invece lascia libere le parti di "convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale". L'acquirente della multiproprietà ha quindi il diritto di rivolgersi direttamente al fideiussore per ottenere la restituzione di quanto già corrisposto all'operatore.

Il fideiussore può però opporre al consumatore (creditore) garantito le eccezioni inerenti la validità e l'efficacia del rapporto principale al fine di rifiutare o ritardare il pagamento (art. 1945 c.c.). Il legislatore non ha configurato tale garanzia sul modello del contratto autonomo di garanzia⁶⁶; in tal caso essa avrebbe operato per il solo fatto dell'inadempimento ossia, nel nostro caso, del mancato rispetto dei termini stabiliti per il completamento dei lavori (art. 72-bis co. 2 cod. cons.).

⁶⁵ MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., p. 485.

⁶⁶ Neppure la garanzia fideiussoria prevista dagli artt. 2 e 3 del d. lgs. 122/2005 (*Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della l. 2 agosto 2004, n. 210*) è stata configurata come contratto autonomo di garanzia.

Naturalmente non è precluso alle parti di accordarsi per rafforzare la garanzia, prevedendo il contratto autonomo di garanzia⁶⁷.

L'autonomia privata non può invece eliminare né diminuire i diritti che la legge riconosce all'acquirente-creditore. Per effetto dell'art. 78 co. 1 cod. cons., è nullo sia il patto con il quale l'acquirente rinuncia alla garanzia fideiussoria, sia l'accordo che imponga all'acquirente di escutere preventivamente l'operatore. Ma analizzando più da vicino le due ipotesi di fideiussione, si affacciano alcuni dubbi interpretativi che hanno negative sull'ambito dell'autonomia privata.

Non è chiaro, con riguardo al comma 1 dell'art. 72-bis cod. cons.⁶⁸, in quali casi debba essere prestata la fideiussione bancaria o assicurativa. Più esattamente quali requisiti debba avere la società per non essere obbligata a prestare la fideiussione. L'equivocità del testo lascia spazio a due interpretazioni opposte.

Secondo l'interpretazione cosiddetta "cumulativa", non sussiste l'obbligo di fornire garanzia fideiussoria se la società ha forma di società di capitali (ovvero, pur non avendo tale forma, sia titolare di un capitale sociale versato non inferiore a 5.500.000 euro) e ha "sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato".

Quest'ultimo requisito, secondo la tesi in parola, deve coesistere con una delle due condizioni previste dalla prima parte della norma - che va fino alla parola "euro" - poste in rapporto di alternatività in considerazione della congiunzione disgiuntiva "ov-

⁶⁷ Cass. Sez. un. 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Leggi d'Italia on line*, ha affermato che "l'inserimento in un contratto di fideiussione di un clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale". *Contra*: Cass., 7.1.2004, n. 52, in *Contratti*, con nota di PECORARO, *Performance bond e fideiussione*; Cass. 8.1.2010, n. 84, in *Contratti*, 2010, 4, 373 ss., secondo le quali "non è decisivo l'impiego delle espressioni "a semplice richiesta" o "a prima richiesta" del creditore". Conta, invece, "la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia". Le parti devono esplicitare nel contratto la carenza dell'elemento dell'accessorietà "con l'impiego di una specifica clausola idonea ad indicare l'esclusione della facoltà del garante di opporre al creditore le eccezioni spettanti al debitore principale, ivi compresa l'estinzione del rapporto". Per una trattazione sul contratto autonomo di garanzia cfr. MACARIO, *Il contratto autonomo di garanzia*, in *Obbligazioni*, Tratt. di diritto civile diretto da Lipari-Rescigno, Milano, 2009, 940 ss.

⁶⁸ L'art. 72-bis co. 1 cod. cons. stabilisce che "L'operatore non avente forma giuridica di società di capitali ovvero con un capitale sociale versato inferiore a 5.500.000 euro e non avente sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato è obbligato a prestare idonea fideiussione bancaria o assicurativa a garanzia della corretta esecuzione del contratto".

vero". Ne consegue che qualora il venditore sia una società di capitali (o un ente con un capitale non inferiore a 5.500.000 euro), non avente però sede legale e sedi secondarie in Italia, egli sarebbe obbligato a prestare la fideiussione.

Il presupposto da cui muove questa interpretazione è che la società non di capitali (o l'ente con un capitale inferiore a 5.164.569 euro) e con sede legale all'estero non assicurerebbe una corretta esecuzione del contratto di multiproprietà. Da qui la necessità di bilanciare la posizione delle parti attraverso l'istituto della fideiussione⁶⁹.

Una differente lettura dell'art. 72-bis co. 1, cosiddetta "disgiuntiva", considera la sede legale e le sedi secondarie nel territorio dello Stato come un requisito separato da non cumulare, al fine di escludere l'obbligo della fideiussione, con una delle due situazioni alternative previste dalla prima parte della norma. Ne deriva che non è obbligato a prestare fideiussione bancaria o assicurativa il venditore che: a) abbia forma giuridica di società di capitali ovunque si trovino la sede legale e le sedi secondarie; b) non abbia forma giuridica di società di capitali ma sia titolare di un capitale sociale versato non inferiore a 5.500.000 euro, ancorché non abbia sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato; c) non sia una società di capitali e, pur avendo un capitale sociale versato inferiore a 5.500.000 euro, abbia sede legale e sedi secondarie nel territorio dello Stato⁷⁰.

Quest'interpretazione appare più razionale anche se non è immune da critiche. Essa sottrae dall'obbligo della fideiussione le società che hanno un'autonomia patrimoniale perfetta. Invece le società che hanno sede fuori dall'Italia devono essere titolari di un notevole patrimonio per non essere assoggettate all'obbligo. Ma non può sfuggire come la diversità di trattamento tra società con sede in Italia e società con sede in altro Stato della Comunità europea contrasti con gli artt. 54 e 64 del Trattato FUE, contenuti rispettivamente nel Capo II intitolato "Il diritto di stabilimento" e nel Capo IV sui "Capitali e pagamenti"⁷¹.

⁶⁹ L'interpretazione cumulativa è riportata dallo *Studio n. 4593* approvato dalla *Commissione studi civilistici del Consiglio nazionale del notariato* il 21 ottobre 2003.

⁷⁰ I sostenitori dell'interpretazione c.d. disgiuntiva osservano che la lettura congiuntiva sarebbe stata certamente corretta se prima della congiunzione "e" vi fosse stata una virgola; ciò avrebbe permesso una più facile riconduzione del requisito della "sede" a entrambe le categorie societarie contemplate dall'art. 72-bis co. 1 cod. cons. L'assenza della virgola consentirebbe di considerare la parte della norma in cui si dice "e non avente sede (...)" come se fosse retta dalla congiunzione disgiuntiva "ovvero".

⁷¹ In tal senso si è pronunciato il citato *Studio n. 4593*. L'art. 48 (oggi art. 54 trattato FUE) equipara le società di altri Stati membri a quelle nazionali e l'art. 57 (oggi art. 64 trattato

Le due diverse interpretazioni dell'art. 72-bis co. 1 cod. cons. influiscono sulla tematica della rinuncia alla fideiussione. Nell'ambito dell'interpretazione cumulativa, la società di capitali-venditrice che non ha sede legale in Italia deve prestare la fideiussione; di conseguenza un'eventuale rinuncia a quest'ultima sarebbe nulla. Se, invece, nel medesimo caso si accoglie l'interpretazione disgiuntiva, la società-venditrice, essendo di capitali, non è obbligata alla fideiussione. E Le parti possono disciplinare liberamente la garanzia.

Venendo alla garanzia fideiussoria in caso di alloggio in corso di costruzione (art. 72-bis co. 2) a garanzia dell'ultimazione dei lavori, si è rimproverato al legislatore di non aver previsto una fattispecie più ampia⁷². La norma non tutela l'acquirente nel caso in cui l'operatore fallisca (o sia sottoposto ad altre procedure concorsuali) dopo l'ultimazione della costruzione ma prima di aver trasferito il diritto oggetto del contratto; ovvero nel caso in cui, sebbene terminati i lavori, si constati il mancato funzionamento delle strutture per l'impossibilità di gestire i servizi comuni.

Sarebbe forse stato opportuno stabilire l'obbligo dell'operatore di prestare, al momento della conclusione del contratto, una fideiussione per garantire l'esatto adempimento e la restituzione della somma versata maggiorata degli interessi fino alla trascrizione dell'atto⁷³.

FUE) vieta nuove restrizioni nei riguardi dei paesi terzi "per quanto concerne i movimenti di capitali provenienti da paesi terzi o ad essi diretti, che implicino investimenti diretti, inclusi gli investimenti in proprietà immobiliari, lo stabilimento, la prestazione di servizi finanziari o l'ammissione di valori mobiliari nei mercati finanziari".

