

BARBARA PASA

Forma informativa

Estratto da:

DIGESTO

delle Discipline Privatistiche

Sezione Civile

Aggiornamento

con la collaborazione di

Antonio Iannarelli - Eva Rook Basile

Rodolfo Sacco - Angelo Scala

UTET
GIURIDICA

INDICE

Accessione del possesso di R. SACCO	p.	1
Amianto (danno alla persona) di N. COGGIOLA	»	2
Anonimato di G. FINOCCHIARO	»	12
Antropologia giuridica di R. SACCO	»	20
Arricchimento (azione di) nei confronti della pubblica amministrazione di C. CICERO	»	31
Atti gratuiti non liberali di A. GIANOLA	»	45
Atti liberali non donativi di A. GIANOLA	»	56
Automatico (conclusione del contratto mediante apparecchio) di R. SACCO	»	71
Beni culturali (diritto dell'Unione Europea) di B. PASA	»	73
Biancosegno <i>vedi</i> : Dichiarazione contrattuale (incarico di redigere e completare la)	»	101
Bigamia di A. ANCESCHI	»	101
Biomasse di L. COSTANTINO	»	118
Brasile di S. LANNI	»	125
Causazione di R. RICCÒ	»	158
Cina di M. TIMOTEO	»	181
Circolazione del possesso di R. SACCO	»	238
Clausola di stile di R. SACCO	»	258
Clausola oro (divieto della) di R. SACCO	»	260
Codice civile europeo di E. IORIATTI FERRARI	»	263
Codici civili nel sistema latinoamericano di S. SCHIPANI	»	286
Codificazione, ricodificazione, decodificazione di R. SACCO	»	319
Conclusione del contratto mediante l'inizio dell'esecuzione di R. SACCO	»	333
Consegna <i>vedi</i> : Circolazione nel possesso	»	342
Consuetudine di R. SACCO	»	342
Contatto sociale (fonte di obbligazione) di S. ROSSI	»	346
Contratti derivati di D. MAFFEIS	»	353

Contratto a distanza di M. MAGRI	p. 367
Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente di R. SACCO	» 406
Contratto di fatto di R. SACCO	» 432
Decisioni della Cassazione (impugnazioni delle) di G. IMPAGNATIELLO	» 443
Decodificazione <i>vedi</i> : Codificazione, ricodificazione, decodificazione	» 456
Delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare di E. FABIANI	» 456
Detenzione autonoma e qualificata di R. SACCO	» 515
Determinatezza dell'oggetto del contratto di R. SACCO	» 529
Dichiarazione di scienza di R. SACCO	» 537
Diritto ed etologia di A. GIANOLA	» 545
Disabilità di A. D. MARRA	» 555
Dizionari giuridici di S. FERRERI	» 561
Famiglia di fatto di M. R. MOTTOLA	» 568
Fattispecie di R. SACCO	» 594
Fatto concludente di R. SACCO	» 598
Fatto di conoscenza di R. SACCO	» 601
Fatto giuridico di R. SACCO	» 610
Fatto giuridico (effetto del) di R. SACCO	» 622
Fatto giuridico (effetto del): l'effetto minore di R. SACCO	» 633
Fatto giuridico negativo di R. SACCO	» 641
Fatto refrattario alla valutazione del diritto di R. SACCO	» 645
Fatto umano debolmente attivo di R. SACCO	» 647
Forma informativa di B. PASA	» 651
Formalismo (rinascita del) di C. CICERO	» 685
Format (tutela del) di R. MARSEGLIA	» 693
Fumo di M. A. MAZZOLA	» 706
Giri di A. ORTOLANI	» 716
Identità personale (diritto alla) di G. FINOCCHIARO	» 721
Illecito permanente di N. SAPONE	» 738
Imitazione del diritto <i>vedi</i> : Uniformità, diversità del diritto	» 749
Inesistente (negozio, o contratto) di R. SACCO	» 749
Inesistenza della cosa oggetto del negozio di R. SACCO	» 750
Inquinamento elettromagnetico di M. A. MAZZOLA	» 752
Integrazione del contratto di R. SACCO	» 761
Interesse ad impugnare (dir. proc. civ.) di S. RUSCIANO	» 772
Interesse meritevole di tutela di R. SACCO	» 781

Internet e il diritto d'autore di E. FALLETTI	p. 785
Mobbing di M. VORANO	» 820
Non contestazione (principio di) di F. DE VITA	» 832
Occupazione <i>vedi</i> : Circolazione del possesso	» 867
OHADA di S. MANCUSO	» 867
Patrimonialità del rapporto giuridico, requisito del contratto di R. SACCO	» 877
Promessa unilaterale <i>vedi</i> : Contratto con obbligazioni a carico del solo proponente	» 883
Qualificazione del contratto di R. SACCO	» 884
Scritture teatrali di G. MAGRI	» 889
Sicurezza alimentare di L. COSTATO e S. RIZZIOLI	» 912
Sperimentazione scientifica di E. FALLETTI	» 939
Successione nel possesso di R. SACCO	» 971
Titolo esecutivo di A. A. ROMANO	» 973
Trasferimento del possesso <i>vedi</i> : Circolazione del possesso	» 1006
Unconscionability di A. GIANOLA	» 1007

Forma informativa

Bibliografia: In lingua inglese, i saggi che abbozzano il tema della «forma informativa» sono quelli di WHITTAKER, *The Re-formulation of Contractual Formality*, in BIRKS-PRETTO (eds.), *Themes in Comparative Law in Honour of B. Rudden*, Oxford University Press, 2002, 200 ss., e di MANKOWSKI, *Information and Formal Requirements*, in *EC Private Law, ERPL*, 6/2005, 779-796.

In dottrina italiana v. MASUCCI, *La forma del contratto*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, III, Padova, 2003, 196-243, accanto alle monografie di MESSINA, «*Libertà di forma» e nuove forme negoziali*, Torino, 2004; MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto*, Padova, 2006; PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008.

Per il sistema giuridico spagnolo i riferimenti sono costituiti dai saggi di ARROYO AMAYUELAS, *Qué es la forma en el derecho contractual comunitario de consumo?*, in *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, 2/2008, 519-542; HERAS HERNÁNDEZ, *La forma de los contratos: el neoformalismo en el derecho de consumo*, *RDP*, 2005, 27-50; MARTÍN BRICEÑO, *La protección de los intereses del consumidor a través de la forma del contrato*, in *Aranzadi civil*, 6/2001, 1971-1996; TORRES LANA, *Forma del negocio y nuevas tecnologías*, *RDP*, 2004, 489-523.

La dottrina francese e quella tedesca si sono occupate del tema già a partire dagli anni '90: rispettivamente con ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Journée J. Flour sur le formalisme*, in *Rép. Defrénois*, 2000, 865-943; BRASSEUR, *Le formalisme dans la formation des contrats. Approche de droit comparé*, in *Le processus de formation du contrat: contributions comparatives et interdisciplinaires à l'harmonisation du droit européen*, avec des études de Brasseur [et al.] sous la direction de Fontaine, Bruxelles-Paris, 2002, 605-691; DEMOULIN, *La notion de «support durable» dans les contrats à distance: une contrefaçon de l'écrit?*, in *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 2000, 361-371; LAGARDE, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, *JCP-La Semaine Juridique I*, 170, 1999, 1767-1775; NUYTEN-LESAGE, *Formation des contrats: regards sur les notions de consensualisme et de formalisme*, in *Rép. Defrénois*, 1998, 497-509; e con BYDLINSKY, *Formgebote für Rechtsgeschäfte und die Folgen ihrer Verletzung*, in SCHULZE-EBERS-GRIGOLEIT (eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis Communautaire*, Tübingen, 2003, 141-154; HEISS, *Formvorschriften als Instrument europäischen Verbraucherschutzes*, in SCHNYDER-HEISS-RUDISCH (eds.), *Internationales Verbraucherschutzrecht*, Tübingen, 1995, 87-103; Id., *Formmängel und ihre Sanktionen*, Tübingen, 1999.

Sull'obbligo di informazione nell'*acquis* comunitario si veda l'opera collettanea SCHULZE-EBERS-GRIGOLEIT (eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, 2003.

Legislazione: Normative nazionali:

Italiana: artt. 1223, 1321, 1325, 1337-1339, 1341, 1374-1375, 1439, 1440, 1453, 2720, 2732 c.c.; art. 140 c.p.c.; artt. 2, 36, 40, 41, 43, 47, 52, 53, 62, 65, 3° e 4° co., 67 septiesdecies, 68, 70, 71, 1° e 3° co., 81, 85, 1° e 2° co., d.lg. 6-9-2005, n. 206 (Codice del consumo); artt. 117, 1°-4° co., 117, 6° e 7° co., 124, 5° co., lett. a), 127 d.lg. 1-9-1993, n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia); art. 9 d.lg. 17-3-1995, n. 111 (attuazione della direttiva n. 90/314/CEE concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti «tutto compreso» - ora trasfuso nell'art. 88 c. consumo); artt. 21, 23, 30, 7° co., d.lg. 24-2-1998, n. 58 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della l. 6-2-1996, n. 52, modificata da ultimo con d.lg. 25-9-2009, n. 146); d.lg. 9-11-1998, n. 427 (attuazione della di-

rettiva 94/47/CE concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili - ora artt. 69 ss. c. consumo); d.lg. 22-5-1999, n. 185 (attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza - ora artt. 50 ss. c. consumo); art. 21 d.lg. 9-4-2003, n. 70 (attuazione della direttiva 2000/31/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico); d.lg. 23-11-2007, n. 221 (disposizioni correttive ed integrative del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, recante Codice del consumo, a norma dell'articolo 7, della L. 29 luglio 2003, n. 229 - ora artt. 67 bis ss. c. consumo); art. 7 d.lg. 9-10-2002 n. 231 (attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali).

Francese: artt. 1101, 1108-1, 1110, 1135, 1316-1, 1316-4, 1317, 1369-1 ss., 1382, 1643-1645 c.c.; artt. L121-16, L121-20, L121-23, L121-28, L121-76, L314-7, L311-33 ss. *Code de la consommation*; Loi 21-6-2004, n. 2004-575 (LEN, Loi sur la confiance dans l'Economie Numérique); Ordonnance del 16-6-2005, n. 2005-674; Ordonnance del 23-3-2006, n. 2006-346; Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription (c.d. «progetto Catala, di riforma del c.c. francese», tutt'ora in itinere): art. 1342 c.c.; art. 1352 c.c.

Inglese: Sec. 2(1) Misrepresentation Act 1976; Sale of Goods Act 1979; Sec. 60(1), Sec. 61(1) e Sec. 127(3)-(5) Consumer Credit Act 1974; Consumer Credit (Agreements) Regulations 1983 (e successive modifiche); Sec. 15 Consumer Credit Act 2006; Reg. 4, Consumer Protection (Cancellation of Contracts concluded away from business premises) Regulations 1987; Reg. 4A, Consumer Protection (Cancellation of Contracts concluded away from business premises) (Amendments) Regulations 1998; Reg. 7(6) e Reg. 17, The Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work ecc. Regulations 2008.

Tedesca: §§ 13-14, 125, 126 (a)-(b), 241(2), 252, 280(1), 311(2), 355(2), III, 491(3), nr. 1, 492(1), S.5, nr. 1-7, 492(3), 494, 494(2), S.2, 494(2) S. 3-5, 494(2) S. 6, 502 BGB.

Spagnola: artt. 1.098, 1.101, 1.106, 1.124, 1.254, 1.258, 1.261, 1.279, 1.902 c.c.; artt. 48-49 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (c.d. Testo Unico spagnolo sulla tutela del consumatore); art. 3 Ley 26/1991, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, legge abrogata dal Texto Ref. 2007 cit. *supra*, artt. 111-112; artt. 6, 7(1), 7(2) a), 7(2) c) Ley 7/1995, de crédito al consumo; art. 4(2) Ley 21/1995, reguladora de los viajes combinados, legge abrogata dal Texto Ref. 2007 cit. *supra*, art. 154(1)(2) e art. 165; art. 6 Ley 28/1998, venta a plazos de bienes muebles; artt. 1(7), 5 e 6(1) Ley 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; art. 38 Ley 34/2002, sobre e servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.

Svizzera: art. 1, Codice delle Obbligazioni svizzero.

Austriaca: § 869 ABGB.

Regolamenti comunitari: art. 23 e Allegato II Reg. CE 22-12-2000, n. 44/2001 (Regolamento del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale); art. 25 Reg. CE 8-10-2001, n. 2157/2001 [Regolamento del Consiglio relativo allo statuto della Società europea (SE)]; art. 4 Reg. CE 19-12-2001, n. 2560/2001 (Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro); art. 29 Reg. CE 22-7-2003, n. 1435/2003 [Regolamento del Consiglio

relativo allo statuto della Società cooperativa europea (SCE)]. Direttive comunitarie: artt. 4, 3° co., 5 dir. 20-12-1985, n. 85/577/CEE (direttiva del Consiglio per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali - vendite c.d. porta a porta); artt. 13, 20, 2° co., lett. a), dir. 18-12-1986 n. 86/653/CEE (direttiva del Consiglio relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti); artt. 4, 2° co., lett. u), 6 dir. 22-12-1986, n. 87/102 (direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di credito al consumo - abrogata dalla dir. CE 2008/48); artt. 3, lett. f), primo trattino, 4, 1° co., lett. a) e b), 2° co., lett. a) e b), Allegato, lett. j), dir. 13-6-1990, n. 90/314/CEE (direttiva del Consiglio concernente i viaggi, le vacanze ed i circuiti "tutto compreso"); dir. 5-4-1993 n. 93/13/CEE (direttiva del Consiglio concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori); considerando n. 10, artt. 3, 4, 5 dir. 26-10-1994, n. 94/47/CEE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la tutela dell'acquirente per taluni aspetti dei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili-multiproprietà; abrogata dalla dir. CE 2008/122); artt. 8, 9 dir. 16-12-1996, n. 96/74/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle denominazioni del settore tessile); artt. 3, 1° co., 4, 1° co., dir. 27-1-1997, n. 97/5/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui bonifici transfrontalieri - abrogata dalla dir. CE 2007/64); considerando n. 13, artt. 4, 5, 1° co., 6, 7, 11 dir. 20-5-1997, n. 97/7/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza - emendata dalle dir. CE n. 2002/65, n. 2005/29, n. 2007/64); artt. 3, 4° co., 4, 1° co., dir. 16-2-1998, n. 98/6/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla protezione dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori); artt. 2, 2° co., lett. a)-d), 3, 4 dir. 25-5-1999, n. 1999/44/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo); Allegato II dir. 13-12-1999, n. 1999/93/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ad un quadro comunitario per le firme elettroniche); artt. 5, 6, 7, 10 dir. 8-6-2000, n. 2000/31/CE [direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno ("direttiva sul commercio elettronico")]; art. 3, 5° co., dir. 29-6-2000, n. 2000/35/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali); artt. 86-100 dir. 6-11-2001, n. 2001/83/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano); artt. 5, 8, 1° co., lett. b), dir. 3-12-2001, n. 2001/95/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alla sicurezza generale dei prodotti); dir. 6-6-2002, n. 2002/47/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai contratti di garanzia finanziaria); artt. 3, 1°, 2° e 3° co., lett. g), 5, 1° co., 6, 7, 2° co., 11, 3° co., dir. 23-9-2002, n. 2002/65/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 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); dir. 5-11-2002, n. 2002/83/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'assicurazione sulla vita); artt. 12, 1°-3° co., 13, 1° e 2° co., dir. 9-12-2002, n. 2002/92/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla intermediazione assicurativa); dir. 21-4-2004, n. 2004/39/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai mercati degli strumenti finanziari — c.d. Mifid —, che modifica le direttive 85/611/CEE e 93/6/CEE del Consiglio e la di-

rettiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 93/22/CEE del Consiglio); artt. 6, 7 dir. 11-5-2005, n. 2005/29/CE [direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva 84/450/CEE del Consiglio e le direttive 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (CE) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio (“direttiva sulle pratiche commerciali sleali”)]; artt. 2, 3 e 4 dir. 12-12-2006, n. 2006/114/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la pubblicità ingannevole e comparativa); dir. 12-12-2006, n. 2006/123/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi nel mercato interno); artt. 36, 1° co., 37, 41, 1° co., 42, 43 dir. 13-11-2007, n. 2007/64/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE); artt. 2, 4, 5, 6, 10, 14, 6° co., 16, 4° co., Allegato II, n. 5, e Allegato III, n. 6, dir. 23-4-2008, n. 2008/48/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai contratti di credito ai consumatori — credito al consumo — e che abroga la direttiva 87/102/CEE); artt. 4, 1°, 2° e 3° co., 5, 1°-5° co., 6, 10, 1° co., dir. 14-1-2009, n. 2008/122/CE (direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio).

Convenzioni: artt. 17 e 23 Conv. Bruxelles 27-9-1968 (Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale); art. 11 Conv. Vienna 11-4-1980 (Convenzione sui contratti di compravendita internazionale di merci).

Sommario: 1. La «forma informativa»: l'informazione, lo scritto, l'immagine. – 2. Il contratto nell'era dell'informazione telematica ed il principio di trasparenza. – 3. Verso una nozione procedurale di contratto. – 4. (*Segue*). La forma come contenuto. – 5. (*Segue*). La forma come mezzo. – 6. (*Segue*). Il DCFR e la forma. – 7. L'apparato rimediabile. – 8. (*Segue*). Forma e contenuto dell'informazione. – 9. (*Segue*). Forma e contenuto del contratto. – 10. (*Segue*). La moltitudine di altri rimedi. – 11. (*Segue*). La copia del contratto da consegnare a controparte. – 12. Le funzioni della forma. – 13. Sintesi e conclusioni.

1. La «forma informativa»: l'informazione, lo scritto, l'immagine.

Il diritto contrattuale riscopre la forma, ma in un'accezione diversa e sconosciuta ai Codici civili nazionali. Questa voce, dedicata alla «forma informativa», ovvero alla funzione informativa della forma, indaga nuovi tipi di requisiti formali, che mutano il modo di intendere la forma contrattuale. Sono cambiati i gradi o livelli di forma connessi alle operazioni contrattuali perché sono cambiati i mezzi di cui l'emittente si serve per trasmettere significati al destinatario. Fra l'oralità e la forma solenne dell'atto pubblico trovano posto nuove tipologie di forma che testimoniano l'avvento dell'era digitale: la forma «testuale», il «supporto durevole», la forma «per iscritto» cosiddetta «su carta» o «elettronica», le firme, «manuale» ed «elettronica», quest'ultima decli-

nata in alcune varianti che vanno dalla firma semplice alla cosiddetta firma digitale, dotate di minore o maggiore efficacia giuridica (1).

La dottrina europea parla di «neoformalismo contrattuale», alludendo in generale ed indistintamente all'insieme di questi fenomeni. Questa voce si concentra sulla peculiare trasformazione che la nozione di forma contrattuale subisce in seguito alle sollecitazioni del legislatore comunitario, soprattutto in materia di contratti con i consumatori (B2C). In che misura la riflessione possa aprirsi anche ai contratti cosiddetti d'impresa (2), o meglio, fra professionisti (3) (B2B), è questione assai dibattuta (4), di cui si darà conto nelle pagine che seguono.

Lo spunto ricostruttivo è offerto dall'osservazione di alcuni fenomeni che si riscontrano nella prassi contemporanea della contrattazione, che costituiscono indizi dell'emersione di un diverso paradigma contrattuale del XXI secolo. Quest'ultimo non ha sostituito il modello tradizionale, ma certamente lo affianca. Anticipando brevemente le conclusioni di questa ricognizione sulla «forma informativa», si ritiene che una nuova nozione procedurale di contratto intersechi la classica distinzione fra diritto continentale e Common law, sbilanciando la moderna teoria contrattuale in favore del secondo (5). Il contratto è dunque una promessa che crea affidamento legittimo o ragionevole, è il *fatto* fonte di obbligazione, svincolato in qualche misura dalla nozione di accordo, inteso come “magico momento” (6) in cui si incontrano e si fondono le volontà delle parti. Certo, gli artt. 1321 e 1325 c.c. italiano sono vigenti e governano l'operato dei giudici, così come negli altri ordinamenti continentali le regole per le quali l'accordo è uno dei requisiti sostanziali del contratto (artt. 1101 e 1108 dei c.c. francese, belga e lussemburghese; art. 1 del Codice delle Obbligazioni svizzero; artt. 1.254, 1.258 e 1.261 c.c. spagnolo; § 869 ABGB austriaco). Ciò nonostante, è noto che l'incontro fra offerta ed accettazione è solo uno degli schemi possibili per la conclusione del contratto (7), tant'è che a livello sopranazionale ciò è stato largamente riconosciuto (8).

L'interferenza del neoformalismo sul diritto contrattuale si manifesta con maggiore evidenza nei contratti per adesione, di massa, nei contratti non negoziati, caratterizzati dalle più recenti strategie di *marketing*, ma anche in tutti quei contratti che, pur essendo oggetto di trattative individuali, si avvalgono di nuove tecniche di negoziazione a distanza o automatiche (9). Queste tecniche si

fondano su modalità ulteriori rispetto a quelle tradizionali supportate dalla documentazione cartacea (lettere, moduli, stampati, cataloghi): a partire da quelle verbali, affidate ad un operatore impersonale o ad un dispositivo automatico, sino a quelle iconiche, affidate al computer o alla televisione, oppure miste, affidate, per esempio, al videotelefono. Si tratta di nuove tecniche di negoziazione che non richiedono evidentemente la presenza fisica simultanea delle parti, e che, occasionalmente, prescindono anche dall'incontro delle volontà, in senso tradizionale, delle parti. Tali tecniche, inoltre, richiamano l'attenzione sulla comunicazione per immagini in ambito giuridico (10), ove è chiara la funzione manipolativa dell'immagine, intesa quest'ultima come circuito seduttivo in cui convivono una forte esposizione dell'emittente e una pesante pressione del ricevente, per mezzo di un contatto particolarmente enfatizzato e di una ricca elaborazione formale del messaggio (11). Del resto, la scrittura non può più essere definita solo mediante il ricorso al criterio storico o etnologico di un supporto durevole che ne conservi la traccia, ma nella prospettiva segnica (12) della «legalità della ripetizione del segno» (13), che rende tutte le manifestazioni che (in senso lato) chiamiamo «grafiche» produzioni essenzialmente simboliche. La combinazione [*scrittura + immagini*], dunque, che ha reso universale il linguaggio stratificato del Web, influenza anche la contrattazione contemporanea: essa indirizza le scelte dell'utente globale in modo veloce perché, come è stato documentato in modo efficace su base scientifica (14), l'immagine «viaggia» più velocemente dello scritto, essa innesca il processo di persuasione, facilita la comprensione ed il ricordo dell'informazione e ne aumenta l'aderenza, ovvero il comportamento che asseconda il messaggio veicolato dall'informazione. L'immagine accresce, dunque, le potenzialità espansive della comunicazione scritta (15) e, accanto al testo scritto, assume un nuovo valore anche nel dominio giuridico (16). Nella maggior parte dei casi l'interpretazione di un testo accompagnato da immagini risulta più immediata e chiara: proprio a tal fine, per esempio, l'immagine del prodotto e delle sue componenti viene inserita nella vendita a distanza di beni e servizi. In alcuni casi, invece, l'immagine può conferire un ulteriore livello di complessità all'informazione che l'utente intende decodificare, tant'è che è possibile rappresentare il rapporto fra testo scritto e immagini anche con l'operazione [*scrittura* ×

immagini], laddove la complessità è prodotta dal moltiplicando, il testo scritto, moltiplicato per il moltiplicatore, costituito dalle immagini. È soprattutto la forma ipertestuale, nella quale vengono organizzati i testi in Rete, che disegna un'architettura flessibile, fatta di linguaggi sovrapposti, di discorsi paralleli, di percorsi narrativi svincolati da un unico tracciato. Il brillio delle pagine che si guardano e si leggono «a video» incorpora gerghi ormai interdipendenti: il linguaggio scritto, nucleo fondante dell'ipertesto, e il linguaggio visuale, una costellazione di immagini, frecce, disegni, oggetti concreti e astratti. Le due dimensioni sono integrate nelle interfacce, punto di contatto fra l'utente e la matrice, la quale organizza queste strutture parlando una lingua che non è rivolta agli uomini, ma ai programmi, ai softwares e ai loro linguaggi digitali (17).

Le nuove tecniche di negoziazione, dunque, unitamente all'accentuazione dell'iconicità del linguaggio cosiddetto «visuale», mettono in luce i limiti della prospettiva classica su cui si fonda il diritto contrattuale, secondo la quale la valida conclusione del contratto presuppone una volontà libera, diretta a contrarre, fra contraenti (non virtuali). In tutti questi casi il vincolo contrattuale si instaura per ragioni che non vengono messe a fuoco dalla teorica tradizionale del «contratto-accordo» (18), sanzionato dalla disciplina relativa ai tipici vizi del consenso, dato che la formazione dell'accordo non riposa più solamente sullo schema classico dello scambio di offerta ed accettazione (19). Il «contratto-accordo» è solo uno dei genotipi possibili: il «contratto-procedimento», scandito dalle «informazioni formalizzate», le quali conducono ad una solidificazione procedimentale di diritti ed obblighi contrattuali, rappresenterebbe un ulteriore genotipo contrattuale.

(1) Sia consentito il rinvio alla monografia di PASA, *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo. Verso una nozione procedurale di contratto*, Napoli, 2008.

(2) Ammesso che nel diritto europeo si possa parlare di «contratti d'impresa»; la locuzione utilizzata nella letteratura italiana, anche se non condivisa unanimemente, non copre allo stesso modo l'ambito nazionale e quello europeo. Sul piano interno riguarda i contratti dell'imprenditore nell'esercizio e per l'esercizio dell'impresa; sul piano sopranazionale, riguarda i contratti in funzione dello «status» di contraente determinato dallo svolgimento di una certa attività economica svolta professionalmente; secondo alcuni, dietro la locuzione si nasconde la questione della contrattazione ineguale: cfr. GENTILI, *I contratti d'impresa e il diritto comune europeo*, in *Il diritto*

europeo dei contratti d'impresa, a cura di Sirena, Milano, 2006, 95-112, 100 ss.

