

Codice del consumo

# La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari

di Valerio Sangiovanni

**Il codice del consumo, in relazione alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari, disciplina una fattispecie di nullità del tutto particolare. Si tratta di una nullità "da comportamento", diversa dalla nullità classica, che attiene invece a vizi intrinseci dell'atto. La materia merita di essere esaminata anche alla luce dei recenti interventi della Corte di cassazione, i quali hanno escluso che la violazione delle norme di comportamento degli intermediari finanziari determini nullità del contratto.**

## Introduzione

Il d.lgs. n. 221 del 2007 (1) ha apportato alcune modifiche al codice del consumo (2). In particolare l'art. 9 d.lgs. n. 221 del 2007 ha introdotto i nuovi articoli da 67-bis a 67-vicies bis, che compongono una nuova sezione IV-bis del capo I del titolo III della parte III del codice del consumo, sezione dedicata alla "commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori" (3). L'origine delle disposizioni degli artt. 67-bis ss. cod. cons. è il diritto comunitario. Le corrispondenti norme sono state difatti introdotte nel diritto italiano per la prima volta in attuazione della direttiva n. 65 del 2002 (4). La sezione IV-bis cod. cons. non si compone dunque di disposizioni nuove per l'ordinamento italiano: le relative norme erano contenute, fino alla recente trasposizione nel codice del consumo, nel d.lgs. n. 190 del 2005 (5). L'art. 21 d.lgs. n. 221 del 2007 abroga il d.lgs. n. 190 del 2005 e le disposizioni che erano contenute in quest'ultimo decreto sono state inserite, con poche modificazioni di carattere formale, negli artt. 67-bis ss. cod. cons.

All'interno delle numerose disposizioni che regolano la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori ve ne è una che colpisce per il suo rilievo civilistico. Si tratta dell'art. 67-septies decies cod. cons. La norma, a dire il vero è rubricata "sanzioni" e prevede sia sanzioni amministrative sia sanzioni civili a carico del fornitore di servizi finanziari. In questo articolo ci si soffermerà solo sulle sanzioni civili, consistenti in *primis* nella nullità del contratto.

Si noti che il legislatore comunitario non definisce quali sanzioni debbano applicarsi al fornitore. Spetta agli Stati membri individuare le sanzioni che essi reputano maggiormente adatte. Il legislatore comunitario si limi-

ta a stabilire che le sanzioni devono essere adeguate, nel senso di effettive, proporzionate e dissuasive. La previsione, dunque, della nullità come risposta a certi comportamenti del fornitore di servizi finanziari non è im-

## Note:

(1) D.lgs. 23 ottobre 2007, n. 221, in G.U. n. 278 del 29 novembre 2007. Il testo di questo decreto legislativo è riprodotto in *I Contratti*, 2008, 373 ss., con nota di F. Bravo. Su questo testo normativo cfr. inoltre G. De Cristofaro, *Il "cantiere aperto" codice del consumo: modificazioni e innovazioni apportate dal d. legisl. 23 ottobre 2007, n. 221*, in *Studium iuris*, 2008, 265 ss.

(2) Per un'introduzione al codice del consumo cfr. A. Gentili, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *I Contratti*, 2006, 159 ss.; V. Mariconda, *Il Codice del consumo*, in *Corr. mer.*, 2006, 15 ss.

(3) In materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari cfr., fra gli altri, P. Balzarini, *Attuazione della direttiva sulla vendita a distanza di servizi finanziari*, in *Riv. soc.*, 2005, 1177 s.; U. Draetta, *La protezione dei consumatori e i servizi finanziari forniti a distanza: la legge italiana di attuazione della direttiva comunitaria*, in *Dir. comm. int.*, 2005, 465 ss.; P. Longhini, *Servizi finanziari telematici. La tutela di investitori, risparmiatori ed assicurati: commento al D.Lgs. 19 agosto 2005 n. 190*, Milano, 2006; F. Mastroserra, M.P. Serra, *La commercializzazione a distanza di prodotti finanziari: la direttiva 23 settembre 2002 n. 65 e il decreto legislativo di attuazione 19 agosto 2005 n. 190*, in *Dir. Internet*, 2006, 82 ss.