⁷² DI CIOMMO, *Multiproprietà: l'attuazione italiana della direttiva a tutela dell'acquirente*, cit., c. 38., c. 45.

⁷³ DI CIOMMO, *op. loc. ult. cit.*, osserva che l'acquirente che subisce un inadempimento diverso da quello consistente nella mancata ultimazione della costruzione rischia di non ricevere alcun risarcimento del danno se la società venditrice contro la quale propone domanda giudiziale si sia sciolta, ovvero si trovi in stato di insolvenza. L'acquirente perderà anche il "prezzo globale" pagato - decorsi i termini per il recesso - per l'acquisto, ad eccezione dell'ipotesi in cui l'immobile sia in corso di costruzione in quanto l'allegato II-bis Parte 3 n. 3 prevede l'obbligo di garantire il rimborso dei pagamenti già effettuati. Quest'ultima disposizione, tuttavia, non specifica né quali debbano essere le garanzie, né i tempi e le modalità di rimborso. Secondo l'opinione prevalente, nell'eventualità in cui tali garanzie non siano menzionate nel documento informativo né nel contratto, quest'ultimo è comunque valido in quanto la legge prevede solo la sanzione amministrativa pecuniaria. Che va, secondo la nuova formulazione dell'art. 81 cod. cons., da euro 1.000 a euro 5.000 euro.



6. Il diritto di recesso nella direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori e nella multiproprietà.

La direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2011/83/UE⁷⁴ sui diritti del consumatore ha sostituito le direttive sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali (85/577/CEE) e sui contratti a distanza (97/7/CE), discostandosi dall'approccio di armonizzazione minima (considerando 2)⁷⁵. Il che si è reso necessario per rilanciare il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, soprattutto via internet, ritenuto ancora largamente inespresso.

Le ragioni di questo ritardo di crescita del mercato interno sono state individuate dalla stessa direttiva soprattutto nella diversità, sotto diversi profili, delle norme nazionali di tutela dei consumatori (considerando 5). Il fatto che i termini di recesso siano diversi in molti Stati membri è "causa di incertezza giuridica e di costi di adempimento" (considerando 40). Come pure distinti regimi sulla consegna dei beni costituiscono "una delle più importanti fonti di controversie con i professionisti (considerando 51).

E' chiaro che un sistema di tutela del consumatore, diversificato nei vari Stati membri, non favorisce affatto la libera circolazione delle merci e dei servizi e al contempo frena il consolidarsi di un effettivo mercato interno dei consumatori.

Ecco allora che la direttiva 2011/83/UE ha scelto, con qualche eccezione⁷⁶, l'armonizzazione massima. Stabilisce infatti l'art. 4 dir.: "Salvo che la presente direttiva disponga altrimenti, gli Stati membri non mantengono o adottano nel loro diritto

⁷⁴ Per un'accurata disamina della citata direttiva cfr.: MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., 861 ss., il quale, tra le altre cose, sottolinea come essa si sia spinta a risolvere il duplice problema del termine di consegna nel contratto di vendita (art. 18) e del passaggio del rischio nelle vendite che prevedono la spedizione del bene da parte del professionista (art. 20); PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieilles-nouvelée*, cit., 251 ss.

⁷⁵ Gli Stati membri devono varare disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per l'attuazione della direttiva entro il 13 dicembre 2013 (art. 28 dir. 2011/83/UE).

⁷⁶ L'art. 3 § 4 dir. 2011/83/UE attribuisce agli Stati membri la facoltà di non applicare la direttiva ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali di importo non superiore a 50 euro. Inoltre "Gli Stati membri possono stabilire un valore inferiore nella rispettiva legislazione nazionale". L'art. 7 § 4 prevede una disciplina alleggerita quanto all'informazione per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali "in cui il consumatore ha chiesto espressamente i servizi del professionista ai fini dell'effettuazione di lavori di riparazione o manutenzione e in virtù dei quali il professionista e il consumatore adempiono immediatamente ai propri obblighi contrattuali e l'importo a carico del consumatore non supera i 200 euro. Detto articolo prevede altresì che "Gli Stati membri possono decidere di non applicare il presente paragrafo".

nazionale disposizioni divergenti da quelle stabilite dalla presente direttiva, incluse le disposizioni più o meno severe per garantire al consumatore un livello di tutela diverso". Gli Stati membri non possono pertanto derogare né *in peius* né *in melius* alle disposizioni della direttiva, sebbene quest'ultima non "impedisca ai professionisti di offrire ai consumatori condizioni contrattuali che vadano oltre la tutela prevista dalla direttiva" (art. 3 § 6).

Nella direttiva assumono rilievo primario sia le informazioni da fornire al consumatore prima che questi sia vincolato al contratto⁷⁷, distinguendo a seconda che si tratti, da un lato, di contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, dall'altro di contratti diversi da questi, sia il diritto di recesso di pentimento sul quale torneremo.

E' bene però preliminarmente osservare che la direttiva 2011/83/UE non ha modificato la regolazione del recesso nella multiproprietà, la quale è stata, come abbiamo visto, già oggetto di revisione ad opera del decreto legislativo n. 79/2011 attuativo della direttiva 2008/122/CE. Piuttosto si può osservare che le due normative hanno disciplinato il recesso in modo simile, a dimostrazione della riconosciuta efficacia di talune soluzioni tecniche nella prospettiva di un elevato livello di protezione dei consumatori (finalità, questa, posta dall'art. 169 TFUE).

La direttiva 2011/83/UE però non sia appiattisce sulla tutela del consumatore. Essa è sì volta a promuovere "un effettivo mercato interno dei consumatori, [ma] che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese" (considerando 4). Così il legislatore europeo mostra di rifiutare "l'assolutismo insito nel totale asservimento del mercato alle logiche concorrenziali e nelle letture di esclusiva vocazione consumeristica del diritto europeo"⁷⁸.

Il recesso nelle vendite a distanza e nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali è un rimedio che controbilancia la posizione del consumatore rispetto a quella del professionista. Esso, nelle prime, è stato attribuito poiché il consumatore non può ve-

⁷⁷ L'informazione è, com'è noto, funzionale alla consapevole formazione del consenso e al corretto svolgimento del rapporto contrattuale. Essa riguarda infatti non solo la fase antecedente alla conclusione del contratto, ma anche il perfezionamento dell'accordo e l'esecuzione del rapporto contrattuale. L'importanza strategica delle regole sull'informazione ha spinto il legislatore europeo a farle oggetto di armonizzazione massima. Sia l'art. 7 § 5 (sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali) che l'art. 8 § 10 (sui contratti a distanza) della dir. 2011/83/UE stabiliscono che "Gli Stati membri non impongono ulteriori requisiti formali di informazione precontrattuale per l'adempimento degli obblighi di informazione sanciti dalla presente direttiva".

⁷⁸ MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., 866.



dere fisicamente - né *a fortiori* testare e ispezionare - i beni prima di averli acquistati. In definitiva, riconoscendo il recesso, si concede al consumatore un periodo di prova del prodotto. Nei secondi il recesso si pone, invece, quale tecnica di difesa rispetto a un'operazione la cui conclusione può dipendere da un effetto sorpresa e/o da una pressione psicologica (considerando 37 dir. 2011/83/UE).

Venendo alla disciplina del recesso nella direttiva 2011/83/UE, le informazioni su di esso devono essere fornite al consumatore "su supporto cartaceo" prima che questi sia vincolato a un contratto a distanza o negoziato fuori dai locali commerciali (art. 7 § 1). Prima della conclusione del contratto, quindi, il consumatore deve essere messo a conoscenza non solo della titolarità del diritto di recesso, ma anche delle sue modalità di esercizio. Il supporto cartaceo contiene anche un modulo-tipo di recesso da compilare e da restituire solo in caso di recesso dal contratto.

In materia di multiproprietà l'art. 71 cod. cons. contiene una disposizione simile all'art. 7 § 1 dir. 2011/83/UE. Similitudine esistente anche tra l'art. 11 dir. 2011/83/UE e l'art. 72 co. 6 cod. cons. secondo cui il contratto include "un formulario separato di recesso, come riportato nell'allegato II-sexies, inteso ad agevolare l'esercizio del diritto di recesso in conformità all'articolo 73".

E' bene tuttavia sottolineare come sia nella multiproprietà che nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, il consumatore non sia obbligato a servirsi del modulo o formulario separato. L'art. 11 direttiva 2011/83/UE stabilisce la facoltà di utilizzare il modulo-tipo di recesso; altrimenti è ritenuta valida "qualsiasi altra dichiarazione esplicita della decisione di recedere dal contratto"⁷⁹. Analogamente l'art. 74 co. 2 cod. cons. recita che il "consumatore può [non deve] utilizzare il formulario di recesso di cui all'allegato VII fornito dall'operatore a norma dell'art. 72 comma 4".

