



Università degli Studi di Udine

Corso di Laurea in Giurisprudenza

Dottorato di Ricerca in

Diritto Pubblico Comparato e dell'Unione Europea

XXVII ciclo

***Informativa precontrattuale e valorizzazione del c.d. diritto di pentimento
tra tutela del contraente debole e buon funzionamento del mercato interno.***

L'attuazione della Direttiva 2011/83/UE in Italia.

Relatore

Ch.ma Prof. ssa Mariarita D'Addezio

Dottoranda

dott.ssa Federica Moretti

Anno Accademico 2013/14

INDICE

INTRODUZIONE..	p. V
----------------	------

CAPITOLO PRIMO

CONTRATTAZIONE D'IMPRESA E TUTELA DEL CONTRAENTE DEBOLE: QUESTIONI SISTEMATICHE E CONSIDERAZIONI GENERALI

1. Il contesto europeo e la tutela del consumatore: cenni, in una prospettiva storica, al quadro comunitario in materia	p. 1
2. (<i>Segue</i>) Dall' <i>acquis communautaire</i> alla necessità di una sua revisione: verso la «codificazione dei diritti del consumatore».....	p. 6
3. I recenti sviluppi del diritto privato europeo. La Direttiva 2011/83/UE: considerazioni preliminari	p. 15
4. (<i>Segue</i>) Verso un'armonizzazione completa? Dichiarazioni di principio e disposizioni normative	p. 20
5. Il diritto comune europeo della vendita: osservazioni sulla proposta di Regolamento presentata dalla Commissione U.E	p. 22
6. (<i>Segue</i>) La scelta del legislatore di ricorrere allo strumento del regolamento: verso un cambiamento delle tecniche di incidenza del diritto europeo sul diritto interno?	p. 25
7. Lo squilibrio negoziale tra contratto asimmetrico e terzo contratto: le nuove prospettive di tutela del contraente debole	p. 28
8. Rimedi di matrice europea per il ripristino dell'equilibrio contrattuale e per la tutela del consenso.....	p. 38
9. (<i>Segue</i>) Gli obblighi di informazione nella Direttiva 2011/83/UE: cenni	p. 42
10. (<i>Segue</i>) Il diritto di recesso nella Direttiva 2011/83/UE: cenni	p. 45

CAPITOLO SECONDO

L'INFORMATIVA PRECONTRATTUALE QUALE MODALITÀ DI SALVAGUARDIA DELLA LIBERTÀ NEGOZIALE

1. Gli obblighi di informazione: considerazioni generali p. 49
2. (*Segue*) L'asimmetria informativa e la necessità di un sistema di regole a tutela del contraente debole e dell'efficienza del mercato p. 53
3. *L'acquis communautaire* e i doveri di informazione: l'individuazione delle tipologie e dei modelli informativi..... p. 62
4. I punti di contatto tra i doveri di informazione e la tendenza alla formalizzazione: la c.d. forma informativa..... p. 65
5. L'informativa generale delineata dall'art. 5 del codice del consumo p. 68
6. Uno sguardo al passato. La disciplina sull'informazione nei singoli contratti con il consumatore prima dell'emanazione della Direttiva 2011/83/UE e del d.lgs. 2014/21: i contratti negoziati fuori dei locali commerciali p. 72
7. (*Segue*) I contratti a distanza p. 82
8. Le prescrizioni in materia di informazione precontrattuale delineate dalla Direttiva 2011/83/UE p. 93
9. Il d.lgs. n. 21 del 2014: la nuova disciplina sull'informativa precontrattuale nel codice del consumo p. 103
10. La violazione dell'obbligo di informazione sul c.d. recesso di pentimento: il problema dell'individuazione delle forme di tutela sul piano del diritto privato interno p. 113
11. (*Segue*) Critica alla tesi che sostiene la nullità del contratto p. 122
12. (*Segue*) Critica alla tesi che discorre di vizi del consenso p. 128
13. (*Segue*) Critica alla tesi che ipotizza un caso di risoluzione del contratto per inadempimento p. 136
14. (*Segue*) La soluzione conservativa del vincolo contrattuale: la responsabilità *per culpa in contrahendo* come unica forma di tutela prospettabile p. 138

CAPITOLO TERZO

IL C.D. RECESSO DI PENTIMENTO E LA TUTELA RISARCITORIA A FAVORE DEL CONTRAENTE DEBOLE

1. La forza di legge del contratto e il potere di scioglimento unilaterale: caratteri ed effetti dell'atto di esercizio del recesso nella disciplina di diritto comune	p. 145
2. (<i>Segue</i>) Le diverse funzioni del recesso legale e la loro valenza classificatoria	p. 151
3. Il c.d. recesso di pentimento e la normativa speciale a tutela del consumatore: un primo inquadramento sistematico	p. 155
4. Le finalità sottese al c.d. recesso di pentimento e le sue caratteristiche costanti	p. 159
5. La disciplina dei termini e delle modalità di esercizio del diritto di recesso prima dell'emanazione della Direttiva 2011/83/UE e del d.lgs. n. 21 del 2014	p. 169
6. La regolamentazione del diritto di recesso nella Direttiva 2011/83/UE ...	p. 181
7. Le novità di matrice europea sul c.d. recesso di pentimento nel d.lgs. n. 21 del 2014 e l'attuale versione del codice del consumo	p. 189
8. La controversa questione sulla qualificazione giuridica del c.d. recesso di pentimento e i tentativi di un suo inquadramento sistematico	p. 195
9. (<i>Segue</i>) Le ipotesi ricostruttive del recesso in una dimensione procedimentale	p. 198
10. (<i>Segue</i>) Critica alla tesi procedimentale. L'incidenza del c.d. recesso di pentimento sul rapporto contrattuale già costituito	p. 203
11. Il rapporto tra gli obblighi informativi e il c.d. recesso di pentimento: la tutela risarcitoria a favore del contraente debole	p. 208
12. (<i>Segue</i>) La natura contrattuale della responsabilità <i>per culpa in contrahendo</i>	p. 213
13. (<i>Segue</i>) Verso l'attribuzione di una funzione sanzionatoria del risarcimento del danno per violazione dell'obbligo informativo sul c.d. recesso di pentimento	p. 218
BIBLIOGRAFIA	p. 231

INTRODUZIONE

Il 25 ottobre 2011 è stata emanata dal Parlamento europeo e dal Consiglio la Direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, la quale reca non solo alcune rilevanti modifiche alla Direttiva 93/13/CEE (in materia di clausole abusive) e alla Direttiva 99/44/CE (su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo), ma abroga altresì le Direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, rispettivamente emanate in precedenza in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali e in materia di contratti a distanza.

Tale nuova fonte, inserendosi in un'ormai sempre più diffusa tendenza comunitaria alla omogeneizzazione della disciplina consumeristica, si prefigge l'obiettivo di uniformare ed armonizzare taluni aspetti dei contratti a distanza mediante la predisposizione di un complesso di norme *standard*.

Ed è proprio in ragione di ciò che risulta fondamentale chiedersi preliminarmente quali siano state le ragioni dell'emanazione della direttiva in esame, per poi prospettare le possibili soluzioni ad alcune problematiche che la stessa solleva e che si cercherà con il presente lavoro di affrontare.

Le linee di fondo che giustificano la nuova direttiva e ne fanno capire altresì il fondamento si possono sintetizzare in due esigenze: l'una, per così dire di matrice giuridica; l'altra, espressiva di un'istanza di politica economica e, correlativamente, legislativa. Così, da un lato, l'idea, da tempo sentita in ambito comunitario, dell'eliminazione della frammentarietà normativa presente nel settore della protezione del consumatore; dall'altro, la promozione di un effettivo mercato interno dei consumatori che possa raggiungere un giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela delle persone fisiche e la competitività delle imprese, assicurando contemporaneamente il rispetto del principio di sussidiarietà.

Perché possa esserci una reale e consolidata operatività del mercato interno dell'Unione europea, quale luogo di libera circolazione di merci, di servizi e di capitali, imprescindibile risulta che all'eliminazione delle barriere fisico-materiali si accompagni e/o consegua una rimozione degli ostacoli giuridici alla libera contrattazione: solo se disciplinato da un complesso uniforme di disposizioni

standard lo scambio economico di beni a livello transfrontaliero può effettivamente attuarsi, risolvendosi altrimenti in una pura affermazione di una libertà fondamentale teorica, esistente solo in «potenza».

Invero, ferma la necessaria predisposizione di un complesso di regole vevoli per il fenomeno latamente commerciale, un panorama variegato relativamente ad aspetti fondamentali della contrattazione, nella fase genetica e non, impedisce l'agevolazione e lo sviluppo dell'iniziativa economica, che ne esce così mortificata e depotenziata. Unitamente poi alle possibili ripercussioni negative sul versante della certezze del diritto cagionate dalla frammentarietà, presente a livello europeo, del quadro normativo a protezione del consumatore.

Ecco allora che per riuscire ad aumentare la fiducia del consumatore nel mercato interno e ridurre le paure degli operatori ad agire a livello transfrontaliero, risulta doveroso affrontare la problematica questione dell'esistenza ad oggi di un quadro normativo decisamente frammentato all'interno dell'Unione e prospettare per essa adeguate soluzioni, col fine, in prospettiva, di permettere alle imprese di fare affidamento su una regolamentazione uniforme vevole per tutte le aree di scambio dei loro prodotti e, parallelamente, fornire ai consumatori un elevato livello comune di tutela.

La rilevanza di siffatto obiettivo emerge con particolare evidenza analizzando la tematica degli obblighi di informazione unitamente al c.d. recesso di pentimento nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali.

Si è evidenziato che se si differenziano da Stato membro a Stato membro le modalità di adempimento di detti obblighi, nonché le conseguenze per l'ipotesi di loro inosservanza, e se si prevedono svariati tempi e metodi di esercizio dello *ius poenitendi*, i costi per le imprese che vogliono commercializzare all'estero aumentano e la fiducia del consumatore per il mercato interno cala: le imprese, infatti, sono riluttanti a vendere a consumatori oltre frontiera e ciò implica un minor benessere per i medesimi, essendo loro precluso l'accesso alle eventuali e più competitive offerte degli altri operatori comunitari.

Frammentarietà normativa in passato incentivata dall'adozione della tecnica legislativa della c.d. armonizzazione minima, impiegata nelle pregresse direttive

riguardanti la tutela dei consumatori: se la direttiva di riferimento, infatti, contiene delle clausole di armonizzazione minima, gli Stati membri, in materia di tutela del consumatore, possono mantenere o adottare norme più severe rispetto a quelle stabilite dalla direttiva stessa. E come ovvio risultato conseguente all'avvalersi di tale possibilità, emergono le vistose disomogeneità normative che vanno a scapito dell'effettivo funzionamento del mercato interno.

Il problema della frammentazione giuridica difficilmente può essere risolto dagli Stati membri individualmente, giacché la causa di tale situazione patologica risiede proprio nell'applicazione differenziata da parte degli stessi delle clausole di c.d. armonizzazione minima contenute nelle direttive emanate sino ad un recente passato.

Soltanto mediante un intervento coordinato si può tendere, infatti, al completamento del mercato interno e si può cercare di risolvere la questione cui si è ora fatto cenno: la stretta correlazione sussistente tra attività economica e forme giuridiche giustifica i tentativi di superamento delle numerose barriere nazionali in un'ottica funzionale alla realizzazione di un vero mercato.

Allineandosi a tale tendenza e inserendosi nel noto e lungo lavoro di riesame dell'*acquis* relativo ai consumatori, con l'emanazione della più recente normativa comunitaria si è adottata una tecnica di armonizzazione completa, in luogo dell'approccio dell'armonizzazione minima, già seguito nelle principali direttive esistenti in materia e foriero della frammentazione normativa, cui la Direttiva 2011/83/UE vuole porre rimedio.

Peraltro, l'obiettivo emerso in sede di lavori preparatori della stessa - obiettivo atto a garantire un'armonizzazione piena di carattere generale nei rapporti contrattuali tra professionisti e consumatori e, quindi, il divieto per gli Stati di innalzare la tutela rispetto agli *standard* prescelti a livello europeo, adeguando, paradossalmente, anche in senso peggiorativo per il consumatore, la legislazione interna - non sembra essere stato raggiunto pienamente, uscendone anzi, nel testo definitivo, significativamente ridimensionato. Il principio dell'armonizzazione completa - come si avrà modo di illustrare - è stato annacquato e trasformato in un'armonizzazione derogabile su più punti specifici.

Per tale ragione, in questa sede, particolare attenzione verrà posta alla disciplina offerta dalla Direttiva 2011/83/UE con riferimento agli obblighi di informazione e al c.d. recesso di pentimento nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, al fine di indagare proprio l'impatto e le potenziali ripercussioni derivanti dal suo recepimento nel nostro ordinamento, in un'ottica di confronto con l'assetto della disciplina consumeristica precedente.

Il legislatore italiano ha trasfuso, infatti, integralmente le prescrizioni della direttiva nel testo del d.lgs. 21 del 21 febbraio 2014, a mezzo del quale ha sostituito il Capo I, Titolo III, Parte III del Codice del consumo, limitatamente agli articoli da 45 a 67.

Oltre ad analizzare la disciplina, pregressa ed attuale, degli obblighi di informazione e del diritto di recesso a tutela del consumatore nella contrattazione a distanza e fuori dei locali commerciali, si presterà particolare attenzione all'esame di due questioni strettamente a questi temi collegate e ancor oggi di dubbia soluzione: l'individuazione, da un lato, in via interpretativa del rimedio da riconoscere al contraente debole in caso di violazione dell'informativa precontrattuale sul diritto di recesso e, dall'altro, la qualificazione di quest'ultimo diritto.

A fronte di un vuoto legislativo, dovuto alla mancata previsione, sia nel testo della direttiva, sia in quello del d.lgs. n. 21 del 2014, di una sanzione di carattere generale per il caso di omessa informazione sul c.d. recesso di pentimento, risulta necessario quantomeno cercare di comprendere, specialmente a seguito del recepimento della direttiva e della naturale interferenza con alcuni istituti propri del nostro ordinamento, quali conseguenze sul piano civilistico possano profilarsi a carico del professionista inadempiente e come possa, più in generale, inquadrarsi questo diritto di recesso, data la sua peculiare conformazione rispetto agli istituti di diritto comune.