(4) Direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002 concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori e che modifica la direttiva 90/619/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE e 98/27/CE, in G.U.C.E. n. L 271 del 9 ottobre 2002. A commento di questa direttiva cfr. M. Giurgola, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari: l'epilogo di una lunga attesa*, in *Le Società*, 2003, 103 ss.; M.-T. Paracampo, *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, II, 382 ss. La direttiva comunitaria è stata attuata anche negli altri Paesi dell'Unione Europea. Per un recente contributo che confronta la disciplina italiana e quella francese v. V. Crescimanno, *Obblighi di informazione del fornitore di servizi finanziari e nullità del contratto: la disciplina francese tra code de la consommation e code civil*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, 483 ss.

posta dal diritto comunitario, ma è stata scelta dal nostro legislatore.

### La nullità del contratto

La legge prevede letteralmente che “il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l’esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche” (art. 67-septies decies comma 4 cod. cons.).

Questa disposizione sancisce casi del tutto particolari di nullità. Si distinguono tre diverse fattispecie, che meritano di essere esaminate singolarmente.

### Segue: a) l’ostacolo all’esercizio del diritto di recesso

Anzitutto la legge stabilisce “il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l’esercizio del diritto di recesso da parte del contraente” (6).

Le parti del contratto sono il fornitore e il consumatore. Per fornitore si intende “qualunque persona fisica o giuridica, soggetto pubblico o privato, che, nell’ambito delle proprie attività commerciali o professionali, è il fornitore contrattuale dei servizi finanziari oggetto di contratti a distanza” (art. 67-ter lett. c cod. cons.). Per consumatore si intende “qualunque soggetto di cui all’articolo 3, comma 1, lettera a), del presente codice” (art. 67-ter lett. d cod. cons.), e dunque “la persona fisica che agisce per scopi estranei all’attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta” (art. 3 comma 1 lett. a cod. cons.). A dire il vero la disposizione in esame non si avvale del termine “consumatore”, ma di quello - diverso - di “contraente” (7). Contraenti sono entrambe le parti del contratto: il fornitore e il consumatore. Il termine è dunque meno preciso di quello che dovrebbe essere al suo posto utilizzato: “consumatore”. Questa diversità terminologica non può tuttavia trarre in inganno. Il legislatore intende qui, con la parola contraente, il consumatore, e non certo il fornitore.

Cosa vuole intendere il legislatore con l’espressione di “ostacolo all’esercizio del diritto di recesso”?

Il diritto di recesso costituisce una delle modalità più forti di tutela del consumatore e trova riscontro, nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, nell’art. 67-duodecies cod. cons. Secondo questa disposizione “il consumatore dispone di un termine di quattordici giorni per recedere dal contratto senza penali e senza dover indicare il motivo” (art. 67-duodecies comma 1 cod. cons.). Il consumatore potrebbe avere interesse, per le ragioni più diverse, a far venir meno il contratto originariamente stipulato con il fornitore. Il legislatore riconosce con grande ampiezza questa facoltà. Tre sono difatti gli elementi che caratterizzano il diritto di recesso: 1) la previsione di un termi-

ne piuttosto lungo (14 giorni); 2) il divieto di stabilire penali a carico del consumatore; 3) l’assenza di un obbligo di motivazione in capo all’utente. Può dunque capitare che, nei primi 14 giorni, il consumatore decida di recedere. Tale scelta operata dall’utente è evidentemente poco gradita al fornitore di servizi, in quanto questi perde un’opportunità commerciale. Il fornitore ha dunque interesse a ostacolare il recesso del consumatore. Il legislatore, consapevole dell’esistenza di questo rischio, appronta una forma radicale di protezione dell’utente: il contratto è nullo.

“Ostacolare” è un termine atto a comprendere tutta una serie di condotte, non meglio definite dal legislatore, poste in essere dal fornitore e finalizzate a rendere più difficile l’esercizio del diritto di recesso riconosciuto dalla legge al consumatore.