(3) Il riferimento è alle definizioni contenute nell'art. 3 del nostro codice del consumo (d'ora innanzi c. consumo), d.lg. 6-9-2005, n. 206 (e successive modifiche), sulle quali sia permesso rinviare a PASA-WEITENBERG, *Der italienische Codice del consumo - verbesserter Verbraucherschutz durch neue Kodifikation? Erste Anmerkungen zum italienischen Verbrauchergesetzbuch vom 23.10.2005*, *VuR*, 2005-12, S. 446 (versione parzialmente riadattata in inglese: *The Italian Codice del consumo - improved consumer protection through a new codification? First comments on the Italian Consumer Code of 23.10.2005*, 1 *The Yearbook of Consumer Law* 295 (309), serie "Markets and the Law", Ashgate, 2007). In precedenza v. CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, I, Padova, 2003, 167-168, per il quale il «consumatore» è una persona fisica che non persegue scopi di lucro o imprenditoriali e che svolge un'attività diretta al soddisfacimento di esigenze personali, proprie o della propria famiglia, mentre il «professionista», o operatore professionale, è «la persona fisica o ente personificato che agisce nell'ambito della propria attività imprenditoriale o professionale». Cfr. altresì DELOGU, *Leggendo il Codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, *CeE*, 2006, 87-100. La nozione di consumatore e quella di professionista sono state discusse anche da GABRIELLI, *I contraenti - La fattispecie e il suo perfezionamento*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, Milano, 2006, 113-140. La rilevanza dello «status» dei contraenti nel nuovo diritto contrattuale di provenienza europea è stata riconosciuta soprattutto in altre esperienze giuridiche, ad esempio in Germania, laddove la riforma del BGB ha consacrato lo «status» di Verbraucher e Unternehmer nei §§ 13-14 BGB, Sezione I dedicata alle Personen. Cfr. WEITENBERG, *La trasposizione delle direttive sul diritto contrattuale europeo e la recezione di nozioni e definizioni comunitarie: il «consumatore» nel BGB*, in *Diritto contrattuale europeo tra direttive comunitarie e trasposizioni nazionali*, a cura di Pasa-Rossi-Weitenberg, Torino, 2007, 119-140; contro la rilevanza dello «status» nel nuovo diritto contrattuale e nella categorizzazione tedesca PATTI, *L'accordo e la sua formazione*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, Milano, 2006, 179-194, 193.

(4) Vi è infatti chi sottolinea che nei rapporti B2B il fatto di non fornire l'informazione che controparte può ragionevolmente attendersi sia sanzionabile solo se *devia in maniera rilevante da una leale prassi del commercio*. Al contrario, c'è chi ritiene che il c.d. duty to inform sia una regola generale, una rule on disclosure che attiene alla pratica degli affari, tant'è che la regola si trova, ad esempio, nella Convenzione di Vienna sulla vendita di beni mobili e che pertanto riguarda tutte le vendite, non solo quelle B2C. Così TWIGG FLESNER-WILHELMSSON, *Pre-contractual information duties*, in ACQUIS GROUP (ed.), *Principles of the Existing EC Contract Law (ACQP Principles)*, Contract II. General provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, including a revision of "Contract I"², Monaco, 2009, 115 ss. Secondo altri commentatori, per quel che concerne il peso dell'informazione nella fase della negoziazione del contratto, il modello continentale ha avuto maggior successo rispetto a quello anglosassone, in quanto serve meglio proprio gli interessi del commercio e degli operatori internazionali: cfr. MUIR WATT, *Les pourparlers: de la confiance trompée à la rela-*

tion de confiance, in *Les concepts contractuels français*, Paris, 2003, 53 ss.

(5) Secondo i membri del progetto pavese di *Code européen des contrats*, invece, lo spostamento significativo in atto è dal Common law inglese verso i diritti continentali: in particolare in Inghilterra è venuta meno la necessaria sinallagmaticità poiché da tempo si manifesta una propensione a liberarsi del concetto di consideration: così STEIN, *Norme fondamentali in tema di accordo, contenuto, forma ed interpretazione del contratto nel «codice europeo dei contratti»*, *RDC*, II, 2007, 229-235, 230. Pertanto l'art. 1 del progetto pavese di Codice europeo dei contratti, in omaggio alle due principali tradizioni giuridiche occidentali, riconosce il contratto unilaterale così come quello a titolo gratuito.

(6) V. anche LÜECKE, *Simultaneity and Successiveness in Contracting*, *European Rev. of Private Law (ERPL)*, 2007, 27-57, 48 ss. L'A. ammette che nelle negoziazioni moderne, soprattutto in quelle a distanza, la simultaneità dell'accordo è una mera «finzione». Sulla base di una ricostruzione storica che prende in considerazione la famiglia giuridica romano-germanica ed il Common law inglese, approfondisce le ragioni del ricorso alla finzione del «simultaneo incontro delle volontà», e dell'attuale dottrina della «manifestazione continua del consenso/continuing consent», per cui l'intenzione di chi offre perdura durante ogni istante, fino a quando raggiunge controparte, la quale dichiara di accettare.

(7) Che il contratto non si possa analizzare solo in termini d'incontro fra proposta ed accettazione è stato messo in luce anche dalle corti nazionali, ad iniziare da Lord Denning nel noto caso Gibson v. Manchester City Council [1978] 1 WLR 520, 523, laddove afferma che è necessario interpretare tutti i documenti che le parti si scambiano in fase di negoziazione, la loro condotta, il fatto che abbiano raggiunto un accordo su tutti i punti concreti della transazione. Un approccio flessibile che è stato peraltro rigettato in favore di quello tradizionale, che assicura maggior prevedibilità e certezza sul piano giuridico.

(8) Anche la dottrina europea ha documentato che l'incontro fra offerta ed accettazione è solo uno degli schemi possibili per la formazione del contratto: v., ad es., OUDIN, *Un droit européen... pour quel contrat? Recherches sur les frontières du contrat en droit comparé*, *Revue internationale de droit comparé (RIDC)*, 2007, 475-521, 490 ss.; v. le varie consolidazioni sul diritto contrattuale europeo, dai PECL (Principi di diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione Lando), art. 2:101, art. 2:107 e art. 2:211 (i quali prevedono certi adattamenti per applicare le regole dello schema classico ai contratti che si concludono al di fuori di quello schema; per un raffronto col sistema italiano, cfr. ANTONIOLLI-VENEZIANO (eds.), *Principles of European Contract Law and Italian Law*, *Kluwer Law Int.*, 2005, nella collana *Principles of European Contract Law*, diretta da HONDIUS, *Chapter II (Formation of Contracts)*; agli ACQP (Principi di diritto contrattuale europeo elaborati dal gruppo ACQUIS, cit. nt. 4), art. 4:101, art. 4:102(2) ed anche art. 4:107 per il quale, entro determinati limiti, l'offerta al pubblico in fase pre-contrattuale risulta vincolante; al DCFR [Progetto di Quadro Comune di Riferimento, v. la versione preparata dallo *Study Group on European Civil Code* e dall'*Acquis Group*, edito da VON BAR (et al.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*², Interim Outline Edition, Monaco, 2009], art. II-4:101, che rappresenta lo sche-

ma classico per la conclusione del contratto, e art. II-4:211, che ammette ogni altro processo di conclusione del contratto. Lo stesso vale per i principi UNIDROIT (2004), art. 2.1.1.

Anche la Corte di Giustizia nella sentenza resa il 17-9-2002 (caso Tacconi) svincola la nozione di contratto (*recitius*: di «materia contrattuale») dall'accordo, riconoscendo che sia contratto l'obbligazione liberamente assunta da una parte nei confronti dell'altra. C. Giust. CE, 17-9-2002, C-334/00, Fonderie Officine Meccaniche Tacconi SpA c. Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS), *Racc.*, 2002, I-07357, sull'interpretazione dell'art. 5, 1° co., della Convenzione di Bruxelles del 1968. Confermata anche nel caso C. Giust. CE, 20-1-2005, C-27/02, Petra Engler c. Janus Versand GmbH, *Racc.*, 2005, I-481, ove «l'obbligazione liberamente assunta unilateralmente da una parte integra la materia contrattuale» ai sensi dell'art. 5(1) Conv. Bruxelles 1968. Tuttavia, la giurisprudenza di questa Corte non costituisce precedente vincolante per le Corti degli Stati membri, tant'è che per esempio la Cour de Cassation in questi casi ritiene si tratti di un quasi-contratto: cfr. AA.VV., *Terminologie contractuelle commune*, avantpropos de FAUVARQUE COSSON-MAZEAUD, serie della *Société de législation comparée, Droit privé comparé et européen*, VI, Paris, 2008, 37.

(9) Si occupano del tema secondo prospettive diverse alcuni saggi (fra gli altri Caso, Rossato, Bellantuono) contenuti in PASCUZZI (a cura di), *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, Padova, 2004.

(10) Il rapporto che il Diritto intrattiene con l'immagine affonda le sue radici nella storia del diritto occidentale e della teologia. Non mancano gli studiosi che se ne sono occupati, anche se il problema della relazione fra diritto ed immagine è stato rimosso dalle ricerche filosofico-giuridiche della modernità, al più confinato nell'ambito della filosofia politica. V. HERITIER, *Urbe-Internet/Società post-hitleriane? Materiali didattici di estetica giuridica*, Torino, 2007.

(11) Così si esprime VOLLI, *Il libro della comunicazione*, Milano, 1994, 22 ss.

(12) Il concetto di iconicità è di difficile collocazione nell'ambito della semiotica. L'idea è che i segni catturino in modo "non arbitrario" i caratteri della realtà. Il linguaggio avrebbe la caratteristica della iconicità, che si traduce nella sua "naturalità": per intenderci, è noto che la grande maggioranza delle parole di una lingua sono arbitrarie, ma non tutte, altrimenti sarebbe impossibile memorizzarle. L'iconicità introduce strategie di motivazione (ad esempio di immediata derivabilità tra forme, di trasparenza, ecc.) che rendono la lingua più ricordabile e più semplice da utilizzare. L'iconicità va ripensata in rapporto alla percezione, come un terreno di mediazione nel nostro accesso alla realtà, come forma base di conoscenza che prepara la strada alla simbolizzazione, come l'aggancio alla realtà, che ci consente di staccarci da essa indicandola o giungendo a riassumerla sotto schemi astratti (simboli). Cfr. GENSINI, *Elementi di semiotica*, Roma, 2003, 88 ss.

(13) Cfr. VOLLI, *op. cit.*, 18 ss.

(14) Per una sintesi cfr. HOUTS-C.C. DOAK-L.G. DOAK-LOSCALZO, *The role of pictures in improving health communication: A review of research on attention, comprehension, recall, and adherence*, 61 *Patient Education and Counseling* 173, 2006, 173-190, e l'ampia bibliografia ivi citata. Gli Autori ripropongono dati empirici e tesi sviluppate nel settore della medicina, della psicologia, delle scienze dell'educazione e del marketing. In partico-

lare risulta fondamentale lo studio di MCGUIRE, sulla teoria del «information processing»: *Constructing social psychology: creative and critical processes*, Cambridge Univ. Press, 1999.

(15) Soprattutto in soggetti non alfabetizzati, o con limitate capacità di apprendimento, ma anche nei soggetti laureati colti da «illetteratismo», fenomeno per cui risulta sempre più difficile usare la parola scritta al fine di comunicare efficacemente con gli altri e comprenderli. Il riscontro scientifico è offerto dall'indagine internazionale promossa dall'OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) denominata ALLS (Adult Literacy and Life Skill); il rapporto del 2007 per l'Italia coordinato dalla pedagogista Gallina dimostra che 21 laureati su 100 non riescono ad andare oltre il livello elementare di decifrazione di una pagina scritta.

(16) Psicologia cognitiva e scienza cognitiva offrono modelli di funzionamento della mente umana utili in tal senso, assumendo che l'essere umano è un elaboratore di informazioni. Il percorso effettuato dalle informazioni, a partire dalla fase di codifica fino alla fase di immagazzinamento nella memoria a lungo termine, attesta che l'uomo non interagisce direttamente con la realtà, ma con la rappresentazione che di essa si è costruito, proprio a partire dalle informazioni che raggiungono i suoi organi di senso, precisamente la vista e l'udito. Sul punto BUCCIARELLI, *I meccanismi della conoscenza*, in *Il futuro della memoria: la trasmissione del patrimonio culturale nell'era digitale*, a cura di Spaziante, Atti del Convegno 10-11-2004, CSI-Piemonte, Torino, 2005, 61-70, 64, e l'ampia bibliografia ivi citata.

(17) All'utente abituale della Rete la combinazione [scrittura +/x immagini] può sembrare un fenomeno assolutamente scontato, dal momento che, sin dai suoi esordi, l'Internet-mercato più di ogni altro mercato si è servito di immagini per vendere prodotti o fornire altri servizi. Tuttavia, eccettuato lo spazio globale e delocalizzato della Rete, il fenomeno non è comune, né globale. Sul punto v. PASA, *La forma informativa*, cit. al cap. 1.

(18) Diffusamente sui contratti «senza volontà» (per cui l'art. 1327 c.c. it. non è più considerato come un'eccezione del sistema) cfr. SACCO, *Capitoli VI e VII*, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*³, 1, *Tratt. Sacco dir. civ.*, Torino, 2004. I genotipi contrattuali sono: la volontà (accordo), lo scambio, l'autonomia, l'affidamento.

(19) AA.VV., *Terminologie contractuelle commune*, cit., 18 ss.

2. Il contratto nell'era dell'informazione telematica ed il principio di trasparenza.

È ormai un dato consolidato che l'informazione (*in-formare, dare forma, modellare secondo una forma*) è la cifra del moderno diritto contrattuale (20). La dottrina economica, sulla scorta degli studi comportamentali e di psicologia cognitiva, ha fornito alcuni dati imprescindibili per comprendere le moderne tecniche di negoziazione che coinvolgono in particolare il consumatore, suddividendo i fattori che agiscono sul processo decisionale in fattori *esterni* al consumatore (cultura, classe sociale, gruppo sociale di riferimento, fattori economici come il reddito o i prezzi dei

prodotti sostitutivi ed accessori) e fattori *interni* al consumatore (percezione, apprendimento, motivazioni, attitudine) (21). È interessante notare che il consumatore acquista attraverso una valutazione che riguarda essenzialmente caratteristiche materiali del bene o del servizio, e solo in seguito valuta quali siano le obbligazioni derivanti dal contratto. Nelle decisioni egli è dunque guidato dalle informazioni che riguardano, in ordine di importanza, le caratteristiche dei beni o servizi, i prezzi, il rapporto fra prezzo e qualità, la durata, le obbligazioni contrattuali. I costi per la ricerca delle informazioni concrete relative ai beni o servizi sono quelli che incidono maggiormente sull'asimmetria informativa (22). L'effetto del divario informativo si concreta nell'impossibilità di svolgere una compiuta valutazione dell'operazione economica, compresa la valutazione dei rischi. Così il consumatore assumerà obblighi (oltre che titolarità di diritti) senza la consapevolezza necessaria e con un'alta probabilità che la transazione conclusa non corrisponda alle sue effettive esigenze.

È noto, tuttavia, che il divario informativo non è l'unico fattore che incide sfavorevolmente sui contratti B2C, ed è altresì noto che le disparità tra i contraenti non riguardano solo il rapporto di consumo, ma anche i contratti B2B: si prenda, ad esempio, la disparità di potere contrattuale per abuso di posizione economica che riguarda anche il franchising, il leasing, o la subfornitura; oppure il divario di carattere tecnologico, a seconda della tecnica di contrattazione utilizzata (ad esempio Internet o videotelefono), che può riguardare anche l'impresa di piccole dimensioni, così come il divario di carattere culturale e linguistico (23) che incide soprattutto nei casi di contrattazione fra contraenti di Stati differenti.

In tutti i casi di disparità di potere contrattuale per abuso di posizione economica, divario tecnologico o culturale o linguistico, l'uguaglianza dei contraenti viene tutelata sotto un duplice profilo, diremmo di voce ed exit (24): informativa dettagliata e diritto di recesso. Entrambi gli strumenti si possono ricondurre al principio dell'uguaglianza formale che sta alla base del welfarism di razionalizzazione del mercato adottato dall'UE: interventi che mirano a valorizzare il funzionamento del mercato europeo, fondati sull'osservanza formale del principio dell'autonomia privata.

Sotto il profilo informativo (questa voce non si occuperà del recesso), il mercato concorrenziale presuppone che le informazioni circolino libera-

mente e che sia garantito un circuito informativo a basso costo, accessibile a tutti, cui attingere le informazioni riguardanti soggetti e beni presenti sul mercato (25). Gli interventi legislativi devono pertanto garantire una soddisfacente allocazione delle risorse informative (26): l'informazione è la chiave di volta che sostiene tutto il sistema del libero mercato (27). A sua volta, l'informazione permette il corretto dispiegarsi della concorrenza (28) e aumenta la fiducia dei soggetti che operano sul mercato, favorendo l'incremento degli scambi. Il circolo virtuoso di cui si alimenta il mercato europeo fa perno, dunque, sulla reale possibilità di maneggiare le informazioni che riguardano principalmente i prezzi, la qualità dei prodotti o dei servizi e le regole giuridiche che disciplinano le transazioni (29).

Le istituzioni dell'UE, coscienti del ruolo fondamentale che riveste l'informazione nel diritto contrattuale contemporaneo, hanno proposto interventi mirati per ridurre l'asimmetria informativa e le conseguenti inefficienze del mercato [limitare la fissazione unilaterale del prezzo di beni e servizi offerti (30) ed i monopoli che falsano la concorrenza] (31). L'innalzamento del livello di informazioni disponibili, tuttavia, ha procurato anche effetti collaterali, soprattutto per il consumatore medio, che non sempre è in grado di discernere adeguatamente quali siano le informazioni utili al fine della valutazione dell'affare e che quindi si troverà a disagio nel momento di decidere (cosiddetta information overload) (32). Il dovere o obbligo (33) di informare che grava generalmente sul professionista non è, infatti, sufficiente a tutelare il consumatore nelle transazioni B2C (34); né sarebbe in grado di garantire una riduzione delle disparità di potere contrattuale, economico, tecnologico o culturale o linguistico in tutte le altre transazioni B2B.

Ciò nonostante, pare assodato che la politica comunitaria in materia contrattuale non ricerchi una giustizia sostanziale in vista della promozione di condotte contrattuali socialmente accettabili, ma che piuttosto si affidi ad interventi di giustizia procedurale, mirando a razionalizzare il mercato attraverso la valorizzazione degli obblighi di informazione basati sul criterio dell'uguaglianza formale.

Ciò trova espressione nel principio di *trasparenza* contrattuale che si può ricavare dalle direttive europee. Esso si estrinseca:

1. nella trasmissione di un numero determinato di informazioni che *standardizzano il regolamen-*

to contrattuale secondo un procedimento formalizzato, soprattutto nelle relazioni B2C;

2. nella qualità delle informazioni, chiare e comprensibili, complete e leggibili, esatte e adeguate, ecc., che permettono un controllo di qualità sul contenuto del contratto.

Gli altri principi che costituiscono fonti di ispirazione per il legislatore comunitario, quello di buona fede e quello di cooperazione (35), fungono da contrappeso rispetto a quello di trasparenza, ed indicano all'interprete che l'inerzia nell'acquisire informazioni, anche nei contratti B2C, potrebbe essere sanzionata se il comportamento del contraente fosse scorretto, ingannevole o anche solo reticente (36).

Il principio di trasparenza contrattuale, precisato in relazione a quelli di buona fede e cooperazione, sorregge, dunque, la predisposizione di un'informazione di carattere oggettivo, che abilita i soggetti interessati a conoscere i termini dell'operazione al fine di valutarne la convenienza (37). In questo modo il diritto contrattuale svolge i suoi effetti nell'ambito della giustizia commutativa a tutela dell'uguaglianza formale e assume il ruolo di regolatore della concorrenza e del mercato (38). Lo scopo perseguito è quello di formare un «consenso informato» sull'operazione economica colmando il deficit informativo. Le transazioni trasparenti accrescono la fiducia e la sicurezza dei contraenti e conseguentemente la quantità e qualità degli scambi.

(20) La letteratura in materia è oramai molto ampia. Un contributo che riassume lo stato del dibattito è quello di P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, RDC, II, 2007, 641-680 (v. ampia bibliografia ivi citata). In precedenza, con puntuali riferimenti bibliografici alla dottrina d'oltreoceano BELLANTUONO, *Asimmetria informativa e razionalità limitata nei mercati elettronici*, in *Diritto e tecnologie evolute del commercio elettronico*, a cura di Pascuzzi, Padova, 2004, 125-162.

(21) Cfr. PELLICELLI, *Marketing*, Torino, 1999, 142-165. L'A. dimostra quale sia il ruolo dell'informazione nel processo di decisione nell'acquisto di beni e servizi: è la tappa fondamentale dell'intero processo perché il consumatore valuta se acquistare o meno in relazione al numero e alla qualità delle informazioni in suo possesso.

(22) GÓMEZ POMAR, *EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: how related are they? A Law and Economics Perspective*, in COLLINS (ed.), *The forthcoming EC Directive on Unfair Commercial Practices*, Kluwer Law International, 2004, 205.

(23) Per approfondimenti v. MORELATO, *Nuovi requisiti di forma nel contratto*, Padova, 2006, 48.

(24) Per parafrasare HIRSCHMANN, *Exit, Voice and Loyalty*, Harvard University Press, 1970, tr. it.: *Lealtà, defezione, protesta: rimedi alla crisi delle imprese, dei partiti e dello Stato*, Milano, 1982.

(25) Le parole sono di JANNARELLI, *L'attività. Profili generali*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, II, I soggetti. Beni, interessi, valori, Padova, 2003, 291-320, 305.

(26) CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano, in *Tratt. Bessone*, XXVI, 1, Torino, 2000, 607-667, 610.

(27) Non è sicuramente sorpassata l'opinione del noto economista premio Nobel che nel 1994 scriveva: «non è necessario dover ricordare agli accademici che l'informazione è una risorsa preziosa: la conoscenza è potere» (STIGLER, *Mercato, informazione, regolamentazione*, Bologna, 1994, 217).

(28) Autorevole dottrina sottolinea come la regolamentazione in materia sia necessaria in quanto il sistema capitalistico tenda al monopolio: GAMBARO, *Clausole abusive e contratti per adesione*, in *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, a cura di Stanzone, Napoli, 1999, 177.

(29) EBERS, *Information and Advising requirements in the Financial Services Sector: Principles and Peculiarities in EC Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 8.2 June 2004 (<http://www.ejcl.org/82/art82-2.html>).

(30) Come fa notare CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, cit., 615. Dello stesso avviso IAIONE, *I contratti del consumatore. La trattativa collettiva delle clausole vessatorie*, *Cel*, 2004, 716 ss.

(31) L'apparato di regole di dettaglio comunitarie, successivamente trasposte a livello nazionale, che introducono doveri o obblighi informativi e requisiti formali che si estendono al contratto, sia nei contratti B2C sia in quelli B2B, è molto esteso: cfr. le direttive 85/577 (vendite porta a porta), 86/653 (agenti commerciali indipendenti), 87/102 (credito al consumo; abrogata dalla dir. 2008/48) 90/314 (viaggi e vacanze tutto compreso), 93/13 (clausole abusive), 94/47 (multiproprietà; abrogata dalla dir. 2008/122), 97/5 (bonifici transfrontalieri; abrogata dalla dir. 2007/64), 97/7 (contratti a distanza, emendata in varie occasioni dalle dir. 2002/65, 2005/29, 2007/64), 98/6 (indicazione dei prezzi dei prodotti ai consumatori), 99/44 (su alcuni aspetti della vendita di beni ai consumatori e garanzie associate), 99/93 (firma elettronica), 2000/31 (commercio elettronico), 2000/35 (ritardi nel pagamento nelle transazioni commerciali), 2001/95 (sicurezza generale dei prodotti), 2002/47 (contratti di garanzia finanziaria), 2002/65 (commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori), 2002/83 (assicurazione vita), 2002/92 (intermediazione assicurativa), 2004/39 (mercati degli strumenti finanziari, Mifid), 2005/29 (pratiche commerciali sleali), 2006/114 (pubblicità ingannevole e comparativa), 2006/123 (servizi nel mercato interno), 2007/64 (servizi di pagamento), 2008/48 (credito al consumo), 2008/122 (multiproprietà). Altre fonti sono la Convenzione di Bruxelles 1968, artt. 17 e 23; Convenzione di Vienna 1980, art. 11; Regolamenti comunitari, in particolare Reg. n. 44/2001, art. 23 e allegato II; Reg. n. 2157/2001, art. 25; Reg. n. 2560/2001, art. 4; Reg. n. 1435/2003, art. 29. Per un'analisi dettagliata sia concesso il rinvio a PASA, *La forma informativa*, cit., al cap. 3.

(32) In questo senso HOWELLS-WILHELMSSON, *EC Consumer Law: Has It Come of Age?*, 28 *Eur. L. Rev.* 370, 2003, 380 ss.

(33) Si potrebbe discutere se la diversa qualificazione, dovere o obbligazione, dell'attività di informazione, abbia dei risvolti teorici o piuttosto pratici, introducendo, ad es., peculiari strumenti rimediali. Il legislatore europeo

non ha preso posizione sul punto, ed ha adottato indistintamente i due termini, talvolta “dovere”, più spesso “obbligazione” o “obbligo” di informare. La dottrina europea non si interroga sul punto; l’unico contributo proviene dai commentatori francesi, nella già citata AA.VV., *Terminologie contractuelle commune*, che distingue fra obligation/devoir e collega il devoir a regole di comportamento generali da far valere sul terreno della responsabilità extracontrattuale (65 ss.). L’avant projet di riforma Codice civile francese (il c.d. «progetto Catala»), nella parte dedicata alle obbligazioni distingue fra doveri e obbligazioni, ad es. all’art. 1342 c.c. fr. (sulla mancata esecuzione di un’obbligazione contrattuale) e all’art. 1352 c.c. fr. (sui doveri generali di prudenza e diligenza quali fonti della responsabilità ex delictu).

(34) Ad esso, come si vedrà oltre, è collegato il diritto di recesso, ma quest’ultimo non sarà oggetto di questa voce, se non limitatamente ad alcuni aspetti rimediali collegati alla violazione del dovere o obbligo di informazione.

(35) I due principi sono ritenuti autonomi ed autosufficienti, non l’uno gemmazione dell’altro. Diversamente, altri Autori hanno ricondotto gli obblighi informativi direttamente al principio di buona fede, v. ad es. C. AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori*, Milano, 2003.