In ogni caso occorre che il consumatore abbia inviato al professionista (o all'operatore) la comunicazione del recesso prima che il periodo di esercizio di tale rimedio sia decorso (art. 11 § 2 direttiva 2011/83/UE e art. 74 cod. cons.). Si tratta di una dichiarazione unilaterale non recettizia da rendere in

⁷⁹ Nel considerando 44 della direttiva 2011/83/UE si legge che "il consumatore dovrebbe restare libero di recedere con parole proprie, purché la dichiarazione con cui esplicita la sua dichiarazione di recedere dal contratto al professionista sia inequivocabile. Una lettera, una telefonata o il rinvio dei beni con una chiara dichiarazione potrebbero soddisfare tale condizione, ma l'onere della prova dell'avvenuto recesso entro i termini stabiliti nella direttiva dovrebbe incombere sul consumatore. Per tale motivo, è nell'interesse del consumatore avvalersi di un supporto durevole quando comunica al professionista il proprio recesso".

forma scritta così da assicurare la prova - posta a carico del consumatore (art. 11 § 4 dir. 2011/83/UE e art. 74 co. 1 cod. cons.) - dell'avvenuto recesso⁸⁰.

Il termine entro cui recedere è fissato in quindici giorni sia nei contratti disciplinati dalla direttiva 2011/83/UE (art. 9), sia nella multiproprietà (art. 73 cod. cons.). Il *dies a quo* di decorrenza del termine è analiticamente regolato, con riferimento a diversi casi, dall'art. 73 co. 2 cod. cons. e dall'art. 9 della direttiva 2011/83/UE.

Il recesso in discorso è denominato "di pentimento" (*iuspoenitendi*), non dovendo il consumatore specificare alcun motivo (art. 9 direttiva 2011/83/UE e art. 73 cod. cons.); egli non deve neppure sostenere alcun costo per il suo esercizio (art. 9 § 1 dir. 2011/83/UE e art. 74 co. 4 cod. cons.)⁸¹, neppure, in caso di multiproprietà, corrispondere alcunché per l'eventuale servizio reso prima del recesso (ed è questa una novità rispetto al previgente art. 73 cod. cons.).

Si ha, invece, recesso denominato di "autotutela" (o di protezione) quando il professionista (o l'operatore) non fornisce al consumatore le informazioni previste dalla normativa (art. 10 direttiva 2011/83/UE e art. 73 cod. cons.). In tal caso il termine di esercizio del diritto si allunga a un anno e quattordici giorni, salvo che il professionista sani il suo inadempimento entro un anno. Da tale momento inizia a decorrere il termine breve di quattordici giorni per l'esercizio del recesso (art. 10 § 2 direttiva 2011/83/UE e art. 74 cod. cons.).

⁸⁰ L'art. 11 § 3 direttiva 2011/83/UE prevede che "il professionista, oltre alla possibilità di cui al paragrafo 1, può offrire al consumatore l'opzione di compilare e inviare elettronicamente il modulo di recesso tipo riportato all'allegato I, parte B, o una qualsiasi altra dichiarazione di esplicita sul sito web del professionista. In tali casi il professionista comunica senza indugio al consumatore una conferma di ricevimento del recesso su un supporto durevole".

⁸¹ L'art. 9 direttiva 2011/83/UE, alla regola dell'esclusione dei costi nell'esercizio del recesso, pone l'eccezione dei costi previste dall'art. 13 paragrafo 2 e dall'art. 14. La prima disposizione fa riferimento ai costi supplementari derivati dalla scelta del consumatore di "un tipo di consegna diversa dal tipo meno costoso di consegna standard offerto dal professionista". La seconda, al comma 1, attribuisce al consumatore il costo della restituzione dei beni al professionista, purché quest'ultimo "non abbia concordato di sostenerlo o abbia omesso di informare il consumatore che tale costo è a carico del consumatore". Al comma 2 stabilisce che "il consumatore è responsabile unicamente della diminuzione del valore dei beni risultante da una manipolazione dei beni diversa da quella necessaria per stabilire la natura, le caratteristiche e il funzionamento dei beni, salvo nel caso di mancata informazione del diritto di recesso (art. 14 § 2). E al comma 3 pone a carico del consumatore l'obbligo di corrispondere al professionista un importo proporzionale alla prestazione già fornita da quest'ultimo. Ma - si badi - il professionista esegue la propria prestazione in pendenza del periodo del recesso solo se il consumatore gli abbia rivolto una esplicita richiesta in tal sensi ai sensi dell'art. 7 § 3 e dell'art. 8 § 8.



Durante la decorrenza del termine per recedere dal contratto di multiproprietà (o relativo a prodotti per le vacanze a lungo termine o di scambio), il consumatore non è tenuto a effettuare alcuna prestazione, anzi vi è un espresso divieto di effettuare qualunque versamento in denaro (art. 75 cod. cons.). Il contratto, quindi, al di là delle espressioni utilizzate dal legislatore, è valido ma inefficace almeno per il consumatore⁸².

Nei contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali l'esercizio del diritto di recesso "pone termine agli obblighi delle parti" di eseguire o di concludere - in caso di offerta del consumatore - il contratto⁸³. Ma in tali contratti il consumatore può aver già sostenuto spese o pagato il prezzo. In tal caso l'art. 13 della direttiva 2011/83/UE prevede l'obbligo di rimborso a carico del professionista ove vi sia stato recesso del consumatore.

La direttiva in discorso stabilisce inoltre che il consumatore possa rivolgere al professionista un'esplicita richiesta su supporto durevole di iniziare l'esecuzione della propria prestazione durante il periodo di recesso (artt. 7 § 3 e 8 § 8 direttiva 2011/83/UE). Essa prevede altresì all'art. 15, come la normativa sulla multiproprietà all'art. 77 cod. cons., che il recesso dal contratto, comporta, sulla scorta del collegamento negoziale, rispettivamente l'automatico annullamento o risoluzione dei contratti accessori (c.d. *ancillary contracts*).

Da quanto detto emerge come si possa instaurare più di un parallelo tra la disciplina del recesso nei contratti a distanza e regolati fuori dai locali commerciali, da un lato, e della multiproprietà, dall'altro. Il recesso di pentimento è un rimedio che garantisce scelte consapevoli. Ed è proprio la consapevolezza che rischia di sfumare alla luce delle particolari circostanze in cui è concluso il contratto negoziato fuori dai locali commerciali o a distanza o della pluralità di variabili in gioco specialmente nella multiproprietà⁸⁴.

⁸² L'art. 74 co. 4 cod. cons. dispone che "l'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, nei modi indicati dal comma 1, pone fine all'obbligo delle parti di eseguire il contratto". L'art. 75 cod. cons. vieta qualunque versamento in denaro "prima della fine del periodo di recesso in conformità dell'art. 73".

⁸³ Nel contratto a distanza e in quello concluso fuori dai locali commerciali, il diritto di recesso riguarda sia il contratto che la proposta contrattuale proveniente dal consumatore. In quest'ultimo caso, l'effetto del recesso sarà il venir meno dell'obbligo di perfezionare l'accordo.

⁸⁴ La direttiva 2008/122/CE realizza la finalità "di consentire ai consumatori di comprendere appieno i propri diritti e le proprie obbligazioni in base al contratto" attraverso il recesso di pentimento. Rispetto ad altri contratti, questa finalità è maggiormente avvertita nella multiproprietà (vacanze a lungo termine, rivendita, scambio) in ragione sia della particolarità, complessità e rilevanza finanziaria delle prestazioni legate a

Tale recesso tutela, quindi, l'*an* e il *quomodo* della negoziazione senza distruggere il principio secondo cui "il contratto ha forza di legge tra le parti" (art. 1372 c.c.), ma anzi ancorandolo ad una volontà libera ed effettiva.

7. Il problema della disciplina delle nullità di protezione.

Il codice del consumo non ha uniformato la disciplina applicabile alle nullità da esso previste. Le regole dettate dall'art. 36 cod. cons. - legittimazione relativa, rilevanza d'ufficio a favore del consumatore e parzialità necessaria - non sono quasi mai integralmente riprodotte in altre ipotesi di nullità testuali.