Un ostacolo al diritto di recesso si ha, ad esempio, quando viene omessa l’informazione in materia di recesso (8). Fra le numerose informazioni che il fornitore è tenuto a dare al consumatore rientrano “l’esistenza o la mancanza del diritto di recesso conformemente all’articolo 67-duodecies e, se tale diritto esiste, la durata e le modalità d’esercizio, comprese le informazioni relative all’importo che il consumatore può essere tenuto a versare ai sensi dell’articolo 67-terdecies, comma 1, nonché alle conseguenze derivanti dal mancato esercizio di tale diritto” (art. 67-septies comma 1 lett. a cod. cons) (9). Il fornitore che intende ostacolare il diritto di recesso potrebbe omettere tali informazioni. L’omissione configura un ostacolo in quanto impedisce di rendere edotto il consumatore del diritto di cui può avvalersi. L’utente non informato sulla possibilità di recedere fa certamente più fatica a svincolarsi dal contratto rispetto al soggetto a cui è stato chiaramente spiegato che, se lo ritiene, può - senza penali e senza motivazione - tornare sui propri passi. L’omessa informativa configura una modalità di “ostacolo” idonea a determinare la nullità del contratto.

#### Note:

(5) D.lgs. 19 agosto 2005, n. 190, in G.U. n. 221 del 22 settembre 2005. Il testo di questo decreto legislativo è riprodotto in *Dir. comm. int.*, 2005, 475 ss.; nonché in *I Contratti*, 2005, 1167 ss., con nota di G. Alpa.

(6) Sul diritto di recesso nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori cfr. F. Annunziata, E. Guffanti, *Il recesso nei contratti finanziari a distanza*, in questa *Rivista*, 2006, 1, 5 ss.

(7) A. Albanese, *Commento all’art. 67-septies decies*, in *Codice ipertestuale del consumo*, diretto da M. Franzoni, Milano, 2008, 312 s.

(8) Cfr. P. Fiorio, *Offerte a distanza e fuori sede tra testo unico della finanza, nuovo regolamento intermediari e codice del consumo*, in *www.ilcaso.it*, 36 s.; A. Torelli, *Contratti a distanza e tutela del consumatore. La nuova disciplina nella commercializzazione dei servizi finanziari*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 649.

(9) A ciò si aggiunga che potrebbe essere omesso quanto richiesto dall’art. 67-septies comma 1 lett. d cod. cons.: “le istruzioni pratiche per l’esercizio del diritto di recesso, comprendenti tra l’altro il mezzo, inclusa in ogni caso la lettera raccomandata con avviso di ricevimento, e l’indirizzo a cui deve essere inviata la comunicazione di recesso”.

Questa nullità si avvicina, per certi versi, alla nullità prevista dall'art. 30 comma 7 d.lgs. n. 58 del 1998 in materia di offerta fuori sede, secondo cui "l'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari comporta la nullità dei relativi contratti, che può essere fatta valere dal solo cliente". Nel caso dell'art. 67-septies decies comma 4 cod. cons. la disposizione è però di portata più ampia, in quanto si sanziona non solo l'omessa informazione sul diritto di recesso, ma anche qualsiasi altra condotta (omissiva o commissiva) che ostacola (= rende più difficile) il recesso (10). L'omessa indicazione della facoltà di recesso nei moduli o formulari ex art. 30 comma 7 d.lgs. n. 58 del 1998, diversamente dal caso in esame, potrebbe in definitiva essere ricondotta a un mero vizio formale del negozio (11).

Viene da chiedersi quale sia la reale portata della disposizione che si sta esaminando, considerato che il consumatore vuole recedere dal contratto e intende dunque rimuoverne gli effetti (così come fa la declaratoria di nullità del contratto). Per cercare d'individuare una differenza fra queste due fattispecie bisogna distinguere fra gli effetti del recesso e gli effetti della nullità. Gli effetti del recesso sono indicati nell'art. 67-ter decies comma 1 cod. cons.: il consumatore che esercita il diritto di recesso è tenuto a pagare l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore. Gli effetti della nullità sono indicati nell'art. 67-septies decies comma 5 cod. cons.: la nullità obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto. Ecco allora la differenza: se il contratto è nullo per effetto del comportamento ostruzionistico del fornitore, il consumatore non è tenuto a pagare quanto altrimenti dovuto (in caso di recesso) in base all'art. 67-ter decies comma 1 cod. cons.: l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore (12). La disposizione sul recesso tiene in considerazione gli interessi del fornitore, nel senso che la legge vuole che questi ottenga almeno il corrispettivo del servizio finanziario nel frattempo prestato. Il legislatore, che attribuisce al consumatore facoltà di recedere senza penali e senza motivazione, non vuole che ciò danneggi il fornitore per il periodo in cui il contratto è stato in essere. Nel caso - invece - della nullità, vi è un obbligo di restituzione delle prestazioni effettuate. Nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari bisogna però notare che è difficile identificare una prestazione restituibile dal consumatore al fornitore. Di norma sarà dunque solo il fornitore a dover restituire al consumatore il corrispettivo pagato. La differenza risiede in definitiva in ciò, che: 1) nel caso di recesso, il corrispettivo per i servizi finanziari prestati va pagato dal consumatore e, se già pagato, non deve essere restituito; 2) nel caso di nullità, il corrispettivo per i servizi finanziari prestati non va pagato dal consumatore e, se già pagato, deve essere restituito.