Così, va sin d'ora anticipato che là dove la Direttiva 2011/83/UE associa il recesso alla mera proposta di un contratto a distanza o fuori dei locali commerciali, si dovrà, in realtà, discorrere di revoca della relativa proposta, abbandonando almeno in questa ipotesi l'idea di un vero e proprio diritto di

recesso, perlomeno nei termini propri del diritto interno.

Ciò specificato, di recesso, così come previsto e disciplinato dalla Direttiva 2011/83/UE, si dovrà piuttosto discorrere nel caso di contratti già conclusi e in questo senso tale rimedio dovrà essere interpretato.

Si tratta - come si cercherà di dimostrare - di una peculiare forma di recesso che, senza costi e motivazioni, il consumatore può utilizzare per liberarsi, pentendosi, da un vincolo contrattuale concluso in assenza di un'adeguata ponderazione, proprio a fronte della particolare tecnica di contrattazione utilizzata: è questo il c.d. recesso di pentimento, in grado di travolgere, con efficacia retroattiva, il negozio di vendita di beni o di fornitura di servizi, a distanza o fuori dei locali commerciali.

Per il caso in cui il professionista, prima della conclusione del contratto, non informi il consumatore di tale diritto, si presenta - dato il vuoto normativo - la necessità di individuare una forma di tutela per il consumatore, forma di tutela che deve necessariamente essere valutata alla luce delle finalità cui tendono gli obblighi di informazione precontrattuale inadempiti e, ancor prima, la stessa direttiva.

Esclusi possibili profili di invalidità del negozio per omessa informazione o ipotesi di risoluzione del rapporto, la soluzione che sembra più idonea a tutelare la posizione del consumatore risulta essere quella della tutela risarcitoria, da sottoporre alla disciplina della responsabilità contrattuale per le ragioni che si avranno cura di dimostrare.

Tuttavia, detta conclusione, ossia il rimedio risarcitorio a favore del consumatore che non può più recedere - perché non è stato preventivamente informato al riguardo e perché è ormai decorso anche il relativo termine lungo per l'esercizio del diritto in esame - potrebbe scontrarsi con la difficile prova della determinazione del danno in concreto da lui subito, soprattutto se si assume una lettura tradizionale della responsabilità civile con funzione prettamente ripristinatoria.

Di qui l'idea per il caso in esame di ipotizzare piuttosto, in una prospettiva evolutiva, un impiego del rimedio risarcitorio con funzione, anziché

ripristinatoria, sanzionatoria della condotta omissiva del professionista, nel tentativo che la condanna ad una somma di denaro equitativamente determinata dal giudice possa essere effettivamente la «*sanzione efficace, proporzionata e dissuasiva*» (di cui all'art. 24 Dir.) in grado di ingenerare, negli operatori professionali, comportamenti virtuosi ed incentivare così il rispetto delle prescrizioni informative, a vantaggio, anche, del corretto funzionamento di un mercato concorrenziale all'interno dell'Unione europea.

CAPITOLO PRIMO
CONTRATTAZIONE D'IMPRESA E TUTELA DEL CONTRAENTE
DEBOLE: QUESTIONI SISTEMATICHE E CONSIDERAZIONI
GENERALI

1. Il contesto europeo e la tutela del consumatore: cenni, in una prospettiva storica, al quadro comunitario in materia

Se le origini del movimento del *consumerism* risalgono alle istanze di cambiamento sociale e politico verificatesi nei primi anni Trenta del Secolo scorso ed emerse con forza oltreoceano, in Europa la nascita di una politica a tutela del consumatore ha conosciuto uno sviluppo graduale, evolvendosi di pari passo con l'affermarsi di una corrispondente cultura nei singoli scenari nazionali ⁽¹⁾.

La linea di politica legislativa comunitaria in materia di *consumerism* ha, da subito, rivelato di perseguire un duplice obiettivo, sociale ed economico.

Da un lato, mira ad offrire protezione al consumatore nei confronti di un'impresa produttiva di massa; dall'altro, a sviluppare, sia pure indirettamente, il corretto funzionamento del mercato unico, dato che l'imposizione di misure a tutela uniforme del consumatore significa, per i singoli Stati, conformarsi a canoni di condotta vevoli per tutto il territorio europeo, così evitando distorsioni della concorrenza.

Tuttavia, il rapporto tra l'obiettivo economico e quello sociale, all'epoca dei primi interventi comunitari in materia, non era perfettamente equilibrato:

⁽¹⁾ Cfr. al riguardo ALPA G., voce *Consumatore, II, Diritto della Comunità europea*, in *Enc. giur.*, VIII, 1995, p. 1 ss.

Nel contesto del *consumerism* a livello comunitario un ruolo propulsivo viene svolto sia dagli Stati membri che già avevano una consolidata esperienza in materia, sia dalla Corte di Giustizia, la quale ha cercato di accelerare lo sviluppo della tutela del consumatore tramite il principio di efficacia diretta ed immediata delle direttive comunitarie.

emergeva, infatti, un decisivo sbilanciamento dello scopo economico rispetto a quello sociale, tant'è che, solo in tempi relativamente recenti, quest'ultimo è stato maggiormente sviluppato ⁽²⁾.

Le cause di tale sbilanciamento, percepibile sin dai primi interventi legislativi a tutela del consumatore, dipendono non solo dalla matrice essenzialmente economica della Comunità europea, ma anche, e principalmente, da una ragione in senso lato «costituzionale»: gli organi comunitari disciplinavano il settore del *consumerism* senza avere una esplicita competenza in materia, costretti a supplirvi legittimando i relativi interventi in funzione della tutela della concorrenza, settore invece attribuito espressamente alla loro competenza ⁽³⁾.

In un contesto di riferimento, così originariamente articolato, le politiche comunitarie esplicitamente orientate alla protezione dei consumatori si sono sviluppate per gradi ⁽⁴⁾, lungo un percorso che prende le mosse dalla Carta europea dei consumatori del 1973 ⁽⁵⁾ e dalla Risoluzione per una «*Politica di protezione e di informazione del consumatore*» adottata nel 1975 dal Consiglio della Comunità europea ⁽⁶⁾.

⁽²⁾ In dottrina si è avuto modo di sottolineare come sia possibile la coesistenza tra istanze liberiste e sociali: non può esserci invero un libero mercato, basato sulla libera iniziativa economica e la massima concorrenza, senza la tutela dei consumatori che sono i sostenitori del mercato stesso (cfr. ALPA G., *Profili attuali della tutela del consumatore*, in *Corr. giur.*, 1990, p. 1297).

⁽³⁾ Il Trattato di Roma nella sua versione originaria del 1957, ispirato all'instaurazione di uno spazio economico libero tra i paesi aderenti, non prevedeva infatti alcuna norma che esplicitamente attribuisse agli organi comunitari una competenza specifica in materia di protezione di diritti del consumatore, venendo l'espressione usata in modo atecnico. Solo con il Trattato di Maastricht del 1992 la politica di protezione dei consumatori non sarà più considerata strumentale alla tutela della concorrenza, ma assumerà una sua indipendenza quale obiettivo sociale della nuova Unione Europea (cfr. *infra* p. 5).

⁽⁴⁾ Sul punto si veda ALPA G., CONTE G. e ROSSI CARLEO L., *La costruzione del diritto dei consumatori*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da Ajani G. e Bennacchio G.A., III, *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa G., 1, Torino, 2009, p. 50 ss.; BENACCHIO G.A., *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2008, p. 266 ss.

⁽⁵⁾ La Carta europea è stata approvata dall'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa con la Risoluzione 73/453, con la quale il Consiglio d'Europa aveva elaborato un intenso programma di interventi nel settore, proclamando i diritti che avrebbero dovuto essere garantiti ai consumatori nei singoli paesi aderenti: protezione ed assistenza, risarcimento del danno per prodotti difettosi ed informazioni menzognere, diritto all'informazione ed educazione e diritto alla rappresentanza.

⁽⁶⁾ Con la Risoluzione del 14 aprile 1975 la CEE riordina in un modello armonico tutte le iniziative a tutela del consumatore, indicando alcuni fondamentali obiettivi, i quali collimano sostanzialmente con la Carta del 1973: ad ogni punto obiettivo corrisponde un'azione settoriale e dettagliata della CEE (cfr. G.U.C.E., C 92/1, 1975).

In attuazione delle linee programmatiche tracciate con la Risoluzione del 1975 la Comunità, a partire dagli anni Ottanta del Novecento, inizia ad avviare un intenso programma di interventi normativi di tipo settoriale, così da investire gradualmente, in un'ottica di armonizzazione delle discipline nazionali, tutti i segmenti in cui il rapporto individuale consumatore e professionista può articolarsi ⁽⁷⁾.

E' solo con l'Atto Unico Europeo del 1986 che la politica di tutela del consumatore viene formalizzata attraverso il riconoscimento, per la prima volta, della competenza della Comunità ad intervenire in materia ⁽⁸⁾.

Va in ogni caso ricordato come la politica di protezione del consumatore assuma solo con il Trattato di Maastricht del 1992 un ruolo indipendente ed autonomo: viene ivi, infatti, dedicato un apposito titolo alla materia del *consumerism*, così investita di una propria dignità in ambito comunitario ⁽⁹⁾.

I suindicati interventi rimangono tuttavia sempre nell'ambito di una mera affermazione di principio, senza venir accompagnati da misure di tutela di carattere sostanziale.

L'impegno esplicito della Comunità a «*promuovere gli interessi dei consumatori e ad assicurare un livello elevato di protezione*» si afferma solo con

⁽⁷⁾ Sin dai primi interventi sul punto il metodo seguito si connota per la predisposizione di un programma generale che poi deve ricevere attuazione a livello settoriale, con il rischio di creare una frammentazione normativa, come poi si è realmente verificato. La maggior produzione normativa, progressivamente acquisita nel settore dei consumatori, proviene dalle Direttive e si denomina *acquis*. Solo a titolo esemplificativo, in ordine temporale, possono ricordarsi le seguenti fonti normative: Dir. 84/450/CEE relativa alla pubblicità ingannevole; Dir. 85/374/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni in materia di danno da prodotti difettosi; Dir. 85/577 CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori i locali commerciali; Dir. 87/102/CEE relativa al ravvicinamento delle disposizioni in materia di credito al consumo; Dir. 90/314/CEE relativa a viaggi, vacanze, circuiti «tutto compreso»; Dir. 93/13/CEE concernente la clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; Dir. 97/7/CE sulla protezione dei consumatori nei contratti a distanza; Dir. 2005/29/CE sulle pratiche commerciali sleali.

Per l'opportunità di una revisione dei suddetti interventi si veda *infra* par. 2.

⁽⁸⁾ L'AUE ha previsto all'art. 100 A che la Commissione nelle sue proposte in materia di sanità, sicurezza, protezione dell'ambiente e protezione dei consumatori si debba basare «*su un livello di protezione elevato*»: la genericità della norma non permette di riconoscere ancora il ruolo del diritto comunitario a difesa dei consumatori, ma è stata il primo fondamento giuridico sul quale sono state adottate altre iniziative rilevanti (cfr. BENACCHIO G.A., *op. cit.*, p. 267 s.).

⁽⁹⁾ Cfr. Titolo XI, Art. 129 A Trattato Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1 novembre 1993.

il Trattato di Amsterdam del 1997 (¹⁰).

Ecco allora che la Comunità decide di investirsi, a livello istituzionale, del compito di contribuire a tutelare alcuni diritti ed interessi dei consumatori, assumendo a tal fine iniziative concrete per il loro esercizio: la tutela riguarda il diritto alla salute e alla sicurezza, nonché gli interessi economici, la promozione del diritto all'informazione, all'educazione e il diritto alla organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi (¹¹).

A ciò si aggiunga che dalla lettura del paragrafo 2 dell'art. 153 emerge un ulteriore aspetto rilevante nella definizione della politica consumeristica, oramai diventata una delle politiche istituzionali dell'Unione: le esigenze di protezione del consumatore diventano punto di riferimento obbligato nella definizione delle altre politiche o attività comunitarie, così da permettere una continua interazione tra le medesime e tutelare il consumatore su più livelli.

Il prosieguo dell'attività comunitaria nel settore del consumatore si snoda

(¹⁰) Cfr. Titolo XIV, Art. 153 Trattato Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1 maggio 1999.

«1. *In order to promote the interests of consumers and to ensure a high level of consumer protection, the Community shall contribute to protecting the health, safety and economic interests of consumers, as well as to promoting their right to information, education and to organise themselves in order to safeguard their interests.*

2. *Consumer protection requirements shall be taken into account in defining and implementing other Community policies and activities.*

3. *The Community shall contribute to the attainment of the objectives referred to in paragraph 1 through:*

(a) *measures adopted pursuant to Article 95 in the context of the completion of the internal market;*

(b) *measures which support, supplement and monitor the policy pursued by the Member States.*

4. *The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 251 and after consulting the Economic and Social Committee, shall adopt the measures referred to in paragraph 3(b).*

5. *Measures adopted pursuant to paragraph 4 shall not prevent any Member State from maintaining or introducing more stringent protective measures. Such measures must be compatible with this Treaty. The Commission shall be notified of them».*

L'espressione «*to promote*» lascia trasparire che la Comunità non si accontenta di regolamentare, ma assume un comportamento propulsivo, così da fare in modo che gli interessi dei consumatori siano effettivamente protetti.

(¹¹) Sulla distinzione tra diritti soggettivi perfetti riconosciuti ad ogni individuo come persona, interessi economici e diritti soggettivi a carattere collettivo si veda ALPA G., CONTE G. e ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 56 -57.

Circa le osservazioni sulla natura o meno precettiva della disposizione si veda CAFAGGI F., *La responsabilità dell'impresa per i prodotti difettosi*, in *Trattato diritto privato europeo*, a cura di Lipari N., IV, III, Padova, 2003, p. 534 ss.

attraverso l'elaborazione di nuove politiche e strategie programmatiche ⁽¹²⁾ ed una fitta produzione normativa primaria in materia ⁽¹³⁾, interpretata spesso con un ruolo di indirizzo molto forte svolto dalla Corte di Giustizia ⁽¹⁴⁾.

Da ultimo, occorre riflettere su quale incidenza abbiano avuto le modifiche apportate all'assetto ordinamentale comunitario a seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona ⁽¹⁵⁾, in particolare per lo sviluppo di nuove linee di tendenza del quadro giuridico-economico europeo, con particolare riguardo al funzionamento del mercato e alla protezione dei consumatori.