Gli artt. 52 co. 3 cod. cons. in materia di contratti a distanza, 72 co. 1 e 72-bis co. 3 cod. cons. in tema di multiproprietà, sanciscono *la nullità dell'intero contratto*⁸⁵ ma tacciono in ordine alla legittimazione ad agire e alla rilevanza d'ufficio. Ancora, gli artt. 67 co. 5 cod. cons. sulle limitazioni al rimborso nei contratti negoziati fuori dai locali commerciali o a distanza, 78 cod. cons. sul contratto di multiproprietà e 124 cod. cons. sulla responsabilità del produttore, stabiliscono soltanto *la nullità di singole clausole*⁸⁶. Parimenti gli artt. 44 co. 3, 45

una vacanza sia della non infrequente ubicazione dell'immobile in un Stato diverso da quello dell'acquirente.

⁸⁵ Con riferimento alla violazione dell'obbligo di espressa menzione della fideiussione sancito dall'art. 72-bis co. 3 cod. cons., si è posto il problema della eventuale sanatoria della nullità del contratto di multiproprietà. Secondo una tesi è possibile sanare la nullità, trattandosi di menzione "sostanziale" e non "formale". Il venditore, tuttavia, non può sanare unilateralmente il vizio, occorrendo il consenso dell'acquirente, il quale ha diritto di valutare, così come nel caso di regolare conclusione del contratto, l'affidabilità e la solidità di chi ha prestato la garanzia. La soluzione è argomentata dall'art. 73 co. 4 cod. cons. che consente al venditore di integrare il contratto, in data successiva alla sua conclusione, con gli elementi mancanti, facendo venire meno, in tal modo, il diritto del consumatore al recesso lungo (cfr. BULGARELLI, cit., 560, e *Studio del CNN*, n. 2330, cit., p. 14). Si potrebbe obiettare che la sanatoria del contratto nullo possa riguardare soltanto i casi espressamente previsti dalla legge. Tuttavia si deve pur ammettere che la nullità è invocabile solo fino a quando l'immobile non sia stato ultimato, giacché la conclusione dei lavori e l'effettivo godimento del diritto da parte del compratore renderebbero non più necessaria la prestazione della garanzia e del tutto sproporzionata la sanzione della nullità.

⁸⁶ Gli artt. 67 co. 5, 78 e 124 cod. cons. non fanno riferimento alla possibilità di un giudizio parziale di nullità, né alla legittimazione relativa. L'art. 134 cod. cons., invece, è la disposizione meno lacunosa, sancendo che "la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice", ma non precisa se essa operi solo a vantaggio del consumatore e tace sull'applicabilità o meno dell'art. 1419 c.c. Certo è che la questione dell'integrazione della disciplina incompleta della nullità si pone anche in relazione ai contratti

co. 2 d. lgs. n. 79/2011 (codice del turismo) in materia di contratti del turismo organizzato e 143 cod. cons. sull'irrinunciabilità dei diritti, si limitano alla previsione della nullità di determinati accordi.

Si è posto così il problema se le prescrizioni contenute nell'art. 36 co. 1 e 3 cod. cons. siano applicabili a tutte le ipotesi in cui il codice del consumo o un'altra normativa speciale sancisca la nullità, senza al contempo regolamentarla esaustivamente⁸⁷. Certo è che una risposta negativa implicherebbe l'integrazione della singola ipotesi di nullità con le previsioni generali contenute negli artt. 1419 e 1421 c.c. per quanto non espressamente derogato.

Vero è che questa soluzione, nella sua assolutezza, esporrebbe la normativa integrata alla censura di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza (art. 3 co. 1 Cost.). Il che si verifica, com'è noto, quando a situazioni uguali - si pensi proprio alle clausole abusive nei contratti del consumatore - corrispondono regimi protettivi irragionevolmente diversi.

Tale considerazione induce a verificare se sia praticabile la soluzione positiva alla luce delle specificità del rapporto di consumo. Specificità che hanno indotto il legislatore a disciplinare analiticamente i singoli contratti (artt. 69 ss. cod. cons.) e a prevedere una parte generale contenuta nel titolo I della Parte terza del codice del consumo. La normativa dei contratti del consumatore sembra essere stata costruita come un microsistema tendenzialmente autonomo, come dimostra l'art. 38 cod. cons. Il quale stabilisce che "Per quanto non previsto dal presente codice, ai contratti conclusi tra consumatore e professionista si applicano le disposizioni del codice civile".

Negli ultimi anni il legislatore è intervenuto spesso, soprattutto per effetto della normativa comunitaria, a regolare ambiti in cui appariva preminente l'esigenza di tutelare una parte soltanto del

conclusi da imprese in determinate situazioni (ad es. in posizione dominante ex art. 3 legge antitrust (caso di nullità virtuale), nonché ai contratti bancari e di intermediazione finanziaria quando controparte dell'impresa in posizione dominante o della banca sia un consumatore (cfr. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 5, 841-842).

⁸⁷ Problema analogo si è posto anche con riguardo ai contratti tra imprese oggetto, com'è noto, di diverse discipline. Sul punto cfr. Secondo CASTRONOVO, *Diritto privato generale e diritti secondi. La ripresa di un tema*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, 409 ss.; ZOPPINI, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti d'impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 5, 534 ss.; VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti e Villa, Bologna, 2008, 113 ss.; ivi cfr. anche D'AMICO, *La formazione del contratto*, 37 ss., e ivi sulla distinzione tra contratti tra imprese e contratti del consumatore cfr. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, 9 ss.

contratto, sia pur al fine di garantire la razionalità del mercato. Si è delineata così una legislazione di settore che esprime una nuova strategia di politica del diritto, incentrata sulla diversificazione della disciplina della nullità in funzione realizzativa del programmato assetto di interessi⁸⁸.

Alla tecnica della disapprovazione-rifiuto del contratto, espressione di una logica astratta e livellante propria del codice civile, si è sostituito l'intervento conformativo del regolamento contrattuale operante a volte mediante la sola nullità, altre attraverso la sostituzione della parte invalida con il diritto dispositivo abusivamente derogato⁸⁹.

Questi interventi legislativi, non privi di rilievo sistematico⁹⁰, hanno posto il problema

⁸⁸ Se le nuove nullità perseguono lo scopo di proteggere un interesse indisponibile del singolo contraente, ovvero se la tutela di una delle parti costituisce il mezzo per realizzare un obiettivo di utilità sociale (così nella legge antitrust ove coesistono interessi pubblici e privati) è chiaro che la disciplina della nullità deve essere conformata su tali scopi. Vi sono alcune nullità necessariamente parziali quali quelle disposte dall'art. 1815 co. 2 c.c., dall'art. 23 co. 2 T.U.F. e dall'art. 36 co. 1 cod. cons.. Quando la nullità non è sufficiente a riequilibrare il contratto si prevede in certi casi un'integrazione giudiziale (art. 7 co. 3 d. lgs. n. 231/2002 sulla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali). Vi sono, inoltre, nullità a legittimazione relative come quelle previste dai commi 1 e 2 dell'art. 23 T.U.F. (art. 23 co. 3 T.U.F.). Sul superamento del dogma che individua il *proprium* della norma imperativa nella tutela di un interesse pubblico e sull'identificazione, quale elemento essenziale dell'imperatività, dell'indisponibilità dell'interesse tutelato, cfr. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, 14-93.

⁸⁹ SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 468. ID., *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negoziabilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 209 e ID., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 246. Atti del convegno di Treviso il 23-25 marzo 2006, «Il diritto delle obbligazioni: verso una riforma?»; ID., *Il diritto europeo dei rimedi*, in *Remedies in contract, The Common Rules for a European Law*, Padova, 2008, 232 ss., sottolinea come l'ingresso dell'invalidità nell'area del rapporto costituisca la nuova strategia nel governo degli effetti del contratto; VILLA, *Le invalidità fra modello tradizionale e nuove discipline*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, Milano, 2006, p. 415, a cura di Macario e Miletto; GENTILI, *Le nullità speciali*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, 1534 ss. e ID., *Nullità, annullabilità, inefficacia (nella prospettiva del diritto europeo)*, in *Contratti*, 2003, 2, 200 ss.; PUTTI, *I contratti del consumatore*, in *Diritti dei consumatori*, a cura di G. Alpa, Torino, 2009, 1, 346 ss.; PAGLIANTINI, *L'azione di nullità tra legittimazione e interesse*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 2, 407 ss.

⁹⁰ Afferma ALBANESE, cit., 14-15, riprendendo il pensiero di un'autorevole dottrina, che le nuove figure peculiari di nullità "realizzano una significativa convergenza tra i valori della Costituzione, che individua nell'utilità sociale e nei valori della persona i limiti dell'iniziativa economica privata, e le istanze di derivazione comunitaria, che perseguono l'obiettivo del corretto funzionamento della concorrenza come mezzo per garantire non solo l'uguale libertà di iniziativa economica degli imprenditori che operano sul mercato, ma altresì la libertà di scelta individuale del consumatore che a tali operatori si rivolge per



dell'applicazione analogica. Applicazione che non può essere esclusa in assoluto alla luce anche del superamento della ricostruzione dell'atto nullo quale atto irrilevante (o inesistente)⁹¹ per incompletezza della fattispecie⁹². Ricostruzione che imponeva di considerare eccezionale ogni ipotesi di nullità.