Più in generale bisogna rilevare che la disposizione in esame sancisce una nullità "da comportamento" (consistente nell'ostacolo all'esercizio del diritto di recesso),

diversa dalla nullità classica che colpisce invece l'atto (e non il comportamento scorretto di una delle parti). Non mancano le critiche dottrinali a questa costruzione del legislatore (13), basate essenzialmente sulla considerazione che la nullità colpisce qui un contratto validamente concluso, mentre - nella nozione classica - la nullità è un vizio dell'atto che impedisce allo stesso di produrre i suoi effetti.

### Segue: b) il mancato rimborso di somme pagate dal contraente

La seconda fattispecie prevista dalla legge in cui si ha nullità del contratto nel contesto della commercializzazione di servizi finanziari a distanza è quella in cui il fornitore "non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate" (art. 67-septies decies comma 4 cod. cons.).

Dal punto di vista terminologico questo inciso di legge contiene un'imprecisione. Si è difatti correttamente rilevato come il rimborso di somme sia possibile solo quando esse siano state effettivamente pagate (14). La parola "eventualmente" è dunque superflua.

Al fine di comprendere il significato di questa disposizione bisogna riflettere sul fatto che, in alcune ipotesi previste dalla legge, il fornitore ha l'obbligo di rimborsare certe somme al consumatore. In particolare viene disciplinato espressamente il pagamento del servizio fornito prima del recesso nel senso che "il fornitore è tenuto a rimborsare al consumatore, entro quindici giorni, tutti gli importi da questo versatigli in conformità del contratto a distanza, ad eccezione dell'importo di cui al comma 1" (art. 67-ter decies comma 4 cod. cons.). "Il consumatore che esercita il diritto di recesso previsto dall'articolo 67-duodecies, comma 1, è tenuto a pagare solo l'importo del servizio finanziario effettivamente prestato dal fornitore conformemente al contratto a distanza" (art. 67-ter decies comma 1 cod. cons.). Secondo le regole generali il rimborso delle somme dovute dal fornitore al consumatore configura il mero adempimento di un'obbligazione successiva all'esercizio del diritto di recesso. In caso d'inadempimento di tale obbligazione si avrebbe un'ipotesi di responsabilità civi-

#### Note:

(10) P. Fiorio, *Offerte*, cit., 36.

(11) In questo senso De Cristofaro, *Contratti aventi ad oggetto "servizi finanziari" stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 2006, 274.

(12) Cfr. A. Albanese, *op. cit.*, 313; V. Cuffaro, *Dopo il codice del consumo: la disciplina della commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Contr. impr.*, 2007, 275; G. De Cristofaro, *Contratti aventi ad oggetto "servizi finanziari" stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legisl. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Seconda parte)*, in *Studium iuris*, 2006, 393.

(13) Cfr. in particolare A. Albanese, *op. cit.*, 313.

(14) L. Pontiroli, *La disciplina del pagamento nella vendita a distanza dei servizi finanziari: prime considerazioni*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 696 (nota 52).

le. Con la disposizione in esame il legislatore stabilisce invece espressamente che, se il fornitore non rimborsa quanto dovuto, il consumatore può chiedere la nullità del contratto.