(36) Principi generali che infatti si rinvergono anche nell’attuale disciplina comunitaria volta a sanzionare le pratiche commerciali sleali nei rapporti B2C; più in generale, la pubblicità ingannevole e comparativa anche nei rapporti B2B. Cfr. DE CRISTOFARO, *Il divieto di pratiche commerciali sleali. La nozione generale di pratica commerciale “sleale” e i parametri di valutazione della “slealtà”*, 109-146, e CALVO, *Le pratiche commerciali sleali “ingannevoli”*, 147-214, ed infine, DI NELLA, *Le pratiche commerciali sleali “aggressive”*, 215-260, tutti in *Le “pratiche commerciali sleali” tra imprese e consumatori*, a cura di De Cristofaro, in *Biblioteca di diritto privato*, collana coordinata da Calvo-Ciatti-De Cristofaro, Torino, 2007.

(37) CHERUBINI, *Tutela del “contraente debole” nella formazione del consenso*, Torino, 2005, 44.

(38) Come fa notare JANNARELLI, *op. cit.*, 308.

3. Verso una nozione procedurale di contratto.

Si tratta ora di chiarire cosa si debba intendere per proceduralizzazione del contratto e perché essa sia favorita dal neoformalismo di origine comunitaria.

Al fine di sciogliere questi interrogativi, va ricordato che la dimensione fattuale delle modalità di negoziazione (di cui si è detto *supra*, par. 1) è talmente rilevante da far ritenere che la decisione di concludere un contratto secondo le nuove tecniche a disposizione dei contraenti vada misurata in base a nuovi criteri di «razionalità procedurale», commisurati alle informazioni che vengono fornite prevalentemente nella fase delle cosiddette trattative pre-contrattuali (39), poiché alcune delle informazioni necessarie per sostenere la decisione di concludere il contratto sono indisponibili (40). Si devono, tuttavia, distinguere le informazioni che incidono sul contenuto del contratto

da quelle che incidono solo sulla sua forma. Le prime si sostanzieranno direttamente nel contenuto minimo del regolamento contrattuale, mentre le seconde nella forma testuale, scritta o su supporto durevole, che solo in alcuni casi eccezionali “si trasmetterà”, strutturandolo, al contratto tout court.

Forma e contenuto come aspetti connessi e interdipendenti, sui quali sarà necessario fare chiarezza (41).

(39) Sull’intensità dell’obbligazione di informare, che varia a seconda dell’ordinamento nazionale considerato (più debole in quello inglese, che si fonda sul noto brocardo “caveat emptor”, più forte in quello tedesco che ha elaborato la dottrina della *culpa in contrahendo*) si è soffermato di recente MONZER, *Mondialisation et responsabilité précontractuelle*, RIDC, 3, 2007, 523-549. In Italia, fra gli altri v. P. GALLO, *I vizi del consenso, in Il contratto*², a cura di Rescigno, Torino, 2006; GRECO, *Profili del contratto del consumatore*, Napoli, 2005; DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002; NAZZARO, *Obblighi d’informare e procedimenti contrattuali*, Napoli, 2000; VALENTINO, *Obblighi di informazione, contenuto e forme negoziali*, Napoli, 1999; MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Trento, 1999. In Francia, fra gli altri v. THUNIS, *L’obligation précontractuelle d’information: un terrain de choix pour la construction doctrinale*, in *Mélanges M. Cabrillac*, Paris, 1999, 313 ss.; GHESTIN, *Le contrat. Formation*, Paris, 1993; FABRE MAGNAN, *De l’obligation d’information dans les contrats*, Paris, 1992. Per il Common law, ATIYAH, *An Introduction to the Law of Contract*⁵, Oxford/NY, 1995, 265 ss.; WADDAMS, *Pre-contractual Duties of Disclosure*, in CANE-STAPLETON (eds.), *Essays for P. Atiyah*, Oxford, 1991; NICHOLAS, *The Pre-contractual obligation to Disclose Information: English Report*, in HARRIS-TALLON (eds.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1989.

(40) La materia delle clausole vessatorie esula dal tema trattato. Infatti, ammesso che il consumatore comprenda il contenuto di tali clausole, il regime loro applicabile non varia: esse sono vessatorie e tali rimangono. Il regime delle clausole vessatorie riposa sull’idea di contenuto ragionevole del contratto sotto il profilo dell’equilibrio tra diritti ed obblighi delle parti, non sulla diversa idea di controllo della razionalità procedurale che porta a concludere il contratto. Così GRAZIADEL, *Incentivi e disincentivi nella disciplina del contratto*, dattiloscritto 2008, 3.

(41) Secondo l’opinione dominante, sono concetti da tenere ben distinti: «the content is the master, the form is only the servant»; «Formal requirements are instrumentalized in order to convey certain messages, to transport certain pieces of content to the intended recipient»: così MANKOWSKI, *Information and Formal Requirement*, in *EC Private Law (ERPL)*, 6/2005, 779-796, 780. Secondo altri, invece, forma e contenuto tendono a risultare organicamente fusi l’uno con l’altro, almeno per quel che concerne gli atti giuridici, di fronte ai quali l’interprete è preoccupato di constatare se ci siano (mentre di fronte al negozio si preoccupa soprattutto di sapere che cosa esso sia): G.B. FERRI, *Forma e contenuto negli atti giuridici*, RDCo, 1990, 1-17, 15.

4. (Segue). *La forma come contenuto.*

Per ciò che riguarda il *contenuto* (42) del regolamento contrattuale, innanzitutto il legislatore comunitario ha imposto *standards qualitativi* prescrivendo obblighi informativi (43) e comunicativi (44) attraverso l'utilizzo di particolari formulazioni generali, quali «informazione veritiera e corretta (45), adeguata (46), precisa (47), completa e leggibile (48), chiara e comprensibile (49)», aggettivi che definiscono — appunto — la qualità delle informazioni, riassunti nella formula «informazione chiara e comprensibile» (50) consolidata nel recente Restatement della dottrina europea, denominato progetto di “Quadro Comune di Riferimento”, meglio noto come DCFR, acronimo inglese che sta per Draft Common Frame of Reference, all'art. II-3:106 (chiarezza e forma dell'informazione) (51).

In altri casi il legislatore comunitario ha fissato vincoli linguistici, indicando la necessità che il contratto sia redatto nella lingua dello Stato membro in cui risiede l'acquirente, oppure a sua scelta, nella lingua dello Stato di cui egli è cittadino, purché sia una lingua ufficiale dell'UE (52); oppure fissando una regola ancor più stringente, che obbliga gli Stati membri ad assicurare che, non solo il contratto, ma anche l'informazione pre-contrattuale siano redatti in una delle lingue di uno Stato membro in cui il consumatore risieda o di cui abbia nazionalità, a sua scelta (53). Altre Direttive specificano la lingua in cui devono essere comunicate quanto meno le informazioni pre-contrattuali (54). In pratica il legislatore comunitario vuole assicurare che il consumatore conosca la lingua di contrattazione e addossa il rischio linguistico, vale a dire il rischio di dover sopportare le conseguenze negative, derivanti dalla mancata o errata comprensione delle attestazioni o delle dichiarazioni di volontà contenute nel contratto a causa della lingua in cui sono espresse, alla parte professionale. Inoltre, assecondando i principi di certezza e prevedibilità, il legislatore comunitario richiede che tutti i contraenti, anche nei contratti B2B, utilizzino per tutte le comunicazioni successive la stessa lingua che hanno usato nella fase delle trattative che hanno condotto alla conclusione del contratto, a meno che la legge nazionale, l'accordo fra le parti o un'altra specifica ed eccezionale circostanza non lascino intendere il contrario. Soluzione che il DCFR consolida solo parzialmente ed indirettamente come regola interpretativa nell'art. II-8:107 (discrepanze linguistiche) (55).

La delimitazione del contenuto contrattuale tramite gli obblighi informativi e di comunicazione, che impongono un'adeguata formulazione terminologica e linguistica delle clausole contrattuali, permette dunque di ridurre i margini di incertezza dell'operazione economica e, al tempo stesso, di calcolare in via preventiva il costo dell'informazione (56).

Sempre per ciò che concerne il *contenuto* minimo del regolamento contrattuale, in secondo luogo, il legislatore comunitario ha indicato quali siano le informazioni da fornire obbligatoriamente, quelle che “integrano” il contratto (57): in particolare i dati essenziali per l'identificazione dei contraenti e dei beni/servizi oggetto della transazione, al fine di inoltrare i reclami oppure di individuare il giudice competente a risolvere l'eventuale controversia, i diritti (ad esempio il diritto di recesso) e gli obblighi delle parti, indicando altresì quali possano essere le informazioni ulteriori (58). Naturalmente a queste informazioni si aggiungono quelle che il professionista comunica volontariamente, senza che ciò sia imposto dalla legge (ad esempio, a titolo di pubblicità o promozione tramite foglietti informativi, oppure sottoforma di “avvertenze” o “istruzioni per l'uso” nell'etichettatura dei prodotti di largo consumo, dagli alimenti, ai cosmetici, ai giocattoli) (59) senza che egli si ritenga giuridicamente vincolato in conseguenza della loro emissione. Una volta emesse, tuttavia, esse vincolano il professionista. Nei casi menzionati si tratta per lo più di dichiarazioni di scienza, ovvero di attestazioni che informano il destinatario su fatti puramente materiali; anche quando le informazioni si riferiscono a situazioni giuridiche (termini entro cui esercitare il diritto di recesso, esonero dalla responsabilità in determinati casi) si tratta di dichiarazioni di scienza (60).

Come è stato efficacemente notato (61), accanto a regole che dispongono doveri o obblighi di informazione propriamente detti, che si trasformano in contenuto del contratto, e che sono, come tali, giuridicamente vincolanti (62), vi sono regole che dispongono doveri di informazione senza alcuna disposizione espressa sulla loro forza vincolante (63), oppure regole che rendono giuridicamente vincolanti informazioni relative al contratto seppur fornite involontariamente dal professionista prima della conclusione del contratto (64).

La forma informativa si riferisce, dunque, principalmente al *contenuto dell'informazione* attra-

verso i criteri che ne determinano qualità e quantità, e solo in seconda battuta al *contenuto del contratto*, attraverso i contenuti veicolati dall'informazione stessa. La funzione di detto formalismo è di favorire il controllo ex ante sulla razionalità procedurale del contratto ed ex post sulla corrispondenza fra informazioni comunicate ed effettivo contenuto del contratto.

(42) Parte della dottrina ritiene infatti che «the requirement of a duty to inform illustrates the shift towards focusing on the content of the contract and not the quality of the party's consent. The emphasis lies not on informed consent but on being informed about the contract's content»: SEFTON GREEN, *Comparative conclusions*, in SEFTON GREEN (ed.), *Mistake, Fraud and Duties to inform in European Contract Law*, Cambridge University Press, 2005, 388.

(43) In ambito contrattuale cfr. le seguenti misure comunitarie: dir. n. 87/102, artt. 4 e 6 (ora dir. n. 2008/48, artt. 4-5); dir. n. 90/314, artt. 3 e 4; dir. n. 94/47, art. 3 (ora dir. n. 2008/122, artt. 4-5); dir. n. 97/7, artt. 4, 5, 6, 7; dir. n. 99/44, artt. 3 e 4; dir. n. 2000/31, artt. 5, 6, 7, 10; dir. n. 2002/65, artt. 3, 5, 6; dir. n. 2005/29, artt. 6 e 7; dir. n. 2007/64, artt. 37 e 42; nel settore dell'etichettatura dei prodotti, la dir. n. 96/74 sull'etichettatura di prodotti tessili, artt. 8 e 9; oppure ancora la dir. n. 98/6, relativa all'indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori, art. 3, 4° co., e art. 4, 1° co.; la dir. n. 2001/83 recante un codice comunitario relativo ai medicinali per uso umano, artt. 86-100; ed ancora nelle avvertenze sui cosmetici o sui prodotti come richiesto dalle direttive sulla responsabilità da prodotto difettoso e sulla sicurezza dei prodotti, ecc.

(44) Nonostante la vicinanza semantica dei termini "comunicare" ed "informare" essi alludono a concetti differenti. All'interno del glossario comunitario, la "comunicazione" assume due accezioni: è sinonimo di trasmissione o divulgazione di dati, oppure di notificazione. A differenza dei doveri o obblighi informativi, la comunicazione non assume quasi mai connotati qualitativi. Di fatto, solo in alcune direttive il legislatore comunitario prescrive che la comunicazione debba essere fornita per iscritto, indicando le qualità necessarie al supporto informativo (durevolezza, disponibilità ed accessibilità), senza specificare se quegli stessi requisiti di chiarezza e comprensibilità validi per le informazioni si estendano anche alle comunicazioni.

L'impatto che la forma informativa d'origine comunitaria ha sul livello nazionale si può misurare anche nell'ambito delle "comunicazioni" intese come sinonimo di notificazioni. Si veda, in tal senso, la sentenza della Corte costituzionale italiana, del 14-1-2010, n. 3, sulle questioni di legittimità costituzionale che investono l'art. 140 c.p.c. sollevate dal Tribunale ordinario di Bologna e dalla Corte d'Appello di Milano. L'art. 140 c.p.c. è denunciato da entrambi i rimettenti nella parte in cui è in contrasto con il diritto vivente [risultante dalla consolidata giurisprudenza della Cass. S.U. (sent. 13-1-2005, n. 458, e sent. 14-1-2008, n. 627), e dalla nota sentenza della C. Cost., n. 477/2002, sul nuovo sistema delle notifiche secondo cui, nell'ordinamento processuale civile, fra le norme generali sulle notificazioni degli atti, il principio per il quale il

momento in cui la notifica si deve considerare perfezionata per il notificante deve distinguersi da quello in cui essa si perfeziona per il destinatario] perché fa decorrere gli effetti della notifica, nei confronti del destinatario della stessa, dal compimento dell'ultimo degli adempimenti prescritti, ossia dalla spedizione della raccomandata con avviso di ricevimento, anziché dal suo *ricevimento*, o, comunque, decorsi dieci giorni dalla relativa spedizione, determinando così una riduzione dei termini per lo svolgimento delle successive attività difensive, giacché questi cominciano a decorrere da un momento anteriore rispetto a quello dell'*effettiva conoscibilità* dell'atto.

(45) Su *veridicità e correttezza* v. già la dir. n. 84/450, ove il legislatore nella definizione di pubblicità ingannevole imponeva oneri che implicitamente si riferivano alla veridicità e correttezza dell'informazione; essa è stata abrogata dalla dir. n. 2006/114, sulla pubblicità ingannevole e comparativa, che agli artt. 2, 3 e 4 chiarisce quando la comunicazione/informazione non è ingannevole. Oppure v. la dir. n. 2001/31, art. 10, 1° co., che si riferisce all'informazione non ambigua.

(46) Sull'*adeguatezza* v. la dir. n. 87/102, art. 4, 2° co., abrogata dalla dir. n. 2008/48, art. 5, 6° co. Parametro da rapportare al grado di competenza del consumatore, in relazione al settore di contrattazione e al registro linguistico proprio di quell'ambito; per questo motivo, è necessario che vengano forniti soltanto dati indispensabili per l'esatta valutazione del contratto (ad esempio, dati identificativi delle parti e condizioni economiche).

(47) Sulla *precisione* v. la dir. n. 90/314, art. 3, 2° co. L'obbligo di precisione impone che vengano fornite tutte le informazioni in quel documento contrattuale, limitando o addirittura eliminando i richiami ad altri testi che rendono difficoltoso il reperimento delle informazioni stesse.

(48) Fondamentale in questo processo di elaborazione dei vincoli lessicali e linguistici è stata la dir. n. 93/13. Sulla *leggibilità*, è fatto divieto di utilizzare caratteri grafici minuti o ridotti; il termine allude ad un ulteriore aspetto, quello di evitare la predisposizione di testi contrattuali particolarmente prolissi. Ad esempio, per quel che concerne la clausola sul diritto di recesso, il legislatore italiano nel c. consumo (cit. *supra* nt. 3) prevede che questa venga separata dalle altre clausole e che sia evidenziata con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli utilizzati per le altre clausole; in tal modo il consumatore è indotto a visualizzare e considerare attentamente la clausola. V. anche Cass., 3-10-2003, n. 14762. Cfr. GRECO, *op. cit.*, 94, che spiega il concetto in questo modo: «Tutto ciò innalza il livello di intelligibilità del contenuto delle clausole richiesto in base alle tradizionali regole ermeneutiche, onde consentire al consumatore, anche non dotato di particolari competenze nel settore specifico di riferimento, di controllare il contenuto del contratto senza sforzi».

(49) La *chiarezza* bandisce all'interno del testo contrattuale formulazioni ambigue o poli-semantiche, ma anche, per esempio, l'utilizzo di acronimi conoscibili solo a coloro che hanno dimestichezza con il settore. Il testo comprensibile e accessibile è quello che si rapporta al bagaglio semantico del consumatore e alle sue caratteristiche soggettive, realmente diretto al consumatore e non solo al «potenziale giudice che dovrà valutare e allocare i diritti e gli obblighi delle parti». Cfr. GAMBARO, *op. cit.*, 184. Fondamentale in questo processo di elaborazione dei vincoli lessicali e linguistici è stata ancora una volta la dir.

n. 93/13. L'*accessibilità* si può scomporre in due aspetti: uno di tipo visivo (c.d. accessibilità visiva), che si riferisce alla mera leggibilità del documento contrattuale, ed uno di tipo semantico e cognitivo, che considera le caratteristiche soggettive proprie del contraente debole, quali, ad esempio, il grado di istruzione e le qualità psico-fisiche della persona.

(50) L'espressione riesce a spezzare la rigidità normativa propria dell'elencazione specifica delle informazioni da fornire e permette di adattare meglio tale obbligo ai principi che sorreggono la tutela del consumatore, fungendo da norma di chiusura del sistema. Il grado di dettaglio raggiunto dalla legislazione comunitaria nell'imporre vincoli informativi di tal fatta, per la formulazione del testo contrattuale, fa pensare che il lemma "chiaro e comprensibile" sia una clausola generale dotata di una propria autonomia nell'ambito del *principio di trasparenza*; non si tratterebbe, pertanto, di un principio dipendente da quello di buona fede (come sostiene, ad es., AMATO, *op. cit.*, 166). Chi segue quest'ultima impostazione parte dalla considerazione del lemma solo in riferimento alla normativa sulle clausole abusive, quindi interpreta l'espressione in funzione del riequilibrio dell'assetto contrattuale.

(51) Sul DCFR v. nt. 8. Cfr. anche l'art. 2:204 ACQP (c.d. *Acquis principles*, sui quali v. nt. 4).

Per un riassunto della posizione della dottrina italiana in relazione al DCFR e agli ACQP si rinvia a PASA, *The DCFR, the ACQP and the reactions of Italian Legal Scholars*, ERPL, 2, 2010, 227-258.

(52) Dir. n. 94/47, art. 4, 1° co., e considerando n. 10.

(53) Dir. n. 2008/122 (che ha abrogato la dir. n. 94/47) agli artt. 4, 3° co., e 5, 1° co. Cfr. inoltre, le informazioni standard previste dal modulo richiesto dagli Allegati I-IV della direttiva che richiedono l'indicazione della lingua disponibile per le comunicazioni in relazione al contratto (per esempio, in relazione all'incremento dei costi, ai reclami, alle decisioni imprenditoriali, ecc.)

(54) Richiedono una delle lingue ufficiali in cui il servizio viene effettuato oppure ogni altra lingua scelta in accordo fra le parti le seguenti direttive: dir. n. 2008/48, Allegato II n. 5 e Allegato III n. 6 (allegati relativi al modulo standard europeo denominato «Informazioni europee relative al credito ai consumatori» previsto ora per le informazioni da fornire nei contratti di credito al consumo); dir. n. 2007/64, artt. 36, 1° co., e 41; dir. n. 2002/92, art. 13, 2° co.; dir. n. 2002/65, art. 3, 3° co., lett. g); dir. n. 2001/31, art. 10.

(55) Più completi gli ACQP 2009, cit. *supra* nt. 4, che hanno condensato la regola nell'art. 7:105 (lingua delle comunicazioni).

(56) Questo aspetto è stato messo in luce da CHERUBINI, *op. cit.*, 40 ss.

(57) Fenomeno che la dottrina chiama in vari modi: «uniformazione delle informazioni contrattuali» oppure «omogeneizzazione e standardizzazione del regolamento negoziale».

(58) Lasciavano intendere che si possono comunicare informazioni ulteriori la dir. n. 87/102 sui contratti di credito al consumo, all'art. 4, 2° co., lett. u) «*se del caso, altre condizioni contrattuali*» (dir. abrogata dalla dir. n. 2008/48); la dir. n. 90/314 all'art. 4, 2° co., lett. a), secondo cui il contratto sui pacchetti di viaggio dovrà «includere *almeno* le clausole che figurano nell'Allegato», e Allegato, lett. j) relativa ai desiderata del consumatore comunicati al momento della prenotazione all'organizzatore o al venditore, e che entrambe le parti abbiano accettato; e la

dir. n. 94/47 art. 4, primo trattino, sulla multiproprietà: «*almeno* i dati che figurano nell'Allegato» (dir. abrogata dalla dir. n. 2008/122).

Nelle Direttive più recenti, soprattutto in quelle appena citate che abrogano le precedenti, si nota un cambio di prospettiva radicale, dato che esse indicano *espressamente* quali sono le informazioni *necessarie*, fornendo altresì negli Allegati i "formulari europei" per uniformare le informazioni che questi contratti *devono* contenere se la negoziazione avviene con e fra operatori europei: v. ad es. l'art. 5, 2° co., che si riferisce all'art. 4, 1° co., e l'art. 5, 3° e 4° co., dir. n. 2008/122; oppure gli artt. 2, 5 e 6 dir. n. 2008/48.

(59) V. la Comunicazione sul diritto contrattuale europeo, COM (2001) 398 def, 11-07-2001, Allegato III.

(60) Cfr. ARROYO AMAYUELAS, *Qué es la forma en el derecho contractual comunitario de consumo?*, in *Anuario de Derecho Civil*, vol. 61, 2/2008, 519-542, 527 ss.

(61) ROPPO, *L'informazione precontrattuale*, in *Il diritto europeo dei contratti d'impresa*, a cura di Sirena, Milano, 2006, 141-150, 143.

(62) Ad esempio dir. n. 94/47, art. 3, 2° co.: il rimedio, qualora il contratto non dovesse contenere le informazioni dovute nella forma dovuta, è un termine più lungo per esercitare il diritto di recesso (art. 5); ciò è ora confermato nell'art. 6 della dir. n. 2008/122 che ha abrogato la dir. n. 94/47.

(63) Ad esempio dir. n. 97/7 (come modificata dalle successive direttive, da ultimo dir. n. 2007/64), artt. 4 e 5: il fornitore deve comunicare le informazioni prima e dopo la conclusione del contratto, ma nulla dispone circa la sanzione collegata all'inadempimento di tali doveri.

(64) Non si tratta pertanto di informazioni che *devono* essere comunicate, ma di informazioni fornite spontaneamente: una volta comunicate, la parte è obbligata a dare esecuzione a ciò che ha promesso anche in pubblicità o a titolo di promozione: v. ad esempio la dir. n. 99/44, art. 2, 2° co., lett. a)-d), che rende vincolanti ai fini del giudizio di conformità del bene le informazioni fornite tramite pubblicità ed etichettatura.

Vi è chi distingue ulteriormente all'interno di questa categoria l'informazione involontaria nella sua genesi, ma non nel suo contenuto: ad esempio, dir. n. 90/314, che all'art. 3, 1° co., prevede che le informazioni, una volta fornite nell'opuscolo, vincolino organizzatore e venditore; inoltre, prevede che l'opuscolo, qualora sia messo a disposizione del consumatore, debba indicare in maniera leggibile, chiara e precisa il prezzo e le informazioni adeguate sugli elementi essenziali del pacchetto. Cfr. ROPPO, *L'informazione precontrattuale*, cit., 143.

5. (Segue). *La forma come mezzo.*

Per quel che concerne la *forma* come *mezzo* o veicolo dell'informazione, testuale, scritta o su supporto durevole (65), va chiarito che il legislatore comunitario ha prescritto le modalità di espressione del contenuto contrattuale senza intervenire direttamente sulla forma del contratto intesa in senso tradizionale, ma specificando quando le informazioni debbano essere fornite al consumatore in forma scritta o, alternativamente, in un supporto durevole equivalente, o in forma testuale, oppure quando il contratto medesimo

debba essere redatto in una certa forma, derogando così al più generale principio di libertà delle forme.

Fra i doveri o obblighi di informazione si annoverano, innanzitutto, quelli da adempiere “per iscritto” o, secondo un gergo più attuale, tramite “supporto cartaceo”. Il nucleo essenziale delle informazioni standardizzate da fornire in questa forma “rafforzata” si estende anche ai contratti B2B, pur se in maniera minore (66). Si tratta generalmente di informazioni che concernono l’identità del professionista, l’indirizzo geografico e la sede legale del venditore/finanziatore/fornitore, ai fini dell’esercizio del diritto di recesso o al fine di identificare la giurisdizione competente in caso di controversia. La comunicazione per iscritto o tramite supporto cartaceo di informazioni di vario tipo e contenuto è imposta al fine di tutelare entrambe le parti della transazione, non solo il consumatore, anche se il dovere di informazione diventa più stringente nelle transazioni B2C. Ciò ad ulteriore conferma che le regole sulla forma informativa non sono introdotte in ragione dello «status» dei contraenti, ma al fine di garantire un controllo sulla razionalità procedurale dell’intera operazione contrattuale.

Peraltro, una forma rafforzata non è richiesta solo al fine di comunicare informazioni: in alcune ipotesi l’intero contratto è da redigersi per iscritto e alla controparte spetta una copia del contratto medesimo (67). Senza contare che, in talune ipotesi, il legislatore comunitario ha distinto ulteriormente le clausole contrattuali da “approvare” (68) per iscritto da quelle da “redigere” (69) per iscritto. Si tratta ancora una volta di un’espressione concreta dell’obbligo di informazione: la differenziazione suggerisce che la violazione delle regole andrà sanzionata in maniera diversa.

Va, infine, ricordato che le informazioni elencate in maniera dettagliata nelle misure comunitarie sono solo una parte di quelle che uno dei contraenti è tenuto a comunicare all’altro: ve ne possono essere altre previste a livello nazionale, oltre a quelle che il professionista fornisce spontaneamente o per prassi, rimanendone vincolato (70).