50 Se l'invalidità (nullità e annullabilità) esprime un giudizio di qualificazione negativa, si potrebbe sostenere l'applicazione analogica dell'art. 36 cod. cons. a tutte le ipotesi di nullità che condividono la medesima *ratio* di protezione della parte che si trovi in posizione di *strutturale* soggezione rispetto all'altra⁹³. Ma il discorso non è così univoco, obiettandosi che l'estensione analogica è ostacolata dalla

soddisfare i propri bisogni". Il modello europeo di nullità è frutto di una "decisione di sistema"; pertanto, le nullità speciali incidono significativamente nella ricostruzione del diritto comune dei contratti.

⁹¹ MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., 19 ss., si sofferma efficacemente, in sintesi, sulle ragioni della distinzione tra nullità e inesistenza, riprendendo un tema classico di teoria generale che ha significativi risvolti pratici. Per un approfondimento cfr. FILANTI, *Inesistenza e nullità del giudizio giuridico*, Napoli, 1983, p. 3 ss. e p. 43 ss.

⁹² Sull'inadeguatezza dello schema logico della "fattispecie" per ricostruire la nullità cfr. PASSAGNOLI, in *Codice del consumo. Commentario*, Padova, 2007, a cura di G. Vettori, *sub art. 36*, 376 ss., il quale riporta gli esempi del motivo illecito, della frode alla legge e del collegamento negoziale a dimostrazione dell'esistenza della nullità anche per circostanze *estranee alla fattispecie* (*id est*: alla struttura del singolo atto). La nullità testuale prevista dall'art. 36 cod. cons., infatti, non costituisce un rimedio all'incompletezza strutturale del contratto, bensì sanziona regolamenti completi ma disapprovati dall'ordinamento perché contrari all'ordine pubblico economico di protezione. Il principio di ordine pubblico viene giustamente in rilievo perché la tutela dell'interesse individuale, attraverso la previsione della nullità, è funzionale alla protezione di interessi generali. L'A. spiega la nullità come istituto che disciplina gli effetti di un contratto rilevante sebbene qualificato negativamente e perciò non vincolante. La rilevanza del contratto nullo è dimostrata già nel codice civile dagli artt. 128, 129-bis, 590, 799, 2332 e 2652 n. 6. Le nuove ipotesi di nullità, inserendosi in questo quadro, non possono essere ritenute eccezionali.

⁹³ Tale fisiologica soggezione dipende da asimmetrie informative ricorrenti "in tutti i casi in cui vi è una parte che dispone di un numero di informazioni incomparabilmente maggiore perché opera professionalmente nel mercato o magari perché ha essa stessa creato il prodotto e lo conosce quindi in tutte le sue componenti, ed un'altra che dispone invece necessariamente di un numero di informazioni di gran lunga inferiore" (così GRÜNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, cit., p. 277). Siamo su un piano di "fisiologia sociale perché è socialmente fisiologico - in una società basata sul mercato e sulle inevitabili stratificazioni - che i consumatori contrattano con professionisti, subfornitori con committenti, agenti con preponenti". Le nuove norme sui contratti di derivazione comunitaria si distinguono, ad esempio, da quelle che prevedono il rimedio della rescissione o dell'annullabilità del contratto per incapacità naturale che hanno la finalità di rimediare a contratti conclusi in condizioni di "patologia sociale" (RÖPPO, cit., p. 42).

derogabilità della disciplina della nullità soltanto attraverso l'intervento legislativo.

L'art. 1421 c.c. sancisce, infatti, che *se la legge* non dispone diversamente "la nullità può essere fatta valere da chiunque vi abbia interesse e può essere rilevata d'ufficio dal giudice". Il che renderebbe tecnicamente inutilizzabile l'interpretazione analogica, perché il riferimento alla "legge" quale fonte della deroga esclude la configurabilità della lacuna, presupposto indefettibile del ricorso all'analogia *legis*⁹⁴.

Si apre allora la via dell'applicazione diretta dell'art. 36 co. 1 e 3 alle ipotesi di nullità incomplete nella disciplina. Ma si replica argomentando dalla diversa qualificazione della nullità di cui all'art. 36 co. 1 rispetto alle altre ipotesi di nullità contenute nel codice del consumo. Su questa impostazione - da sottoporre a critica - occorre soffermarsi richiamando preliminarmente taluni concetti.

La norma imperativa, com'è noto, prevede un comando o un divieto e si caratterizza per *l'indisponibilità dell'interesse protetto* da parte dei consociati, i quali sono obbligati ad osservare il comando, ovvero non possono in alcun modo realizzare quanto forma oggetto del divieto. Con la norma imperativa l'ordinamento esige la soddisfazione di un interesse anche qualora le parti abbiano compiuto scelte in contrasto con esso. La previsione della rilevanza d'ufficio, anche nel caso di nullità relativa, sarebbe un indice sintomatico della sottrazione dell'interesse al potere dispositivo delle parti⁹⁵. L'imperatività della norma implica, secondo

⁹⁴ In tal senso cfr. ALBANESE, cit., 87-88; DI MARZIO, cit., 868, il quale ritiene "fortemente discutibile" l'interpretazione analogica e D'AMICO, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, 643, nota 42.

⁹⁵ Secondo ALBANESE, cit., 26-45, il fatto che la legittimazione ad agire sia riservata solo al soggetto protetto non significa che questi abbia facoltà di decidere la sorte del contratto, di vincolare la decisione del giudice e quindi di disporre del rimedio. Se, invece, così fosse, si avrebbero i seguenti corollari: a) la nullità relativa rischierebbe di perdere la propria autonomia concettuale confondendosi con l'annullabilità; difatti, in mancanza della domanda o dell'eccezione della parte legittimata, il contratto produrrebbe i suoi effetti come se fosse annullabile; b) l'accertamento giudiziale non avrebbe carattere dichiarativo, atteso che l'invalidità opererebbe non *ipso iure* ma *opeexceptionis*. "Se ne deduce che la deroga ex art. 1421 ("salvo diverse disposizioni di legge") riguarda solo la legittimazione assoluta e non già la rilevanza d'ufficio della nullità. (...) La regola della rilevanza d'ufficio assolve la sua precipua funzione, che è quella di garantire sul piano processuale la realizzazione degli interessi protetti dalla norma sostanziale, anche quando, trattandosi di interessi privati indisponibili, il titolare degli stessi non abbia potuto o voluto provvedervi". Naturalmente, poiché la norma che prevede la nullità relativa tutela una sola parte contraente, l'applicazione della regola della rilevanza d'ufficio non può tradursi in uno svantaggio per il soggetto tutelato. Un esempio può chiarire. Il consumatore può sostenere l'efficacia del recesso esercitato dal professionista avvalendosi

una dottrina⁹⁶, illiceità dell'atto compiuto in violazione di essa. Sì, illiceità, essendo l'atto riprovato dall'ordinamento in ragione degli effetti che produce.

Con la norma ordinativa (o di configurazione), invece, si ordinano i rapporti giuridici prevedendo oneri di forma⁹⁷ e di sostanza per l'esistenza, validità, efficacia dell'atto alla cui osservanza ne è subordinata la validità. Rileva, qui, il piano della legalità/illegalità non dell'illiceità, giacché l'invalidità è legata non alla riprovazione degli effetti in sé per sé considerati (come nell'illiceità), ma all'inidoneità del negozio a raggiungere gli effetti cui è diretto.

In base a queste nozioni, la nullità di cui all'art. 36 co. 1 cod. cons. sarebbe disposta, secondo un'opinione dottrinale, per contrarietà non al diritto imperativo o ordinativo ma al diritto dispositivo. Il legislatore - sia afferma - non ha vietato in assoluto l'inserimento nel contratto delle clausole elencate dall'art. 33 co. 2 cod. cons., ma ne ha indicato due condizioni alternative - costituenti, appunto, diritto dispositivo - di validità: a) la trattativa individuale; b) l'assenza di un significativo squilibrio, contrario a buona fede, dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto.