Risulta a tal proposito significativa la nuova dimensione a carattere sociale fatta assumere al modello economico europeo ⁽¹⁶⁾.

Anzitutto appare innovativa la scelta di allontanarsi dal liberismo estremo, fino ad oggi imperante, e muovere verso una dimensione sociale che concepisce la libera concorrenza come puro mezzo e non come fine prioritario dell'azione europea.

⁽¹²⁾ Al riguardo la Comunicazione della Commissione del 23 agosto 2001 (COM. [2001] 486 def.); la Comunicazione sulla strategia della politica dei consumatori 2002-2006 (COM. [2002] 208 def.), in cui si è elaborato un articolato programma di interventi inaugurando una tendenza che si preoccupa di raggiungere un migliore livello di armonizzazione in quei settori in cui i consumatori devono essere protetti al di là delle informazioni acquisite; la Comunicazione del 2 ottobre 2001 con cui la Commissione ha avviato un'ampia consultazione pubblica sull'orientamento della tutela dei consumatori nell'Unione (COM. [2001] 531 def.), cui è seguita la Comunicazione dell'11 giugno 2002 in cui si sono pubblicati i risultati della consultazione (COM. [2002] 289 def.). La decisione della Commissione del 9 ottobre 2003 con cui si è istituito il Gruppo consultivo europeo dei consumatori, dotato di funzioni consultive in relazione a tutti i problemi che riguardano la tutela degli interessi dei consumatori a livello comunitario (G.U.C.E. L. 10 ottobre 2003).

Più di recente la Comunicazione del 6 aprile 2005 relativa al Programma di azione in materia di salute e protezione dei consumatori per gli anni 2007-2013 (COM. [2005] 115 def.).

Da ultimo la Commissione ha definito una strategia comunitaria in materia di politica dei consumatori valida fino al 2013 (COM. [2007] 99 def.), in cui annuncia le future riforme della normativa vigente in tale settore, avviando una consultazione pubblica su tale revisione con un *Libro Verde sulla revisione dell'acquis comunitario in materia di protezione dei consumatori* (COM. [2006] 744).

⁽¹³⁾ Per alcuni esempi di Direttive in materia di tutela del consumatore cfr. nt. 7, p. 3.

⁽¹⁴⁾ Sul ruolo della Corte di Giustizia nella tutela del consumatore si veda ALPA G., CONTE G. e ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 62s.

⁽¹⁵⁾ Il Trattato di Lisbona del 13 settembre 2007 è entrato in vigore il 1 dicembre 2009. Tra molti sul punto si veda BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'U.E.*, 2008, p. 22 ss.

⁽¹⁶⁾ Al riguardo si veda MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 365 ss.; VETTORI G., *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione tra due crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2011, p. 638 ss.

Accogliere un modello di economia sociale di mercato permette altresì di leggere diversamente e di riempire di contenuti nuovi le disposizioni normative preesistenti, specie quelle della Carta di Nizza, il cui valore è oggi massimo a seguito del riconoscimento operato dall'art. 6, commi 1, 2 e 3 NTUE.

Basti pensare all'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali ⁽¹⁷⁾, il cui dettato viene certamente arricchito se collocato al di fuori del contesto economico e coniugato con il ruolo riservato dalla Carta medesima alla dignità umana (artt. 1, 4 e 5), alla salvaguardia della persona (artt. 2, 3 e 35), alla solidarietà e ad un elevato livello di protezione dei consumatori (art. 38).

Inoltre, in un'ottica di promozione della giustizia sociale, nonché di coesione economica e territoriale, si inserisce l'art. 169, comma 1, TFUE il quale si presenta come il riflesso operativo del principio sancito dall'art. 38 della Carta: *«Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un elevato livello di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei lavoratori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi».*

2. Dall'*acquis communautaire* alla necessità di una sua revisione: verso la «codificazione dei diritti del consumatore»

Il lento sviluppo del delineato quadro normativo di protezione del consumatore ha subito un'accelerazione assai intensa a partire dalla fine degli anni Ottanta del Secolo scorso, cui è poi seguito un cambio di rotta agli inizi del nuovo Millennio, dettato dalla esigenza sempre più sentita di recuperare coerenza in un contesto di eccessiva frammentazione.

A tal fine la strada intrapresa inizialmente dalla Comunità europea si è

⁽¹⁷⁾ Art. 16 Carta di Nizza: *«E' riconosciuta la libertà di impresa, conformemente al diritto dell'Unione Europea e alle legislazioni e prassi nazionali».*

svilupata in un'attività di armonizzazione delle regole vigenti tra i paesi membri: ciò si è tradotto in un'opera di revisione delle regole già esistenti nei diversi ordinamenti, cercando di ridurre i punti di divergenza e valorizzandone le somiglianze, così da predisporre un nuovo modello base da recepire a livello interno.

L'attività di armonizzazione operata dalla Comunità europea è stata, per lo più, un'attività di armonizzazione minima, ovverosia essenziale, tesa ad eliminare le differenze macroscopiche, tra Paese e Paese, delle singole fattispecie e non in grado di coinvolgere interi istituti: di qui la vocazione, per come in origine pensata, alla frammentarietà.

A ciò si aggiungano l'incompletezza e la parzialità dell'armonizzazione minima del legislatore comunitario, dovute all'assenza di un intervento legislativo sulle questioni strettamente connesse a quelle oggetto di armonizzazione, nonché alla coesistenza tra vecchia e nuova regolamentazione ⁽¹⁸⁾.

Tale grado di scarsa sistematicità del diritto privato comunitario ha reso fortemente sentita l'esigenza di sistematizzare e riordinare il variegato panorama degli interventi dell'Unione europea, così da cercare di abbandonare l'attuale approccio settoriale e muovere verso un contesto comune di riferimento, fino a realizzare, per alcuni, una vera e propria codificazione del diritto civile europeo ⁽¹⁹⁾.

Un simile processo di revisione è volto ad attenuare o superare i livelli differenti di tutela al fine di assicurare ai consumatori di ogni Paese comunitario un trattamento uniforme, favorendo altresì uno sviluppo coordinato della materia ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Sul punto si veda BENACCHIO G.A., *op. cit.*, p. 18.

⁽¹⁹⁾ Sulla tematica attinente ai progetti di codice civile europeo si veda ALPA G., CONTE G. e ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 85 ss.

⁽²⁰⁾ Strettamente connessa alla tematica del diritto contrattuale europeo risulta la questione della competenza degli organi dell'Unione Europea ad occuparsi, nella prospettiva dell'armonizzazione, di diritto dei contratti (sul punto cfr. ROPPO V., *Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico*, in *Il contratto del duemila*³, Torino, 2011, p. 48s.). A voler riconoscere la legittimazione dell'Unione Europea ad occuparsi di armonizzazione del diritto contrattuale, si potrebbe far riferimento all'art. 81 T.F.U.E. che pone, tra gli obiettivi comunitari la cooperazione

In questa prospettiva di revisione dell' assetto normativo esistente in materia ⁽²¹⁾ si colloca anche la necessità di «codificare» i diritti dei consumatori, settore da cui poter partire per il più ampio processo di uniformazione del diritto europeo dei contratti ⁽²²⁾.

giudiziaria all'interno dell'Unione, ovvero sia la creazione di uno «spazio giudiziario europeo»: in tale prospettiva, la dimensione di diritto sostanziale viene legata a quella processuale. Diversamente, si potrebbe fondare la legittimazione dell'Unione Europea ad armonizzare il diritto dei contratti alla luce degli articoli 26, 114 e 115 del T.F.U.E.: la creazione del mercato unico verrebbe ostacolata dal permanere di eccessive divergenze tra i diritti contrattuali degli Stati membri.

Ammettendo che sul piano giuridico istituzionale si possa riconoscere una legittimazione dell'Unione Europea ad agire per l'armonizzazione del diritto europeo dei contratti, l'efficace perseguimento dell'obiettivo dipenderebbe dalla sua attivazione sul piano giurisdizionale: l'effetto armonizzante del diritto europeo dipende non solo dalle discipline sostanziali in esso contenute, ma anche, inevitabilmente, dal contesto giudiziario entro cui le norme si calano. Al riguardo però va ricordato come la Corte di Giustizia non sia giudice dei rapporti interprivati, bensì dei rapporti tra privati e stati membri e, pertanto, non possa operare a pieno titolo come giudice del diritto dei contratti, fino a che non sarà rimosso il limite dell'efficacia orizzontale, e non anche verticale, delle direttive. Se questo è, allo stato, il quadro di riferimento, legittimate a conoscere dei rapporti interprivati sembrano essere solo le Corti nazionali, le quali, per contribuire a sviluppare a livello giurisdizionale il diritto contrattuale europeo, dovranno elevare il tasso di europeizzazione dei giudizi domestici, intensificando il loro dialogo con la Corte di Giustizia grazie allo strumento del rinvio pregiudiziale *ex art. 234 T.F.U.E. (ROPPO V, op.cit., p. 57s.)*.

⁽²¹⁾ In riferimento al processo di revisione dell'*acquis* comunitario tra i molti, cfr. MAZZAMUTO S., *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, in *Manuale di diritto privato europeo*, I, a cura di MAZZAMUTO S. e CASTRONOVO C., Milano, 2007, p. 255 ss.; ALPA G., CONTE G. e ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 50 ss.; AJANI G., *Un diritto europeo della vendita? Nuove complessità*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012, p. 78 ss.; ROCCO A., *L'istituzione di uno strumento opzionale di diritto contrattuale europeo*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2011, p. 798 ss.; BATELLI E., *Il nuovo diritto europeo dei contratti nell'ambito della Strategia "Europa 2020"*, in *Contratti*, 2011, p. 1065 ss.; MAZZAMUTO S., *Il diritto europeo e la sfida del codice civile unitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012, p. 98 ss.; CABELLA PISU L., *La codificazione del diritto contrattuale tra progetti dottrinali, strategie politiche e interessi di categoria*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012, p. 207 ss.

⁽²²⁾ Occorre fare una precisazione terminologica tra le espressioni unificazione, uniformazione e armonizzazione utilizzate per definire i modelli dell'integrazione dei diritti privati europei. Si ha unificazione quando la norma giuridica è prodotta da un unico organo legislativo e viene interpretata da un complesso di uffici giudiziari così da garantirne la univoca applicazione: la produzione e l'interpretazione della norma sono operate da organi giurisdizionali sovranazionali unitari. Se si vogliono unificare le regole si dovrebbero parallelamente unificare i concetti, operazione possibile solo con la contemporanea unificazione dei sistemi e della formazione giuridica degli operatori.

Si ha invece uniformazione quando all'emanazione da parte di un organo legislativo unitario non segua un'interpretazione unitaria in quanto rimessa all'attività degli organi giurisdizionali di ogni paese. L'uniformazione del formante legislativo ha senso solo se si può garantire un'uniformità di interpretazione grazie alla formazione di una coscienza giuridica comune.

L'impossibilità, o quanto meno la difficoltà, di perseguire un'opera di unificazione o di uniformazione ha portato la Comunità a scegliere, inizialmente, un'attività di mera armonizzazione delle regole vigenti tra i paesi membri. Mediante l'armonizzazione le regole giuridiche di ciascuno

Le origini del processo di revisione si possono far risalire almeno al 2004, anno in cui la Commissione, con la Comunicazione «*Diritto contrattuale europeo e revisione dell'acquis: prospettive per il futuro*», propose di ripensare l'*acquis* dell'Unione nel settore del diritto contrattuale dei consumatori al fine di colmare le lacune esistenti e combattere le divergenze tra le discipline nazionali, confermando altresì il proposito di realizzare l'opera di unificazione del diritto contrattuale mediante l'elaborazione di un «*quadro comune di riferimento*»⁽²³⁾: la

Stato sono tendenzialmente uniformi, pur potendo essere apportate delle varianti, più o meno ampie: è proprio questo quanto accade con l'adozione delle Direttive comunitarie dove il tenore della regola può variare da Stato a Stato, pur nel rispetto di un modello base (BENACCHIO G.A., *op. cit.*, p. 10 ss.; FERRERI S., *Unificazione, Uniformazione*, in *Digesto, sez. civ.*, XIX, IV ed., Utet, 1999, p. 504 ss.).

Va precisato come tale tripartizione terminologica, nel suo significato più specifico, non trovi sempre una corrispondenza in fenomeni diversi dall'integrazione giuridica europea. Ad esempio, l'Organizzazione intergovernativa *Unidroit (International Institute for the Unification of Private Law)* si pone come obiettivo quello dell'unificazione del diritto in quanto mira a «*modernising, harmonising and co-ordinating private and in particular commercial law as between States and groups of States and to formulate uniform law instruments, principles and rules to achieve those objectives*»: qui il termine «*harmonize*» viene utilizzato, come solitamente avviene, ad indicare il concetto più generale dei vari processi e metodi di convergenza dei diritti nazionali a diversi livelli.

Nel presente lavoro si è scelto di adottare i termini di armonizzazione ed uniformazione nel senso meno specifico, a voler indicare i processi di creazione di norme giuridiche comuni agli Stati membri.

⁽²³⁾ Cfr. sul punto COM. (2004) 651 def. dell'11 ottobre 2004 (G.U.C.E., C 14, 20 gennaio 2005).

La comunicazione si inserisce in un contesto di progressi interventi delle istituzioni europee, in particolar modo della Commissione.

Il momento iniziale dell'ampio e progressivo processo di uniformazione è individuabile nella Risoluzione del Parlamento europeo del 26.05.1989, n. A2-157/1989, concernente «*l'armonizzazione di alcuni settori del diritto privato negli Stati membri*»: l'obiettivo dell'istituzione comunitaria fu quello di favorire l'uniformazione del diritto privato nella prospettiva della promozione del mercato interno e dell'elaborazione di un codice europeo di diritto privato.

Tale intento venne ribadito successivamente con la Risoluzione del Parlamento europeo del 6 maggio 1994 (n. A3-0329/1994) sull'armonizzazione di taluni settori del diritto privato negli Stati membri.