(65) Il concetto è stato introdotto per la prima volta con la dir. n. 97/7 sul commercio a distanza, all’art. 5, 1° co. La definizione è stata fornita successivamente, con la dir. n. 2002/65 sul commercio a distanza dei servizi finanziari: «è qualsiasi strumento che permetta al consumatore di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere agevolmente recuperate duran-

te un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni stesse, e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate». Successivamente è stata consolidata nel DCFR all’art. I-1:105(3), ispiratosi all’art. 1:306 ACQP (ed. 2009).

(66) Riguardano sia rapporti B2B che B2C: v. ad es. dir. n. 86/653 sugli agenti commerciali indipendenti, art. 13; dir. n. 90/314 sui viaggi tutto compreso, art. 4, 1° co., lett. a) e b); dir. n. 97/5 sui bonifici transfrontalieri, art. 3, 1° co. e art. 4, 1° co.; dir. n. 97/7 sui contratti a distanza, considerando n. 13, art. 4 e art. 5, 1° co., con l’eccezione del 2° co.; dir. n. 98/6 sull’indicazione dei prezzi dei prodotti offerti ai consumatori, art. 4, 1° co.; dir. n. 99/93 sulle firme elettroniche, Allegato II (relativo ai requisiti richiesti al certificatore per l’emissione di certificati di firma qualificati); dir. n. 2001/95 sulla sicurezza dei prodotti, art. 5 e art. 8, 1° co., lett. b); dir. n. 2002/65 sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, art. 5, 1° co.; dir. n. 2002/92 sull’intermediazione assicurativa, art. 12, 1°-3° co., e art. 13, 1° co., con l’eccezione dei commi 2° e 3°; dir. n. 2007/64 sui servizi di pagamento, art. 36, 1° co., con l’eccezione prevista al 2° co. e all’art. 37, artt. 41, 1° co. e 43, solo in relazione ai “contratti quadro”, previsti per una serie di operazioni di pagamento, ad eccezione di quelli che riguardano singole operazioni di pagamento, per le quali dovrebbero essere sempre fornite solo le informazioni essenziali, su iniziativa del prestatore di servizi di pagamento; dir. n. 2008/122, sulla multiproprietà, art. 5, 1° co.

(67) Ciò è evidente nelle seguenti direttive: art. 4 dir. n. 1987/102 sul credito al consumo, ora sostituito dall’art. 10 dir. n. 2008/48; art. 4, 2° co., lett. b), dir. n. 1990/314 sui viaggi tutto compreso (che, si ricorda, non riguarda il solo consumatore persona fisica); art. 4 dir. n. 94/47 sulla multiproprietà, ora sostituito dall’art. 4, 1° co., dir. n. 2008/122.

(68) Fra quelle che vanno solo approvate per iscritto v. la clausola di proroga di competenza, art. 23 Reg. n. 2001/44 sulla competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. La clausola attributiva di competenza con cui le parti, di cui almeno una domiciliata nel territorio di uno Stato membro, abbiano attribuito la competenza di un giudice o dei giudici di uno Stato membro a conoscere delle controversie, presenti o future, nate da un determinato rapporto giuridico, deve essere conclusa: a) per iscritto o oralmente con conferma scritta, o b) in una forma ammessa dalle pratiche che le parti hanno stabilito tra di loro, o c) nel commercio internazionale, in una forma ammessa da un uso che le parti conoscevano o avrebbero dovuto conoscere e che, in tale campo, è ampiamente conosciuto e regolarmente rispettato dalle parti di contratti dello stesso tipo nel ramo commerciale considerato. Al 2° co. viene precisato che la forma scritta comprende qualsiasi comunicazione con mezzi elettronici che permetta una registrazione durevole della clausola attributiva di competenza.

(69) Fra quelle che devono essere redatte per iscritto v. il patto di non concorrenza, valido solo nella misura in cui sia stipulato per iscritto, art. 20, 2° co., lett. a), dir. n. 86/653, sugli agenti commerciali indipendenti, oppure l’obbligo del datore di lavoro di informare il lavoratore delle condizioni applicabili al contratto o al rapporto di lavoro secondo i considerando 3., 8., 10., e l’art. 3, 1° co., dir. n. 91/533; oppure l’art. 5, 1° co., dir. n. 93/13.

(70) V. *supra* questa voce, par. 4.

6. (Segue). *Il DCFR e la forma.*

La dottrina europea ha consolidato nel DCFR le regole di dettaglio che si trovano sparpagliate nelle varie Direttive sopra ricordate, inserendovi alcune regole di portata generale elaborate in primis dal “gruppo Acquis” (71). Il riferimento è agli artt. I-1:105 - I-1:106 dedicati alle definizioni di forma, contenuti nel Libro I DCFR relativo alle disposizioni generali, e all’art. II-1:107 sul principio della libertà di forma, inserito nel Libro II DCFR, relativo ai principi generali applicabili ai contratti e agli atti giuridici.

Le definizioni introducono la nuova nozione di “forma testuale” (un testo espresso in caratteri alfabetici o altri intelleggibili, per mezzo di qualsiasi supporto che permetta la lettura, l’archiviazione delle informazioni contenute e la loro riproduzione in forma tangibile); di “supporto durevole” (ogni supporto materiale che consenta l’archiviazione di informazioni di modo che siano accessibili per la consultazione futura durante un periodo di tempo adeguato agli scopi cui le informazioni sono preordinate e che consenta la riproduzione inalterata delle informazioni archiviate); di “per iscritto” (ogni proposizione in forma testuale, su carta o altro supporto durevole espressa con caratteri immediatamente leggibili); e di “firma” (manuale, elettronica, ed elettronica avanzata) (72).

Il principio generale è che, salvo diversa previsione normativa, nessuna forma particolare debba osservarsi nell’attività contrattuale. Tuttavia, le istituzioni comunitarie sembrano oggi orientarsi in senso contrario poiché, come si è visto, introducono molti vincoli di forma informativa, lamentando, al contempo, che i requisiti di forma, se non uniformati, potrebbero costituire barriere rilevanti per il funzionamento del mercato interno (73). Le eccezioni al principio della libertà di forma sono tuttavia numerose, sia a livello comunitario sia nazionale, e tali da rendere possibile una formulazione alternativa dell’art. II-1:107 DCFR. Invertendo il rapporto fra regola ed eccezione, il tenore della disposizione sarebbe che la contrattazione procede osservando il rispetto di determinate formalità richieste dalla legge, dagli usi o dalle parti medesime.

Si è detto che la forma informativa determina il contenuto del contratto attraverso la *qualità* delle informazioni. La qualità delle informazioni è garantita attraverso un’adeguata formulazione terminologica e linguistica delle clausole contrattuali. Il dovere di informare è correlato alla garanzia

(formale) della conoscibilità del contratto. È necessario predisporre testi contrattuali contenenti almeno le informazioni previste per legge (contenuto contrattuale minimo), oltre a quelle caratterizzanti i vari tipi contrattuali e a quelle fornite spontaneamente (ad es., tramite pubblicità e foglietti informativi). Le prescrizioni di forma favoriscono, dunque, la conoscibilità dei contenuti del regolamento contrattuale, attraverso la possibilità offerta al contraente di rileggere e di riflettere sulle clausole contrattuali negoziate o cui ha semplicemente aderito.

Inoltre, si è detto che la forma informativa determina il contenuto del contratto attraverso la *quantità* delle informazioni indisponibili. Infatti, il legislatore comunitario prevede che il professionista fornisca un common core di dati standardizzati per tutti i contratti B2C, insieme ad altri dati particolari che variano a seconda dei tipi contrattuali (74). Il nucleo essenziale di informazioni standardizzate comprende almeno (come si è ricordato sopra) l’identità dell’operatore professionale e la sede geografica dell’attività svolta, mentre, in particolare, per i contratti conclusi attraverso determinate tecniche di negoziazione, l’informazione riguarderà anche il nucleo economico del regolamento negoziale (dalla descrizione delle reciproche prestazioni, modalità di esecuzione, consegna, durata, modalità di pagamento, all’esistenza di diritti attribuiti dalla legge al consumatore, alle modalità di conclusione del contratto) (75). Gli obblighi informativi riguardano principalmente la parte economica del contratto e quasi mai i suoi contenuti normativi, probabilmente al fine di salvaguardare (almeno formalmente) il rispetto del principio dell’autonomia contrattuale.

(71) Artt. 1:304-1:308 ACQP, nuova numerazione adottata dagli ACQP 2009, cit. nt. 4.

Stante il mandato del gruppo Acquis, incaricato di ricercare regole e principi solo nel coacervo (acquis) di regole comunitarie e non in quelle nazionali (compito spettante allo Study Group), e stante le lacune dell’acquis communautaire sotto il profilo dei rimedi connessi alla violazione delle regole sulla forma contrattuale, le definizioni sulla forma sono il frutto di una mera ricognizione del diritto comunitario esistente. A ciò si aggiunga che il gruppo Acquis ha seguito il criterio di coerenza, come sinonimo di dimensione sistematica ed organica della legge e come sinonimo di precisione, la quale richiede una relazione univoca fra parola e concetto. Seguendo queste linee guida, il gruppo Acquis ha colmato gran parte delle lacune relative alla forma, procedendo alla riorganizzazione della congerie disomogenea di disposizioni comunitarie, ordinando lo “spazio normativo” secondo vari

gradi o livelli formali ammessi o richiesti dal legislatore comunitario, sulla base, come si è già ripetuto, di una mera ricognizione dell'acquis esistente.

(72) Per una loro analisi critica sia concesso il rinvio a PASA, *La forma informativa*, cit., 335 ss.

(73) Secondo la Comunicazione della Commissione sulla Posizione Comune adottata dal Consiglio sulla Proposta di direttiva sui contratti di credito ai consumatori [Bruxelles, 21-9-2007, COM(2007) 546 def., punto 3.3, 9] gli Stati membri non dovrebbero essere liberi di regolare i requisiti formali (ad es. la firma manuale del contratto) a livello nazionale. Il Parlamento europeo aveva addirittura suggerito che i contratti di credito ai consumatori fossero assoggettati al requisito di forma ad substantiam, richiedendo la forma scritta quale requisito per la validità del contratto, ma la proposta non è stata incorporata nella Posizione Comune perché Commissione e Consiglio hanno affermato che i requisiti formali devono essere in linea con le altre caratteristiche della vendita a distanza, e fra le caratteristiche delle transazioni a distanza non vi è la forma scritta [COM(2007) 546 def., cit. *supra*, 7]. Il testo definitivo della dir. n. 2008/48 dispone all'art. 5 che siano comunicate in fase pre-contrattuale, e comunque in tempo utile prima che il consumatore sia vincolato da un contratto o da un'offerta di credito, tutte le informazioni necessarie per raffrontare le varie offerte al fine di prendere una decisione con cognizione di causa in merito alla conclusione di un contratto di credito. Tali informazioni, su supporto cartaceo o su altro supporto durevole, sono fornite mediante il modulo relativo alle «Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori» riportate nell'Allegato II. Si considera che il creditore abbia soddisfatto questi obblighi di informazione e quelli dell'art. 3, 1° e 2° co., dir. 2002/65 se ha fornito le «Informazioni europee di base relative al credito ai consumatori».

(74) Si tratta di particolari contratti dove l'asimmetria informativa è aggravata dalla tecnica di contrattazione (ad es. la vendita a distanza) o dalla complessità dell'operazione economica sottesa alla contrattazione (ad es. i settori del credito, finanziario e assicurativo). Quindi ambiti dove il rischio di concludere un contratto senza averne la necessaria piena consapevolezza è alto.

(75) Ciò si spiega con il fatto che normalmente le condizioni normative di questi contratti derogano al diritto dispositivo.

7. L'apparato rimediabile.

Si è ribadita l'importanza assunta, fra le dichiarazioni, dall'informazione: essa incide sugli elementi essenziali del contratto, sull'identità dei contraenti, sulla prestazione e sulla cosa, sulle modalità di utilizzo del bene, sulle conseguenze giuridiche del contratto. Tutte queste informazioni sono chiamate dalla dottrina "dichiarazioni di scienza", ma la definizione è oggi posta in discussione (76). L'espressione proposta è quella di "attestazione" (77).

Si è detto, inoltre che, proprio in virtù dell'accento posto sull'informazione dal legislatore comunitario, la forma contrattuale assume contenuti nuovi rispetto al passato. La forma informativa consente il controllo preventivo della razionalità pro-

cedurale (come si forma il contratto) e il controllo successivo di conformità dei contenuti contrattuali (cosa contiene) rispetto a quanto voluto dalle parti nella fase che precede l'esecuzione. Che lo svolgimento (formalmente) corretto della trattativa su cui si fonda successivamente la relazione contrattuale sia di gran lunga più importante del regolamento contrattuale di per sé è già stato dimostrato (78). Ora non resta che approfondire l'assetto rimediabile, ovvero i rimedi concessi nella pratica dalle corti quando la forma informativa viene violata. L'attestazione emessa, infatti, implica una garanzia della sua verità a carico dell'emittente: essa viene emessa "responsabilmente" e causa un affidamento "assoluto" (79). La dichiarazione assertiva, in altre parole, impegna; la dichiarazione che informa può essere qualificata come una dichiarazione negoziale (80). Pertanto, le regole elaborate per le dichiarazioni di volontà potrebbero essere utili per tutelare chi si trova esposto al rischio di assumere, mediante attestazioni, impegni gravosi.

Nel procedimento che conduce alla conclusione del contratto, si possono riconoscere una prima categoria di attestazioni, che un autore ha proposto di chiamare "assicurazioni contrattuali" (81) (indicazione di un dato influente sul rischio, indicazione della qualità della merce, ecc.) ed una seconda categoria di asserzioni che fornisce al destinatario una difesa fondata sul fatto asserito, le "attestazioni ricognitive" (confessione, accertamento, ricognizione). Le attestazioni del primo tipo sono trattate proprio come le promesse contrattuali; il dichiarante andrà in giudizio per contestare il vincolo nascente da esse, quando egli stesso è autore di un inganno (il diritto lo lega all'inganno con uno schema che riproduce quello della promessa contrattuale). Invece, nelle attestazioni di tipo ricognitivo, il dichiarante parla contro di sé (non mette in scena un inganno contro il destinatario), in nome della verità dei fatti. Esse non sono trattate analogamente alle promesse contrattuali, soprattutto in punto di errore (82). Data questa premessa, non parrebbe difficile impostare un apparato rimediabile soddisfacente per tutte le attestazioni trattate analogamente alle promesse vincolanti. Tuttavia, il legislatore (sia comunitario che nazionale) non offre soluzioni sistematiche, ma solo qualche norma per regolare singole ipotesi. La questione dell'apparato rimediabile non viene pertanto adeguatamente risolta dalle attuali regole positive (83). Nella maggioranza delle ipotesi, l'acquis commu-

nautaire non fornisce indicazioni sui rimedi, i quali vengono demandati alla scelta degli Stati membri (84). La frase di rito che si rinviene in molte direttive, infatti, è la seguente: «gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive». Siamo in presenza di una norma in bianco, che inciderà sicuramente in maniera diversa da Stato a Stato, e che avrà come possibile effetto uno svilimento del processo di armonizzazione. Con tale previsione si garantisce soltanto che gli Stati membri adottino misure che prevedono reazioni serie ed efficaci, senza cadere in repressioni esemplari o tali da danneggiare il delicato equilibrio disegnato dagli ordinamenti nazionali. L'apparato rimediario predisposto dagli Stati appartenenti all'UE non viene, pertanto, toccato dalle misure comunitarie (85), essendo — l'impianto sanzionatorio — un elemento identificativo della forma di governo di ciascuno Stato e determinando, in tal senso, una “riserva di competenza” che lo Stato non desidera certo condividere o cedere a Bruxelles. Un'indicazione utile sui rimedi si può trarre dal *Libro Verde della Commissione sulla revisione dell'acquis relativo ai consumatori 2007* (86) e consiste nella possibilità di generalizzare il rimedio risarcitorio nel caso di violazione del dovere o obbligo di informazione. Prevale, tuttavia, l'idea che non sia efficace contare su di un unico rimedio, come quello risarcitorio, per tutte le violazioni della forma informativa (87). L'apparato rimediario dovrà essere necessariamente modulato in considerazione della violazione del requisito formale, tenendo conto dello scopo specifico che la forma informativa è destinata a servire nella fattispecie concreta. Inoltre, i rimedi potranno essere diversi a seconda della tecnica di negoziazione utilizzata, così ad esempio nel settore del commercio elettronico e di tutte le transazioni che avvengono a distanza (88).

I rimedi sono individuati sulla base delle seguenti ipotesi fondamentali.

(76) Cfr. SACCO (con la collaborazione di CISIANO), *La parte generale del diritto civile. Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. Sacco dir. civ.*, Torino, 2005, 320.

(77) *Ibidem*, 320.

(78) BEARLE-DUGDALE, *Contracts between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies*, 2 *Brit. J.*

Law and Soc., 45 (1975); della stessa opinione RUDDEN, *The Domain of Contract*, in HARRIS-TALLON (eds.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1989, 82.

(79) Sempre secondo SACCO (cit. *supra* nt. 76), la differenza fra promessa (dichiarazione di volontà) e attestazione (dichiarazione di scienza) è la seguente: io mi impegno quando prometto un bene futuro; mi impegno anche quando attesto una realtà attuale e presente; l'affidamento nel futuro è sempre relativo perché il futuro è inconoscibile e condizionato; l'affidamento nel presente è assoluto. Quest'ultimo è l'impegno assertivo.

(80) SACCO, cit. *supra* nt. 76, 325. La questione sollevata in dottrina (e superata dall'A.) è che esiste una differenza di fondo fra le dichiarazioni di volontà e le attestazioni. Quando si dichiara una volontà, la ragione del vincolo sta nella dichiarazione, e risiede proprio nella soggettività del dichiarante e nell'affidamento che si è creato con quella volontà dichiarata. Quanto si asserisce, ci si deve domandare se la ragione del vincolo vada identificata con la dichiarata sottomissione del soggetto a quella ricostruzione dei fatti oppure con l'oggettiva veridicità dell'asserzione.

(81) LUZZATTO, *La compravendita*, Torino, 1961, 163.

(82) Nell'accertamento, con cui si definisce l'esistenza ed il contenuto di un rapporto fino a quel momento incerto, l'errore non può essere invocato proprio perché le parti hanno voluto neutralizzare quella realtà su cui cade l'errore e hanno tolto, dunque, rilevanza all'errore che cade su quella realtà (possono essere fatte valere, invece, incapacità e violenza, e verosimilmente il raggiro); lo stesso vale nella ricognizione (art. 2720 c.c. it.) nella quale la prova dell'errore è ammessa solo in favore di chi produca il documento originale chiarificatore; nel caso della confessione è sottoposta ai requisiti tipici dei negozi, ma solo in tema di capacità (confessione inefficace), di errore di fatto, e violenza (confessione revocabile) (art. 2732 c.c. it.). Il vero problema non riguarda l'errore dell'operatore, ma la conformità della dichiarazione alla verità delle cose.

(83) Sulla questione v. i contributi di WILHELMSSON, SCHWINTOSKI e MAGNUS, nell'opera collettanea curata da SCHULZE-EBERS-GRIGOLEIT (eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen, 2003; v. inoltre TWIGG FLESNER-WILHELMSSON, *op. cit.*, nt. 4, 115 ss.

(84) Cfr. ad esempio, art. 4, 3° co., dir. n. 85/577; art. 11, 1° co., dir. n. 97/7; art. 11, 3° co., dir. n. 2002/65; art. 10, 1° co., dir. n. 2008/122.

(85) In alcuni casi vi è stato un tentativo da parte delle istituzioni comunitarie di prendere posizione sulle sanzioni: ad esempio, con la prima proposta di direttiva sul credito ai consumatori [11-9-2002, COM (2002) 443 def., 2002/0222 COD], oltre a prevedere rimedi specifici (come la perdita degli interessi per il creditore), si invertiva l'onere della prova, imponendolo sul creditore e sull'intermediario, a favore del consumatore (artt. 31 e 33 prima proposta direttiva credito consumatori). Tuttavia la Posizione Comune raggiunta il 21-9-2007 e la successiva Risoluzione del Parlamento sono state più prudenti, ed hanno eliminato la regola sull'inversione dell'onere della prova mantenendo in favore degli Stati membri la possibilità di introdurre rimedi specifici. L'attuale dir. n. 2008/48, fra i rimedi specifici, prevede: — Art. 14 (6) la possibilità di non garantire al consumatore il diritto di recesso nei contratti che devono essere conclusi con l'assistenza

di un notaio, purché quest'ultimo confermi che al consumatore sono garantiti i diritti di cui agli articoli 5 e 10 [circa le modalità di esercizio diritto di recesso precisa che gli Stati membri possono mantenere disposizioni nazionali che stabiliscono il periodo di tempo durante il quale l'esecuzione del contratto non può avere inizio; inoltre, nel caso di contratti di credito collegati, qualora le merci o i servizi oggetto di un contratto di credito collegato non siano forniti o siano forniti soltanto in parte o non siano conformi al contratto per la fornitura degli stessi, il consumatore ha diritto di rivolgersi al creditore qualora abbia agito nei confronti del fornitore o prestatore senza ottenere soddisfazione ai sensi della legge o in virtù del contratto per la fornitura di merci o la prestazione di servizi; infine, gli Stati membri stabiliscono in che misura e a quali condizioni possono essere esperiti tali rimedi]; — Art. 16 (4) la possibilità per gli Stati membri di prevedere la soglia di 10.000 EUR in 12 mesi, al di sotto della quale il creditore non può esigere alcun indennizzo in caso di rimborso anticipato del credito; — Art. 10 (1) fatte salve le norme nazionali riguardanti la validità della conclusione dei contratti conformi alla normativa comunitaria.

(86) COM (2006) 744 def., del 8-2-2007, in *GUUE* 15-3-2007, C 61, sub 4.9 e 4.10.

(87) Il 39% degli stakeholders e la maggioranza degli Stati membri propendono per una differenziazione dei rimedi a seconda del tipo di violazione, a seconda del grado d'importanza della forma informativa omessa o mendace, e a seconda del contesto in cui si realizza l'omissione o il raggirò (ad esempio, si reputa che il settore della multiproprietà e dei contratti a distanza richiedano misure di protezione maggiori). Cfr. *Commission staff working paper, Report on the outcome of the public consultation on the Green paper on the review of the consumer acquis*, 2007, 8, disponibile solo in inglese all'indirizzo http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/acquis_working_doc.pdf.

(88) Il settore dei contratti conclusi a distanza (nel nostro ordinamento d.lg. 22-5-1999, n. 185, ora artt. 50 ss c. consumo it.) e del commercio elettronico (d.lg. 9-4-2003, n. 70, cui tutt'oggi rinvia l'art. 68 c. consumo it.) sono i due settori che maggiormente patiscono della mancanza di rimedi specifici. La normativa di recepimento italiana, sulla falsariga delle Direttive di riferimento, non indica le sanzioni in caso di violazione dei dettagliati obblighi informativi da comunicare in una certa forma, né in caso di violazione dell'obbligo di redigere per iscritto il contratto e consegnarne copia al cliente. Nel commercio elettronico, il prestatore, in aggiunta agli obblighi informativi specifici per certi beni e servizi, deve rendere facilmente accessibile, in modo diretto e permanente, ai destinatari del servizio e alle autorità competenti una serie di informazioni (identità, domicilio o sede legale ed ogni altro estremo che consente di contattare rapidamente il prestatore, ecc.); deve inoltre precisare in modo chiaro, comprensibile e inequivocabile le varie fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; il modo in cui il contratto concluso sarà archiviato; le lingue a disposizione per concludere il contratto, ecc. Nulla viene detto sulle sanzioni nel caso in cui la forma informativa venga violata. Nei contratti a distanza, secondo l'art. 52 c. consumo il consumatore deve ricevere, in tempo utile, prima della conclusione del contratto, una lunga serie di informazioni come l'identità del fornitore, le caratteristiche essenziali del bene o servizio, il prezzo, le modalità di pagamento, le

informazioni sul diritto di recesso, ecc., e secondo l'art. 53 c. consumo il consumatore deve ricevere conferma per iscritto di tutte le informazioni di cui all'art. 52 cit. Nulla si dice in merito alle sanzioni in caso di violazione di queste regole. Il quadro è parzialmente mutato, almeno per la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, con la modifica introdotta dal d.lg. 23-11-2007, n. 221 (*G.U.* n. 278, del 29-11-2007) nel c. consumo alla Sezione IV bis (artt. 67 bis ss.). L'art. 67 septies introduce, infatti, varie sanzioni, non solo amministrative pecuniarie ma anche la nullità (relativa di protezione), obbligando le parti alla restituzione di quanto ricevuto, nel caso in cui il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente, ovvero non rimborsi le somme da questi eventualmente pagate, ovvero violi gli obblighi di informativa pre-contrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche.

Nemmeno il sistema francese, che con la legge di trasposizione della direttiva sul commercio elettronico e di una parte di quella relativa alla protezione dei dati personali, Loi 21-6-2004, n. 2004-575 (LEN, Loi sur la confiance dans l'Economie Numérique, JORF 22-6-2004) modificata con Ordonnance 16-6-2005, n. 2005-674 (CAPRIOLI, *L'ordonnance n° 2005-674 du 16 juin 2005: un nouveau formalisme contractuel pour les échanges électroniques*, 2005, disponibile all'indirizzo http://caprioli-avocats.com/pages/publications/edocs/commerce_electronique/edocs_ecommerce_echanges.pdf), la quale ha introdotto nel codice civile la categoria generale dei contratti in forma elettronica regolati agli artt. 1369-1 ss. c.c. fr., ha chiarito l'aspetto rimediabile (v. l'art. 1108-1 in combinato disposto con gli artt. 1316-1, 1316-4 e 1317 c.c. fr.) Si è pensato di estendere per analogia il diritto di recedere dal contratto (già riconosciuto nei contratti B2C dall'art. L121-16 c. consumo fr.) fino a 3 mesi quando il professionista abbia prodotto una conferma d'ordine che non contenga tutte le informazioni dell'offerta, come dispone l'art. L121-20 c. consumo fr. La dottrina ritiene che il destinatario della comunicazione possa recedere prima di perfezionare la propria accettazione, se nel processo di formazione del contratto per tappe successive egli ha commesso un errore oppure qualora cambi idea dopo aver aderito avventatamente all'offerta.