Come nel caso esaminato sopra, il vantaggio per il consumatore di chiedere la nullità del contratto è la possibilità di eccepire che non è dovuto nemmeno il compenso al fornitore altrimenti spettante ai sensi dell'art. 67-ter decies comma 1 cod. cons. (importo del servizio finanziario effettivamente prestato). Il fornitore che non rimborsa le somme pagate dal consumatore si comporta scorrettamente, nel senso che viola un'obbligazione che gli fa capo. Il legislatore - però - non lo punisce con i rimedi tradizionali (possibilità di chiedere l'adempimento, oltre al risarcimento del danno), ma sancisce addirittura la nullità del contratto, con la conseguenza che il fornitore perde il diritto all'importo del servizio prestato.

### **Segue: c) la violazione degli obblighi di informativa precontrattuale**

In terzo luogo il contratto è nullo, nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, quando il fornitore "viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche" (art. 67-septies decies comma 4 cod. cons.).

Diverse disposizioni della sezione IV-bis cod. cons. prevedono che il consumatore debba essere informato (15). Si tratta dell'art. 67-quater (informazione del consumatore prima della conclusione del contratto a distanza), dell'art. 67-quinquies (informazioni relative al consumatore), dell'art. 67-sexies (informazioni relative al servizio finanziario), dell'art. 67-septies (informazioni relative al contratto a distanza), dell'art. 67-octies (informazioni relative al ricorso), dell'art. 67-novies (comunicazioni mediante telefonia vocale) e dell'art. 67-decies (requisiti aggiuntivi in materia di informazioni).

Il legislatore ritiene il dovere d'informazione del consumatore, nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari, talmente importante che la sua violazione determina la nullità del contratto. La disposizione costituisce una particolarità per l'ordinamento giuridico italiano: di norma, difatti, la violazione di obblighi informativi non determina nullità del contratto. Il legislatore del codice del consumo statuisce un caso di nullità espressa. Con questa scelta la legge si pone chiaramente in favore del consumatore. Basti pensare al fatto che "l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione" (art. 1422 c.c.). Favorevole al consumatore è anche il regime dell'onere della prova, in quanto la legge prevede espressamente che "sul fornitore grava l'onere della prova riguardante: a) l'adempimento agli obblighi di informazione del consumatore" (art. 67-vicies semel comma 1 cod. cons.).

Il problema delle conseguenze della violazione di obblighi informativi è sentito in modo particolare nel conte-

sto della intermediazione finanziaria. Fra gli obblighi degli intermediari finanziari rientra il dovere d'informare adeguatamente la controparte contrattuale. Il legislatore omette però di dire quali siano le conseguenze dell'assenza d'informazione oppure di un'attività informativa non completa o non corretta o non veritiera.

Al riguardo la Corte di cassazione ha preso posizione in un'importante sentenza del settembre 2005, chiarendo che la violazione degli obblighi informativi degli intermediari finanziari determina responsabilità precontrattuale, ma non nullità del contratto (16). In particolare questa sentenza ha stabilito che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c. postula violazioni attinenti a elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e ha escluso che l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto ovvero nella sua esecuzione possa determinare nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista.

Nel febbraio 2007 la questione delle conseguenze civili della violazione delle norme di condotta degli intermediari finanziari è stata rimessa alle Sezioni Unite della Corte di cassazione (17). Con ordinanza è stato chiesto di risolvere il contrasto giurisprudenziale concernente la questione se la violazione degli obblighi gravanti sulle parti nel corso delle trattative contrattuali, e in specie la violazione degli specifici obblighi d'informazione che la legge pone a carico degli intermediari finanziari nei confronti dei propri clienti, determini la nullità dei successivi contratti per violazione di norma imperativa ai sensi dell'art. 1418 comma 1 c.c.

La sentenza della Corte di cassazione del 2005 è stata, nella sostanza, confermata dalle Sezioni Unite che - nel dicembre 2007 - hanno deciso sulla questione loro rimessa (18). Secondo la Cassazione la violazione dei do-

#### **Note:**

(15) Sulla materia specifica della informazione del consumatore nel contesto della commercializzazione a distanza di servizi finanziari sia consentito il rinvio a V. Sangiovanni, *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Dir. internet*, 2008, 399 ss.

(16) Cass., 29 settembre 2005, n. 19024. La sentenza è pubblicata, fra l'altro, in questa *Rivista*, 2006, 669 ss., con nota di G. Genovesi; in *Danno resp.*, 2006, 25 ss., con nota di V. Roppo, G. Afferni; in *Giur. comm.*, 2006, II, 626 ss., con nota di C.-E. Salodini; in *Giur. it.*, 2006, 1599 ss., con nota di G. Sicchiero; in *I Contratti*, 2006, 446 ss., con nota di F. Poliani.