Ora - continua l'opinione in esame - la possibilità di evitare la nullità della clausola vessatoria in astratto, escluderebbe la presenza della norma imperativa che, per sua stessa natura, impedisce al contratto di produrre effetti conformi al regolamento di interessi pattuito⁹⁸. Il legislatore, tuttavia, ha sancito

di una clausola vessatoria, qualora egli sia interessato a porre fine al rapporto, senza che il giudice possa rilevare che, essendo la clausola priva di effetti, la facoltà di recesso non era stata attribuita al professionista. L'A. propone anche un esempio di corretto esercizio del potere di rilevare d'ufficio la nullità *anche contro la volontà manifestata dal soggetto protetto* nella misura in cui la dichiarazione di nullità operi a vantaggio di quest'ultimo. Stipulato un contratto bancario privo della forma scritta richiesta dall'art. 117 co. 1 t.u.b., ciascuna delle parti deduce l'inadempimento dell'altra e ne chiede la condanna al risarcimento del danno. Qualora il giudice ritenga che l'inadempimento sia da imputare esclusivamente al cliente, dovrà rilevare la nullità del contratto sebbene quest'ultimo, agendo per il risarcimento, abbia effettuato una chiara scelta che presuppone la validità del contratto. L'A. conclude che "la tutela predisposta dall'ordinamento prescinde dalla volontà manifestata dal contraente protetto ed è entro certi limiti sottratta al suo potere discrezionale".

⁹⁶ ALBANESE, *op. loc. cit.*

⁹⁷ L'art. 1341 co. 2 c.c. non è norma imperativa perché non vieta di inserire nel contratto le clausole che elenca, ma pone un requisito formale di efficacia che, se rispettato, conferisce legittimità a tali clausole. Sul concetto di norma ordinativa e sulla differenza tra questa e la norma imperativa cfr. ALBANESE, cit., 203-210.

⁹⁸ Trib. Rovigo, 17 agosto 2011, cit., ha accolto questa impostazione, affermando che "la vessatorietà della clausola non è parametro di violazione di una disposizione imperativa", indicando una limitazione superabile dell'autonomia privata.

ugualmente la nullità a fronte della "deroga irragionevole al diritto dispositivo", deroga contrastante con la razionalità del mercato⁹⁹.

Tutto ciò lascerebbe intendere che il legislatore abbia diversificato la disciplina della nullità protettiva prevista dall'art. 36 cod. cons. da quella riguardante altre ipotesi di nullità contenute nel codice del

⁹⁹ Afferma DI MARZIO, cit., 860-861, che la deroga abusiva al diritto dispositivo "si può comprendere solo dal punto di vista del predisponente, che mira a massimizzare i vantaggi che può conseguire per la sua prevalenza sull'altra parte. Non si comprende, invece, né dal punto di vista dell'aderente, sul quale vengono scaricati tutti o quasi tutti i rischi del contratto e al quale vengono sottratti tutti o quasi tutti i poteri di gestione del contratto, né dal punto di vista del mercato, nel quale si forma una relazione squilibrata senza nessun vantaggio collettivo e anzi in pregiudizio del valore della concorrenza (il predisponente si avvantaggia rispetto a tutti gli altri imprenditori che non abusano della propria forza contrattuale per il solo fatto che egli ne abusa)" - corsivo mio -. Secondo l'A. (cfr. di DI MARZIO anche, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole nei contratti del consumatore*, in *Contr. e impresa*, 2006, 3, 673 ss.) il legislatore rimedia all'asimmetria di potere contrattuale non con la tecnica della legislazione imperativa "ma con il controllo dell'esercizio della libertà contrattuale in concreto, ossia con la *verifica della razionalità della deroga al diritto dispositivo*". Ciò avviene, oltre che nei "contratti del consumatore in generale", anche nell'ambito della disciplina relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali ai sensi dell'art. 7 co. 3 del d. lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, dove si prevede che il giudice, dichiarata la nullità dell'accordo gravemente iniquo in danno del creditore, disponga la sostituzione delle clausole con le disposizioni di legge (nella fattispecie con gli artt. 4 e 5). Nella prospettiva del diritto dispositivo, diventa forse più semplice spiegare perché, con riferimento ai "contratti del consumatore in generale", clausole il cui contenuto sia stato negoziato sono lecite, mentre, in assenza di negoziazione, le stesse clausole sono nulle: il legislatore secondo GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, 2, 159 ss., non sanziona un certo contenuto contrattuale bensì il comportamento abusivo. "E' l'abuso che genera lo squilibrio, non è quest'ultimo in sé il 'vizio' cui si reagisce, infatti se c'è squilibrio ma manca l'abuso, la clausola è efficace". Nella visione di Gentili però il comportamento è sanzionato in quanto contrario a norma imperativa e non a norma dispositiva. Tornando al pensiero di Di Marzio, l'A. ammette che nei contratti tra consumatore e professionista possa operare, in caso di nullità parziale, l'integrazione giudiziale mediante l'applicazione del diritto abusivamente derogato, superando così la regola codicistica secondo cui la sostituzione della clausola nulla avviene con la norma imperativa (artt. 1339 e 1419 co. 2 c.c.). A sostegno di ciò l'A. osserva che l'abuso di posizione di dominante e di dipendenza economica, le clausole abusive nei contratti del consumatore, il riferimento all'abuso della libertà contrattuale nella direttiva sui ritardi di pagamento, esprimono una precisa consapevolezza del legislatore. Ossi la necessità di non limitare la verifica dell'esercizio della libertà contrattuale ad una dimensione *solo verticale*, riguardante la compatibilità del programma contrattuale con i valori superiori dell'ordinamento espressi dalla legislazione imperativa, ma di estenderla alla *dimensione orizzontale* qualora la libertà contrattuale si concretizzi in un atto significativamente squilibrato in danno del consumatore. Ammette l'integrazione giudiziale anche VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo*, in *Contr. e impr.*, 2006, 3, p. 670.



consumo e nelle leggi speciali, sancite, invece, per violazione di norma imperativa (e non dispositiva/ordinativa). Dunque sembra a tutta prima ragionevole che il legislatore, nel trattare in modo diverso situazioni distinte, abbia calibrato le caratteristiche della nullità, escludendo o ribadendo solo in parte il regime espresso nell'art. 36 cod. cons.

L'accoglimento di quest'impostazione renderebbe arbitraria l'integrazione della disciplina incompleta delle nullità con le regole dettate dall'art. 36 coo. 1 e 3 cod. cons. e aprirebbe la strada dell'applicazione degli artt. 1419 e 1421 c.c.

In verità la Corte di Giustizia, anche di recente¹⁰⁰, ha evitato ogni concettualismo, e ha risolto il problema concreto argomentando dalla finalità della disposizione normativa, evitando così anche di cadere nella trappola della tutela assoluta e *a priori* del consumatore.

Essa ha, infatti, escluso la nullità totale del contratto, affermando che in sede di interpretazione dell'art. 6 § 1 della direttiva 93/13 sulle clausole vessatorie "la posizioni di una delle parti del contratto, nella fattispecie il consumatore [che chiedeva la nullità totale] non può essere presa in considerazione quale criterio determinante per disciplinare la sorte futura del contratto".

8. (Segue) Diversità delle nullità di protezione e necessità di distinguere.

Muovere dalla distinzione tra norme imperative e dispositive per escludere un'applicazione più ampia dell'art. 36 cod. cons. - *id est*: al di là delle clausole vessatorie - non convince.

Intanto non può sfuggire come l'art. 36 coo. 1 e 3 cod. cons. si applichi non solo ai casi di nullità delle clausole abusive elencate nell'art. 33 co. 2 cod. cons., ma anche qualora il contratto preveda una delle clausole di cui all'art. 36 co. 2 cod. cons. Il quale, secondo l'interpretazione da preferire, ha natura imperativa in quanto nel sancire la nullità escluderebbe *ogni prova contraria*. Non solo, quindi, la prova della trattativa¹⁰¹ come afferma espressamente l'art. 36 co. 2 cod. cons., ma ogni altra prova negativa indicata dall'art. 34 cod. cons. in grado di escludere il tratto della vessatorietà.

¹⁰⁰ Corte di Giustizia, 15.3.2012, C-453/10, (Okresný súd Prešov, Repubblica Slovacca c. Jana Perinčová, V. Perinč), in www.curia.europa.eu.

¹⁰¹ Sulle due tesi sostenute con riferimento all'interpretazione dell'art. 33 co. 2 cod. cons., una che afferma la presunzione assoluta di nullità e l'altra che asserisce l'esistenza di una "presunzione relativa rafforzata", cfr. in questo volume lo scritto intitolato "le clausole di esonerazione o di limitazione di responsabilità in caso di morte o danno".

Qualificare l'art. 36 co. 2 cod. cons. norma imperativa, dimostrerebbe che le regole dettate dall'art. 36 coo. 1 e 3 cod. cons. si applicano non solo ai casi di nullità delle clausole presunte abusive di cui all'art. 33 co. 2 cod. cons., ma anche ad altre ipotesi di clausole vessatorie previste da norme sicuramente imperative.