8. (Segue). *Forma e contenuto dell'informazione.*

La forma informativa proceduralizza la formazione del contratto, introducendo un controllo sulla razionalità della sua procedura di conclusione. La sua violazione può direttamente riguardare la *forma dell'informazione* (per iscritto, in forma equivalente, in una determinata lingua, in modo chiaro e comprensibile, ecc.) oppure il *contenuto dell'informazione* (mendace, ambigua, parziale, omessa informazione, ecc.). In entrambi i casi, viene violato il principio dell'eguaglianza formale fra le parti. Secondo l'*acquis communautaire*, almeno nel caso di contratti B2C, il consumatore potrà scegliere fra il recesso dal contratto (89) (oltre a godere delle conseguenze accessorie) (90) ed il risarcimento dei danni, nel caso

possa provare di aver subito un danno. Il DCFR, secondo le elaborazioni dell'attuale dottrina europea, ha consolidato la regola generale del prolungamento del termine per il recesso ed anche quella del risarcimento dei danni nella parte dedicata ai doveri d'informazione pre-contrattuale (91), art. II-3:107 DCFR, inserendo altresì un rinvio all'annullabilità del contratto per errore, art. II-7:201 DCFR, al fine di preservare il cosiddetto "effetto utile" dell'acquis (92).

Le disposizioni comunitarie, contenenti regole sul recesso e sul risarcimento del danno, si allontanano dalle tradizionali soluzioni nazionali, dove le parti dispongono invece del risarcimento del danno e dell'annullamento del contratto, a volte cumulabili (93). Non vi è dubbio, infatti, che nei diritti nazionali la violazione della forma informativa, quando non vengano rispettate le regole relative a *forma e contenuto dell'informazione* (94), dia luogo, innanzitutto, al risarcimento del danno. In caso di violazione intenzionale dell'obbligo di informazione (reticenza dolosa, *réticence dolosive*, *fraudolent silence*), il contratto è altresì annullabile, con conseguente risarcimento del danno, secondo la tradizionale dottrina dei vizi del consenso. Il dualismo delle sanzioni, in caso di violazione colposa o dolosa della forma informativa (annullamento e risarcimento danni), riflette il doppio aspetto di questa violazione, considerata come un vizio del consenso che giustifica l'annullamento del contratto e, al contempo, come un delitto civile che giustifica la riparazione del pregiudizio subito: così nei sistemi giuridici italiano, francese, tedesco ed anche inglese (95). Il risarcimento dei danni può anche essere concesso sulla base della responsabilità contrattuale, per lo meno nel caso di violazione dell'obbligo d'informazione previsto dalla legge: in questi casi opera la cosiddetta interpretazione integrativa del contratto da parte del giudice, che attribuisce determinate obbligazioni alla volontà ipotetica delle parti (96). Va aggiunto che nei sistemi giuridici continentali il risarcimento dei danni può essere concesso anche sulla base della cosiddetta responsabilità pre-contrattuale (97). Le differenze fra i vari sistemi giuridici si evidenziano in riferimento alla natura di questa responsabilità, che può essere qualificata come contrattuale o extracontrattuale.

Il sistema tedesco è nettamente favorevole all'obbligazione pre-contrattuale di informazione, dapprima imposta dalla giurisprudenza sul fondamento della buona fede e della dottrina della

culpa in contrahendo, con la possibilità di recuperare l'interesse positivo, consistente nel risarcimento del danno che sostituisce il reddito che sarebbe stato conseguito se la prestazione fosse stata adempiuta (tutela del cosiddetto *expectation interest*, "danni da aspettativa") (98). Peraltro, la modernizzazione del diritto delle obbligazioni tedesco, entrata in vigore il 1° gennaio 2003, ha dato ingresso a queste soluzioni nel BGB, § 311(2), con lo stesso regime delle obbligazioni contrattuali secondo il § 280(1) BGB. Ciascuna parte è tenuta a informare l'altra degli elementi determinanti ai fini della conclusione ed esecuzione del contratto, a condizione che il ricevente non fosse nella condizione di procurarsi egli stesso le informazioni (99). Inoltre, l'obbligazione sussiste quando una parte è a conoscenza, o dovrebbe esserlo, che controparte versa in errore sul contenuto o sul significato giuridico ed economico del contratto che sta negoziando, oppure quando è a conoscenza dell'inadempimento dei requisiti di validità del contratto negoziato, oppure è al corrente di circostanze che rendono inverosimile il raggiungimento dell'obiettivo fissato con la negoziazione.

L'ordinamento francese, sino a tempi recenti, non sanzionava la violazione dell'obbligo pre-contrattuale di fornire informazioni, perché non riconosceva un tale obbligo in termini generali, fatte salve alcune ipotesi eccezionali (100). Con l'evoluzione giurisprudenziale maturata sulla reticenza dolosa e sull'errore essenziale secondo l'art. 1110 c.c. fr. e sulla garanzia dei vizi nascosti o latenti del bene venduto, ai sensi degli artt. 1643-1645 c.c. fr., si è avuta una moltiplicazione delle obbligazioni pre-contrattuali di informare, con una certa modalità, la parte che si trova in una posizione di debolezza, subalternità o inferiorità. Il rimedio prescelto è stato quello del risarcimento del danno *ex delictu*, art. 1382 c.c. fr., per sanzionare la responsabilità pre-contrattuale anche quando sia solo colposa (101), ed eventualmente per concedere altresì l'annullamento del contratto. A tal fine, va valutata la pertinenza delle informazioni rispetto all'affare da concludere e la legittimità dell'ignoranza del "debitore" (102) dell'informazione (103), che si può giustificare solo in caso di serie difficoltà incontrate nell'informarsi. Il principio attualmente accolto è che vi è un obbligo di informare il "creditore" dell'informazione quando egli non è nelle condizioni di informarsi correttamente a causa di ragioni obiettive (legate alla natura dell'affare o al carat-

tere tecnico dell'oggetto) o soggettive (età, educazione, occupazione). In questi casi il legittimo affidamento del "creditore" dell'informazione giustifica il risarcimento dei danni e l'annullamento del contratto.

L'ordinamento italiano riconosce, come è noto, il risarcimento sulla base delle regole codicistiche contenute negli artt. 1337-1338 c.c. it. La dottrina, supportata anche dalla Cassazione, inquadrava, fino a poco tempo fa, il tema nell'alveo della responsabilità extracontrattuale (104), mentre ora pare orientata a favore di quella contrattuale o pre-contrattuale (105). Nel nostro sistema giuridico, la dottrina ha, inoltre, indagato in maniera approfondita la reticenza da cui possono derivare diverse conseguenze (106): in alcune ipotesi, ricadendo nel dolo omissivo ai sensi dell'art. 1439 c.c. it., si avrà annullamento del contratto, oltre a risarcimento del danno ex artt. 1337-1338 c.c. it.; in altre ipotesi sarà applicabile solo l'uno o l'altro rimedio; in altre ipotesi, infine, nessuno dei due (107). La regola generale è che chiunque, sapendo o dovendo conoscere una causa di invalidità del contratto [notizie relative alla propria persona (108); notizie relative alla prestazione dedotta in contratto (109); profilo diverso che non attiene all'informazione di per sé, ma al suo accesso (110)], non ne dia notizia all'altro contraente, risponde dei danni: non vi sarebbe responsabilità se l'altro contraente fosse in grado di avvedersi dell'errore con l'ordinaria diligenza (criterio dell'economicità), e a maggior ragione nel caso in cui la causa di invalidità del contratto fosse nota ad entrambe le parti (111). La reticenza rilevante opera, pertanto, solo nelle ipotesi di errore essenziale (consapevole del determinante errore altrui, ho volutamente taciuto). Si passa così dal piano dell'impugnazione del contratto per errore a quello per dolo omissivo (reticenza). La mera riconoscibilità dell'errore altrui di cui all'art. 1341 c.c. it., invece, non fonda una responsabilità risarcitoria ex art. 1338 c.c. it. Vi sono poi casi considerati meno gravi, cosiddetti vizi incompleti del contratto (in materia di dolo incidente ex art. 1440 c.c. it., errore determinante ma non essenziale, sul valore, sui motivi), in cui è possibile chiedere solo il risarcimento dei danni, se ricorrono due condizioni: quando si ravvisa oggettivamente uno squilibrio tra le prestazioni che sia stato tale da determinare il consenso e solo in assenza di concorso di colpa del dichiarante. In altre parole, ai fini del risarcimento occorre che l'errore del dichiarante sia scusabile. La reticenza

ha, dunque, in questi casi conseguenze meno gravi, ed infatti il contratto rimane valido. In tutti gli altri casi, infine, la reticenza è irrilevante (112). Nel diritto inglese, in assenza di un esplicito riconoscimento del principio di buona fede che regga la negoziazione fra le parti, i giudici hanno adoperato una moltitudine di tecniche diverse per affermare l'obbligo di informazione, passando dalla protezione di una reliance on promises, alla tutela della reliance sulla base di nuove forme di Tort liability (113). Fra le più importanti, oltre a quelle ormai contenute in disposizioni legislative specifiche (114) e alla doctrine degli implied terms all'interno della Law of Contract (115), si evidenzia la teoria della misrepresentation, sviluppata nella Law of Tort, presupposto per il risarcimento di ogni violazione intenzionale o negligente dell'obbligo di informare (false informazioni, informazioni parziali). Si sottolinea altresì l'espansione della dottrina dell'Unjust Enrichment, che consiste nell'obbligo dell'inadempiente di restituire i vantaggi ottenuti durante la negoziazione, al fine di proteggere l'affidamento legittimo di chi ha subito un impoverimento nella fase della trattativa negoziale, condotta con la convinzione di concludere il contratto (cosiddetto restitution interest, risarcimento monetario che assume come punto di riferimento il guadagno dell'inadempiente). Infine, si evidenzia l'applicazione del Promissory Estoppel in caso di rottura ingiustificata delle trattative: quando controparte ha riposto un legittimo affidamento sulla conclusione del contratto ha comunque diritto al risarcimento dell'interesse negativo (116), laddove i danni sostituiscono il reddito che è andato perduto (cosiddetto reliance interest, "danni da affidamento") (117). Strumento che riporta la vittima nella medesima situazione nella quale si sarebbe trovata se le trattative fossero andate a buon fine. Non vi è, invece, soddisfazione del danno positivo (expectation interest) (118).

A fronte di assetti concettuali diversi, emerge una certa convergenza delle regole operazionali nei sistemi giuridici confrontati. I diritti nazionali individuano tutti una contropartita per l'obbligo di informazione. Diversa rimarrà la misura in cui controparte si considera gravata da un'obbligazione "di secondo grado", quella di confidenzialità, al fine di non divulgare le informazioni ricevute in fase di negoziazione. Nei sistemi giuridici continentali essa si fonda sul principio di buona fede, il quale impone di non divulgare o utilizzare informazioni confidenziali che sono state comu-

nicate se il contratto non è stato concluso (119). Nel diritto tedesco, ad esempio, si fonda in particolare sull'obbligo di diligenza che si applica ai comportamenti pre-contrattuali secondo il § 311(2) BGB, che rinvia al § 241(2) BGB. Le violazioni di questa obbligazione saranno sanzionate col risarcimento dei danni secondo il § 280(1) BGB di cui si è detto sopra (120).

(89) Ad esempio, dir. n. 85/577, art. 5; dir. n. 94/47, art. 5 (ora art. 6 dir. n. 2008/122); dir. n. 97/7, art. 6.

(90) Ad esempio, senza incorrere in alcuna spesa: art. 5, 4° co., dir. n. 94/47 (ora art. 6 dir. n. 2008/122); artt. 6 e 11 dir. n. 97/7; art. 7, 2° co., dir. n. 2002/65.

(91) La regola era stata formulata dal gruppo ACQUIS, all'art. 2:208 (nuova numerazione ACQP 2009 cit. nt. 4).

(92) Di opinione contraria, per esempio FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, 76, per il quale solo per la violazione degli obblighi successivi alla conclusione del contratto considerati dall'art. 5 dir. n. 97/7, sono previste conseguenze sfavorevoli per il fornitore, ossia la dilazione del termine del diritto di recesso. Per quelli previsti dall'art. 4 (obblighi pre-contrattuali), invece, non è contemplato un vero e proprio rimedio contrattuale a tutela del consumatore; pertanto, si potrà solo fare riferimento alle prescrizioni della direttiva che prevedono che la stessa venga attuata e rispettata nei vari Stati membri secondo modalità distinte (art. 11 dir. n. 97/7).

(93) V. di seguito questo paragrafo.

(94) Se è vero che, sia negli ordinamenti continentali sia nel Common law inglese, vigeva tradizionalmente un principio generale per cui le parti hanno l'obbligo di informarsi (sul migliore affare, condizioni, opportunità, prezzo, ecc.) senza contare sull'aiuto o supporto di controparte (anche noto come *devoir de se renseigner* o principio del *caveat emptor*), è altresì vero che negli ultimi decenni l'accento è piuttosto sull'obbligo di informare, che grava sulle parti in fase di negoziazione di un contratto, e soprattutto sul professionista nei contratti B2C. Obbligo che, come abbiamo visto, ha intensità e fondamenti differenti nei vari sistemi giuridici.

(95) Si tratta della *fraudolent misrepresentation*, Sec. 2(1) *Misrepresentation Act 1976*, che ora si applica anche al *false statement made innocently but carelessly*: cfr. MONZER, *op. cit.*, 545; RUDDEN, *op. cit.*, 93.

(96) Art. 1135 c.c. fr; artt. 1374-75 c.c. it. e art. 1339 c.c. it.; art. 1.258 c.c. sp; § 280(1) BGB. Conformemente MANKOWSKI, *op. cit.*, 793. Per il diritto inglese, le obbligazioni imposte alle parti dalla legge o dal giudice sono generalmente garantite in *Tort*, segno di un attaccamento più forte al dogma dell'autonomia delle parti. L'esistenza di un contratto non è d'ostacolo per il risarcimento extracontrattuale, dato che il diritto inglese non conosce il principio del divieto di cumulo delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Sulla questione del cumulo cfr. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale extracontrattuale - analisi comparata di un problema*, Padova, 1989.

(97) § 311(2) BGB, § 280(1) BGB, § 241 BGB; art. 1337 e 1338 c.c. it.; art. 1.101 c.c. sp. e 1.258 c.c. sp.

(98) § 252 BGB; v. anche l'art. 1223 c.c. it. e l'art. 1.106 c.c. sp.; nel sistema spagnolo in determinati casi è l'amministrazione a reclamare i danni sofferti dal consuma-

to, sia che il contratto sia stato concluso, sia in caso contrario: v. art. 48 del testo unico spagnolo a protezione del consumatore - Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (pubblicato in BOE núm. 287, Viernes 30-11-2007, 49181 ss.).

(99) TEGETHOFF, *Culpa in contrahendo in German and Dutch law-A comparison of Precontractual liability*, in MAASTRICHT J. Eur. and Comp. Law, 1998, 357 ss. Cfr. altresì BEALE-KÖTZ-HARTKAMP-TALLON (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law, Casebooks on the Common Law of Europe series*, Oxford, Hart Publishing, 2002, 415 ss.

(100) GHESTIN, *The Obligation to Disclose Information*, in HARRIS-TALLON (eds.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1989, 152.

(101) Per i riferimenti dottrinali completi cfr. JAUFFRET SPINOSI, *The Domain of Contract*, in HARRIS-TALLON (eds.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1989, 128 ss.

(102) Secondo GHESTIN, *op. ult. cit.*, 157, il sistema francese molto opportunamente adotta una terminologia per distinguere fra la persona che ha il dovere di dare l'informazione, "debitore", e chi, invece, ha il diritto di riceverla, "creditore".

(103) FABRE MAGNAN, *op. cit.*, 169 ss.

(104) SACCO, in SACCO-DE NOVA, *Il contratto*, cit., 260; ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Iudica e Zatti*, Milano, 2001, 184. Nello stesso senso la giurisprudenza: Cass., n. 15172/2003, *RFI*, 2003, *Contratto in genere*, 1740, n. 128; Cass. S.U., n. 9645/2001, *FI*, 2002, I, 806.

(105) Cass. S.U., n. 26724/2007, *FI*, 2008, I, 784, con nota di SCODITTI. La sentenza inaugura nuovi scenari di responsabilità pre-contrattuale e contrattuale, sulla scia della sentenza Cass. S.U., n. 19024/2005, *FI*, 2006, I, 1105, sempre con nota di SCODITTI. Nello stesso senso si esprime Cass., sez. I, 17-2-2009, n. 3773: «la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto».

Peraltro tracce in questa direzione si possono riscontrare già in alcune pronunce del passato, ad esempio Cass., 27-10-1961, n. 2425, *GI*, 1963, I, 1, 404, la quale ammetteva la responsabilità pre-contrattuale di un venditore che aveva taciuto l'esistenza di una *servitus altius non tollendi*, anche se trascritta.

(106) P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri d'informazione*, cit., 670 ss.

(107) Così ad es. Cass., sez. III, 6-7-2009, n. 15798, *GDir*, 2009, 35, 14, con nota di PIRRUCCIO, ha rigettato la richiesta di risarcimento dei danni, patrimoniali e non, avanzata da una cliente, ritenendo che non rientrasse tra gli obblighi del tour operator quello di informare la turista della presenza, nel tratto di mare antistante al villaggio

turistico, di una particolare alga ustionante che, favorita dal fenomeno della bassa marea, le avrebbe impedito il normale godimento della vacanza (causandole anche una patologia dermatologica). A sostegno di questa tesi, la Corte Suprema ritiene che per adempiere agli obblighi informativi è sufficiente che l'organizzatore informi il viaggiatore delle prestazioni promesse (trasporto, alloggio, attività sportive, escursioni) e che metta a sua disposizione l'opuscolo informativo previsto dall'art. 9 d.lg. 17-3-1995, n. 111 (testo ora trasfuso nell'art. 88 c. consumo), il quale contempla informazioni soprattutto di carattere burocratico necessarie per recarsi all'estero, i servizi forniti e le condizioni atte a giustificare l'annullamento del pacchetto turistico. Nulla più incombe all'organizzatore per dimostrare di aver adempiuto con la dovuta diligenza (media) ai suoi obblighi.

(108) P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri d'informazione*, cit., 670: per analogia con quanto previsto per il contratto di assicurazione nel nostro codice civile (artt. 1892 e 1893 c.c.). Ad esempio: il non rivelare il proprio stato di difficoltà economica specie se tale da mettere in dubbio la possibilità di un esatto adempimento. *Contra*: Cass., n. 8295/1994, *FI*, 1995, I, 1903, con nota di BELLANTUONO.

(109) Per analogia con quanto stabilito per i vizi delle cose date in locazione (art. 1578 c.c.), in comodato (art. 1812 c.c.) o mutuo (art. 1821 c.c.): ad esempio, notizie circa l'edificabilità di un terreno oppure notizie relative alla sicurezza dei prodotti, come le etichettature in campo alimentare o le avvertenze nel settore dei prodotti farmaceutici.

(110) Per analogia a quanto stabilito soprattutto in materia bancaria e finanziaria.

(111) P. GALLO, *Asimmetrie informative e doveri d'informazione*, cit., 662.

(112) *Ibidem*, 668-669.

(113) Su tale tendenza cfr. ATIYAH, *The Binding Nature of Obligations*, in HARRIS-TALLON (eds.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1989, 28 ss.

(114) In casi specifici relativi all'etichettatura dei prodotti, ai prezzi, oppure, ad esempio, nel contratto di assicurazione, che appartiene ai contratti uberrimae fidei (utmost good faith, c.d. buona fede assoluta), dove il problema della selezione avversa e dell'asimmetria informativa è maggiore, oppure nelle relazioni fiduciarie (principal/agent), tra cliente ed avvocato o investitore e consulente.

(115) Strumento caratteristico del Common Law per lo sviluppo giudiziale della Law of Contract è la dottrina degli implied terms, che trova ora espressione nel Sale of Goods Act 1979 [cfr. NICHOLAS, *The Obligation to disclose informations*, in HARRIS-TALLON (eds.), *Contract Law Today, Anglo-French Comparisons*, Oxford, 1989, 170]. Clause non espressamente previste dalle parti, che vengono nondimeno ricondotte alla volontà implicita dei contraenti. La categoria degli implied terms è molto vasta: esistono quelli creati dalla legge, dagli usi e costumi, ed infine quelli creati dalla giurisprudenza. Questi ultimi tendenzialmente non vengono ricondotti alla volontà delle parti, ma al fine di dare piena efficacia al contratto e dunque stimolare le transazioni, sono ricondotti al principio più generale della business efficacy: PHANG, *Implied Terms, Business Efficacy and the Officious Bystander - A modern history*, in *The Journal of Business Law*, 1998, 1 ss.

(116) Così anche nel diritto francese (dommages négatifs), mentre nel diritto tedesco si va oltre il Vertrauen-

sinteresse, per soddisfare l'interesse positivo, v. *supra* in questa voce il par. 8.

(117) FARNSWORTH, *Precontractual Liability and preliminary agreements: fair dealing and Failed Negotiations*, 87 *Columbia Law Rev.* 217, 1987; MONZER, *op. cit.*, 542 ss.

(118) Cass. com., 26-11-2003, *JCP E*, 13-5-2004, 818, con nota di STOFFEL MUNCK; *Droit et Patrimoine*, 2004, n. 124, 102, con nota di FORACCHIA; *RTD civ.*, n. 1, 2004, 80, con nota di MESTRE-FAGES; *Rev. de contrats*, 1-4-2004, n. 2, 257, con nota di MAZEAUD; Cass., sez. III, 28-6-2006, *JCP E*, 2006, n. 37, 1525, con nota di DESHAYES. *Contra*: CA Versailles, 25-9-2003, *JCP E*, 2004, n. 384, con nota di MOUSSERON.

(119) Così LE TOURNEAU-CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, 2002-2003, n. 847; LE TOURNEAU, *La rupture des négociations, La négociation du contrat. Colloque de Toulouse du 19 mai 1998*, in *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1998, n. 3, 479 ss.; *Id.*, *Le bon vent du parasitisme*, in *Contrats, concurrence, consommation*, janvier 2001, 4-6.

(120) PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*², Parigi, 2002, 33 ss.

9. (Segue). Forma e contenuto del contratto.

La forma informativa, come si è detto, generalmente riguarda l'informazione; essa, tuttavia, in alcuni casi si trasmette al contenuto del contratto, fino ad integrarne la struttura (ad es., quando la forma scritta è richiesta per le modifiche alle condizioni contrattuali) (121). Si è peraltro ricordato che il diritto comunitario non predispone sanzioni nemmeno nel caso in cui la mancanza di forma pregiudichi il contratto, lasciando decidere l'assetto rimediabile agli Stati membri. La violazione integrale della forma "per iscritto" o "su carta" e della "forma testuale su di un supporto durevole equivalente", quando detta forma manchi del tutto, potrebbe condurre all'invalidità del contratto. Quando, invece, la forma è violata solo in parte, perché, ad esempio, il professionista, con dolo o colpa, non include tutte le informazioni obbligatorie nel contratto, la sanzione potrebbe essere diversa. Pur dovendo rispondere a medesime funzioni, le regole nazionali in questi casi sono diverse, non solo sotto il profilo concettuale, ma anche sotto quello operativo. L'unica ammissione concorde della dottrina europea riguarda il fatto che sarà opportuno limitare l'impugnabilità del contratto al solo consumatore (c.d. nullità di protezione) (122).

Generalmente i sistemi giuridici nazionali tendono a distinguere proprio fra le due ipotesi appena ricordate: nel caso in cui il contratto non sia redatto "per iscritto" o "in forma equivalente" (e dunque manchino *tutte* le informazioni che necessariamente dovrebbero essere inserite, c.d. contenuto minimo obbligatorio) si avrà dichiarazio-

ne di nullità; nel caso in cui solo alcune clausole siano omesse (casi di informazioni *parziali*), la sanzione dipenderà da quale informazione sia stata omessa.

Va subito evidenziato che solo alcuni contratti, per la loro rilevanza economica e le loro ricadute sociali, saranno affetti da un'invalidità grave come la nullità, nel caso di violazione di detta forma.

Una tipologia contrattuale colpita da questa sanzione è quella dei contratti di credito al consumo. Nel sistema giuridico tedesco, la regola è stabilita dal § 494 BGB (credito che implica un prestito) (123), il quale tuttavia secondo il § 491(3) nr. 1, non si applica nel caso in cui il contratto sia redatto dal notaio o da altro pubblico ufficiale. In caso di violazione degli obblighi di forma scritta, il contratto è nullo (§ 125 BGB): saranno pertanto nulli (relativamente, ovvero la nullità può essere invocata dal solo consumatore e può essere comunque sanata con efficacia *ex nunc*) (124) sia i contratti verbali, sia i contratti conclusi in una delle altre forme previste dal BGB, ovvero in forma testuale (§ 126b) o in forma elettronica (§ 126a), così come quelli che contengono le menzioni di cui al § 492(1), S.5, nr. 1-6 BGB, con l'esclusione del nr. 7 (125). In definitiva, sono nulli i contratti in cui manchino *tutte* le informazioni che necessariamente sarebbero da inserire per iscritto (126). La soluzione è diversa quando i contratti contengono tutte le informazioni necessarie, ma queste non sono veritiere: il sistema tedesco non concede il rimedio della nullità del contratto, ma rimedi diversificati (127).

Anche nel sistema spagnolo la sanzione per la violazione della forma scritta nei contratti di credito al consumo (concesso tramite prestito dell'istituto di credito) (128) è la nullità (relativa, invocabile solo da parte del consumatore) (129) del contratto: così l'art. 6, in relazione all'art. 7(1) della Ley 7/1995 de crédito al consumo (130). Talvolta la giurisprudenza di merito spagnola ha ritenuto che il requisito formale fosse un elemento richiesto ad *solemnitatem*, che determina la nullità del contratto anche in contratti la cui disciplina non prevede espressamente tale rimedio, ad es. nei contratti conclusi al di fuori dei locali commerciali (131). Infine, in alcuni casi il rimedio della nullità è stato espressamente previsto dalla normativa spagnola di trasposizione, a differenza di quanto stabilito in quella comunitaria, ad es. nel caso della multiproprietà (132).

La nullità opera allo stesso modo anche nell'ordinamento francese per le vendite porta a porta (art. L121-23 codice del consumo francese, d'ora innanzi c. consumo, *démarchage*) e per la multiproprietà (art. L121-76 c. consumo, *contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé*), nonché nei contratti di credito in ipotesi peculiari (art. L314-7 c. consumo fr.) (133).