(17) Cass., 16 febbraio 2007, n. 3683, ord., in questa *Rivista*, 2007, 631 ss., con nota di V. Mariconda.

(18) Cass., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725. Queste due sentenze, pronunciate lo stesso giorno, enunciano l'identico principio di diritto. Le riviste che si sono occupate della questione hanno talvolta pubblicato una sola delle due pronunce. L'una o l'altra sentenza è stata pubblicata, fra l'altro, in questa *Rivista*, 2008, 223 ss., con nota di V. Mariconda;

(segue)

veri d'informazione del cliente può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tale violazione avvenga nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti fra le parti; può invece dar luogo a responsabilità contrattuale, ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazione riguardante le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei doveri di comportamento può però determinare la nullità del contratto d'intermediazione, o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418 comma 1 c.c.

Con l'intervento delle Sezioni Unite è stato dato un indirizzo preciso alla precedente giurisprudenza di merito, che si presentava piuttosto confusa (19). Prima difatti delle sentenze della Corte di cassazione i giudici si dividevano fra coloro che affermavano la mera responsabilità civile da violazione delle norme di comportamento degli intermediari finanziari e coloro che statuivano la nullità del contratto.

Ai fini che qui interessano è utile sottolineare che le Sezioni Unite, nelle due sentenze del dicembre 2007, si sono soffermate - seppur brevemente - anche sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari. La soluzione fatta propria dalla Corte di cassazione è nel senso che le disposizioni in esame costituiscono un'eccezione alla regola generale per cui la violazione di doveri informativi non determina la nullità del contratto. Non si può dunque ricavare dall'art. 67-septies decies comma 4 cod. cons. (le Sezioni Unite si riferiscono al previgente art. 16 comma 4 d.lgs. n. 190 del 2005, ma tale disposizione è stata riprodotta nel codice del consumo senza modificazioni) un principio per effetto del quale la violazione di obblighi informativi determina nullità del contratto.

L'art. 67-septies decies comma 4 cod. cons. si caratterizza per il fatto che la violazione degli obblighi informativi deve essere tale da alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto. Questa terminologia riecheggia quella delle disposizioni sui vizi del consenso (artt. 1427 ss. c.c.) (20). Alterare in modo significativo la rappresentazione delle caratteristiche del contratto significa, in definitiva, indurre in errore essenziale il consumatore (21). Nel contesto della commercializzazione a distanza dei servizi finanziari il legislatore ha però preferito prevedere espressamente la sanzione della nullità, quale conseguenza della violazione degli obblighi

2008, 449 ss., con nota di V. Scognamiglio. A commento delle sentenze nn. 26724 e 26725 cfr. anche F. Galgano, *Il contratto di intermediazione finanziaria davanti alle Sezioni unite della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2008, 1 ss.; A. Gentili, *Disinformazione e invalidità: i contratti di intermediazione dopo le Sezioni Unite*, in *I Contratti*, 2008, 393 ss.; D. Maffei, *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *I Contratti*, 2008, 403 ss.