Seguì poi, in data 11 luglio 2001, la Comunicazione della Commissione sul diritto contrattuale europeo, inviata al Consiglio e al Parlamento, primo tentativo delle istituzioni comunitarie di esame complessivo del corpo normativo in materia contrattuale introdotto nei vari ordinamenti degli Stati membri. Con tale Comunicazione venne predisposto un questionario destinato a raccogliere osservazioni, suggerimenti, reazioni da parte delle istituzioni relativamente al diritto contrattuale europeo, aprendo così un'ampia consultazione pubblica relativamente ai problemi derivanti dalle divergenze ravvisabili nelle diverse discipline contrattuali degli Stati membri al fine di un progressivo ravvicinamento delle legislazioni. La Comunità prospettò ai suoi interlocutori quattro opzioni: non intervenire con ulteriori provvedimenti e lasciare la soluzione al mercato; promuovere principi comuni non vincolanti; intervenire con provvedimenti tesi a migliorare la legislazione comunitaria in materia; adottare un nuovo strumento a livello comunitario (si veda

COM. (2001) 398 def. dell'11 luglio 2001, in G.U.C.E. , C 255, 13 settembre 2001; il contributo era stato sollecitato da una risoluzione del Parlamento europeo del 16 marzo 2000, in G.U.C.E., C 377, 29 dicembre 2000).

In seguito, con altra Comunicazione del 2 ottobre 2001, n. 531, intitolata «*Libro Verde sulla tutela dei consumatori nell'Unione europea*», la Commissione avviò un'ampia consultazione pubblica sull'orientamento futuro della tutela dei consumatori, in particolare per accertare eventuali ostacoli incontrati dai consumatori e dalle imprese dovuti alle differenze nazionali in materia di trasparenza e correttezza delle operazioni contrattuali; sollevò altresì l'interrogativo se fosse opportuna una riforma della disciplina comunitaria riguardante i consumatori e, quindi, se fosse opportuno proseguire con il metodo della frammentazione, oppure adottare quello della sistemazione. Il Libro Verde assolve ad un'importante funzione di esposizione del quadro complessivo degli interventi già effettuati (il c.d. *acquis* comunitario) e fu inoltre un significativo momento di riflessione per capire quali potessero essere in futuro gli interventi a tutela del settore consumeristico, se fosse cioè sufficiente lasciarlo alla sola regolazione del mercato oppure se il legislatore comunitario dovesse intervenire al fine di coordinare la frammentaria disciplina esistente in materia [COM. (2001) 531 def.].

Sempre il 2 ottobre 2001 la Commissione pubblicò un'altra Comunicazione riguardante le promozioni commerciali nel mercato interno, con la quale resa nota una proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sulla promozione delle vendite nel mercato interno, con armonizzazioni delle restrizioni alla libertà negoziale esistenti [COM. (2001) 546 def.].

Con Comunicazione dell'11 giugno 2002 si sono pubblicati i risultati della consultazione avviata con il libro verde [COM. (2002) 289 def.].

Alla luce delle risposte e del dibattito sviluppatosi, la Commissione europea elaborò una successiva comunicazione con la quale, per una «*maggior coerenza nel diritto contrattuale europeo*», sollecitò ad esprimersi riguardo ad iniziative che si sarebbero dovute assumere in sede comunitaria. Con la stessa pubblicò un Piano d'azione atto a promuovere un «*quadro comune di riferimento*» per la raccolta e diffusione di principi e termini comuni per il settore della legislazione comunitaria contrattuale, così da migliorare la qualità dell'*acquis* in materia predisponendo una disciplina minima dei contratti con rilevanza transfrontaliera; l'idea era quella di costruire la base per ulteriori riflessioni su uno strumento opzionale nel campo del diritto contrattuale europeo. Sul versante non normativo la Commissione si impegna a promuovere delle clausole contrattuali standard valide per l'intero territorio dell'Unione, destinate alle transazioni semplici e di *routine* [COM. (2003) 68 def.], oggetto di sollecitazione da parte del Parlamento europeo con Risoluzione del 15 novembre 2001, n. A5-0384/20010, sul ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri. Diversamente dalla Comunicazione della Commissione n. 398/2001, circoscritta alla armonizzazione del diritto contrattuale, l'intervento del Parlamento con la predetta Risoluzione appare molto più incisivo perché si propone di perseguire l'applicazione di principi giuridici comuni con l'introduzione di regole *ad hoc*, l'uniformazione del diritto contrattuale e l'adozione di un *corpus* di norme di diritto contrattuale dell'Unione europea.

Le riflessioni della Commissione vennero recepite dal Parlamento europeo che, con la Risoluzione del 2 settembre 2003, sollecitò l'elaborazione di uno strumento opzionale da proporre alle parti contraenti, inizialmente applicabile per scelta concorde, poi a carattere obbligatorio.

Infine, la Commissione con la Comunicazione dedicata alla «*Prima relazione annuale sullo stato di avanzamento dei lavori in materia di diritto contrattuale europeo e di revisione dell'acquis*» del 23 settembre 2005 [COM. (2005) 456 def.] si preoccupò di promuovere qualche miglioramento dell'*acquis*, precisandone ulteriormente il processo di elaborazione al fine di individuare i problemi normativi esistenti e le barriere esistenti nel mercato, nonché le relative cause; in tale occasione vennero prospettate due possibili soluzioni nel senso di adottare un approccio verticale di revisione di singole direttive esistenti, ovvero orizzontale di elaborazione di una direttiva sulla vendita B2C di beni contenente una disciplina coerente di diversi aspetti della vendita oggetto di diverse direttive. Sarà tale seconda soluzione quella adottata con la Proposta di Direttiva sui diritti dei consumatori (*infra* nt. 37). Seguì poi il 25 luglio 2007 la «*Seconda relazione sullo stato di avanzamento relativo al quadro comune di riferimento*».

revisione del *consumer acquis* si poneva quindi come punto di partenza per la revisione dell'*acquis* comunitario in tema di contratti.

In linea con la revisione, ormai da tempo in atto in ambito di tutela del consumatore, si collocò nel 2008 l'elaborazione in un progetto noto come *Draft Common Frame of Reference* ⁽²⁴⁾, proclamazione di una serie di principi e definizioni riferiti per lo più alla disciplina contrattuale e alla responsabilità extracontrattuale, ispirato a precedenti di notevole importanza, tra cui i *Principi Unidroit* ed i *Principles of European Contract Law* ⁽²⁵⁾.

Inserite nell'ambizioso disegno di uniformazione del trattamento dei consumatori, in un'ottica di miglioramento dei livelli di tutela e di coordinato sviluppo della materia, si collocarono anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 23 marzo 2006, n. A6-55/2006, sul diritto contrattuale europeo e la revisione dell'*acquis*, e quella del 7 settembre 2006, n. B6-464/2006, nonché il Libro Verde della Commissione dell'8 febbraio 2007 sulla revisione dell'*acquis communautaire* in materia di protezione dei consumatori. Con riferimento a quest'ultimo, il Parlamento europeo ebbe cura di insistere sul fatto che l'armonizzazione non avrebbe dovuto portare ad un abbassamento di tutela e suggerì quindi un approccio misto, basato sia sull'adozione di uno strumento orizzontale per garantire la massima uniformità che su una rivisitazione fondata sul criterio dell'armonizzazione minima per certe direttive settoriali.

Per procedere all'aggiornamento e al miglioramento della tutela di rilievo risultano altresì la Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2006, n. 1926, istitutiva di un programma d'azione comunitaria in materia di politica dei consumatori per il periodo 2007-2013; la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al CESE, riguardante la «*Strategia per la politica dei consumatori dell'UE 2007-2013. Maggiori poteri per i consumatori, più benessere e tutela più efficace*» (13 marzo 2007, n. 99).

⁽²⁴⁾ L'insieme di principi elaborato si estende all'intero diritto delle obbligazioni, inclusa la responsabilità civile, le donazioni, la proprietà mobiliare e i *trusts* ed è teso a disciplinare sia i rapporti tra imprese che quelli con i consumatori, ponendosi in linea di continuità con le precedenti iniziative. Secondo il disegno originario della Commissione, risalente al 2003, il quadro comune di riferimento avrebbe dovuto assicurare la definizione di principi e regole comuni nel campo del diritto contrattuale. Nel 2005 però la Commissione manifesta l'intento di dare priorità alla revisione dell'*acquis* relativo ai consumatori, così separando questo settore da quello del contratto in generale CFR [COM (2005) 456 def.]: il diritto dei consumatori inizia così un percorso distinto da quello progettato con il quadro comune di riferimento, le cui soluzioni non hanno spazio nella proposta di direttiva sui diritti dei consumatori.

Per un'analisi del DCFR, si veda ALPA G., *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, p. 141 ss., nonché CASTRONOVO C., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Brussels: dal Dcfr alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa Diritto Privato*, 2011, p. 837 ss.

La pubblicazione del DCFR era stata sollecitata dal Parlamento europeo con la Risoluzione del 12 dicembre 2007, n. B6-513/2007, «*sul diritto contrattuale europeo*» (in G.U.C.E., C 323 E, 18 dicembre 2008) e con la successiva Risoluzione del 3 settembre 2008, n. B6-374/2008 «*sul quadro comune di riferimento per il diritto contrattuale europeo*» (in G.U.C.E., C 295 E, 4 dicembre 2009).

⁽²⁵⁾ L'elaborazione dei *Principi di diritto contrattuale europeo* ad opera di una Commissione per il diritto europeo dei contratti risale al 1982, quando venne avviato un progetto, finanziato dalla

Per la necessità sempre più sentita di agevolare la conclusione di contratti transfrontalieri tra imprese e consumatori, la Commissione emanò una successiva Comunicazione e affidò ad un gruppo di esperti, appositamente istituito, l'elaborazione di uno «studio di fattibilità» quanto alla possibile creazione di uno strumento di diritto contrattuale europeo che fosse semplice da utilizzare e parimenti in grado di assicurare certezza alle imprese ⁽²⁶⁾.

Inoltre, nell'ambito della strategia «Europa 2020» ⁽²⁷⁾, la necessità di individuare le strategie e gli strumenti maggiormente idonei al consolidamento del mercato interno indusse la Commissione a presentare un Libro Verde «*Sulle possibili opzioni in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese*» ⁽²⁸⁾.

Commissione europea e da altri enti ed organizzazioni, volto ad elaborare un *Restatement* del diritto dei contratti vigente in Europa, in grado di offrire agli operatori del settore soluzioni giuridiche uniformi. La Commissione, presieduta da Ole Lando, contribuì alla elaborazione dei *Principles of European Contract Law* (PECL) tra il 1995 ed il 2003.

Nel 1998 si costituì un Gruppo di studio su un codice civile europeo, presieduto da Christian von Bar, con lo scopo di svolgere un lavoro preparatorio per rendere possibile al legislatore europeo la codificazione di un diritto patrimoniale, non limitato al solo settore dei contratti ma esteso anche alla responsabilità civile.

Nel 2007 l'*Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* e la *Société de législation comparée* hanno elaborato un progetto di revisione dei PECL, trasmesso poi alla Commissione europea.

⁽²⁶⁾ Al riguardo cfr. la decisione della Commissione 2010/233/UE del 26 aprile 2010, (in G.U.C.E., L 105, 27 aprile 2010) con cui viene istituito il gruppo di esperti per un quadro comune di riferimento nel settore del diritto europeo dei contratti. Per il testo del *Feasibility Study* si veda il sito <http://ec.europa.eu>. Nel medesimo contesto si colloca la COM. (2010) 2020 def. del 3 marzo 2010 (in G.U.C.E., C 88, 19 marzo 2011), volta ad agevolare l'elaborazione di clausole contrattuali uniformi e relativa all'ambiziosa strategia «Europa 2020».

Il *Feasibility Study*, la cui ultima versione è stata pubblicata il 19 agosto 2011, si sostanzia in una sorta di «Parte generale del contratto» di derivazione concentrata del DCRF, comprensivo della disciplina della vendita dei beni mobili, dei servizi connessi, delle restituzioni in caso di invalidità o di scioglimento del contratto, comprensivo altresì di una parte generale riguardante i profili di conclusione, dell'interpretazione e del contenuto del contratto. Lo studio di fattibilità è stato poi tramutato in un prodotto ancor più ridotto vale a dire nella proposta di Regolamento su un diritto comune europeo della vendita, contenente una parte sul contratto in generale, l'altra sulla vendita (*infra* nt. 29).

⁽²⁷⁾ Comunicazione della Commissione 3 marzo 2010 «*Europa 2020*» con cui si è lanciato una nuova strategia economica per uscire dalla crisi e preparare l'economia dell'Unione europea per il prossimo decennio, in un'ottica di crescita "sostenibile, solidale ed intelligente", in quanto fondata sull'innovazione, sulla competitività, sulla coesione sociale e territoriale.

⁽²⁸⁾ Il Libro Verde della Commissione - COM. (2010) 348 def., del 1 luglio 2010,- propone sette opzioni alternative sulla natura giuridica al futuro strumento di diritto contrattuale europeo, così riassumibili:

1) il testo elaborato dal gruppo di esperti (*Feasibility Study*). Tale testo potrebbe essere una forte

Da ultimo, nell'ottica dell'ampio e costante processo tendente all'istituzione di un unico corpo normativo contrattuale europeo, si colloca la Risoluzione approvata dal Parlamento europeo sulle «*opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese*», finalizzata all'istituzione di uno strumento opzionale di diritto contrattuale europeo con l'obiettivo di favorire le operazioni transfrontaliere nel mercato interno ⁽²⁹⁾.

Di qui l'11 ottobre 2011 la «*Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita*» ⁽³⁰⁾,

fonte di ispirazione per il legislatore comunitario e nazionale, ma non sarebbe sufficiente ad eliminare le divergenze ravvisabili nelle diverse discipline nazionali, in quanto privo di efficacia vincolante;

2) un complesso di strumenti da approvare mediante un atto della Commissione stessa o tramite accordi interistituzionali. Simili strumenti non potrebbero eliminare le divergenze normative esistenti, né produrre un beneficio effettivo per il mercato interno;

3) una Raccomandazione agli Stati membri, al fine di favorire un graduale recepimento dello strumento che potrebbe sostituire il diritto nazionale contrattuale ovvero essere una misura alternativa ad esso di natura opzionale. Tuttavia una mera raccomandazione sarebbe priva di efficacia vincolante per gli Stati membri che avrebbero eccessiva discrezionalità con riferimento a tempi e modalità di attuazione;

4) un Regolamento comunitario istitutivo di uno strumento facoltativo rimesso alla libera scelta delle parti, il quale integrerebbe negli ordinamenti nazionali un *corpus* autonomo e completo di norme che le parti potrebbero scegliere come legge regolatrice del contratto. Ciò potrebbe rendere il contesto normativo eccessivamente complesso e occorrerebbe fornire ai contraenti informazioni chiare e precise sui diritti dei consumatori;

5) l'emanazione di una direttiva di armonizzazione minima delle discipline nazionali. Tuttavia, adottare una direttiva non potrebbe eliminare le divergenze dei diversi ordinamenti nazionali, sopravvivendo le barriere dipendenti dalle scelte più favorevoli ai consumatori, né garantire l'uniforme attuazione delle norme;

6) un Regolamento relativo ad un *corpus* omogeneo di norme, sostitutive delle differenti discipline in materia ed applicabili in quanto diritto nazionale, non per scelta delle parti. Una simile misura potrebbe però sembrare eccessiva e non proporzionata per il superamento degli ostacoli agli scambi, con possibili ripercussioni sul principio di sussidiarietà e proporzionalità;

7) infine, l'emanazione di un Regolamento di un codice civile europeo, non limitato al settore del diritto dei contratti.