Anche l'interpretazione delle corti italiane delle norme sui contratti di credito al consumo (134) conducono alla medesima soluzione (nullità relativa, azionabile dal solo cliente ed imprescrittibile) (135): così per l'art. 117, 1°-4° co., in relazione all'art. 127, del *testo unico in materia bancaria e creditizia* (t.u. l. banc.) (136), fatte salve alcune eccezioni quando ricorrono determinate condizioni (contratti effettuati in esecuzione di contratti redatti per iscritto, quelli aventi carattere occasionale, quelli relativi alla moneta elettronica). Significativamente, un organo non legislativo come la Banca d'Italia ha assunto un ruolo normalmente riconosciuto al legislatore, individuando quando i contratti siano da redigere per iscritto, con relativa consegna (137) di una copia al cliente comprensiva delle condizioni generali del contratto, e quando invece si possano redigere in un'altra forma (138). La Banca d'Italia ha specificato che restano comunque soggette all'obbligo della forma scritta le modifiche o integrazioni del contratto redatto per iscritto, che restano fermi gli obblighi di pubblicità e l'applicazione dell'art. 117, 6° e 7° co., t.u. l. banc. e che, infine, l'informativa deve contenere le seguenti informazioni minime: *a*) un riferimento che consenta al cliente di identificare il bonifico; *b*) l'importo iniziale del bonifico; *c*) l'importo di tutte le spese e le commissioni a carico del cliente; *d*) l'eventuale data di valuta applicata. L'art. 117 t.u. l. banc. non sarà sostanzialmente modificato dall'attuale disegno di legge n. 1619/2008 (139), che intende modificare le disposizioni sul credito al consumo contenute nel t.u. l. banc. e nel codice del consumo it. (d'ora innanzi c. consumo). Anzi, il progetto di legge, mira al rafforzamento della cosiddetta forma informativa, introducendo un nuovo art. 123 bis, che pone l'accento sugli obblighi pre-contrattuali nel contratto di credito al consumo e un nuovo art. 123 ter, sugli obblighi di correttezza nell'assunzione di informazioni da parte del finanziatore e dell'intermediario del credito sul merito creditizio del cliente (140).

L'ordinamento italiano, più degli altri, sembra orientarsi in favore della nullità (141), stabilen-

do che la mancata redazione per iscritto del contratto sarà nulla anche in materia di multiproprietà (142), ai sensi dell'art. 71, 1° co., c. consumo (143), ed ancora, per analogia, in materia di viaggi tutto compreso, almeno nell'interpretazione dell'art. 85, 1° co., c. consumo offerta dalla giurisprudenza di merito (144), nonché in materia di intermediazione finanziaria ai sensi dell'art. 23 *testo unico della finanza* (t.u.f.) (145), per i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, e dell'art. 30, 7° co., t.u.f., per il quale, nel caso di offerta fuori sede, il contratto deve indicare il diritto di recesso a pena di nullità (ancora una volta relativa, invocabile dal solo cliente).

(121) Cfr. art. 3, 2° co., dir. n. 94/47 (ora sostituito dall'art. 5, 2° co., dir. n. 2008/122 «su carta o altro supporto durevole facilmente accessibile al consumatore»); art. 3, lett. f), primo trattino, dir. n. 90/314.

(122) In Italia cfr. MUSIO, *Obblighi di informazione e buona fede nella formazione del contratto*, in *Quaderni del Dipartimento*, diretti da Stanzione, n. 37, Salerno, 2003, 160; in Spagna cfr. DELGADO ECHEVERRÍA-PARRA LUCÁN, *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*, Madrid, 2005, 61. Non è questa la sede per entrare nel merito del dibattito circa la riducibilità (o meno) del complesso sistema delle invalidità contrattuali all'originario modello codicistico, fondato su una netta bipartizione nullità/annullabilità. Sul dibattito v. PUTTI, *L'invalidità nei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, III, Padova, 2003, 452-634, 453 ss.

(123) Cfr. anche il § 502 BGB, per il credito al consumo nella vendita a rate.

(124) È sufficiente che il consumatore abbia ricevuto il prestito di denaro: KESSAL-WULF, art. 6 *VerbrKrG*, in STAUDINGER/KESSAL-WULF, *BGB*, 2004, Rn. 14, 261; SAENGER, § 494 BGB, in ERMAN/SAENGER, *BGB*, 2004, Rn. 8, 1753; KOHTE, § 494 BGB, in KOHTE (et al.), *Kompakt-Kommentar BGB*, 2003, Rn. 11, 724.

(125) Cfr. ARROYO AMAYUELAS, *Cuál es el sistema adecuado de sanciones per el caso de contravención de la forma escrita del contrato de crédito al consumo?*, manoscritto, 2008, 9 ss. Secondo ULMER, in *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch. Schuldrecht. Besonderer Teil I*, III, München, 2004, § 492, Rn. 28, 923, e § 494, Rn. 11, 964, le menzioni dei n. 3, 4, 7 e parte del n. 1 (importo massimo del prestito) costituiscono contenuto necessario del contratto, e la loro omissione è sanzionata con la regola generale del § 125 BGB. Il § 494 BGB contiene una sanzione addizionale per l'omissione delle informazioni di cui ai n. 2, 5, 6 e parte del n. 1 (importo netto del prestito).

(126) ARROYO, *Cuál es el sistema adecuado*, cit., 10, ivi i puntuali riferimenti bibliografici alla dottrina tedesca.

(127) *Ibidem*, 10 ss.

(128) Come il sistema tedesco, anche quello spagnolo prevede la nullità del contratto per la violazione degli oneri formali nel caso di credito al consumo concesso nella vendita a rate per l'acquisto di beni mobili: art. 6,

Ley 28/1998, venta a plazos de bienes muebles. Il progetto relativo alla legge sulle ventas a plazos de bienes muebles (LVP) risale al 1964 ed una prima legge al 1975 (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, 1977; Id., *Las ventas a plazos de bienes muebles*, ADC, 1966, 149 ss.; Pfo CABANILLAS GALLAS, *Defensa del Proyecto de venta de bienes muebles a plazos*, RCDI, 1965, 1146 ss.); già allora, quando la forma contrattuale era considerata l'unica fonte informativa, la sua inosservanza poteva provocare la nullità del contratto.

(129) Ciò si ricava dai principi generali riconosciuti dall'ordinamento spagnolo: in questo caso, l'art. 7(1) c.c. sp., che teorizza il divieto di abuso del diritto impedisce all'autore della violazione di chiedere la nullità del contratto. Cfr. ARROYO, *Cuál es el sistema adecuado*, cit., 13-14. Nullità fortemente criticata dalla dottrina spagnola, in quanto obbliga alla restituzione integrale del prestito e degli interessi (altrimenti si intergrano gli estremi dell'arricchimento ingiusto): il consumatore pertanto o denuncia il vizio di forma, perdendo il prestito, oppure tace e incassa, senza avere un documento scritto contenente le clausole fondamentali sui cui si fonda il contratto con il prestatore del servizio. Secondo taluni autori, la violazione dell'obbligo di formalizzare il contratto in un certo modo andrebbe sanzionata autonomamente con la possibilità di risolvere il contratto ai sensi dell'art. 1.124 c.c. sp.: così CABALLERO LOZANO, *La protección del consumidor en la venta fuera de establecimiento a través de la nulidad del contrato*, *La Ley*, n. 4, 1994, 989 ss, il quale trova conforto nella giurisprudenza di merito, ad esempio SAP Madrid, 26-3-2002 (JUR 152480); SAP Asturias, 6-11-1997 (AC 2301).

(130) Ovvero quando non vengono fornite tutte le informazioni che integrano il contenuto minimo del contratto, art. 6(2), alle quali si devono aggiungere le altre condizioni essenziali e quelle previste dai regolamenti attuativi, art. 6(3): v. Orden de 12-12-1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito (BOE 19-12-1989); Circular del Banco de España 8/1990, de 7-9-1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela de las entidades de crédito (BOE 20-9-1990). Cfr. ARROYO, *Cuál es el sistema adecuado*, cit., 12. Ovviamente la norma trova solo eccezionale applicazione: infatti il contratto di credito al consumo non è quasi mai verbale, per ragioni legate alla costituzione di un titolo esecutivo attraverso il quale la banca possa recuperare il credito concesso: cfr. ROCA GUILLAMÓN, *Los contratos de crédito al consumo. Forma y contenido, reembolso anticipado y cobros indebidos (Ley 7/1995, de 23 de marzo)*, in *Crédito y protección del consumidor*, a cura di Nieto Carol, Madrid, 1996, 146-182.

(131) Art. 3, Ley 26/1991, contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles, testo trasfuso negli artt. 111-112 del Texto Ref. 2007, cit. *supra* nt. 98, «podrán ser anulados». Cfr. la sentenza del giudice di primo grado di Madrid (Primera Instancia, n. 13, 6-11-2002), in *Actualidad mercantil*, n. 4/2003, 141, disponibile on-line e in *La Ley* 20-12-2002, che tratta del requisito di forma come elemento ad solemnitatem.

(132) Art. 4(3) che rinvia agli art. 1(7), art. 5 e art. 6(1) della Ley 42/1998, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, i quali richiedono, pena la nullità, l'atto pubblico e l'iscrizione nel registro della Proprietà. Sembra

esprimersi in tal senso la giurisprudenza spagnola, ad esempio, SAP Cuenca (Sección 1ª), 14-2-2007 (JUR 2007/80758). In esecuzione della sentenza, la corte dichiara la nullità del contratto di multiproprietà per la conclusione del quale non sono stati adempiuti gli obblighi di informazione, incluso quello relativo al diritto di recesso; allo stesso tempo la corte dichiara l'inefficacia del prestito vincolato che era oggetto di esecuzione.

(133) Introdotto con l'Ordonnance n. 2006-346, del 23-3-2006, art. 41 (JORF 24-3-2006) che si è occupata del tema delle garanzie, modificando oltre al c. consumo fr., anche il c.c. e il c. commercio fr.

(134) Si veda l'interpretazione della norma da parte della Cassazione, ad esempio, Cass., sez. I, 9-7-2005, n. 14470. La dottrina italiana oscilla fra la forma ad substantiam (GIORDANO, *La trasparenza delle condizioni contrattuali nella nuova legge bancaria*, RS, 1993, 1247), una nullità parziale che non si propaga all'intero contratto (DOLMETTA, *Due quesiti sull'individuazione della disciplina regolatrice delle operazioni di credito al consumo*, BBTC, 1993, 192; RICCI, *Sulla nullità delle clausole contrattuali prevista dalla L. 17.2.1992, n. 154, RTPC*, 1993, 761) e un'impugnabilità delle clausole di contenuto non economico, per le quali non opera la sostituzione di diritto prevista per legge (PANZARINI, *Sulle nullità del contratto bancario*, Cel, 1995, 483). In maniera esaustiva LENER, *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996.

(135) V. PUTTI, *op. cit.*, 496 ss.

(136) D.lg. 1-9-1993, n. 385 (e successive modifiche), pubblicato nel Supplemento Ordinario alla G.U. n. 230, del 30-9-1993. L'art. 117 t.u. l. banc. precisa che i contratti vanno redatti per iscritto e una copia va consegnata al cliente. Inoltre specifica quali sono le informazioni che il contatto deve contenere: il tasso d'interesse e ogni altro prezzo o condizione praticati, inclusi gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. Il CICR, Comitato interministeriale per il credito al consumo, organo deputato all'individuazione delle modalità di comunicazione di dette informazioni, ha disposto che la Banca d'Italia può individuare forme diverse da quella scritta per le operazioni e i servizi effettuati sulla base di contratti redatti per iscritto, nonché per le operazioni e i servizi, oggetto di pubblicità, che hanno carattere occasionale ovvero comportano oneri di importo contenuto per il cliente. V. Delibera CICR, 4-3-2003, pubblicata nella G.U. n. 72, del 27-3-2003, al punto 10 relativo alla forma dei contratti.

(137) La consegna è attestata mediante apposita sottoscrizione del cliente sulla copia del contratto conservata dall'intermediario.

(138) V. il Comunicato della Banca d'Italia denominato «9° Aggiornamento del 25 luglio 2003 alla circolare n. 229 del 21 aprile 1999. Istruzioni di vigilanza per le banche. Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari», pubblicato in G.U. n. 191, del 19-8-2003. Alla Sezione III, punto 2, esso nomina espressamente la forma ad substantiam. La forma scritta non è invece obbligatoria: a) per operazioni e servizi effettuati in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto; b) per le operazioni e i servizi prestati in via occasionale — quali, ad esempio, ordini di pagamento a favore di terzi, acquisto e vendita di valuta estera — purché il valore complessivo della transazione non ecceda i 5.000 euro e a condizione che l'intermediario: 1) mantenga evidenza dell'operazione compiuta; 2) consegni o invii tempestivamente al cliente conferma scritta dell'opera-

zione, indicando il prezzo praticato, le commissioni e le spese addebitate; c) alle emissioni di moneta elettronica attraverso carte *usa e getta*.

Successivamente all'esecuzione di un bonifico, gli intermediari sono tenuti a fornire a ciascun cliente una chiara e completa informativa scritta sull'operazione, eventualmente anche per via elettronica, a meno che questi non vi rinunci espressamente. Per i bonifici transfrontalieri, se l'ordinante ha specificato che le spese relative al bonifico sono in tutto o in parte a carico del beneficiario, quest'ultimo deve esserne informato dal proprio intermediario; inoltre, in caso di conversione di valute, l'intermediario che effettua la conversione informa il cliente del tasso di cambio utilizzato.

(139) Il progetto segue da vicino la nuova dir. n. 2008/48; esso è attualmente in discussione, in prima lettura, alla Camera (disponibile on-line nel sito www.camera.it) ed è stato assegnato il 27-1-2009, in sede referente, alla VI Commissione Finanze. Se sarà approvato, verranno abrogati gli artt. 40 e 41 c. consumo it.; inoltre l'art. 43 c. consumo sarà novellato in quanto la disciplina del credito al consumo sarà contenuta integralmente nel t.u. l. banc. Il rinvio incrociato dal t.u. l. banc. al c. consumo consentirà di applicare anche alla materia del credito al consumo le disposizioni trasversali del c. consumo, quali, ad esempio, quelle sui diritti e sugli interessi, individuali e collettivi, dei consumatori (ad es. art. 2 c. consumo).

(140) In particolare sull'obbligo pre-contrattuale del creditore di valutare il merito creditizio del consumatore; in base a tale disposizione, inoltre, il creditore deve assicurarsi che il consumatore riceva e comprenda tutte le informazioni: a tal fine deve fornirgli, prima della conclusione del contratto, tutte le informazioni necessarie per la valutazione del credito.

(141) La nullità prevale sull'annullabilità come categoria di riferimento (nella variante della nullità relativa di protezione, invocabile solo da parte del consumatore) utilizzata nella trasposizione delle misure comunitarie; sia nei B2C (es., art. 36 c. consumo per le clausole abusive), sia nei B2B (la regola della nullità si applica anche alle clausole abusive concernenti la lotta contro i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali, v. l'art. 7 del d.l. n. 231/2002, pubblicato in G.U. n. 249, del 23-10-2002). Cfr. IAMICELI, *Invalidity of Contract under the Principles of European Contract Law and under Italian Law: A Question of "Dynamic Convergence"?*, ERPL, 2006, 175-196, al par. 2.1.

(142) D.lg. 9-11-1998, n. 427, ora trasfuso negli artt. 69 ss. c. consumo. Commenti di GIUGGIOLI, *Commento all'Art. 3, D.Lgs 9 novembre 1998, n. 427*, in *La multiproprietà*, a cura di De Nova-Giuggioli-Leo, Milano, 1999.

(143) Secondo taluni autori, anche la mera inosservanza delle prescrizioni di lingua, contenuta nell'art. 71(1)-(3) c. consumo [contratto redatto in lingua italiana e tradotto in una delle lingue dello Stato membro in cui risiede l'acquirente oppure a scelta dell'acquirente, nella lingua della Stato di cui egli è cittadino, purché si tratti di lingue ufficiali della UE, e tradotto altresì nella lingua ufficiale in cui è situato il bene immobile] conduce alla nullità del contratto, in quanto la lingua è un particolare aspetto della forma scritta imposta per la validità del contratto; cfr. MEMMO, *Il consenso contrattuale. Le nuove tecniche di contrattazione*, in *Tratt. Galgano*, XXXVI, Padova, 2007, 183.

(144) Prima della promulgazione del c. consumo, nell'interpretazione dell'art. 6 d.lg. 17-3-1995, n. 111, legge di

trasposizione della dir. n. 90/314 sui pacchetti di viaggio “tutto compreso”. Cfr. T. Bari, 8-8-2000, *FI*, 2001, I, 2089. (145) D.lg. 24-2-1998, n. 58, pubblicato nel Supplemento Ordinario alla *G.U.* n. 71, del 26-3-1998 (modificato da ultimo con d.lg. 25-9-2009, n. 146, pubblicato in *G.U.* n. 246, del 22-10-2009).

Il t.u.f. all'art. 21 (come modificato a seguito della trasposizione della dir. n. 2004/39 relativa ai mercati degli strumenti finanziari, con l'art. 4 d.lg. 17-9-2007, n. 164) distingue in maniera dettagliata fra doveri di informazioni passivi (per i quali l'intermediario acquisisce una serie di informazioni sulle caratteristiche e sulla propensione del rischio del cliente) e attivi (per i quali l'intermediario deve astenersi dall'effettuare operazioni non adeguate e deve segnalare l'inadeguatezza al cliente, ed ha l'obbligo di fornire al cliente l'informazione circa il grado di rischio effettivo di ogni operazione). Sulla violazione delle regole di comportamento dei soggetti autorizzati ai servizi di investimento finanziario si è espressa la Cass. S.U. (n. 26724/2007, cit. *supra*) sancendo la responsabilità risarcitoria ed eventualmente la risoluzione del contratto d'intermediazione finanziaria (c.d. contratto-quadro) per inadempimento, ma escludendo la nullità del contratto. Derivare la nullità da un comportamento tenuto in fase pre-contrattuale, senza riferimento al contenuto negoziale, sarebbe lecito solo nella contrattazione a distanza, per le peculiarità della tecnica negoziale usata cui si dà rilievo nell'art. 52, 3° co., e nell'art. 67 septies decies c. consumo it. (come modificato a seguito del d.lg. 23-11-2007, n. 221, sulla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori, cit. *supra*, che ha abrogato la disciplina contenuta nel d.lg. n. 190/2005), fatta comunque salva l'azione risarcitoria. Così SCODITTI, cit. *supra*, nt. 105.

Inoltre, l'art. 23 t.u.f. (come appunto modificato nel 2007 e nel 2009) prevede che i contratti relativi alla prestazione dei servizi d'investimento, escluso il servizio di cui all'art. 1, 5° co., lett. f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori, siano redatti per iscritto ed un esemplare sia consegnato ai clienti, pena la nullità (relativa di protezione), e fatta comunque salva la possibilità per la Consob, sentita la Banca d'Italia, di derogarvi con Regolamento, se sussistono motivate ragioni o in relazione alla natura professionale dei contraenti. Il Regolamento è stato effettivamente adottato dalla Consob, con delibera n. 16190 del 29-11-2007, e successivamente modificato con delibera n. 16736, del 18-12-2008. Esso prevede all'art. 28 Reg. le condizioni per informazioni corrette, chiare e non fuorvianti; all'art. 34 Reg. modalità di comunicazione delle informazioni pre-contrattuali (supporto duraturo o tramite il sito Internet dell'intermediario). Ai sensi dell'art. 36, 2° co., Reg., inoltre, le informazioni fornite su supporto duraturo devono utilizzare un supporto cartaceo; è ammessa una deroga alla regola del supporto cartaceo solo quando ricorrono le seguenti condizioni: — la diversa modalità usata risulti appropriata per il contesto in cui si svolge o si svolgerà il rapporto tra l'intermediario e il cliente; — il cliente o potenziale cliente sia stato avvertito della possibilità di scegliere tra supporto duraturo cartaceo o non cartaceo, ed abbia scelto espressamente quest'ultimo. Infine, l'art. 37 Reg. prevede la forma scritta per tutti i contratti aventi ad oggetto servizi d'investimento, oltre alla consegna di una copia ai clienti.

10. (Segue). *La moltitudine di altri rimedi* (146).

A livello nazionale vari sono i rimedi previsti per non travolgere l'intero contratto in caso di violazione della forma informativa. La parte che non ha rispettato la forma informativa potrà “perdere” un determinato profitto o diritto, oppure vederselo “sospeso”, oppure potrà esservi “un'interpretazione” del contratto o, infine, un'interpretazione del contratto “contra proferentem”.

Nel credito al consumo, ad esempio, quando manca solo l'indicazione del tasso d'interesse o del TAEG o dell'importo totale, la sanzione sarà la riduzione dell'interesse medesimo, che verrà fatto coincidere con quello legale (147) (così i sistemi giuridici tedesco e spagnolo), oppure sarà la sua sostituzione con il tasso nominale minimo dei Buoni del Tesoro annuali o di altri titoli simili indicati dal Ministero del Tesoro, emessi nei 12 mesi precedenti la conclusione del contratto (così il sistema italiano) (148). Nel caso francese, invece, sarà possibile perdere integralmente il diritto a percepire gli interessi, dato che la clausola relativa agli interessi sarà affetta da nullità parziale ed il prestito diventerà gratuito (149). Una diversa opzione, che non consiste nella “perdita” ma nella “sospensione” del diritto o vantaggio che deriverebbe dall'esecuzione del contratto, praticabile anche nei contratti B2B, è quella di sospendere il pagamento del prezzo finché l'obbligo di informare non sia stato adempiuto (unenforceability of the contract by one party), soluzione che si rinviene — appunto — nel sistema giuridico inglese (150), fatta salva la discrezionalità del giudice che potrà comunque sempre emettere un enforcement order (151). La sospensione dell'esecuzione del contratto si ritrova anche nelle vendite cosiddette porta a porta quando non viene data informazione scritta del diritto di recedere dal contratto secondo le modalità previste dalla legge inglese (152).

Altra opzione possibile, prevista conformemente alle disposizioni comunitarie nelle varie legislazioni nazionali, la quale ha l'effetto di “sospendere” (ed eventualmente di eliminare) il diritto o il vantaggio che deriverebbe dall'esecuzione del contratto, è l'allungamento del termine per il recesso (da 7 a 60 o 90 giorni) nei contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali ed in quelli a distanza, nei casi di informazione incompleta o errata o non fornita secondo adeguate modalità sul diritto di recesso medesimo (153).

Un diverso rimedio, a carattere punitivo, che fuoriesce dall'ambito delle sanzioni civili, è quello

delle sanzioni amministrative pecuniarie (multe) previste con ampiezza nel c. consumo it. (154), oltre che in altre leggi speciali (155), nonché nel Texto Refundido sul consumo spagnolo, oltre che in leggi speciali di quell'ordinamento (156). Talvolta sono previste anche sanzioni penali: così il c. consumo francese (157) e la legislazione consumeristica inglese (158).

Infine, un'altra opzione possibile è che la parte rimanga vincolata alle sole informazioni che comunica, almeno nel caso in cui la comunicazione sia stata condotta con mezzi elettronici, le clausole non siano state oggetto di negoziato individuale e si possano scorporare dal contratto senza che questo perda la sua utilità. Il principio trova applicazione a livello nazionale, ad esempio, nel credito al consumo, nell'inopponibilità (e pertanto inefficacia) delle clausole non inserite nel documento contrattuale (159), e nell'inesigibilità delle varie forme di garanzia previste dagli ordinamenti nazionali, se non constano per iscritto (160). Pertanto, dette clausole non saranno ritenute vincolanti. La non vincolatività della clausola è la sanzione minima che si desume anche dall'acquis. Il rimedio è stato incorporato nel DCFR all'art. II-9:103 (clausole non negoziate individualmente) (161).

(146) La diversità dei rimedi era già stata riconosciuta nei PECL (Principi di diritto europeo dei contratti, cit.), rispettivamente agli articoli: — 9:501, responsabilità contrattuale; — 4:106 e 4:117(2)(3), responsabilità pre-contrattuale per informazioni scorrette, esecuzione in forma specifica; — 4:103 e 4:104, rimedi che consistono nella perdita di un profitto o di un diritto; — 2:102, 3:201(3) e 5:101, rimedi che danno forza obbligatoria alle informazioni scorrette. Cfr. STORME, *Information requirements and remedies in the Principles of European Contract Law*, manoscritto, 2003, 3, disponibile all'indirizzo <http://webh01.ua.ac.be/storme/PECL.html>.

(147) § 494(2) S.2 BGB; art. 7(2) a) *Ley 7/95* sp.

(148) Art. 124, 5° co., lett. a) t.u. l. banc. it.

(149) Così gli artt. L311-33 ss c. consumo fr. V. anche Cass. civ., 16-3-1994, *Bull. Arr.*, 1-2 (1994), n. 100, 76. Contra: Cass. civ., 4-6-1981, *Dalloz*, 1982, 397, secondo la quale la funzione del giudice si deve limitare alla determinazione se l'omissione dell'informazione nel contratto (nel caso di specie del TAEG), provochi un vizio del consenso del prestatore. Solo in questo caso il contratto può essere dichiarato nullo. In altri casi la giurisprudenza nega la nullità e applica solo la perdita parziale dell'interesse: cfr. Corte d'Appello Versailles, 18-1-1996 (*Dalloz Affaires*, 1, 1996, 514-516), nel caso di un prestito per l'acquisto di un immobile; Corte d'Appello Limoges, 13-2-1996 (*Dalloz Affaires*, 1996, 744-745); Cass. civ., 18-3-1997 (*Bull. Arr.*, 1-2, 1997, n. 97, 63). In dottrina, vi sono opinioni discordanti: contro l'automatismo della nullità della clausola, senza tener conto di altre circostanze come la buona fede del prestatore, v. MAGNIER, *Les sanctions du*

formalisme informatif, *La semaine juridique*, Ed. générale, n. 5, *Doctrine*, 28-1-2004, I, 106, 177-180, 180; in suo favore, invece, GHELFI TASTEVIN, *Les nouveaux aspects de la déchéance du droit aux intérêts en matière de crédit à la consommation*, 2, 1998, Suppl., 1626-1630, 1626. In favore del cumulo dei due rimedi, nullità e perdita degli interessi, MALARIE-AYNES-GAUTIER, *Les Contrats spéciaux*, Paris, § 957, 609, n. 1.