(19) Gli interventi dottrinali in materia di responsabilità di banche e intermediari finanziari degli ultimi anni sono talmente numerosi che è difficile elencarli tutti in una nota. Fra le tante pubblicazioni in tema si segnalano le seguenti: A. Barenghi, *Disciplina dell'intermediazione finanziaria e nullità degli ordini di acquisto (in mancanza del contratto-quadro): una ratio decidendi e troppi obiter dicta*, in *Giur. mer.*, 2007, 59 ss.; R. Bruno, *L'esperienza dell'investitore e l'informazione "adeguata" e "necessaria"*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 391 ss.; V. Bulfaro, *La responsabilità contrattuale dell'intermediario per violazione del dovere di informazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, I, 1092 ss.; I.A. Caggiano, *I doveri d'informazione dell'intermediario finanziario nella formazione ed esecuzione del contratto. Violazione e rimedi*, in *Dir. giur.*, 2006, 453 ss.; D. Cesiano, *La prestazione dei servizi di investimento e la tutela degli investitori: nota a sentenza del Tribunale di Napoli 21 febbraio 2007*, in *www.diritto bancario.it*; F. Durante, *Collocamento sul mercato secondario di obbligazioni riservate agli investitori: il Tribunale di Roma esclude la violazione delle norme sul prospetto informativo*, in *www.dirittofinanza.it*; E.A. Emiliozzi, *Vendita alla clientela retail di titoli prima dell'emissione ed omessa acquisizione da parte dell'intermediario dell'offering circular*, in *Giur. it.*, 2007, 1673 ss.; P. Fiorio, *La non adeguatezza delle operazioni di investimento*, in *www.ilcaso.it*; F. Greco, *Verso la contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1140 ss.; F. Longobardi, *Gli obblighi di informazione nella prestazione dei servizi d'investimento alla clientela retail*, in *www.ilsuups.org*; A.M. Mancini, *La tutela del risparmiatore nel mercato finanziario tra colpa in contrahendo e vizi del consenso*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 51 ss.; G. Meruzzi, *La responsabilità precontrattuale tra regola di validità e regola di condotta*, in *Contr. impr.*, 2006, 944 ss.; C. Motti, *L'attestazione della qualità di operatore qualificato nelle operazioni in strumenti derivati fra banche e società non quotate*, in *Giur. it.*, 2008, 1167 ss.; S. Panzini, *Violazione dei doveri d'informazione da parte degli intermediari finanziari tra colpa in contrahendo e responsabilità professionale*, in *Contr. impr.*, 2007, 982 ss.; M. Pellegrini, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Padova, 2007; Id., *La responsabilità dell'intermediario per "solidarietà creditoria" in un orientamento giurisprudenziale in tema di prestazione di servizi finanziari*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, 171 ss.; L. Picardi, *Nuovi sviluppi giurisprudenziali in tema di responsabilità degli intermediari*, in *Dir. giur.*, 2007, 192 ss.; V. Sangiovanni, *Mancato aggiornamento del contratto-quadro e "nullità sopravvenuta"*, in *I Contratti*, 2008, 653 ss.; Id., *Acquisto di obbligazioni e risoluzione del contratto*, in *I Contratti*, 2008, 5 ss.; Id., *Contratto di negoziazione, forma convenzionale e nullità per inosservanza di forma*, in *I Contratti*, 2007, 778 ss.; Id., *La violazione delle regole di condotta dell'intermediario finanziario fra responsabilità precontrattuale e contrattuale*, in *I Contratti*, 2006, 1133 ss.; Id., *Inadeguatezza della operazione finanziaria, risoluzione del contratto per inadempimento e risarcimento del danno*, in questa Rivista, 2006, 11, 1569 ss.; Id., *La nullità del contratto di gestione di portafogli di investimento per difetto di forma*, in *I Contratti*, 2006, 966 ss.; Id., *Sollecitazione all'investimento, nullità del contratto e frode alla legge*, in *Giur. mer.*, 2006, 1389 ss.; Id., *Scandali finanziari: profili di responsabilità dell'intermediario*, in *Danno resp.*, 2006, 874 ss.; Id., *La responsabilità dell'intermediario nel caso Cirio e la recente legge per la tutela del risparmio*, in *I Contratti*, 2006, 686 ss.; Id., *La nullità del contratto per inosservanza di forma nel caso delle obbligazioni argentine*, in *Corr. mer.*, 2006, 737 ss.; Id., *La responsabilità dell'intermediario nel caso Parmalat e la recentissima legge per la tutela del risparmio*, in *Le Società*, 2006, 605 ss.; M. Ticozzi, *Violazione di obblighi informativi e sanzioni: un problema non solo degli intermediari finanziari*, in *I Contratti*, 2007, 363 ss.; M. Todorova, *Violazione delle regole di comportamento degli intermediari finanziari. Responsabilità precontrattuale o risoluzione per inadempimento*, in *Giur. it.*, 2008, 1307 ss.; R. Viglione, *Circolazione di prodotti finanziari privi di prospetto: nuove forme di tutela del risparmio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, 43 ss.

(20) P. Fiorio, *Offerte*, cit., 37.