⁽²⁹⁾ Per la Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 giugno 2011 n. A7-164/2011 si veda <http://www.europarl.europa.eu>. Il Parlamento si è dichiarato favorevole all'istituzione dello strumento opzionale (cfr. *supra* nt. 28, opzione n. 4, proposta nel Libro Verde), mediante l'adozione di un regolamento comunitario, capace di assicurare, grazie alla sua applicazione diretta, un notevole grado di certezza giuridica grazie alla giurisdizione della Corte di Giustizia e alla sua disponibilità in tutte le lingue dell'Unione europea, così migliorando il mercato interno. La Risoluzione fa proprio quasi integralmente il Parere espresso dalla Commissione giuridica del Parlamento del 18 aprile del 2011, influenzato a sua volta dal Parere reso il 22 marzo 2011 dalla Commissione per il mercato interno e la protezione dei consumatori relativo alle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese (2011/2013(INI)).

⁽³⁰⁾ COM. (2011) 635 def., dell'11 ottobre 2011, *Proposal for a regulation on a Common European Sales Law* (RCESL). Il proposto Regolamento vorrebbe introdurre uno strumento

con la quale si è avanzata l'idea di introdurre uno strumento opzionale a disposizione dei contraenti per le vendite transfrontaliere non solo tra professionisti e consumatori, ma anche tra imprese, purché una di queste sia di dimensione medio piccola, strumento questo idoneo a consentire la deroga consensuale al diritto internazionale privato e l'adozione in sua vece di una disciplina uniforme a protezione della parte debole.

In questo poliedrico contesto di riferimento si colloca la Direttiva del 25 ottobre 2011, n. 83, pubblicata in G.U.C.E il 22 novembre 2011, ed entrata in vigore il 13 dicembre 2011 ⁽³¹⁾.

facoltativo, scelto dalle parti come un regime alternativo che regoli l'intera vita del contratto, seppur con una differenziazione di disciplina quanto ai rapporti B2C rispetto a quelli B2B (*amplius v. infra* par. 5 p. 22).

Ancorché per ora in una fase meramente progettuale, il testo del *Common European Sales Law* (CESL) sembra di portata più limitata rispetto al *Common Frame of Reference*, ambizioso tentativo di dar vita ad una disciplina europea dell'intero diritto civile delle obbligazioni e dei contratti. Con la proposta di Regolamento non si è costruita una disciplina sulla parte generale delle obbligazioni e contratti, né si è posta l'attenzione su tipi contrattuali diversi dalla vendita mobiliare e sulle fonti di obbligazioni diverse dal contratto. Inoltre dalla "parte generale" sono state escluse questioni quali, ad esempio, la capacità giuridica e di agire, la rappresentanza, l'invalidità del contratto per illegalità o immoralità, i modi di estinzione dell'obbligazione diversi dall'adempimento, le modifiche soggettive del rapporto obbligatorio. Infine, l'ambito di applicazione del Regolamento è circoscritto alle sole vendite mobiliari transfrontaliere, con esclusione di quelle meramente interne, con ciò allontanandosi dalle scelte fatte dal legislatore comunitario con le Direttive in materia, applicabili solitamente in modo indifferenziato ai negozi transfrontalieri e non. E' comunque salva la possibilità per gli Stati di estendere il Regolamento anche alle vendite mobiliari solo interne, benché si tratti di una scelta rimessa alla discrezionalità degli Stati (sul punto cfr. DE CRISTOFARO G., *Il (futuro) "Diritto comune europeo" della vendita mobiliare: profili problematici della Proposta di Regolamento presentata dalla Commissione U.E.*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012, p. 362ss.; CAGGIANO I.A., *L'uniformazione del diritto contrattuale europeo. American and European Perspectives*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2013, p. 13ss.; CASTRONOVO C., *Sulla proposta di Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 289 ss.).

⁽³¹⁾ Tale proposta risulta in linea con le indicazioni provenienti dalla Commissione. Infatti, per giungere all'elaborazione di un CFR, cioè un testo contenente principi, definizioni e norme-modello uniformi, vennero istituiti due *networks*, sui lavori dei quali la Commissione pubblicò due successive relazioni, nel 2005 - COM. (2005) 456 def. - e nel 2007 - COM. (2007) 447 def., dalle quali emerge come prioritario il lavoro sulla parte del CFR utilizzabile nella revisione dell'*acquis* del consumatore.

Nel 2008 venne elaborato un progetto di direttiva sui consumatori (cfr. COM. (2008) 614 def.), volto a realizzare una disciplina organica e coerente con la revisione delle quattro Direttive in materia (Dir. 85/577; Dir. 97/7; Dir. 93/13; Dir. 99/44).

3. I recenti sviluppi del diritto privato europeo. La Direttiva 2011/83/UE: considerazioni preliminari

Il 25 ottobre 2011 è stata emanata dal Parlamento europeo e dal Consiglio la Direttiva 2011/83 sui diritti dei consumatori, la quale reca modifiche alle pregresse direttive 93/13/CEE (in materia di clausole abusive) e 99/44/CE (su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo) e abroga la Direttiva 85/577/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali e la Direttiva 97/7/CE sui contratti a distanza.

Tale nuova fonte secondaria, inserendosi in un'ormai sempre più diffusa tendenza comunitaria alla omogeneizzazione della disciplina consumeristica, si prefigge l'obiettivo di uniformare ed armonizzare taluni aspetti dei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali mediante la predisposizione di un complesso di norme *standard*. Come emerge dal considerando n. 7 della direttiva stessa: *«l'armonizzazione completa di alcuni aspetti normativi chiave dovrebbe aumentare considerevolmente la certezza giuridica sia per i consumatori che per i professionisti. Entrambi dovrebbero poter far affidamento su un unico quadro normativo basato su concetti giuridici chiaramente definiti che regolamentano taluni aspetti dei contratti tra imprese e consumatori dell'Unione»*.

Per l'analisi della sua disciplina risulta fondamentale chiedersi quali siano state le ragioni dell'emanazione della Direttiva in esame.

Le linee di fondo che la giustificano e ne fanno capire altresì il fondamento si possono sintetizzare in due esigenze. L'una, per così dire di matrice giuridica; l'altra, espressiva di un'istanza di politica economica e, correlativamente, legislativa.

Da un lato, si pone invero l'idea, da tempo sentita in ambito comunitario, dell'eliminazione della frammentarietà normativa presente nel settore della protezione del consumatore.

Dall'altro, la promozione di un effettivo mercato interno dei consumatori che possa raggiungere un giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela delle persone fisiche e la competitività delle imprese, assicurando contemporaneamente

il rispetto del principio di sussidiarietà⁽³²⁾.

Perché possa esserci una reale e consolidata operatività del mercato interno dell'Unione europea, quale luogo di libera circolazione di merci, servizi e capitali, imprescindibile risulta che all'eliminazione delle barriere fisico-materiali si accompagni e/o consegua una rimozione degli ostacoli giuridici alla libera contrattazione: solo se disciplinato da un complesso uniforme di disposizioni standard lo scambio economico di beni a livello transfrontaliero può effettivamente attuarsi, risolvendosi altrimenti in una pura affermazione di una libertà fondamentale teorica, esistente solo «in potenza», ma senza una concreta attuazione.

Ferma la necessaria predisposizione di un complesso di regole vevoli per il fenomeno latamente commerciale, un panorama variegato relativamente ad aspetti fondamentali della contrattazione, nella fase genetica e non, impedisce l'agevolazione e lo sviluppo dell'iniziativa economica, che ne esce così mortificata e depotenziata. Unitamente poi alle possibili ripercussioni negative sul versante della certezze del diritto cagionate dalla frammentarietà del quadro normativo a protezione del consumatore presente a livello europeo⁽³³⁾.

Appare allora di importanza strategica riuscire ad aumentare la fiducia del consumatore nel mercato interno e ridurre le «paure» degli operatori ad operare a livello transfrontaliero, affrontando e risolvendo adeguatamente la problematica questione dell'esistenza ad oggi di un quadro normativo decisamente frammentato all'interno dell'Unione: la prospettiva si muove nel senso di permettere alle imprese di fare affidamento su una regolamentazione uniforme valevole per tutte

⁽³²⁾ Questo fine è legato al principale obiettivo di far fronte alla frammentazione dell'ordinamento vigente, connotato da significative diversità nel diritto contrattuale dei consumatori: «*un'eccessiva frammentazione mina la fiducia del consumatore nel mercato interno*» (cfr. considerando n.6).

⁽³³⁾ Il rischio di un quadro normativo frammentato all'interno del mercato europeo è aggravato dal Reg. CE 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (c.d. Reg. Roma I), secondo il quale i consumatori che concludono un contratto con un operatore commerciale estero non possono essere privati della protezione derivante dalle norme inderogabili del loro paese di residenza: tale forma di tutela del consumatore rischia di tradursi in un pregiudizio per il consumatore stesso, il quale non può beneficiare completamente del mercato interno, in termini di quantità di offerte disponibili e di convenienza, a fronte della resistenza delle imprese a vendere oltre frontiera.

le aree di scambio dei loro prodotti e, parallelamente, fornire ai consumatori un elevato livello comune di tutela.

La rilevanza di siffatto obiettivo emerge con particolare evidenza analizzando la tematica degli obblighi di informazione unitamente al diritto di recesso, aspetti questi che con il presente lavoro si intende approfondire.

È stato segnalato che, differenziandosi da Stato membro a Stato membro le modalità adempitive, nonché le conseguenze per l'ipotesi di inosservanza dell'informativa e prevedendosi svariati tempi e metodi di esercizio dello *ius poenitendi*, si aumentano i costi di adempimento per le imprese che vogliono commercializzare all'estero e si mina altresì la fiducia del consumatore per il mercato interno: le imprese, infatti, sono riluttanti a vendere a consumatori oltre frontiera e ciò implica un minor benessere per i medesimi, essendo loro precluso di accedere alle competitive offerte di altri operatori comunitari.

La frammentarietà normativa è stata in passato incentivata dall'adozione della tecnica legislativa della c.d. armonizzazione minima, impiegata nelle pregresse direttive riguardanti la tutela dei consumatori ⁽³⁴⁾: se la direttiva di riferimento, infatti, contiene delle clausole di armonizzazione minima, gli Stati membri, in materia di tutela del consumatore, possono mantenere o adottare norme più severe rispetto a quelle stabilite dalla direttiva stessa. E, come ovvio risultato conseguente all'avvalersi di tale possibilità, emergono le vistose disomogeneità normative tra gli Stati membri, a scapito dell'effettivo funzionamento del mercato interno.

Il problema della frammentazione giuridica difficilmente può essere risolto dagli Stati membri individualmente, giacché la causa di tale situazione patologica consiste proprio nell'applicazione differenziata da parte degli stessi delle clausole di c.d. armonizzazione minima contenute nelle direttive oggi esistenti.

Soltanto mediante un intervento coordinato si può tendere al completamento

⁽³⁴⁾ La c.d. clausola minima è dettata, ad esempio, dall'art. 8 Dir. 1985/577/CEE; dall'art. 8 Dir. 1993/13/CEE; dall'art. 14 Dir. 1997/7/CE; dall'art. 8 Dir. 1999/44/CE.

del mercato interno e cercare di risolvere la questione della frammentazione ⁽³⁵⁾: la stretta correlazione sussistente tra attività economica e forme giuridiche giustifica i tentativi di superamento delle numerose barriere nazionali in un'ottica funzionale alla realizzazione del mercato interno.

Allineandosi a tale tendenza, l'emanazione della recente normativa comunitaria porta ad abbracciare una tecnica di armonizzazione completa, in luogo dell'approccio dell'armonizzazione minima, già seguito nelle principali direttive esistenti in materia ⁽³⁶⁾.

Il contenuto della proposta della direttiva indica, invero, quelli che sono i tratti distintivi che la Commissione vuole che connotino il nuovo provvedimento, ovvero sia l'approccio orizzontale, la scelta dell'armonizzazione completa e la netta separazione tra il diritto contrattuale dei consumatori e le disposizioni generali sul contratto.

Significative indicazioni al riguardo si colgono dalla lettura dei lavori preparatori della Direttiva 2011/83 UE, frutto della ben nota e lunga attività di riesame dell'*acquis* relativo ai consumatori e finalizzata ad una rivisitazione delle quattro fondamentali direttive consumeristiche ⁽³⁷⁾, così da creare una sorta di statuto europeo dei diritti del consumatore ⁽³⁸⁾.

⁽³⁵⁾ Si è affermato infatti che «*il diritto unitario dei contratti costituisce un elemento costitutivo del mercato unico*»: così ALPA G., *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, p. 29.

⁽³⁶⁾ Tra tutte, la Direttiva 1985/577/CEE per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali; la Direttiva 1993/13/CEE concernente la clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori; la Direttiva 1997/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in tema di contratti a distanza e la Direttiva 1999/44/CE su taluni aspetti della vendita e garanzia dei beni di consumo.

⁽³⁷⁾ Si veda nt. *supra*.

⁽³⁸⁾ Sulla proposta si vedano le "Note della Presidenza del Consiglio dell'Unione europea sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio", rispettivamente di data 26.11.2009 e 12.05.2010, in <http://eur-lex.europa.eu>.; DONA M., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: luci ed ombre nel futuro della tutela contrattuale*, in *Obbligazioni e Contratti*, 2009, p. 582 ss.; cfr. WHITTAKER S., *Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of "Full Harmonisation"*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 225 ss.; HESSELINK M.W., *The Consumer Rights Directive and the CFR: two Worlds apart?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 291 ss.; FLESNER C. METCALFE D., *The proposed Consumer Rights Directive - less haste, more thought?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 368 ss.