(150) WHITTAKER, *Chitty*, I, § 4-003, 331: «[N]on-compliance with such statutory requirements may produce various effects. It may make the contract void, or unenforceable, or unenforceable by one party, or enforceable only on an order of the court. It may simply deprive the transaction of certain effects which it would have had, if the formal requirement had been observed, without generally impairing its validity or enforceability (...).»

(151) Sec. 60(1), Sec. 61(1), Sec. 127 (3)-(5) Consumer Credit Act 1974, come modificato dalle Consumer Credit (Agreements) Regulations 1983 (SI 1983, No. 1553, Schedule 6), e successivamente nel 2004 (SI 2004, No. 1482), nonché dal Consumer Credit Act 2006, legge attuata con l'Order 2007 (SI 2007, No. 123, C. 6) Prima del 2006 la discrezionalità del giudice veniva limitata in tre ipotesi: — quando manca la firma dell'utente o non constano per iscritto tutti i termini obbligatori dell'accordo, Sec. 61(1)a; — quando non viene fornita l'informazione sul diritto di recesso, Sec. 64(1); — quando non viene fornita la copia del contratto o altri documenti allegati necessari, Sec. 62 e 63. Con la modifica del 2006 (Sec. 15), che abroga la Sec. 127 (3)-(5), il giudice potrà sempre emettere un enforcement order.

Cfr. GUEST, *Chitty on Contracts*, II, London, 2004, § 38-071, 781; MAWREY QC-RILEY SMITH, *Blackstone's Guide to The Consumer Credit Act 2006*, Oxford, 2006, § 6.06, 58.

(152) Consumer Protection (Cancellation of Contracts concluded away from business premises) Regulations 1987, Reg. 4 (SI 1987, No. 2117). Nella stessa direzione The Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work ecc. Regulations 2008, Reg. 7(6), (SI 2008, No. 1816) in vigore a partire dal 1°-10-2008.

(153) Così la giurisprudenza della Suprema Corte italiana, poi recepita all'art. 65, 3° e 4° co., c. consumo it.: Cass., 3-10-2003, n. 14762, con nota di ALFANO, *EDP*, 2004, 1207-1215. Si noti la differenza con altri sistemi giuridici, ad esempio rispetto a quello spagnolo o a quello tedesco. Quest'ultimo in particolare, anche alla luce del caso *Heininger* (C. Giust. CE, 13-12-2001, C-481/99, *Racc.*, I-9945) non prevede un limite di tempo entro il quale il consumatore deve esercitare il diritto di recesso in caso di informazioni errate o parziali circa il suo esercizio. Va aggiunto che nel sistema tedesco la violazione dell'informazione sul recesso si risolve nel mero mancato assolvimento di un onere, e non nell'inadempimento di un obbligo, perciò non sono ritenute ammissibili sanzioni ulteriori, fatta salva un'eventuale azione collettiva in virtù della UKlaG, che ha trasposto la dir. n. 98/27. Cfr. commenti di EBERS-ARROYO AMAYUELAS, *Heininger y las sanciones a la infracción del deber de información sobre el Derecho de desistimiento ad nutum (STJCE 13-12-2001, Asunto C-481/99)*, *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, 407-432.

(154) Art. 62 c. consumo, disposizione comune ai contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali e ai contratti a distanza; art. 81 c. consumo, per la multiproprietà.

(155) Art. 21 d.lg. 9-4-2003, n. 70 per il commercio elettronico; cfr. anche il disegno di legge sul credito al con-

sumo (cit. nt. 139) che modificherà l'art. 144 t.u. l. banc., volto a consentire sanzioni amministrative nel caso di accertamento della violazione di qualunque disposizione sugli obblighi di trasparenza e delle norme sulla pubblicità. Il disegno di legge precisa che le sanzioni amministrative sono applicabili qualora l'inosservanza delle disposizioni sulla trasparenza sia significativa; inoltre prevede la possibilità di sanzionare per inosservanza delle disposizioni sulla trasparenza anche i componenti degli organi di controllo. Quanto all'ammontare delle sanzioni, gli importi previsti dall'art. 144 t.u. l. banc. risultano quintuplicati in virtù dell'art. 39, 3° co., legge n. 262/2005. (156) Artt. 49 ss. Texto Ref. 2007, cit. nt. 98, sanzioni amministrative per la violazione dell'obbligo di informare; v. anche art. 38, Ley 34/2002 sobre servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (BOE núm. 166, 12-7-2002, 25388 ss.).

(157) Sanzioni penali all'art. L121-28 c. consumo fr., sulle vendite porta a porta. Sanzioni amministrative, invece, agli artt. L311-33 ss. c. consumo fr., qualora il professionista non formuli correttamente l'offerta nei contratti di credito al consumo, facendogli pagare una multa, a prescindere dal danno causato all'utente del servizio. Cfr. AYNES, *Formalisme et prévention*, in FADLALLAH (ed.), *Le droit du crédit au consommateur*, Paris, 1982, 63-91, 89; AUDIER, *La responsabilité civile et pénale du dispensateur de crédit au consommateur*, in FADLALLAH (ed.), *Le droit du crédit au consommateur*, Paris, 1982, 175-216, 206; MAGNIER, *op. cit.*, 178.

(158) Consumer Protection (Cancellation of Contracts concluded away from business premises) Regulations 1987, cit., come modificato dal Consumer Protection (Cancellation of Contracts Concluded away from Business Premises) (Amendment) Regulations 1998 (SI 1998, No. 3050) in vigore dal 31-12-1998, che ha introdotto il Reg. 4A, Offence relating to the failure to provide notice of cancellation rights. Tendenza confermata dal più recente The Cancellation of Contracts made in a Consumer's Home or Place of Work ecc. Regulations 2008, cit., Reg. 17.

(159) Se il contratto non indica le spese dell'operazione di credito, l'utente non dovrà pagarle: v. § 494(2) S. 3-5 BGB.

(160) V. § 494(2) S. 6 BGB; art. 7(2) c) Ley 7/95 sp.

(161) La regola è stata elaborata in modo più dettagliato dal gruppo Acquis, all'art. 6:201(3) e (4) ACQP. «(3) Se il contratto è concluso con mezzi elettronici, le clausole contrattuali non vincolano l'altra parte, a meno che l'utilizzatore non le abbia messe a sua disposizione in forma testuale. (4) I consumatori non sono vincolati dalle clausole che non hanno avuto reale opportunità di conoscere prima della conclusione del contratto».

zione principale dedotta in contratto, ed anch'esso deve essere compiuto nella forma dovuta. Il legislatore comunitario nemmeno in questo caso indica la sanzione, qualora l'obbligo di consegna della copia non venga adempiuto. Trattandosi di una prestazione accessoria rispetto all'obbligo principale, può avere un trattamento differenziato rispetto a quella. Ed infatti, a livello nazionale, l'inadempimento dell'obbligo di consegna della copia del contratto non viene sanzionato con la nullità, a differenza di ciò che accade quando viene violata la forma scritta del contratto (164). L'inadempimento dell'obbligo di consegna ha conseguenze diverse a seconda del sistema giuridico considerato: in quello spagnolo, quando l'utente ha diritto a ricevere un documento che contenga la riproduzione delle clausole del contratto, che sia idoneo a provarlo (165), e non lo riceva, potrà ottenere il rimedio dell'esecuzione in forma specifica: in questo modo egli otterrà la soddisfazione effettiva del proprio diritto (art. 1.098 c.c. sp.). La dottrina spagnola ritiene infatti applicabile l'art. 1.279 c.c. sp. (possibilità di obbligare il professionista a consegnare la copia) (166). Tuttavia, l'applicazione dell'art. 1.279 c.c. solleva una questione fondamentale, nel senso che non sarà facile, per il consumatore, provare che il professionista non gli ha consegnato una copia del contratto, per poi costringerlo a farlo; sarebbe opportuno invertire l'onere della prova, ponendolo a carico del professionista, e ritenere come "non apposte" le clausole che pregiudicano il consumatore. In ogni caso è concesso il risarcimento dei danni per violazione di un dovere legale, ex art. 1.258 c.c. sp. (167). Nel sistema tedesco (168), invece, si ha uno slittamento del dies a quo per esercitare il diritto di recesso, il quale non inizierà a decorrere sino a quando la copia del contratto non sarà messa a disposizione del consumatore, § 355(2), III BGB. Parte della dottrina concederebbe anche il risarcimento dei danni ritenendo che non è stata adempiuta la prestazione accessoria, §§ 241, 280 ss. BGB (169). Nell'ordinamento italiano (170) tale inadempimento può essere sanzionato ai sensi degli artt. 1374 e 1453 c.c. it., norme che riguardano l'inadempimento di un'obbligazione legale (171).

11. (Segue). *La copia del contratto da consegnare a controparte.*

La questione (162) attiene alla tematica dei requisiti formali del contratto in senso lato, dato che la consegna della copia presuppone che vi sia stata un'attività informativa successivamente riversata nella documentazione cartacea o elettronica, principalmente a fini probatori (163). Tale obbligo di consegna, come quello di informazione, è un adempimento accessorio rispetto alla presta-

(162) L'obbligo di fornire copia del contratto varia a seconda delle direttive: la dir. n. 90/314, art. 4, 2° co., lett. b), stabilisce che debba assolversi per iscritto o in altra forma documentale che riveste le caratteristiche dell'idoneità, comprensibilità e accessibilità per il consumatore; le nuove misure comunitarie sulla multiproprietà, dir. n.

2008/122, all'art. 5, 5° co., richiede la consegna di una o più copie del contratto all'atto della sua conclusione, ma non prescrive in quale forma (testuale, cartacea, elettronica...).

(163) Sulle varie funzioni della copia, cfr. HEISS, *Formvorschriften als Instrument europäischen Verbraucherschutzes*, in SCHNYDER/HEISS/RUDISCH (HRSG.), *Internationales Verbraucherschutzrecht - Kolloquium zu Ehren von Fritz Reichert-Facilides*, Tübingen 1995, 98.

(164) Cfr. *supra* questa voce al par. 9.

(165) Nel credito al consumo: artt. 6(1) II e 7(1) Ley 7/95, crédito al consumo.

Nei contratti di viaggio tutto compreso: art. 4(2) Ley 21/1995, reguladora de los viajes combinados, legge abrogata dal *Texto Ref. 2007*, cit. nt. 98, v. artt. 154(2) e 165, le cui disposizioni, a differenza di ciò che prevede l'art. 4, 2° co., lett. b), dir. n. 90/314 (che si riferisce solo alla copia delle "condizioni contrattuali"), esigono la consegna di una copia del "contratto" posteriormente alla sua firma (una vez formalizado). La forma scritta è richiesta anche per il contratto medesimo all'art. 154(1) *Texto Ref. 2007*. Nelle vendite porta a porta: si deduce indirettamente dal tenore dell'art. 3, Ley 26/1991, de contratos celebrados fuera de establecimiento comercial, abrogato dal *Texto Ref. 2007*, cit. *supra*, artt. 111-112.

(166) In questo senso, per i pacchetti di viaggio "tutto compreso" si esprime SANTOS MORÓN, *El folleto o programa informativo y la forma del contrato de viajes combinados*, in *Estudios sobre consumo*, 1997, 23-38, 35. La risoluzione del contratto non pare possibile, tenendo conto che non si tratta di un inadempimento essenziale di un'obbligazione principale sinallagmatica ex art. 1.124 c.c. sp. Il *Tribunal Supremo* infatti non concede la risoluzione: v. ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho de Obligaciones*², Barcelona, 2002, 113.

(167) Cfr. ARROYO, *Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo?*, cit., 529.

(168) Ad esempio, nel credito al consumo: §§ 492(3) e 494 BGB.

(169) C.d. Positive Vertragsverletzung: v. RIESENHUBER, *Nachweispflichten. Ansprüche auf Information über Vertragsbedingungen im Europäischen und deutschen Vertragsrecht*, in WESTERMANN-MOCK (eds.), *Festschrift für Gerold Bezenberger zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York, 2000, 721-743, 734.

(170) Nel diritto italiano, in materia di contratti negoziati al di fuori dei locali commerciali, art. 47 c. consumo (copia della nota d'ordine consegnata al consumatore, recante l'indicazione del luogo e della data di sottoscrizione); in materia di multiproprietà, art. 70 c. consumo (consegna del foglietto informativo a chiunque ne faccia richiesta); in materia di servizi turistici, art. 85, 2° co., c. consumo (consegna della copia del contratto stipulato, sottoscritto o timbrato dall'organizzatore o venditore).

(171) PUTTI, *op. cit.*, 498.

giungono nuove possibili funzioni, in particolare quella preventiva, non solo per bilanciare l'asimmetria informativa tipica — come abbiamo visto — dei contratti B2C, ma anche per ricondurre a procedure razionalmente controllabili tutte le transazioni che si avvalgono di specifici metodi di comunicazione a distanza o di tecniche di marketing particolari. L'attenzione si è spostata, infatti, dal modo di esternare la dichiarazione di volontà (*Willenserklärung*), al modo di comunicare le informazioni, le dichiarazioni di scienza, le attestazioni e le asserzioni relative alle operazioni e ai dettagli economici implicati nella contrattazione. La forma informativa, come si è detto nelle pagine precedenti, conferisce struttura e contenuto al contratto, le informazioni diventano clausole contrattuali: la forma del contratto è data dalle informazioni espresse in un certo modo (173) che devono essere incluse nel contratto e che ne determinano la forma, appunto. Il contratto il più delle volte non è formale di per sé, ma perché contiene informazioni da fornire in una determinata forma (cosiddetta forma informativa). Tutto ciò, come si è detto, non modifica le tradizionali funzioni della forma riconosciute nei Codici nazionali o nel Common law inglese sopra ricordate (forma ad probationem, ad solemnitatem o ad substantiam, ad opposabilitatem), sulle quali l'acquis comunitario si esprime proprio affinché rimangano regolate dalle regole nazionali. Solo in relazione a taluni contratti, credito al consumo, pacchetti di viaggio tutto compreso e multiproprietà, anche il diritto comunitario sembra richiedere un requisito formale più stringente (174). La dottrina tedesca, a tal proposito, ha ritenuto opportuno introdurre una nuova categoria, quella della c.d. "forma costitutiva" (175) per non confondere questa ipotesi con quella tradizionale della forma cosiddetta ad substantiam. Il requisito della forma costitutiva per iscritto significa che il contratto dovrà essere *almeno* per iscritto, non potendo essere, ad esempio, in forma testuale (*Textform*). La forma scritta costitutiva non è pertanto sinonimo di forma ad substantiam, ma ha la funzione di escludere i gradi o livelli formali inferiori, come ad esempio la forma orale o le forme meramente testuali. Se è vero, dunque, che la funzione della forma rimane regolata dagli ordinamenti nazionali (e la ragione non è difficile da capire: solo essi sono legittimati a decidere quali funzioni la forma debba avere, e di conseguenza quali sanzioni saranno erogate in caso di violazione della forma contrattuale), è altresì ve-

12. Le funzioni della forma.

Le funzioni tradizionali della forma, intesa quale modo di manifestazione delle dichiarazioni contrattuali o negoziali (172): — ad substantiam, per costituire il vincolo contrattuale, — probatoria, per favorire la prova del contratto, — di opponibilità verso terzi del contratto medesimo, non sono cadute in disuso a livello nazionale; a queste si ag-

ro che la forma in ambito comunitario ha assunto una nuova funzione che non tarderà a ripercuotersi sui sistemi giuridici degli Stati membri.

(172) Ex multis, GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, in *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, 266; SACCO, *La forma*, in *Tratt. Rescigno*³, Torino, 2002, 289. La forma informativa (scritta o su supporto equivalente) non è annoverata fra le funzioni tradizionali svolte dalla forma scritta, che sono: 1. probatoria: per evitare future controversie contrattuali; 2. di ammonimento: per riflettere sulla decisione, soprattutto per le prestazioni unilaterali; 3. ai fini della validità: per segnare il confine netto fra la fase delle trattative e la conclusione del contratto. Fra gli altri, v. KÖTZ-PATTI, *Diritto europeo dei contratti*, Milano, 2006, 152 ss. Anche la prospettiva tradizionale del Common Law annovera tre funzioni principali della forma scritta: evidentiary function, prova l'esistenza ed il contenuto del contratto; cautionary function, richiama l'attenzione del soggetto sulle conseguenze della transazione che si sta per concludere; channelling function, fornisce un test circa la c.d. enforceability (la possibilità di esecuzione del contratto); d'altro canto le funzioni della forma possono aumentare praticamente all'infinito: cfr. FULLER, *Consideration and Form*, 41 *Columbia Law Rev.* 799, 1941; FRIEDMAN, *Law, Rules and the Interpretation of Written Documents*, 59 *NWUL Rev.* 751, 1965; PERILLO, *The Statute of Frauds in the Light of the Function and Dysfunctions of Form*, 43 *Ford L Rev.* 39, 1974; KENNEDY, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harvard Law Rev.*, 1685, 1976. La comunicazione ha un costo; minore è il costo, maggiore la probabilità che le parti investano nell'invio e nel recepimento del messaggio. Il costo della comunicazione è basso se il legislatore modella le prescrizioni di forma secondo uno standard generico e semplice, piuttosto che produrre regole specifiche in materia (mancanza di firma=nullità) (pp. 1697 ss.). L'A. nota una corrispondenza fra dimensione formale di standards e regole, e dimensione sostanziale di altruismo ed individualismo. «(...) Standards may be a vehicle for opposition to the dominant ideology (opposition within a particular judge as well as opposition among judges), keeping alive resistance in spite of the capture of the substantive order by the enemy».

(173) Rilievo di MASUCCI, *La forma del contratto*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, III, Padova, 2003, 196-243, 208 e 214.

(174) La forma sembra svolgere una funzione «costitutiva» nel credito al consumo: art. 4 dir. n. 1987/102 sul credito al consumo, abrogato dall'art. 10, 2° co., della nuova dir. n. 2008/48; art. 4, 2° co., lett. a) e b), dir. n. 1990/314 sui pacchetti di viaggio tutto compreso; art. 4 dir. n. 94/47 sulla multiproprietà, ora sostituito dagli artt. 4, 2° co., e 5, 1° co., della nuova dir. n. 2008/122; oppure talora in riferimento a singole clausole: art. 3, 5° co., dir. n. 2001/35 sui ritardi nel pagamento, che si riferisce alle clausole contrattuali redatte per i contratti standard regolati dalla dir. n. 93/13, la quale presuppone che almeno certe clausole siano «per iscritto»; art. 20, 2° co., lett. a), dir. n. 86/653 sugli agenti commerciali indipendenti.

(175) Sulla forma costitutiva RIESENHUBER, *System und Prinzipien des europäischen Vertragsrechts*, Berlin, 2003, § 14, 321; HEISS, *op. cit.*, 94, 97-98; BYDLINSKY, *Formgebote für Rechtsgeschäfte und die Folgen ihrer Verletzung*, in

SCHULZE/EBERS/GRIGOLEIT (eds.), *Information Requirements and Formation of Contract in the Acquis Communautaire - Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen 2003, 145; POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats*, Paris, 2006, 104-105; ARROYO, *Qué es la forma*, cit., 525.

13. Sintesi e conclusioni.

La forma richiesta dalle misure comunitarie che incidono sul diritto contrattuale nazionale solo in ipotesi eccezionali riguarda il contratto (credito al consumo, multiproprietà, e pacchetti di viaggio tutto compreso) ove svolge, secondo la dottrina più recente, una funzione «costitutiva». In tutti gli altri casi essa riguarda l'informazione e, tramite essa, si trasferisce alla struttura del contratto, all'assetto complessivo del regolamento di interessi costruito dai contraenti, scandendo una procedura razionalmente controllabile per la sua formazione. In questi casi essa svolge la duplice funzione di favorire il controllo ex ante sulla razionalità procedurale del contratto ed ex post sulla corrispondenza fra informazioni comunicate ed effettivo contenuto del contratto.

La forma informativa svolge ulteriori funzioni: nei contratti B2C tutela il consumatore, a garanzia della qualità del bene (ad esempio, nella vendita a distanza) e sanziona l'inganno (nei casi di raggiro mediante attestazioni mentitorie), mentre nei contratti B2B serve per il calcolo del rischio dell'operazione economica (contratto di assicurazione), ed infine nei contratti di «diritto comune», cosiddetti C2C, contribuisce al mantenimento dell'ordine sociale (ad esempio, nel trasferimento di proprietà immobiliare urbana è obbligatorio enunciare che il reddito fondiario dell'immobile è stato menzionato nell'ultima denuncia dei redditi, pena la nullità dell'atto di trasferimento, ciò al fine di bloccare la circolazione di immobili non censiti dal Catasto) (176).

La forma informativa rappresenta dunque un criterio di controllo per la parte medesima, prima ancora che per l'interprete, la quale potrà verificare gradualmente il livello di comprensione del testo ed eventuali omissioni, inganni, raggiro ed oscurità del testo. La forma informativa riveste, pertanto, un ruolo decisivo nel cambiamento in atto del paradigma contrattuale. Le modalità di contrattazione favorite dalle nuove tecnologie (a distanza nel tempo e nello spazio, spersonalizzate, verbali, di massa) hanno enfatizzato il fenomeno. La comunicazione si serve di strutture diverse in ragione dell'immediatezza o della com-

plexità con cui essa viene operata, ma è pur sempre un fatto che genera conoscenza e, come tale, assume fondamentale importanza nella vita del Diritto. Non si tratta evidentemente solo della *dichiarazione*, come messaggio linguistico teso a partecipare un certo dato ad un destinatario o ad una generalità di soggetti, ma di tutte le *attestazioni* contenute in un contratto, le quali adempiono a plurime funzioni (177). L'informazione è protagonista nel procedimento di formazione del contratto sino alla sua esecuzione: non solo nei moltissimi casi B2C, che concernono i contratti per adesione «di massa», ove non è rilevante individuare la parte occasionale del rapporto contrattuale (ad esempio: trasporto, assistenza a spettacoli) o anche i contratti «in serie», per i quali è invece necessario individuare la controparte (ad esempio: conto corrente, apertura di credito, mutuo, multiproprietà), ma anche quando la negoziazione avviene fra professionisti. Anche nelle negoziazioni B2B, infatti, come si è visto, il controllo della razionalità procedurale diviene fondamentale. Ammesso, dunque, che in tutte queste ipotesi sussista un dovere o obbligo di informare, la discussione attualmente verte sui criteri che consentono di distinguere le informazioni che possono essere taciute, tenendo in considerazione gli standards di qualità e di esecuzione che normalmente sono richiesti dalle circostanze in cui il contratto viene concluso, da quelle informazioni che devono essere rivelate in quanto indisponibili, e soprattutto sull'assetto rimediale.

Se si assume il punto di vista dell'emittente, secondo alcuni commentatori egli potrà esimersi dal comunicare tutte le informazioni che non abbia potuto acquisire per impossibilità oggettiva (impossibilità o seria difficoltà di entrare in possesso delle informazioni che si è tenuti a fornire a controparte); l'ignoranza legittima agirebbe, pertanto, come scusante. Assumendo, invece, il punto di vista del destinatario, vi è chi sostiene che egli sarà tenuto ad usare l'ordinaria diligenza per procurarsi tutte le informazioni possibili, mentre le altre gli dovranno essere comunicate da controparte. In particolare nei contratti B2C, parte della dottrina ha suggerito che al dovere o obbligo di fornire informazioni del professionista corrisponderebbe un onere particolare del consumatore: quello di attivarsi per richiedere dati ulteriori rispetto a quelli già forniti, che siano utili alla formazione del suo consenso. Si potrebbe configurare una situazione in cui l'onere di dili-

genza a carico del consumatore è limite all'estensione del dovere o obbligo di informare che grava sul professionista (178). Assumendo, infine, che il comportamento di emittente e destinatario sia cooperativo, andranno comunicate tutte le informazioni pertinenti sotto il profilo del controllo sulla razionalità procedurale del contratto. Ciascuna parte sarà tenuta a fornire e, al contempo, a procurarsi, contando sul comportamento cooperativo di controparte, tutte le informazioni pertinenti sotto il profilo della razionalità procedurale dell'operazione contrattuale (179).

Di fatto, l'identificazione concreta di quali siano tali informazioni indisponibili ai sensi del controllo sulla razionalità procedurale è operazione assai complessa per vari ordini di ragioni. La prima dovuta alla pluralità delle fonti di tali informazioni; la seconda dovuta al grado di dettaglio con cui vengono descritti i loro contenuti; la terza dovuta alla diversa funzione che esse svolgono. Sotto il profilo delle fonti delle informazioni, come si è detto, esse possono essere fornite volontariamente dalle parti (sottoforma di attestazioni, dichiarazioni di scienza o di dichiarazioni di volontà), oltre che derivare direttamente dalla legge (sia essa una direttiva comunitaria oppure una legge nazionale), oppure essere ricavate dalla giurisprudenza per via interpretativa da principi generali come quello di buona fede, nonostante l'idiosincrasia dimostrata verso questo principio da taluni ordinamenti (180). Nella maggioranza delle ipotesi, la forma informativa è imposta dalla legge (181); tuttavia, talvolta riguarda informazioni che le parti si scambiano spontaneamente (nelle Direttive sui pacchetti di viaggio e multiproprietà il riferimento è al contratto che dovrà includere «almeno i dati e le clausole di cui all'allegato», alludendo con ciò ad *ulteriori* informazioni che le parti spesso si scambiano) e che, una volta comunicate, diventano vincolanti.

Quando la forma informativa è imposta dalla legge, essa assume un grado di dettaglio foriero di confusione, determinato dall'approccio causistico del legislatore comunitario (ad esempio, nella richiesta di indicazione della generalità dei contraenti, alcune Direttive richiedono nome, cognome ed indirizzo geografico, mentre altre richiedono elementi diversi, come l'indirizzo e-mail, il numero di registrazione presso il Registro delle imprese, ecc.). Per esigenze di semplificazione, tali doveri o obblighi informativi si possono ricondurre a due categorie, obblighi informativi di «primo grado», che concernono la formazione del con-

tratto che si sta negoziando e che determineranno il contenuto del contratto, ed obblighi informativi di «secondo grado», che mirano a conservare la confidenzialità delle informazioni comunicate nella fase di formazione. Inoltre, va aggiunto che il grado di dettaglio non incide solo sul contenuto delle informazioni, ma anche sulla loro qualità. Le informazioni fornite devono comunque essere sempre «chiare, precise e comprensibili», in alcuni casi «dettagliate», in altri semplicemente «leggibili», in altri ancora «complete». La qualità delle informazioni si riverbera sulla loro effettività ed ha conseguenze sul piano rimediabile.