La verità è che tutta la disciplina delle clausole vessatorie è connotata da norme imperative, alla luce della indisponibilità degli interessi coinvolti (art. 143 cod. cons.). E' solo che l'ordinamento non reagisce alla semplice non conformità tra il contenuto di un patto e la prescrizione normativa imperativa, ma attiva un giudizio "a posteriori" per valutare se effettivamente la regola contrattuale confligga con la previsione legale imperativa. La quale stabilisce, nel caso della clausole vessatorie, l'abusività di quel patto che non sia stato oggetto di trattativa individuale. Alla valutazione sul contenuto, propria dell'invalidità, si aggiunge quindi quella sulla reale volontà del consumatore attraverso la verifica dell'avvenuta trattativa; ma siamo sempre nel campo della nullità per violazione di norma imperativa¹⁰².

Si prospetta così un'altra ricostruzione, sicuramente più solida, che fonda l'estensibilità ad altre ipotesi - pur sempre senza assolutizzazioni - della disciplina dettata dall'art. 36 cod. cons.¹⁰³. La legislazione sul consumatore s'inscrive "nel sistema di principi, tanto costituzionali che comunitari [così da presentare un carattere] doppiamente strutturale [che impedisce, proprio per] questa peculiare convergenza tra ordinamento interno ed europeo, [di ridurre tale legislazione] al piano della normativa contingente o d'emergenza"¹⁰⁴.

L'interesse del consumatore a diventare parte di un contratto normativamente e - nei limiti dell'art. 34 co. 2 cod. cons. - economicamente equilibrato e l'interesse generale del mercato allo svolgimento di rapporti concorrenziali corretti, che non avvantaggino indebitamente alcune imprese, *assurgono ad obiettivi di ordine pubblico* strettamente connessi tra loro. Il diritto privato europeo intende perseguire un'utilità generale favorendo scelte individuali razionali¹⁰⁵.

¹⁰²D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, 142-143 e p. 148.

¹⁰³PASSAGNOLI, *Codice del consumo, Commentario, Sub. art. 36*, cit., 381 ss. e DI MARZIO, cit., 867-871.

¹⁰⁴ Cfr. *amplius* PASSAGNOLI, *Codice del consumo, Commentario, Sub. art. 36*, cit., 381.

¹⁰⁵GENTILI, *La "nullità di protezione, in Europa e dir. priv.*, 2011, 1, 113, rileva lucidamente che "una scelta individuale razionale dà al singolo l'utilità perseguita e ne realizza la libertà, ma favorisce anche chi offre servizi migliori ai costi più bassi. L'elevazione dello standard di qualità dei servizi dovuti dalle imprese emargina le efficienti, accresce il prodotto lordo e

Vi è un forte legame tra tutela del consumatore e governo degli scambi nel mercato, nel senso che la normativa, favorendo dinamiche corrette tra imprese e tra queste e i consumatori, agevola l'instaurazione di un circolo virtuoso a beneficio di tutti gli operatori economici. E' evidente che viene in luce un interesse generale. Del resto la stessa Corte di Giustizia ha affermato che l'art. 6 n. 1 della direttiva 93/13 CE, che sancisce la non vincolatività della clausole abusive, è norma imperativa che asurge al "rango di norma di ordine pubblico"¹⁰⁶.

Quest'intento protettivo del consumatore, funzionale anche al buon andamento del mercato, costituisce la *ratio* sia della nullità delle clausole abusive (artt. 33-38 cod. cons.) sia della nullità per violazione di norme imperative contenute in altre disposizioni del codice del consumo e in talune leggi speciali. Ora dall'intreccio tra interesse privato e interesse pubblico - spesso diverso nelle proporzioni di rilevanza di ciascuno - consegue però, secondo una condivisibile impostazione¹⁰⁷, l'impossibilità di ricostruire una disciplina comune a tutte le ipotesi.

Il problema della disciplina applicabile non sembra risolversi, da un punto di vista metodologico, concentrandosi su ciò che l'invalidità è secondo una ricostruzione astratta, ma piuttosto lo si risolve ponendo in luce volta per volta la funzione dell'invalidità, ossia ciò a cui essa serve.

Qualche esempio in cui occorre distinguere con riferimento alla disciplina applicabile appare utile.

quindi il benessere generale. E' quindi un obiettivo di interesse generale. Ma anche condizione della realizzazione degli interessi privati degli operatori economici. La nullità ne è idoneo strumento, ad entrambi i fini". Essa, continua l'Autore, non solo protegge "la razionalità della scelta individuale", tutelando così un interesse privato, ma tutela altresì l'ordine del mercato negando efficacia a quelle contrattazioni che ne sminuiscono l'efficienza. Siffatte nullità sono pertanto "parte dell'ordine pubblico (economico)" e dunque inderogabili e irrinunciabili.

¹⁰⁶ Corte di Giustizia, 6 ottobre 2009, C-40/08 (Austurcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodriguez Nogueira), in www.judicium.it. Per un commento su questa e altre pronunce della Corte di Giustizia cfr. PAGLIANTINI, *La vaghezza del principio di non vincolatività delle clausole vessatorie secondo la Corte di Giustizia: ultimo atto?*, in *Persona e Mercato*, 2010, 1, 26 ss. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, cit., pp. 42-43, sottolinea come "ne tempo presente si assist[a] ... ad una crescente espansione dell'area delle norme imperative riconducibili al c.d. ordine pubblico di protezione, caratterizzate da inderogabilità unidirezionale o relativa (...). (...) non è tanto l'inderogabilità della norma - la quale non è sempre spia del suo carattere imperativo - quanto, piuttosto, l'indisponibilità dell'interesse da quella protetto, e della relativa tutela, che costituisce indice sicuro della sua inderogabilità".

¹⁰⁷ GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., 91 ss., ritiene che le nullità di protezione non siano speciali, essendo la protezione, da sempre, una funzione della nullità. Il fatto che non via specialità, soggiunge più volte l'Autore, non esclude certo la specificità della disciplina delle nullità di origine europea.

Il legislatore ha talvolta graduato diversamente l'autonomia privata. Con riguardo alle clausole abusive, la libertà contrattuale non è stata esclusa del tutto nella misura in cui essa si esprima in modo da non vessare il consumatore. In altre ipotesi, invece, quali quelle previste dagli artt. 67 co. 5, 78 e 124 cod. cons. o dall'art. 2 co. 1 d. lgs. n. 122/2005¹⁰⁸, l'autonomia privata è stata preclusa, manifestandosi con maggiore intensità la ragione fondante dell'ordine pubblico.

Questa diversità non incide, tendenzialmente, sull'individuazione della disciplina applicabile alla nullità. Le limitazioni più o meno estese alla libertà contrattuale nel diritto dei consumatori si giustificano quasi sempre per esigenze di ordine pubblico di protezione, le quali si realizzano attraverso la tutela specifica del solo consumatore in ragione del suo minor potere contrattuale. Deve, quindi, ammettersi l'applicazione analogica dell'art. 36 cod. cons. alle ipotesi di nullità testuali o virtuali¹⁰⁹ sfornite di una completa disciplina, che condividono la predetta *ratio* di tutela.

Del resto gli artt. 1469-bis c.c. e 38 cod. cons. prevedono che le disposizioni del codice civile si applicano solo quando il codice del consumo nulla disponga, ovvero quando non vi sia - anche estendendo il disposto di una legge speciale a tutela del consumatore - una norma che regoli il caso concreto in senso più favorevole al consumatore.

Ora è agevole verificare come ritenere applicabili gli artt. 1419 e 1421 c.c. invece dell'art. 36 coo. 1 e 3 realizzi, spesso, una protezione del consumatore meno efficace. Occorre però guardarsi dal pericolo di una acritica generalizzazione della disciplina dell'art. 36 coo. 1 e 3¹¹⁰. Non fosse altro perché vi sono differenze tra le nullità di protezione del diritto europeo in considerazione delle caratteristiche del caso e delle finalità che l'ordinamento intende per-

¹⁰⁸ Contengono disposizioni per la tutela patrimoniale degli acquirenti di immobili da costruire a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210.

¹⁰⁹ D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., 157 ss., ammette che il giudizio di nullità ex art. 1418 co. 1 c.c. possa condurre a ricostruire una nullità di protezione virtuale. Tale giudizio esige di considerare se la permanenza del contratto configga con lo scopo perseguito dal legislatore; a tale fine occorre indagare non solo la natura del divieto, ma anche il rapporto tra divieto e contenuto negoziale. Cfr. anche S. PAGLIANTINI, *Nullità virtuali di protezione?*, in *Contratti*, 2009, 11, 1040 ss.; D'AMICO, *Nullità virtuale - Nullità di protezione (variazioni sulla nullità)*, in *Contratti*, 2009, 7, 732 ss.