Più in particolare, dall'analisi del testo della Proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del

Lo scopo emerso in sede di lavori preparatori della direttiva è teso a garantire un'armonizzazione piena di carattere generale nei rapporti contrattuali

Consiglio sui diritti dei consumatori [COM. (2008) 614 def, del 08.10.2008] si comprende come un intervento comunitario sia in linea con i principi che delimitano la sfera d'azione della Comunità europea. Si dà infatti atto del rispetto del principio di sussidiarietà poiché gli obiettivi della stessa, proprio in ragione delle problematiche sottese alla applicazione diversificata delle clausole di armonizzazione minima, non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri, necessitandosi quindi di un intervento sovrastatale. Inoltre, appare rispettato anche il principio di proporzionalità, regolamentandosi solo gli aspetti chiave del diritto contrattuale dei consumatori e non interferendo con i concetti più generici del diritto dei contratti, quali la capacità di concludere contratti o il risarcimento dei danni. Si prevede che la direttiva 2011/83 venga applicata anche ai contratti nazionali, non solo a quelli transfrontalieri, in considerazione dell'obiettivo di semplificazione del quadro normativo, ulteriormente complicato invece qualora venisse mantenuto un doppio regime.

Tuttavia non sono mancati dei rilievi di criticità mossi alla proposta medesima, rilievi che nel testo definitivo sono poi stati presi in considerazione (cfr. DELOGU L., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: la situazione ad un anno dalla sua presentazione*, in *Contr. e Impresa/Europa*, 2009, p.966 ss.).

La Commissione giuridica del Parlamento europeo, esprimendosi negativamente sul criterio dell'armonizzazione massima, ha ritenuto che l'iniziativa dovrebbe essere sostenuta da una motivazione più dettagliata quanto alle singole soluzioni giuridiche, sia da una valutazione più precisa del suo impatto concreto sulle disposizioni generali del diritto dei contratti: non sarebbe sufficientemente dimostrato che diverse soluzioni giuridiche ostacolano la concorrenza al punto da rendere necessario un intervento di armonizzazione massima, mentre sarebbero certi i costi che gli ordinamenti nazionali dovrebbero sostenere per adattare le proprie strutture normative alle nuove misure di armonizzazione massima. Così si legge: «*Il proposto strumento della direttiva basato sull'armonizzazione massima avrebbe di fatto gli effetti di un regolamento... Per effetto dell'armonizzazione piena gli Stati membri non avrebbero più alcun margine di discrezionalità normativa in questo campo. Occorre valutare se e in che misura possa essere preferibile una piena armonizzazione che verta su aspetti più specifici*» (cfr. Parere del 15 aprile 2009).

Inoltre, va sottolineato come il parere della Commissione giuridica del Parlamento europeo rivela un certo numero di aspetti che allontanano ulteriormente il diritto contrattuale dei consumatori dal diritto contrattuale generale, tale da poterla inserire in un quadro che potrebbe condurre ad un Codice europeo del consumatore: per questo la Commissione giuridica chiede alla Commissione di tornare all'originario disegno delineato dal Piano d'azione del 2003, in particolare all'idea di costruire uno «strumento opzionale», ossia un *corpus* di norme adatte ai contratti transfrontalieri nel mercato interno.

Ancor più severo il parere del Comitato Economico Sociale Europeo (C.E.S.E.) che raccomanda un ridimensionamento della proposta di direttiva, da limitarsi all'armonizzazione orizzontale delle vendite negoziate fuori dei locali commerciali e delle vendite a distanza, escludendo le parti relative alle clausole abusive e alla vendita dei beni di consumo. Viene contestata la base giuridica della Proposta, ossia l'art. 95 Trattato CE (ora art. 114 T.F.U.E.) dedicato al mercato interno, anziché l'art. 153 (ora art. 169 T.F.U.E.) dedicato alla protezione del consumatore. Si legge: «*Il consumatore europeo non può essere visto solo nella prospettiva del mercato interno e l'armonizzazione comunitaria dovrebbe perseguire il livello migliore e più alto tra quelli esistenti nei vari Stati membri*» (cfr. Parere del 16 luglio 2009).

Contro la scelta dell'armonizzazione completa si sono pronunciati anche il Senato francese e il *Bundesrat* tedesco, mentre il Senato italiano ha espresso il 17 dicembre 2008 un parere che approva la scelta dell'armonizzazione massima effettuata dalla Commissione.

Infine, secondo il parere espresso dal Comitato delle Regioni dovrebbe essere mantenuta la scelta dell'armonizzazione minima in quanto quella massima potrebbe presentare dei problemi di conformità al principio di sussidiarietà.

professionista-consumatore e, quindi, il divieto per gli Stati di innalzare la tutela rispetto agli standard prescelti a livello europeo, adeguando, paradossalmente, anche in senso peggiorativo per il consumatore la legislazione interna.

Tuttavia siffatta finalità non sembra essere stata appieno raggiunta, uscendone anzi, nel testo definitivo, significativamente ridimensionato: dall'esame del testo di legge si può notare, infatti, come il principio dell'armonizzazione completa sia stato annacquato e trasformato in un'armonizzazione derogabile su punti specifici ⁽³⁹⁾.

4. (Segue) Verso un'armonizzazione completa? Dichiarazioni di principio e disposizioni normative.

Pur mantenendosi la scelta di fondo dell'armonizzazione massima e dell'inderogabilità assoluta da parte degli Stati, se ne è anzitutto ridotta l'incidenza a limitati settori, tralasciando l'ambito delle clausole abusive e delle vendite dei beni di consumo ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ Sul punto cfr. RIVA I., *La Direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che ne resta*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2011, p. 754 ss., MAZZAMUTO S., *La nuova Direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa diritto privato*, 2011, p. 862 ss., CABELLA PISU L., *La codificazione europea del diritto contrattuale tra progetti dottrinali, strategie politiche e interessi di categoria*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012, p. 211.

⁽⁴⁰⁾ La lotta alla frammentarietà delle discipline nazionali di diritto privato non è un'utopia, ma certamente richiede di percorrere un cammino lungo e complesso che passi attraverso il ravvicinamento della terminologia giuridica, gli scambi tra professionisti, la conoscenza delle lingue straniere e la diffusione della giurisprudenza estera. Sono stati avanzati dubbi e perplessità sull'approccio dell'armonizzazione massima. Anzitutto, pensando a come si possa paradossalmente rischiare un abbassamento dei livelli di tutela in precedenza riconosciuti ai consumatori dalle legislazioni interne degli Stati membri, mentre nel regime di armonizzazione minima, allo stato vigente, diversi ordinamenti potrebbero optare per un innalzamento del livello di tutela minimo imposto dalle direttive.

Si pone, poi, un problema di legittimazione democratica. L'approccio di armonizzazione massima, specie se orizzontale, implica il trasferimento completo di competenza legislativa all'Unione europea, con riferimento ai settori coinvolti: in mancanza di adeguata motivazione si pone un problema di legittimità costituzionale e di compatibilità con i principi di proporzionalità e sussidiarietà che devono guidare gli interventi di armonizzazione. Con riferimento a tale ultimo profilo, la direttiva 2011/83, fondata sull'art. 95 del Trattato CE (ora art. 114 T.F.U.E.), giustifica il suo intervento adducendo che l'obiettivo di contribuzione al corretto funzionamento del mercato interno, tramite il conseguimento di un elevato livello di tutela dei consumatori, non può essere

In particolare, la manifestazione della tecnica prescelta dal legislatore comunitario, ossia il livello massimo di armonizzazione e l'inderogabilità assoluta da parte degli Stati, emerge dall'art. 4, pur con alcune eccezioni.

Difatti, l'ambito applicativo della direttiva risulta limitato dal punto di vista quantitativo in quanto, ai sensi dell'art. 3, paragrafo 4, gli Stati hanno la facoltà di non applicare la direttiva ai contratti che prevedono un corrispettivo a carico del consumatore non superiore ad euro 50 e, in forza dell' art. 3, paragrafo 6, il livello massimo di armonizzazione non giunge ad impedire ai privati professionisti di offrire e proporre ai consumatori disposizioni contrattuali che vadano oltre la tutela prevista dalla direttiva stessa, in un'ottica di *favor* per lo stesso consumatore⁽⁴¹⁾. Ferma restando, inoltre, l'applicazione del «*diritto contrattuale nazionale*

conseguito in misura sufficiente dagli Stati membri, ma può essere meglio raggiunto a livello di Unione (si legge infatti che essa può intervenire in base al principio di sussidiarietà dell'art. 5 del Trattato UE, limitandosi ad intervenire per quanto necessario al conseguimento dell'obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità).

Sotto altro punto di vista, si è messo in dubbio l'assunto secondo il quale l'armonizzazione piena aumenterebbe la fiducia dei consumatori verso gli acquisti *cross border*: la sicurezza di una tutela minima dovrebbe sortire effetti analoghi di rassicurazione sul pubblico dei consumatori, già fortemente tutelati dal regolamento Roma I che individua come legge applicabile la normativa di tutela del proprio paese di provenienza. Ciononostante la percezione della maggiore rischiosità di un acquisto transfrontaliero dipende dalla consapevolezza di dover rapportarsi con una lingua straniera, sostenendo costi elevati e temendo una minor assistenza data la distanza geografica. Si è infatti sottolineato che uno dei fattori determinanti del mancato sviluppo del commercio transfrontaliero è dato prioritariamente dalle «*gravi carenze avvertite in relazione alla risoluzione delle controversie e al risarcimento del danno*» (così Flash Eurobarometer, n. 224/2008, in <http://ec.europa.eu>).

Infine, il progetto di armonizzazione massima può avere un ruolo decisivo nella risoluzione delle diversità normative tra Stati a livello di disciplina di dettaglio, non però con riferimento a norme generali ed astratte, specie se connesse a concetti propri dei singoli ordinamenti (si pensi ai vizi del consenso come esempio).

⁽⁴¹⁾ A livello contenutistico la direttiva esordisce con una serie di definizioni valide ai fini della medesima e ispirate alla tradizione del diritto dei consumatori (es. definizione di consumatore e professionista), delimitando, inoltre, l'ambito di sua applicazione e l'elenco dei settori esclusi.

In particolare, si allinea al *trend* di sviluppo del diritto privato europeo con riguardo alla definizione fornita di consumatore e di professionista (art. 2, par. 1 e 2).

Essa essenzialmente concerne i contratti conclusi a distanza e i contratti negoziati fuori dei locali commerciali. Ai sensi dell'art. 2, paragrafo 7 sono «*a distanza*» quelli stipulati in base ad uno schema organizzato di vendita a distanza o di fornitura di servizi senza la simultanea presenza fisica del professionista e del consumatore, con esclusivo utilizzo di un mezzo di comunicazione a distanza anche per la conclusione. Ai sensi dell'art. 2, paragrafo 8 e 9 sono «*conclusi fuori i locali commerciali*» tutti quelli conclusi fuori i locali, mobili o immobili, dove il professionista svolge la sua attività, con indicazioni delle varie possibilità contenute nella disposizione. Al cospetto di tali modalità contrattuali il consumatore ha diritto ad un'informazione accurata, nonché di recedere dal contratto o dalla proposta contrattuale senza penalità e senza giustificare il motivo, con

generale» là dove la direttiva stessa non disciplini gli aspetti relativi al diritto contrattuale generale (art. 3, paragrafo 5).

Da ciò emerge come la portata potenzialmente dirompente dell'intento di armonizzazione massima ne sia risultata ridimensionata; per tale ragione, forse, il legislatore comunitario ha optato, nel settore della vendita, per il cambio di strumento normativo passando dalla direttiva al regolamento ⁽⁴²⁾.

5. Il diritto comune europeo della vendita: osservazioni sulla proposta di Regolamento presentata dalla Commissione U.E.

All'interno della complessa opera di revisione dell'*acquis communautaire* ⁽⁴³⁾ si inserisce la recente decisione della Commissione europea di presentare, l'11 ottobre 2011, una «*Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita*» ⁽⁴⁴⁾, regolamento che dovrebbe porsi come un *corpus* di norme, a scelta delle parti, di regolazione di alcuni contratti, sia a livello generale che per settori più specifici, tra cui la vendita di beni e la fornitura di servizi.

decorrenze che variano diversamente a seconda dell'adempimento dell'obbligo informativo (v. *infra* rispettivamente cap. 2, par. 6 e cap. 3, par. 5).

Quanto ai settori merceologici si applica anche alla fornitura di acqua, gas ed elettricità quando tali beni sono messi in vendita in quantità delimitata, non invece ai contratti relativi al trasferimento di diritti su beni immobili; restano esclusi i settori già regolati da altre direttive, quali in particolare i servizi finanziari, i viaggi tutto compreso e la multiproprietà (cfr. art. 3, paragrafo 3 e 4 per gli altri settori esclusi dal campo di applicazione della Direttiva).

⁽⁴²⁾ Si veda al riguardo par. successivo, p. 23.

⁽⁴³⁾ Sul tema si veda *supra* par. 2, p. 8 ss.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. COM. (2011) 635 def., dell'11 ottobre 2011, *Proposal for a regulation on a Common European Sales Law*; DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 358 ss.; ZORZI GALGANO N., *Dal codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita: logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2012, p. 239 ss.; STANZIONE P., *Il Regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *Contratti*, 2012, p. 624 ss.; D'AMICO G., *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, p. 611 ss.

Il testo della proposta di Regolamento è stato in parte modificato dalla Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 26 febbraio 2014, n. A7-0301/2013 (cfr. www.europarl.europa.eu): sugli emendamenti proposti dal Parlamento europeo, lo stato di avanzamento dei lavori preparatori registra, in data 20.5.2014, il parere della Commissione in prima lettura.

Si tratterebbe di uno strumento opzionale messo a disposizione dei contraenti di vendite transfrontaliere, idoneo a consentire la deroga consensuale al diritto internazionale privato e l'adozione in sua vece di una disciplina uniforme a protezione della parte debole.

L'istituzione dello strumento opzionale costituisce una delle misure alternative che la Commissione europea aveva proposto nel Libro Verde «*Sulle opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese*»⁽⁴⁵⁾ al fine di potenziare l'attività di impresa e rafforzare la fiducia dei consumatori per il mercato unico.

A tal proposito, il Parlamento europeo si era espresso favorevolmente all'istituzione dello strumento opzionale, quale unico mezzo per eliminare le divergenze riscontrabili tra le differenti discipline nazionali, superando i principali ostacoli in cui si imbattono gli operatori nelle attività transfrontaliere⁽⁴⁶⁾.