In sintesi, la forma informativa (ovvero le informazioni che ex lege vanno inserite obbligatoriamente nel contratto e quelle che le parti si scambiano volontariamente e che, come si è detto sopra, diventano vincolanti) si trasmette al contratto, il quale «diventa formale» in quanto contiene queste informazioni formalizzate (le modalità espressive sono varie: testuale, su supporto durevole, per iscritto, su carta). Il contratto peraltro diventa «formale» in senso nuovo. A questo proposito l'espressione «forma informativa» rappresenta efficacemente la generalizzazione di un principio segnalato dalla dottrina tedesca (182), quello per cui l'informazione pre-contrattuale può avere efficacia contrattualmente vincolante. Lo spostamento del punto di incidenza della disciplina contrattuale e l'assoluta preminenza assunta dal profilo procedimentale rispetto a quello della conclusione era già stato evidenziato dalla dottrina italiana attraverso l'analisi delle regole relative al diritto di recesso, difficili da conciliare nei diversi ordinamenti europei con il presupposto della vincolatività delle dichiarazioni (183). Tecnica di protezione, si era detto, che incide direttamente sul processo di formazione del vincolo. In definitiva, ciò che rileva nella fase di contrattazione è l'attività di predisposizione di un modulo contrattuale razionale e coerente, e ciò che si protegge è l'interesse del contraente a che si verifichi il risultato economico atteso (184). L'intero processo di perfezionamento è visto come una fattispecie generatrice di responsabilità contrattuale: se il contratto sia già in essere o sia ancora latente è questione da risolvere in funzione della scelta relativa all'an e al quantum della tutela risarcitoria.

In tutti i casi in cui i doveri o obblighi di informazione sono relativi al contratto in fase di negoziazione, l'informazione svolge la medesima funzione: quella di consentire un controllo della

razionalità procedurale dell'operazione contrattuale. Va notato che anche nelle transazioni che avvengono quotidianamente, sulla base dello schema tradizionale della compravendita (185), le informazioni caratterizzano la negoziazione, e che almeno per una parte cospicua di esse vale la prassi per la quale devono essere fornite in una forma che le renda direttamente disponibili ed accessibili al destinatario, spesso per iscritto oppure su di un supporto equivalente. L'informazione è, dunque, richiesta in tutti i contesti negoziali, e sempre più spesso essa assume una forma determinata. Va ribadito che nella gran parte di queste ipotesi la «forma» si localizza ad uno stadio anteriore rispetto alla conclusione del contratto: quella delle informazioni pre-contrattuali, le quali diventano struttura portante del contratto prima che esso venga concluso.

La complessità concettuale che, come abbiamo visto, riguarda la forma informativa e l'ontologica tautologia che essa racchiude si riflettono sull'apparato rimediabile. Nulla dice il legislatore comunitario in proposito, riferendosi solo in generale alle sanzioni che devono essere proporzionali ed efficaci; la questione è pertanto demandata agli Stati membri. Il quadro è necessariamente variegato, a seconda della violazione.

Se ad essere violata è la forma dell'informazione (per iscritto, o il requisito della «chiarezza e comprensibilità» dell'informazione, o la lingua richiesta per la sua comunicazione) oppure la forma che si trasferisce al contenuto contrattuale (informazione parziale, omessa, mendace), allora si potrà ricorrere al diritto di recesso previsto in alcuni casi dalle Direttive comunitarie, e comunque sempre al risarcimento del danno per responsabilità pre-contrattuale (186), o sulla base dei criteri della responsabilità extracontrattuale o di quella contrattuale (187), con maggiore o minor ampiezza, a seconda dei diritti nazionali considerati. Tuttavia i sistemi giuridici evidenziano altresì soluzioni particolarmente eclettiche, che vanno dalla nullità assoluta o relativa, all'annullamento, alla risoluzione del contratto (188), sino alle sanzioni amministrative e penali (189).

Se ad essere violata è, invece, direttamente la forma del contratto (nelle rare ipotesi in cui la forma sia «costitutiva» del contratto), allora l'indicazione che proviene dalla dottrina e dalla giurisprudenza di merito nazionali di molti ordinamenti è quella di sanzionare il contratto con la nullità di protezione (relativa) (190), ma occorre riflettere se non convenga piuttosto un'interpre-

tazione *contra proferentem* qualora sia sensato salvare l'operazione economica.

Infine, un'ultima considerazione sulla forma come *struttura*. Ponendo a vaglio critico le diverse ipotesi prospettate circa il neoformalismo di provenienza comunitaria, è possibile affermare che la forma informativa, che dà struttura al contratto, non è mero «veicolo delle informazioni» (191), a garanzia della trasparenza del regolamento contrattuale, della sua chiarezza e comprensibilità; non è solo occasione per un «ripensamento delle clausole contrattuali», strumentale alla riflessione sull'opportunità dell'operazione economica, dal momento che il controllo sul contenuto normativo del contratto è (almeno in parte) realizzato a monte, attraverso la cosiddetta etero-determinazione del contenuto del contratto (192). Essa assicurerebbe «l'uniformazione del contenuto (minimo) del contratto» (193), rendendo possibile il controllo della razionalità procedurale del contratto. La forma informativa caratterizzerebbe la formazione del vincolo contrattuale, il quale è dapprima reversibile, e pertanto temporaneamente debole (a causa del diritto di recesso che compete al consumatore oppure del diritto di revoca che spetta anche al professionista/impresa nei contratti di assicurazione) ed è destinato a cristallizzarsi in modo definitivo solo dopo un certo momento e a determinate condizioni. La forma costituirebbe, in tal senso, la struttura fondante l'impegnatività della promessa azionabile in giudizio cui il Diritto attribuisce forza di legge (stilema del contratto inglese), ed è per questa ragione che il «contratto-accordo» (come si diceva nel par. 1 di questa voce) passerebbe in secondo piano.

Riconoscendo che la forma è ciò che conferisce *struttura* all'oggetto (194) e riconoscendo altresì che l'*iscrizione* è la condizione primaria di tutto il processo sociale, senza la quale l'oggetto sociale svanisce (la legge costitutiva di quest'ultimo è infatti [*Oggetto = Atto Iscritto*]) (195), si giunge alla conclusione che la possibilità di un'iscrizione (o di un'attestazione, di un'identificazione) valida sia costitutiva della *documentalità*, senza la quale non potrebbero esserci né la società, né i suoi oggetti. Ragionando in questi termini, è lecito affermare che l'accesso al mondo sociale passa sempre attraverso un'iscrizione costitutiva della *documentalità*. Non c'è società se non ci sono documenti, e i documenti appaiono come registrazioni dotate di peculiare valore sociale (196). L'indagine sulla forma informativa conduce, dun-

que, in ultima analisi, al complesso tema della *documentalità* nelle sue declinazioni moderne, che naturalmente non può essere approfondito in questa sede (197). Qui basti accennare al fatto che gli elementi essenziali del *documento contrattuale moderno* (198) sono il supporto fisico (che lo rappresenta attraverso la memorizzazione dei contenuti), l'iscrizione (che ne definisce il valore sociale e ne conferisce stabilità) e la firma (che ne garantisce l'autenticità, ovvero ne rintraccia le origini, imputandolo ad un certo autore). Solo il documento dotato di questi requisiti è *idiografico e nomotetico*, ovvero è espressione unica e insostituibile di un diritto o di un'identità, al contempo presentandosi come conforme ad una riproducibilità formale. Singolarità e iterabilità qualificano anche il documento contrattuale: la quintessenza del documento, in definitiva, si trova nell'«idiotema» (quel modo specifico di presentazione di un'iscrizione che la collega ad un individuo), ossia nella «singolarità iterabile», il cui modello più evidente risiede nella «firma» (199). La «durata» è il requisito fondamentale ulteriore del documento contrattuale. Esso deve *conservare* la rappresentazione che incorpora e garantirne la *riproducibilità inalterata* nel tempo e nello spazio. E così, anche se l'archivio post-moderno (come le memorie cosiddette volatili, ad es. la RAM, o quelle non volatili, ad es. il disco rigido) non si estende sino a garantire l'indistruttibilità del documento telematico ed è più aleatorio di quello cartaceo, può essere utilizzato ai fini della documentazione contrattuale, dato che sul piano funzionale assicura ugualmente l'attribuibilità, l'integrità (relativa) e la riproducibilità (infinita) dei suoi contenuti.

Rimane da svolgere un'ultima riflessione. La forma informativa come criterio per condurre il controllo sulla razionalità procedurale non risolve le questioni di (in)giustizia contrattuale. Se è vero che esistono diverse prospettive europee di *welfare* (200), si dovrà ammettere che gli interventi del legislatore comunitario hanno avuto sin'ora il mero significato di colmare un deficit informativo, rendendo l'informazione trasparente e di qualità, a tutela dell'eguaglianza in senso formale dei contraenti. Si tratta di interventi sulla giustizia «procedurale», i quali restano molto distanti da azioni concrete volte a promuovere forme di giustizia sostanziale. Del resto, l'idea che sia «giusto» il contratto che distribuisce equamente vantaggi e svantaggi, mentre sia «ingiusto» (e dunque invalidabile) il contratto che non garantisce benessere sociale è un'idea forse troppo astratta ed anche un

poco insidiosa. Pare preferibile adottare una prospettiva relazionale e più concreta, ammettendo che, oltre alla legge ed al mercato, il giudice (o altro organo di mediazione) sia chiamato a rivestire un ruolo fondamentale nel combinare certezza e duttilità per integrare il contratto o, laddove ciò non sia possibile, per condurre le parti a rinegoziarne i contenuti, ed infine per concedere rimedi diversificati cogliendo la complessità degli interessi in gioco, seppur con ciò sconfessando il percorso verso la tanto attesa armonizzazione del diritto contrattuale europeo.

BARBARA PASA

(176) SACCO, *La forma*, in *Il contratto*, cit., 703; Id., *La forma*, in *Tratt. Rescigno*, cit., 289.

(177) Una rassegna dei fatti rivolti a tale conoscibilità si trova in SACCO, *La parte generale del diritto civile. Il fatto, l'atto, il negozio*, cit., 76 ss. e 319 ss. L'A. passa in rassegna i fatti con cui, nel codice civile italiano, si rende genericamente o formalmente conoscibile un dato di fatto.

(178) Così TARDIA, *Buona fede ed obblighi di informazione tra responsabilità precontrattuale e responsabilità contrattuale*, *Rass. DC*, II, 2004, 738 ss.: l'A. sostiene che esiste un corrispondente obbligo per il consumatore di attivarsi per reperire l'informazione, riconducendolo all'interno delle maglie del principio di buona fede. Il diritto ad essere informati non giustificerebbe l'inerzia di chi riceve le informazioni, il quale sarebbe tenuto ad attivarsi con l'ordinaria diligenza per acquisire tutte le informazioni che rientrano nella sua sfera di conoscenza o di conoscibilità, per valutare in termini di utilità il contratto. Nonostante la legislazione comunitaria in materia non stabilisca alcun dovere o onere di questo tipo, l'interprete potrebbe inferire l'onere di reperimento delle informazioni ulteriori a carico del consumatore in almeno un paio di ipotesi: quando non sia di fatto riscontrabile una situazione di effettiva debolezza contrattuale del consumatore e quando il consumatore utilizzi l'argomento della presunta "debolezza" in modo tale da poter escludere la sua responsabilità contrattuale per inadempimento.

(179) Per la grande maggioranza degli studiosi sembra definitivamente superata la tesi di Kronman per il quale l'informazione appartiene a colui il quale ha fatto un investimento per averla, e va escluso che si debbano comunicare le c.d. «informazioni costose». KRONMAN, *Mistake, Duty of Disclosure, Information and Law of Contracts*, 7 *J. of Leg. Studies* 1, 1978, 4 ss.

(180) V. TEUBNER, *Legal Irritant: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, 61 *Modern Law Review* 11, 1998, e successivamente in SNYDER (ed.), *The Europeanisation of Law*, Oxford, 2000, 243 ss. Per una riflessione più approfondita sul punto sia consentito il rinvio a PASA, *Old terms for new concepts in consumer contracts?*, working-paper nella collana *Jean Monnet Working Papers NYU School of Law*, 12-11-2007, disponibile all'indirizzo <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/07/070901.html>.

(181) Ciò si riscontra già sul terreno nazionale; ad esempio nel c.c. italiano sono presenti vari doveri di informare: artt. 798 (obbligo di comunicare i vizi del bene oggetto di donazione); 1338 (obbligo di comunicare tutte le

circostanze non solo note, ma anche conoscibili, che possono determinare l'invalidità del contratto); 1759 (il mediatore deve comunicare alle parti le circostanze a lui note relative alla valutazione e sicurezza dell'affare); 1710 (il mandatario è tenuto a rendere note al mandante le circostanze sopravvenute che possono determinare la revoca o la modifica del mandato); 1713 (il mandatario deve rendere il conto del suo operato al mandante); 1746 (l'agente deve fornire al proponente le informazioni riguardanti le condizioni del mercato della zona assegnatagli e ogni informazione utile per valutare la convenienza dei singoli affari); 1812 (se la cosa data in comodato ha vizi tali da arrecare danni a colui il quale se ne serve, il comodante è tenuto al risarcimento del danno qualora non abbia avvertito il comodatario); 1821 (il mutuante ha l'obbligo di informare il mutuatario per i vizi delle cose date a prestito, pena il risarcimento del danno, fatta salva la prova di averli ignorati senza colpa); 1892 e 1893 (le dichiarazioni inesatte o la reticenza del contraente relative a circostanze tali per cui l'assicuratore non avrebbe concluso il contratto di assicurazione o non lo avrebbe fatto alle medesime condizioni, sono causa di annullamento del contratto, quando il contraente ha agito con dolo o colpa grave; in caso contrario, se non vi è stato dolo o colpa grave, sono causa di recesso); ecc.

(182) GRUNDMANN, *Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law*, *Common Market Law Rev.*, 2002, 269-293.

(183) SCANNICCHIO, *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, III, Padova, 2003, 134-192, 159 (e dottrina ivi citata).

(184) Un nuovo tipo di contratto speciale, il contratto di servizio di pagamento di cui alla dir. n. 2007/64 sui servizi di pagamento (recante modifica alle dir. n. 97/7, 2002/65, 2005/60 e 2006/48, e che abroga la dir. n. 97/5) è emblematico del mutamento in atto della nozione di contratto: si noti che nel rapporto obbligatorio fra prestatore di servizi di pagamento (banche ed enti creditizi, conti correnti postali) e utenti dei servizi di pagamento, c.d. pagatore (che non è solo il consumatore, ma può essere anche un professionista) non esiste più una chiara linea di demarcazione fra obbligazioni pre-contrattuali e contrattuali. Esiste, invece, una pluralità di fatti giuridici che si succedono gli uni agli altri, e una serie di attestazioni giuridiche (informazioni generali preliminari; che il prestatore del servizio di pagamento deve fornire dopo il ricevimento dell'ordine di pagamento, all'utente del servizio, nelle operazioni di pagamento singole; quelle che il prestatore del servizio di pagamento, deve fornire dopo l'esecuzione di un'operazione di pagamento, a chi riceve il pagamento, nelle operazioni di pagamento singole; le informazioni dovute al pagante e a chi riceve nelle transazioni di pagamento individuale, all'interno di un contratto quadro; le modifiche alle informazioni fornite nel contratto quadro, ecc.), informazioni che progressivamente vanno a costruire il contratto. Sulla nozione di "servizi di pagamento" v. art. 3 dir. n. 2007/64, ovvero tutte le attività commerciali indicate nell'Allegato, ad es. pagamenti con carte di credito, escluse le operazioni di pagamento basate su uno dei seguenti documenti: denaro contante, oppure assegni, titoli cambiari, vouchers e traveller's cheque su supporto cartaceo ed altro. La direttiva, peraltro, non riguarda solo il vincolo contrattuale tra utente dei servizi di pagamento e prestatore dei servizi. Ai fini del corretto funzionamento di bonifici ed altri ser-

vizi di pagamento, è necessario che i prestatori di servizi di pagamento e i loro intermediari, quali i responsabili del trattamento, abbiano posto in essere contratti in cui siano convenuti diritti e obblighi reciproci. Le questioni relative alle responsabilità costituiscono parte essenziale di questi contratti uniformi. Ulteriori diritti e dettagli concernenti l'oggetto del ricorso e le modalità di trattamento delle rivendicazioni nei confronti del prestatore dei servizi di pagamento o dell'intermediario a seguito di un'operazione di pagamento eseguita in modo inesatto dovrebbero essere lasciate all'autonomia contrattuale. Così anche STORME, position paper relativo a *Payment Services and Payment Instruments*, presentato a Cracovia durante il Plenary meeting dell'Acquis Group (11/13-10-2007), 2.

(185) Va sottolineato che anche nell'acquisto di generi alimentari, come il pane ad esempio, piuttosto che in quello di prodotti cosmetici o di medicinali, le informazioni sono fornite al consumatore per iscritto: ad esempio, sulla vetrina dove è esposto il pane troveremo le informazioni sugli ingredienti, così come sui prodotti confezionati del supermercato troviamo informazioni relative alla merce e alle modalità d'uso. A seconda della tipologia del prodotto, l'informazione sarà più o meno completa e dettagliata.

(186) Principio della culpa in contrahendo, elaborato dalla dottrina tedesca ed ora regolato nel BGB, § 311(2) e § 280(1) in relazione al § 241 BGB, sul quale v. *supra* par. 7 di questa voce.

(187) Nel sistema spagnolo, come si è detto, la responsabilità è extracontrattuale ai sensi dell'art. 1.902 c.c. sp., quando le informazioni che costituiscono il contenuto minimo del contratto sono inesatte e parziali, oppure contrattuale ex art. 1.101 c.c. sp. in relazione all'art. 1.258 c.c. sp. Il sistema francese riconosce la responsabilità contrattuale nel caso di violazione dell'obbligo d'informazione previsto dalla legge ex art. 1135 c.c. fr., accanto al principio generale della culpa in contrahendo con il quale si accede ai rimedi risarcitori extracontrattuali. Nel caso inglese la discrezionalità del giudice nell'offrire rimedi è ampia: il risarcimento dei danni può essere concesso sulla scorta della dottrina degli implied terms all'interno della Law of Contract, oppure in virtù dell'espansione della dottrina dell'Unjust Enrichment nella Law of Tort, sino all'applicazione del Promissory Estoppel in caso di rottura ingiustificata delle trattative. Cfr. *supra* par. 7 di questa voce.

(188) Così nel sistema giuridico italiano: cfr. dottrina cit. *supra* par. 7 di questa voce, ed inoltre: ALPA, *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, *Contr.*, 1999, 850 ss.; sull'azione di annullamento del contratto per dolo o a errore cfr. anche DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, *SI*, 1999, 1189-1205, 1195.

(189) I sistemi francese ed inglese sono accomunati dal fatto che, a prescindere dal tipo di infrazione della forma contrattuale, spesso la sanzione ha un'evidente funzione punitiva: ad esempio, nel caso in cui si punisce con sanzione amministrativa chi ha erogato il credito al consumo. V. *supra* par. 7 di questa voce, e STEPHENSON, *Consumer Credit*, *Collin Professional Books*, 1987, § 7.06, 82.

(190) Nel sistema tedesco, come in quello spagnolo, il contratto è nullo solo in ipotesi espressamente previste dalla legge, nel caso in cui manchino tutte le informazioni necessarie. Nel sistema italiano la nullità è prevista per i contratti che non rivestano la forma scritta (c.d. forma costitutiva secondo la dottrina tedesca). In tali casi il contratto che non riveste la forma prescritta dalla legge non

è radicalmente nullo, salvo ipotesi eccezionali, ma viene colpito da nullità relativa, una nullità «di protezione» che tutela la parte più debole del rapporto. Cfr. CHINÈ, *Il diritto comunitario dei contratti*, cit., 643.

(191) CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2005, 272; anche CARRIERO, *Vendite a distanza, informazione precontrattuale, disciplina comunitaria: la tutela del consumatore di servizi finanziari*, in *I diritti dei consumatori e degli utenti*, a cura di Alpa-Levi, Milano, 2001, 245.

(192) In questo senso sembra orientarsi CHERUBINI, *op. cit.*, 42: «L'uso della forma scritta è destinato ad agevolare la conoscenza, nel momento in cui consente al soggetto una riflessione più attenta e capace di dispiegarsi nel tempo». Anche parte della dottrina europea si orienta in questo senso: cfr. MANKOWSKI, *op. cit.*, 780.

(193) MASUCCI, *op. cit.*, 209; MESSINA, «*Libertà di forma e nuove forme negoziali*», Torino, 2004, 265. Chiarezza e comprensibilità delle clausole sono finalizzate ad una corretta e sostanziale percezione del contenuto del contratto: MORELATO, *op. cit.*, 114.

(194) Sia a quello fisico, sia a quello sociale; il secondo è l'oggetto che interessa i giuristi: ad esempio, l'oggetto sociale «promessa» è derivazione di un atto sociale, «l'atto del promettere», il quale avviene fra almeno due persone che hanno intenzione di compierlo e che lo esteriorizzano, ed è caratterizzato dal fatto di essere «iscritto»: su carta, in un file di computer o anche semplicemente nella memoria delle persone, affinché resti fissato nel tempo e nello spazio. In termini diversi da quelli che si espongono in questo lavoro, la questione dell'oggetto era stata già affrontata da BOBBIO, che nel suo noto saggio del 1950, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* (in *Diritto e analisi del linguaggio*, a cura di Scarpelli, Milano, 1976, 300 ss.), riteneva che l'oggetto fosse costituito da «regole di comportamento», da «proposizioni che possiamo chiamare, a causa della loro validità ideale e non reale, normative» (p. 304), la cui esistenza veniva presupposta come punto di partenza di un processo auto-produttivo. L'indagine del giurista era dunque segnata da questo limite invalicabile, e la scienza giuridica era un unicum con il rigore e la coerenza logica del suo linguaggio.

(195) FERRARIS, *Sans papier. Ontologia dell'attualità*, Roma, 2007, 40. Oltre che nell'opera citata, la teoria degli oggetti sociali è stata sviluppata da Ferraris in vari scritti precedenti, fra i quali *Il mondo esterno*, Milano, 2001; per una sintesi si rinvia a FERRARIS, *Diversity of Social Objects. Outlines of a Theory*, in BUSSANI-GRAZIADEI (eds.), *Human Diversity and the Law*, Bruxelles-Berna-Atene, 2005, 135-178. Secondo l'A., l'oggetto sociale non è un oggetto di ordine superiore rispetto ad un oggetto fisico, bensì consta di una piccola quantità di molecole necessarie per la sua registrazione; la legge che lo governa è che l'oggetto sociale è sempre più piccolo del suo supporto.

(196) L'iscrizione e, dunque, la documentalità si manifesta per gradi distinti: è traccia, orma, incisione manifeste, è sigillo di cera apposto al documento cartaceo o firma elettronica nel documento informatico, è registrazione, è sistema di codificazione binaria del documento testuale, del suono e delle immagini relative ad esso, che si fonda sullo stato binario della materia, ovvero dei circuiti che vengono attraversati dalla corrente elettrica (positivo-negativo, 0-1). In definitiva la forma, come iscrizione e fondamento degli oggetti sociali, non può prescindere da «un'ontologia del documento». L'espressione è di FERRARIS, *Sans papier*, cit., 75.

(197) Per chiarire la questione terminologica e valutare eventuali equivalenze di significati nella catena piuttosto estesa di termini: *forma, testo, scrittura, documento, idioma, firma*, si dovrebbe ripercorrere brevemente l'evoluzione delle forme adottate nella tradizione giuridica occidentale, dalle ritualità orali e gestuali incardinate in cerimonie solenni, all'utilizzo del timbro, della scrittura e della firma. Ripercorrere queste tappe significherebbe segnalare la tendenza alla progressiva rarefazione dei simboli contenutistici, per far posto a *procedure di documentazione*, fondate sull'attività di *i-scrizione*, dotata di valore vincolante per la collettività. Per approfondimenti v. PASA, *La forma informativa*, cit., tutto il cap. 2.

(198) Sul quale l'opera di riferimento è ancora quella di CARNELUTTI, *Documento (teoria moderna)*, in *NN.D.I.*, VI, Torino, 1960, 85-89, il quale, a proposito delle caratteristiche del documento, enumera la materia (carta, cera, metallo e via dicendo), il mezzo (verbale o figurativo) ed il contenuto (qualunque fatto, in particolare le dichiarazioni di scienza, documenti testimoniali, e di volontà-documenti dispositivi, dei quali il documento contrattuale è una sottospecie).

(199) I caratteri essenziali della *firma*, considerata appunto come modello dell'*idioma*, sono a loro volta costituiti dall'*identità* (di colui che firma, che non è un altro, e la cui natura risiede nell'imperfezione e nell'irregolarità della norma calligrafica), dalla *pienezza intenzionale* (colui che firma non lo fa in modo accidentale, né la firma può essere confusa con una macchia) e dalla *presenza fisica* (colui che firma è dotato di un corpo che agisce apponendo un segno di riconoscimento di suo pugno), con l'ovvia eccezione costituita dalle modalità di firma elettronica. Peraltro, anche nel caso in cui sia assente il legame fisico fra firmatario e firma, quest'ultima ha funzione individualizzante, dato che l'imputazione del documento dipenderà da altri elementi predeterminati che si sostituiscono all'apposizione del segno di sottoscrizione: cfr. fra gli altri SANTANGELO-NASTRI, *Firme elettroniche e sigilli informatici*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini, Torino, 2003, 237-271, 238. Per una sintesi v. PASA, *La forma informativa*, cit., cap. 1.

(200) WILHELMSSON, *Le diverse forme di welfarismo nel diritto europeo dei contratti*, in *Giustizia sociale e mercato nel diritto europeo dei contratti*, a cura di Somma, Torino, 2007, 267-294: da quello di razionalizzazione del mercato, volto a valorizzare l'autonomia privata e il funzionamento del mercato, a quello di correzione del mercato, che intende promuovere condotte socialmente accettabili, a quello incentrato sul bisogno, che mira ad attribuire vantaggi ai contraenti che necessitano di maggiore protezione perché versano in condizione di povertà o infermità, ad altri tipi di welfarism orientati al sociale.