¹¹⁰ Il pericolo è richiamato da: GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., 114, il quale rileva come "le nullità di protezione non [siano] tutte uguali"; PASSAGNOLI, *Codice del consumo, Commentario, Sub. art. 36*, cit., 382-384; PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, cit., 259 ss.



seguire. Il che preclude un ragionamento unitario con riferimento alla disciplina applicabile, la quale è, invece, necessariamente variegata.

L'art. 78 cod. cons., nel sancire la nullità di certe clausole, non precisa se il contratto rimanga valido per il resto, né se la nullità operi solo a vantaggio dell'acquirente. Ciononostante, la *ratio* della norma imperativa in parola - rendere intangibili alcuni diritti per evitare inaccettabili squilibri contrattuali - verrebbe contraddetta se si ammettesse la nullità dell'intero contratto¹¹¹ a seguito della valutazione di essenzialità di cui all'art. 1419 co. 1 c.c.¹¹². Non vi sarebbe intangibilità dei diritti se il contratto venisse meno. Parimenti accadrebbe ritenendo che la nullità possa operare anche a vantaggio del venditore.

Si può allora ritenere che la nullità testuale dell'art. 78 cod. cons. sia relativa, necessariamente parziale e rilevabile d'ufficio soltanto a vantaggio del consumatore.

L'art. 72 co. 1 cod. cons., in tema di forma del contratto di multiproprietà, sembra esigere invece un ragionamento articolato che operi talune distinzioni¹¹³.

Allo stesso modo occorre distinguere con riguardo all'usura¹¹⁴. Secondo un'attenta dottrina "la nullità del contratto usurario *in astratto* sarà al contempo *assoluta e necessariamente parziale* giacché l'assolutezza della legittimazione presiede in tal caso alla tutela del generale interesse alla funzionalità e correttezza dell'esercizio del credito, mentre la parzialità necessaria vale a proteggere le ragioni dell'usurato"¹¹⁵. Viceversa nel contratto usurario *in concreto* si deve propendere per una legittimazione relativa¹¹⁶.

¹¹¹ Secondo ROPPO, cit., p. 33, considerata la *ratio* dell'art. 78 cod. cons. di protezione dell'acquirente, il professionista non può ottenere la dichiarazione di nullità dell'intero contratto facendo leva sulla nullità della singola clausola o del patto aggiunto.

¹¹² Su tale giudizio cfr. Cass. 5 luglio 2000, n.8970, in *Studi*, 2001, p. 716 ss.

¹¹³ PAGLIANTINI, *Il neoformalismo contrattuale dopo i d. lgs 141/2010, 79/2011 e la direttiva 2011/83/UE: una nozione (già) vieillerenouvelée*, cit., 259 ss., non condivide la tesi secondo cui in caso di nullità del contratto di multiproprietà per difetto di forma (art. 72 co. 1 cod. cons.), soltanto il consumatore è legittimato a chiedere la declaratoria di nullità. L'A. suddivide l'art. 72 co. 1 cod. cons. in due sottocategorie: da una parte il contratto di multiproprietà reale, dall'altra "tutti i restanti contratti, compresa la multiproprietà azionaria e quella alberghiera, menzionati dall'art. 69 (ll. b-d), che reali non sono". Con riferimento alla prima l'Autore argomenta per la nullità assoluta.

¹¹⁴ Ovviamente non si può ricorrere all'art. 36 coo. 1 e 3 cod. cons. nelle ipotesi in cui la legge espressamente deroghi alle prescrizioni di cui a tali commi.

¹¹⁵ PASSAGNOLI, *Codice del consumo, Commentario, Sub. art. 36*, cit., 384 nota 31.

¹¹⁶ PASSAGNOLI, *op. ult. loc. cit.*

Il trattamento della nullità si conforma perciò alla *ratio* della norma violata e soltanto una ricostruzione rigorosa degli interessi sottesi alla stessa evita il rischio di incorrere in incongrue generalizzazioni. Tra l'altro neppure la spinosa tematica della sanabilità della nullità da parte del contraente protetto si lascia dominare da un'unica soluzione¹¹⁷.

Vero è che il diritto dei consumatori è composto da un insieme di regole che tende a configurarsi come autonomo e autosufficiente¹¹⁸. Ciononostante non sembra che si sia determinata una frattura tra le regole del codice civile sul contratto e quelle del codice del consumo¹¹⁹.

Sotto il profilo dell'invalidità, ad esempio, le nullità di protezione non si pongono in termini antagonistic rispetto alla disciplina della nullità contenuta nel codice civile, ma anzi ne svelano le potenzialità, attuando il principio di conservazione del contratto viziato¹²⁰. Il che consente di ribadire, ancora una volta, la natura non eccezionale della di-

¹¹⁷ PAGLIANTINI, *la nullità di protezione tra rilevanza d'ufficio e convalida*, in *Persona e mercato*, 2009, 1, 29 ss.; GENTILI, *La "nullità di protezione"*, cit., 117, ammette, riprendendo il pensiero di Pagliantini, la convalida nei casi in cui il consumatore possa validamente opporsi *ex post* alla dichiarazione di invalidità. Contrario ad un generale potere di convalida PASSAGNOLI, *Note critiche in tema di sanabilità e rinunziabilità delle nullità di protezione*, in questa Rivista. Per un'approfondita disamina del tema cfr. il lavoro monografico di PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Napoli, 2010.

¹¹⁸ Il codice civile e il codice del consumo sono testi normativi pervasi da ideologie diverse: dall'uguaglianza formale, il primo, dall'uguaglianza sostanziale e dall'equilibrio effettivo del contratto, il secondo. Per ampia analisi sui tratti fondamentali del diritto dal medioevo fino al processo di unificazione europea passando attraverso l'umanesimo, il giusnaturalismo, l'illuminismo e il giusliberismo, è imprescindibile il libro di P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007. Per una sintesi dell'evoluzione del diritto dai codici ottocenteschi alla legislazione degli anni Novanta del secolo scorso - attuativa di direttive comunitarie - e all'attività della Corte di Giustizia fino ai recenti codici di settore, cfr. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, 3-13.

¹¹⁹ M. GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, Torino, 2005, p. 211 ss., osserva come soltanto arrendendosi ad una prima sensazione si arriva a concludere che le regole sul rapporto di consumo "abbiano inciso in maniera rivoluzionaria sulle modalità di conclusione del contratto, sulla causa, sul regime delle invalidità, sulle cause di scioglimento del rapporto e sulle tecniche di conservazione". L'Autrice dimostra in modo convincente come sia possibile ricomporre tutta la materia contrattuale in un sistema unitario sia pur "flessibile e capace persino di ammettere al suo interno una pluralità di modelli" (p. 215).

¹²⁰ GORGONI, *Regole generali e regole speciali nella disciplina del contratto*, cit., p. 247, osserva come la buona fede oggettiva sia uno degli strumenti attraverso cui raccordare la disciplina contrattuale di diritto comune e la regolamentazione dei contratti dei consumatori (p. 250 ss.). L'Autrice non si limita tuttavia ad affermare la specialità, ma argomenta a favore di una integrazione di norme, che vada, quindi oltre la prevalenza di una norma sull'altra (cfr. p. 256).

sciplina della nullità dettata per i contratti dei consumatori¹²¹ e, di recente, di quella prevista a tutela di altri soggetti - il turista, il cliente - protetti in quanto estranei (*outsiders*) alla prestazione in una relazione di mercato asimmetrica¹²².

Anche la microimpresa, di recente, è stata tutelata contro le pratiche commerciali ingannevoli e aggressive¹²³.

¹²¹ PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Milano, 1995, 173.

¹²² In argomento vi sono numerosi scritti tra i quali si segnalano: ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 279-280; ID., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, 3, 19 ss., soprattutto cfr. pp. 30-32; MAZZAMUTO, *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, cit., pp. 905-908; VETTORI, *Oltre il consumatore*, in *Obbligaz. e contr.*, 2011, 2, p. 86 ss.

¹²³ La citata legge di conversione n. 27/2012 ha aggiunto all'art. 18 co. 1 del codice del consumo dopo la lettera d) la lettera d-bis): "microimprese": entità, società o associazioni, che, a prescindere dalla forma giuridica, esercitano un'attività economica, anche a titolo individuale o familiare, occupando meno di dieci persone e realizzando un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiori a due milioni di euro, ai sensi dell'art. 2, paragrafo 3, dell'allegato alla raccomandazione n. 2003/361/CE della Commissione, del 6 maggio 2003".