La proposta di Regolamento non si propone di investire in modo parziale

⁽⁴⁵⁾ Si veda *supra* nt. 25, p. 11.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. Risoluzione Parlamento europeo 8 giugno 2011, n. A7-164/2011. Il Parlamento europeo si è, in particolar modo, dichiarato favorevole all'istituzione dello strumento opzionale mediante un regolamento comunitario che, in virtù della sua applicazione diretta, potrebbe assicurare ai contraenti un elevato grado di certezza giuridica e contribuire al miglioramento del mercato interno. Lo strumento facoltativo dovrebbe essere poi completato con la creazione di modelli standard di contratto a livello comunitario, connessi anche ad un sistema di risoluzione alternativa delle controversie transfrontaliere. Opportuno sarebbe anche che i contraenti venissero informati adeguatamente sul livello di tutela dei diritti dei consumatori, al fine di assicurare alle parti una scelta libera e consapevole circa l'applicabilità dello strumento opzionale in ordine al diritto nazionale o internazionale.

Quanto alla relazione tra il futuro Regolamento e il regolamento Roma I, alcuni chiarimenti vengono offerti dal parere reso dal Servizio giuridico del Consiglio dell'Unione Europea in data 26.10.2012 [2011/0284 (COD): «*Il servizio giuridico ritiene che (1) l'opzione, per le parti di un contratto, di scegliere il futuro regime comune europeo di diritto della vendita come applicabile al loro contratto non costituisca una scelta della legge applicabile ai sensi del regolamento "Roma I"; di conseguenza, l'applicazione del regolamento "Roma I" non sarà pregiudicata dall'adozione del regolamento "diritto della vendita"*»]. Infatti la "scelta della legge applicabile", ai sensi del diritto internazionale privato, non si riferisce alla scelta tra due regimi diversi all'interno di uno stesso ordinamento giuridico statale, ma consiste nello scegliere l'ordinamento giuridico statale applicabile al loro contratto; diversamente, la scelta che faranno le parti contraenti quando opereranno per il regime comune di diritto della vendita sarà operata all'interno dell'ordinamento giuridico di uno stesso Stato membro, e non tra gli ordinamenti giuridici di Stati membri diversi.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione invece il Parlamento europeo ha ritenuto opportuno che lo strumento disciplini i contratti tra professionisti (in particolare piccole e medie imprese) e consumatori, regolando i rapporti nazionali ed internazionali mediante le questioni essenziali del diritto contrattuale e norme specifiche per la disciplina dei contratti più frequenti.

solo taluni isolati aspetti delle fattispecie contrattuali, per di più con una portata incompleta, quanto invece cerca di offrire una regolamentazione compiuta, razionale ed organica valevole per qualsiasi vendita mobiliare conclusa tra un venditore ed un compratore, al di là della veste che il medesimo assume e dello scopo in forza del quale egli agisce ⁽⁴⁷⁾.

Inoltre, dall'esame della proposta emerge che l'approccio seguito nella disciplina dei vari aspetti dell'istituto trattato risulta completo, esaustivo ed autosufficiente ⁽⁴⁸⁾.

Quanto all'ambito di applicazione soggettivo, è necessario che la parte venditrice sia un «*professionista*» (ex art. 2, lett. e), Reg.) - ossia un soggetto, persona fisica od ente collettivo, privato o pubblico, che contragga per l'alienazione di un bene mobile nell'esercizio della propria attività imprenditoriale - e la parte acquirente un consumatore (ex art. 2, lett. f), Reg.) ⁽⁴⁹⁾.

⁽⁴⁷⁾ Si delinea un *corpus* organico di precetti, articolato in una «parte generale» suscettibile di essere applicato anche a contratti diversi dalla vendita mobiliare, cui fa seguito una «parte speciale» recante le disposizioni specificamente rivolte ai contratti di vendita di beni mobili.

⁽⁴⁸⁾ Dall'analisi del testo della proposta non emergono lacune da dover essere colmate dal legislatore nazionale e l'art. 11 prevede in modo espresso che le materie affrontate dalle disposizioni della proposta sono disciplinate in via esclusiva dal Regolamento, se è scelto come legge applicabile al rapporto; mancando una espressa soluzione nel Regolamento medesimo per certe questioni, queste vanno interpretate sistematicamente ai principi cui lo stesso è ispirato. Per contro, le norme del diritto nazionale saranno applicabili alla fattispecie solo per gli aspetti non presi in considerazione dalle norme del Regolamento (cfr. anche *considerando* n. 27 e 29 della Proposta).

⁽⁴⁹⁾ Quanto alla nozione di consumatore, il testo della proposta, così come emendato dalla Risoluzione del Parlamento europeo 26 febbraio 2014, estende la tradizionale nozione di consumatore - in termini di persona fisica che agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale - prevedendo che possa essere considerato tale anche la persona fisica che concluda un contratto «*per fini che parzialmente rientrano nel quadro delle attività commerciali della persona e parzialmente ne restano al di fuori e lo scopo commerciale sia talmente limitato da non risultare predominante nel contesto generale del contratto*».

Si badi poi che il testo originario della proposta trovava applicazione anche quando entrambe le parti del contratto fossero professionisti, purché in tale ipotesi almeno una, indifferentemente il compratore o il venditore, fosse una «*piccola e media impresa*» (art. 7): si tratta di un riferimento soppresso dalla Risoluzione del Parlamento europeo 26 febbraio 2014.

Ad ogni modo, con riferimento al testo della proposta *ante* emendamento del Parlamento europeo, si era sottolineato, quanto all'opportunità della limitazione del campo di applicazione della proposta di Regolamento, come l'ambito applicativo generale delle disposizioni del futuro diritto comune europeo della vendita ne avrebbe permesso l'estensione anche alle vendite mobiliari stipulate da una parte venditrice non professionista o anche concluse da due grandi imprese; anzi proprio tra grandi imprese, dotate di pari forza contrattuale, avrebbe potuto esserci una decisione

Giova ribadire che il futuro Regolamento verrà applicato solo se scelto concordemente ed espressamente dalle parti (meccanismo di c.d. *opt-in*) e, dunque, l'operatività di tale nuovo strumento dipenderà dalla sola volontà dei contraenti: se nel testo definitivo non vi saranno cambiamenti, l'effettivo utilizzo del nuovo Regolamento, come legge regolatrice dei contratti di vendita mobiliare transfrontalieri, dipenderà, di fatto, dalla parte con il maggior peso nell'economia del rapporto ⁽⁵⁰⁾.

6. (Segue) La scelta del legislatore di ricorrere allo strumento del regolamento: verso un cambiamento delle tecniche di incidenza del diritto europeo sul diritto interno?

La scelta del legislatore europeo di adottare la fonte regolamentare, in luogo dell'usuale direttiva in materia di diritti dei consumatori, solleva degli spunti di riflessione sul mezzo normativo prescelto ⁽⁵¹⁾.

A prima vista, l'attenzione rivolta al regolamento potrebbe spiegarsi per la necessità di risolvere, con una modalità più netta e forte, il problema della revisione dell'*acquis communautaire*: l'immediata efficacia vincolante per gli Stati e l'obbligatorietà in tutti i suoi elementi potrebbero forse essere la soluzione più idonea ad uniformare in modo completo gli istituti disciplinati dal regolamento stesso.

veramente condivisa per l'applicazione del Regolamento. Si era auspicato quindi che le limitazioni di carattere soggettivo attualmente presenti venissero modulate nel testo definitivo (DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 366). Tuttavia, come si è visto *supra* (p. 23), secondo il testo della proposta emendato (art. 7) «*il diritto comune europeo della vendita può applicarsi ai soli contratti in cui il venditore di beni o il fornitore di contenuto digitale sia un professionista*».

⁽⁵⁰⁾ Solo nelle ipotesi in cui i contratti vengano conclusi tra parti effettivamente dotate di forza contrattuale equivalente si potrà dire che la scelta del Regolamento è stata oggetto di una trattativa vera e propria condotta su di un piano di parità. Negli altri casi la decisione di rendere il Regolamento operativo sarà rimessa alla iniziativa della parte contrattuale in grado di imporre, per la sua forza contrattuale, l'adozione di condizioni standardizzate da lei predisposte unilateralmente. (DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 366 ss.).

⁽⁵¹⁾ In tema di fonti derivate del diritto dell'Unione Europea si veda TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, p. 146 ss.

La portata generale, più ampia rispetto al solo obbligo di risultato tipico delle Direttive, impedirebbe agli Stati di diversificare le soluzioni adottate in sede nazionale, così evitando la frammentarietà normativa.

Tuttavia, la maggiore incisività dell'intervento del legislatore dell'Unione europea nelle competenze dei singoli Stati potrebbe far sollevare delle perplessità in ordine alla sua stessa legittimità: si pensi, in particolare, al rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, regolanti l'esercizio delle competenze attribuite dai Trattati all'Unione Europea ⁽⁵²⁾.

Peraltro, con riferimento al sopramenzionato aspetto, la disciplina del Regolamento comune europeo della vendita sembra apparire in linea con il principio di sussidiarietà e proporzionalità di cui all'art. 5 del Trattato sull'Unione Europea per le seguenti ragioni ⁽⁵³⁾.

In primo luogo, l'obiettivo alla base della proposta ha un chiaro scopo transnazionale, ovverosia la creazione di un diritto comune europeo per le vendite transfrontaliere, e, in quanto tale, non può essere conseguito attraverso la sola competenza legislativa dei diversi Stati membri, ma necessita di un intervento a livello dell'Unione.

Pertanto, la proposta di Regolamento appare in linea con il principio di sussidiarietà, regolante l'esercizio delle competenze dell'Unione europea nei settori che non sono di sua esclusiva competenza, tra i quali è ricompresa la politica di protezione dei consumatori (art. 4, paragrafo 2, lett. f, T.F.U.E.).

In secondo luogo, le ragioni della proporzionalità della medesima proposta

⁽⁵²⁾ Si veda art. 5, paragrafi 3 e 4, T.U.E. : «*In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene solo se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale, né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione*».

«*In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati*».

⁽⁵³⁾ Cfr. sul punto la Relazione della Commissione di accompagnamento della proposta di Regolamento, p. 10. Tuttavia la reazione dei Parlamenti nazionali è stata negativa, mossa dall'accusa al legislatore comunitario di aver eccessivamente invaso il campo lasciato agli ordinamenti nazionali e di aver violato il principio di sussidiarietà. Malgrado la natura opzionale dello strumento proposto si realizza comunque il risultato di affermare una primazia del diritto contrattuale europeo rispetto ai diritti nazionali (cfr. Parere del Regno Unito, dell'Austria e della Repubblica federale di Germania in <http://www.europarl.europa.eu/>).

si rinvencono sia nell'ambito di applicazione limitato alle vendite transfrontaliere, sia nella natura facoltativa e volontaria delle sue disposizioni, che si aggiungono alle norme sui contratti nazionali, senza pretesa alcuna di loro sostituzione.

Si aggiunga, inoltre, che la ragione della commistione nel medesimo testo normativo di regole riferibili al contratto in generale e regole proprie del singolo tipo ovvero sia la vendita, poggia su un duplice fondamento, sistematico e di politica legislativa.

Da un lato, il modo di essere di qualsiasi contratto deriva dalla convergente combinazione di regole generali e particolari proprie a ciascun tipo negoziale: si è così offerta una regolamentazione concernente sia i profili di disciplina specifici del paradigma contrattuale della vendita, sia i profili generali, seppur connessi a quella parte di disciplina che può riguardare il contratto di vendita, e ciò in attesa di individuare in queste norme una vera e propria «Parte generale» del contratto europeo.

Dall'altro, la scelta di politica legislativa di fondo esprime l'esigenza di predisporre un assetto completo di regole per uno specifico settore, in un'ottica di armonizzazione piena, seppur settoriale perché limitata al tipo contrattuale della vendita.

Quanto al contenuto della proposta di Regolamento comune europeo della vendita, dall'analisi della stessa emerge come tra i suoi obiettivi assuma un significativo rilievo la tutela del libero volere dei contraenti, venendo infatti espressamente disciplinati i vizi del consenso nella sua parte generale ⁽⁵⁴⁾. Ed ispirata dalla medesima istanza risulta anche la previsione di una disciplina relativa agli obblighi informativi e al diritto di recesso ⁽⁵⁵⁾.

Rinviando l'analisi di tale tematica ai capitoli successivi, si può cogliere, sin d'ora, il peso che il consenso negoziale assume in ogni tipologia di contrattazione, anche se non necessariamente connotata da posizioni di squilibrio.

Laddove poi uno dei contraenti, non solo consumatore, rivesta un ruolo

⁽⁵⁴⁾ Sul punto, cfr. parte II, capo 5 [COM (2011) 653 def., del 11.10.2011].

⁽⁵⁵⁾ Cfr. parte II, capo 2 e capo 4 [COM (2011) 653 def., del 11.10.2011].

negozialmente sbilanciato rispetto all'altro, le istanze volte a ripristinare lo squilibrio contrattuale emergono con significativa incisività e il fine primario diventa allora la predisposizione di mezzi a tutela di quel consenso negoziale, non obbligatoriamente riferibile alla figura soggettiva del consumatore.

Sembra allora, come si avrà cura di meglio esplicitare nei paragrafi seguenti, che l'attore consumatore, a fronte dell'emergere nel mercato di nuovi soggetti il cui volere negoziale esige altrettanta protezione, vada progressivamente perdendo quel ruolo di esclusiva preminenza e dominanza che ricopriva nell'originario sistema di diritto contrattuale europeo.

7. Lo squilibrio negoziale tra contratto asimmetrico e terzo contratto: le nuove prospettive di tutela del contraente debole

Come osservato nel precedente paragrafo, l'obiettivo della tutela del consenso nei casi di contrattazione negozialmente sbilanciata risulta ad oggi fondamentale.

Negli ultimi decenni si è assistito, infatti, alla riaffermazione, a livello di politica economica, del primato del mercato e del valore della concorrenza ⁽⁵⁶⁾.

Tale valorizzazione ha condotto, sul versante della politica legislativa, al largo impiego del contratto come strumento per attuare scelte economiche individuali di cui deve essere garantita la libertà e la consapevolezza, in un'ottica di efficiente funzionamento del mercato.