(21) G. De Cristofaro, *Contratti aventi ad oggetto "servizi finanziari" stipulati a distanza e tutela dei consumatori: il d. legis. 19 agosto 2005, n. 190, di recepimento della direttiva 2002/65/CE (Prima parte)* cit., 274.

**Note:**

(segue nota 18)

in *Danno resp.*, 2008, 525 ss., con note di V. Roppo e di F. Bonaccorsi; in *I Contratti*, 2008, 221 ss., con nota di V. Sangiovanni; in *Le Società*,

d'informativa, piuttosto che quella dell'annullamento del contratto.

L'alterazione deve essere significativa. Questo vuol dire che non ogni omissione informativa né ogni informazione non completa, non corretta o non veritiera basta per ottenere la nullità del contratto. Bisogna invece osservare gli effetti che tale condotta del fornitore produce. Occorre che le caratteristiche del contratto siano state alterate in modo significativo. La terminologia riecheggia quella prevista per la risoluzione del contratto (22), laddove si afferma che "il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra" (art. 1455 c.c.).

In merito alla nozione di "caratteristiche del contratto" va preferita un'interpretazione ampia che tenga conto di tutti gli elementi che vanno a costituire il contratto. Possono assumere rilevanza, ad esempio, le informazioni relative al fornitore (art. 67-*quinquies* cod. cons.), al servizio finanziario (art. 67-*sexies* cod. cons.), al contratto a distanza (art. 67-*septies* cod. cons.) e al ricorso (art. 67-*octies* cod. cons.). Fra queste categorie d'informazioni risultano, in genere, particolarmente importanti quelle sul servizio finanziario prestato.

### La relatività della nullità e l'obbligo di restituzione

L'art. 67-*septies decies* comma 5 cod. cons. stabilisce che "la nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto".

Questa disposizione contiene due precetti: 1) l'affermazione della relatività della nullità; 2) l'affermazione dell'obbligo di restituzione delle prestazioni.

La disposizione in esame chiarisce anzitutto che ci si trova di fronte a una nullità relativa. Con questa espressione ci si riferisce al fatto che la nullità è posta nell'interesse di una sola delle parti e può essere fatta valere solo da questa. Si tratta di un'eccezione al principio generale del codice civile, secondo cui la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse (art. 1421 c.c.) (23). Questa regola del codice civile si giustifica con il fatto che la nullità è una sanzione che opera in casi particolarmente gravi e, conseguentemente, essa deve poter essere fatta valere da chiunque. Dal momento, tuttavia, che - secondo il principio appena riportato - la nullità può essere fatta valere da chiunque, essa potrebbe essere azionata anche dal fornitore a danno del consumatore. Per evitare questo risultato (e, dunque, al fine di tutelare meglio il soggetto debole del rapporto contrattuale), il legislatore sancisce - nell'ambito della commercializzazione a distanza di servizi finanziari - quale eccezione alla regola generale il carattere di relatività della nullità. È utile rilevare che anche nel contesto dei contratti d'intermediazione finanziaria è prevista un'eccezione al principio della nullità assoluta. La nullità dei contratti può difatti essere fatta valere solo dal cliente (art. 23 comma 3 d.lgs. n. 58 del 1998).

Con la previsione della nullità il legislatore vuole punire in modo particolarmente deciso il fornitore. In conseguenza difatti della relativa declaratoria, le parti devono restituire le prestazioni precedentemente effettuate. L'art. 67-*septies decies* comma 5 cod. cons. termina dicendo che "è fatto salvo il diritto del consumatore ad agire per il risarcimento dei danni". Il rimedio della nullità concorre dunque con il rimedio del risarcimento del danno.

---

#### Note:

(22) P. Fiorio, *Offerte*, cit., 37.

(23) In tema di rilevanza della nullità cfr., in particolare, i contributi di C. Consolo, *La Cassazione prosegue nel suo dialogo con l'art. 1421 c.c. e trova la soluzione più proporzionata (la nullità del contratto va sempre rilevata, ma non si forma "ad ogni effetto" il giudicato)*, in questa Rivista, 2006, 10, 1424 ss.; F. Corsini, *Rilevanza di ufficio della nullità contrattuale, principio della domanda e poteri del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 667 ss.; V. Mariconda, *La Cassazione rilegge l'art. 1421 c.c. e si corregge: è vera svolta?*, in questa Rivista, 2005, 7, 962 ss.