In particolare, l'uso della contrattazione in serie, nell'ambito dei rapporti tra imprese e clienti, incentrata su condizioni generali uniformi predisposte unilateralmente da parte dell'impresa ⁽⁵⁷⁾, rivela la presenza di fattori che impediscono la formazione di un consenso libero e consapevole da parte di uno

⁽⁵⁶⁾ V. sul punto GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 74 ss.

⁽⁵⁷⁾ Sulla tematica tra i molti si veda GENOVESE A., voce «*Condizioni generali di contratto*», in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 802; BIANCA C.M., voce «*Condizioni generali di contratto (tutela dell'aderente)*», in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Utet, 1988, p. 397.

dei contraenti.

Tali fattori non sono occasionali, ma dipendono strutturalmente dalla tecnica di contrattazione adottata, condotta unilateralmente, senza alcuna trattativa e ridotta ad una mera scelta dell'oggetto da parte dell'acquirente ⁽⁵⁸⁾.

In un simile contesto di contrattazione, il consenso negoziale può risultare alterato, in considerazione della posizione contrattuale di debolezza di un soggetto verso la controparte o dell'utilizzazione di tecniche di persuasione che menomano la capacità di ponderazione: si tratta di vizi del volere connessi a certi settori di contrattazione, connotati dal carattere strutturale ⁽⁵⁹⁾ e atipico rispetto ai vizi del consenso codicistici ⁽⁶⁰⁾.

Il processo di formazione della volontà negoziale risulta invero turbato, sotto il profilo della consapevolezza e della libertà di decisione, non solo da forme di alterazione della concorrenza dovute a contingenti situazioni di mercato, ma anche, in condizioni concorrenzialmente non falsate, dallo sviluppo di forme di comunicazione di massa, dall'impiego di tecniche pubblicitarie e da peculiari modalità e tecniche di contrattazione che eludono il libero confronto tra le parti.

Più nello specifico, l'analisi di nuove forme di anomalie nella formazione del consenso negoziale permette di selezionarne alcune maggiormente caratterizzanti il terreno dei contratti tra imprese e consumatori.

Anzitutto, è lo stesso assetto del mercato che spesso ostacola l'affermazione di un sistema di libera concorrenza per la presenza di situazioni di oligopolio o monopolio che, di conseguenza, si ripercuotono negativamente sulla posizione dei consumatori, privati della possibilità di effettuare una pluralità di scelte: una situazione di mercato concorrenziale costituisce presupposto indefettibile affinché

⁽⁵⁸⁾ Si osservi sul punto IRTIN., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

⁽⁵⁹⁾ Sono situazioni «vizianti» che dipendono dalla qualità dei contraenti, dalle modalità di stipulazione o dallo stesso contenuto contrattuale standardizzato e, in quanto tali, hanno natura strutturale.

⁽⁶⁰⁾ L'atipicità di tali vizi si spiega in considerazione del loro essere diversi rispetto ai tradizionali vizi del consenso contrattuale: di qui la necessità evidenziata di allontanarsi dalla disciplina codicistica dei vizi della volontà e di elaborare una tutela del consenso negli scambi del mercato, in una dimensione non prettamente individuale (cfr. al riguardo IRTIN., *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1995, p. 296).

l'informazione del consumatore, la conoscenza del contenuto del contratto e la possibilità di ponderazione gli permettano di compiere delle scelte maggiormente in linea con i suoi interessi.

Altre volte, pur in un contesto di libera concorrenza, la tutela della consapevolezza delle scelte può essere, per svariate ragioni, pregiudicata: si pensi alla tecnica per contrattazioni generali, alla elevata complessità del contenuto del contratto da concludere ⁽⁶¹⁾, alla disparità di forza economica e contrattuale delle parti, alle particolari modalità della negoziazione, nonché alle possibili tecniche pubblicitarie.

Invero, la specificità tecnica della disciplina e la disparità di forza economica dei contraenti spesso causano una situazione di asimmetria informativa che si pone come un forte ostacolo ad un effettivo esercizio del potere di autonomia negoziale.

A ciò si aggiungano quelle tecniche di contrattazione idonee a pregiudicare l'espressione di un consenso libero e consapevole in quanto connotate dal fattore «sorpresa»: si tratta di situazioni in cui il consumatore viene all'improvviso sollecitato dall'esterno al compimento di un dato affare, così da non essere in grado di percepire adeguatamente i termini dell'impegno assunto e valutarne l'opportunità. È quanto fisiologicamente avviene nella contrattazione «porta a porta» o in altre forme di negoziazione a distanza.

Da ultimo, tra i fattori idonei ad incidere sulla determinazione del consenso, si inserisce anche il fenomeno pubblicitario trasmesso in modo ingannevole, attraverso informazioni non veritiere, omettendo dati rilevanti ovvero presentando un servizio o un prodotto con modalità tali da indurre in errore i potenziali acquirenti ⁽⁶²⁾. In simili ipotesi la preminente funzione persuasiva, rispetto a quella informativa, tramuta il fisiologico e necessario consenso informato in una

⁽⁶¹⁾ Al riguardo CHERUBINI M.C., *Tutela del «contraente debole» nella formazione del consenso*, Torino, 2005, p. 15 ss.

⁽⁶²⁾ Sull'argomento FUSI M.- TESTA P.- COTTAFAVI P.L., *La pubblicità ingannevole*, Milano, 1993, p. 3 ss.; CAFAGGI F., *Commento all'art. 2*, in *Commentario al decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, a cura di Cafaggi F., Cuffaro V. e Di Via L., in *Nuove Leggi Civili Commentate*, 1993, p. 689.

potenziale distorsione della volontà contrattuale.

In presenza di simili situazioni negozialmente alterate risulta fortemente radicata l'istanza di riequilibrio delle diverse posizioni contrattuali, sbilanciate, tra i possibili fattori, dalla diversa qualità personale dei contraenti e dalla tecnica di contrattazione utilizzata.

Giova precisare che la disparità di potere contrattuale, principale ostacolo all'assunzione di decisione consapevoli e ponderate, si può riscontrare anche nei rapporti contrattuali tra imprese.

In tali ipotesi, lo squilibrio qui si determina in ragione della particolare qualificazione e della posizione di predominio assunta dall'impresa nell'ambito delle contrattazioni inerenti allo svolgimento della sua attività: l'altro contraente appare come «non sufficientemente qualificato» perché privo della professionalità specifica del settore di riferimento ⁽⁶³⁾.

Ecco allora che la protezione del consumatore non è più il fine ultimo della disciplina *antitrust*: le politiche di protezione del mercato e della concorrenza si muovono in un orizzonte più vasto di quello della categoria dei consumatori in senso stretto, estendendone l'area dei soggetti e degli interessi protetti, finendo con il coprire anche soggetti ed interessi diversi: sembra allora che l'attore consumatore, a fronte dell'emergere nel mercato di nuovi soggetti il cui volere negoziale esige altrettanta protezione, vada progressivamente perdendo quel ruolo di esclusiva preminenza e dominanza che rivestiva nell'originario sistema del diritto contrattuale europeo ⁽⁶⁴⁾.

Tale processo sembra muoversi su due fronti: da un lato, dalla protezione del consumatore alla protezione dell'impresa «debole» e, dall'altro, dalla

⁽⁶³⁾ L'obiettivo di protezione dell'impresa debole contro l'impresa forte, allo scopo di contrastare gli squilibri di potere negoziale nei rapporti tra imprese, può essere ricondotto alla politica di favore e sostegno delle piccole e medie imprese che ha condotto all'adozione dello «*Small Business Act per l'Europa*» (COM (2008) 394 final).

⁽⁶⁴⁾ *Ex multiis* sul tema ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*³, Torino, 2011, p. 65 ss.; ID., *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, *ivi*, p. 126ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 270 ss.

protezione del consumatore alla protezione del «cliente».

Quanto alla prima direzione, nonostante le origini del diritto dei consumatori risalgano prettamente alle relazioni di mercato *business to consumer* (B2C), l'evoluzione del diritto contrattuale comunitario (⁶⁵) rivela una certa attenzione anche ai contatti contrattuali *business to business* (B2B) di tipo squilibrato, dove la parte meritevole di protezione non è un consumatore, bensì è un'impresa che, per asimmetrie informative, o altri fattori di debolezza soffre strutturalmente di un deficit di forza contrattuale nel rapporto con un'impresa dominante.

In particolare, nei c.d. rapporti B2B l'esigenza di tutela può o meno dipendere dallo *status* della parte contraente.

Infatti, alcuni casi riguardano regolazioni contrattuali tra un'impresa «forte» e un'altra impresa che, per varie ragioni, può essere considerata «debole» e necessita di essere tutelata.

In altri casi, invece, vengono regolati rapporti intercorrenti tra operatori economici e le loro controparti, tutelati non per ragioni legati al loro *status*: si tratta di rapporti tra il fornitore di un bene o di un servizio ed il destinatario dello stesso che si trova in posizione di debolezza rispetto alla stessa prestazione, di dominio e controllo del fornitore.

Con riguardo alla seconda linea di direzione del processo teso a scavalcare

(⁶⁵) A livello comunitario la legislazione europea offre alcuni esempi. La direttiva sui contratti di garanzia finanziaria (Dir. 2002/47 CE) è un primo esempio di regolazione comunitaria di contratti B2B: le parti sono, infatti, il beneficiario e il datore di garanzia, soggetti che non sono consumatori perché agiscono per scopi legati alla loro attività imprenditoriale e professionale o comunque soggetti non persone fisiche (art. 1.2).

Si tratta, in generale, di direttive B2B in cui, nell'ambito del rapporto contrattuale, una parte si impegna ad eseguire la «prestazione caratteristica», cioè a fornire il bene o il servizio caratterizzanti il tipo contrattuale, mentre l'altra fornisce una prestazione neutra, quale ad esempio il pagamento di un corrispettivo: la parte protetta è quella che fornisce la c.d. prestazione caratteristica sul mercato, collocata dal lato della offerta. Esempi ulteriori si rinvencono nella direttiva sugli agenti di commercio (Dir. 1986/653/CEE) e nella direttiva sui ritardi di pagamento dei crediti commerciali (Dir. 2000/35/CE), dove i fornitori di beni o servizi vanno tutelati rispetto agli acquirenti di beni o servizi.

A livello interno, forme di regolazione dei rapporti B2B vengono offerte dalla l. n. 192/1978 sulla subfornitura e dalla l. n. 129/2004 sull'affiliazione commerciale, esempi questi di disciplina di rapporti B2B volti alla protezione dell'impresa debole di fronte all'impresa con superiore forza di mercato.

l'area delle relazioni B2C, essa si muove nel senso di offrire protezione a quelle parti che, in una serie di rapporti di mercato, meritano tutela non solo per essere consumatori, ovverosia «*persone fisiche che agiscono per fini estranei alle loro attività commerciali, industriali, artigianali o professionali*» (art. 3, lett. a, C. cons.), ma per la ragione di collocarsi sul lato della domanda di determinati beni o servizi, in qualità di «clienti»⁽⁶⁶⁾.

Quanto delineato rivela un'idea di protezione della parte più debole di un rapporto contrattuale asimmetrico, a causa della diversa posizione di mercato, e correlativamente contrattuale, in cui si trovano le parti.

Di qui l'elaborazione dottrinale della categoria del c.d. contratto asimmetrico, comprensivo, ma non limitato, alla categoria dei contratti del consumatore⁽⁶⁷⁾.

La formula allude a tutti i contratti in cui si fronteggiano due soggetti, caratterizzati da una significativa asimmetria di potere contrattuale dettata dalle obiettive collocazioni nel mercato: si tratta di una categoria complessivamente

⁽⁶⁶⁾ L'istanza di protezione del soggetto cliente, al di là della sola figura del consumatore, si coglie, a titolo di esempio, in due interventi del legislatore comunitario. È il caso della direttiva sulle pratiche commerciali sleali (Dir. 2005/59/CE) il cui oggetto è invero circoscritto alle sole «*pratiche commerciali sleali lesive degli interessi economici dei consumatori*»; il legislatore aggiunge che «*esistono altre pratiche commerciali che, per quanto non lesive per i consumatori, possono danneggiare i clienti*».

Similmente si colloca il Libro Verde della Commissione europea sulla revisione dell'*acquis consumer* (supra nt. 23, p. 10), che, seppur rivolto nello specifico ai rapporti B2C, lascia intendere una sua valenza in senso estensivo rispetto al consumatore in senso stretto.

In generale, nella seconda area di sviluppo vengono disciplinati rapporti soggettivamente neutri (sia B2B che B2C) relativi ad attività economiche consistenti in servizi; la protezione investe il destinatario della prestazione caratteristica, inserito sul lato della domanda. Esempi ne sono la direttiva generale sui servizi (Dir. 2006/123/CE); quella in materia assicurativa (Dir. 1988/357/CEE e Dir. 2002/83/CE); la direttiva sui servizi della società dell'informazione (Dir. 2000/31/CE); sui servizi di investimento (Dir. 2004/39/CE e Dir. 2006/73/CE); la direttiva sui servizi di pagamento Dir. 2007/64/CE).

In argomento cfr. ROPPO V., *Diritto dei contratti e regolazione del mercato*, in *op.cit.*, p. 131ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 271.

⁽⁶⁷⁾ In argomento ROPPO V., *op. ult. cit.*, p. 279s; circa le origini contratto asimmetrico ID., *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul "terzo contratto")?*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 692ss. In senso critico sul punto cfr. CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 555 s.: per l'Autore i contratti asimmetrici tra professionisti avrebbero la caratteristica, estranea ai contratti dei consumatori, di essere inseriti all'interno di «reti di imprese».

riferita a contratti tra parti, di cui almeno una sia un operatore professionale, connotati da un'asimmetria non patologica, ma fisiologica, perché dipendente dall'oggettivo funzionamento del mercato e dalle sue normali relazioni ⁽⁶⁸⁾.

Il contratto asimmetrico potrebbe svolgere un ruolo di unificazione non solo in astratto, come una vera e propria categoria concettuale generale, bensì anche in concreto in termini di disciplina applicabile alle contrattazioni.

Infatti, attraverso il contratto asimmetrico si potrebbe realizzare una convergenza di presupposti, obiettivi e tecniche di tutela tra contratti del consumatore e contratti asimmetrici B2B, così da giungere a costruire un paradigma contrattuale unitario, in grado di coprire in modo omogeneo l'intero universo dei rapporti tra soggetti di mercato divisi da asimmetrie informative o da fattori forieri di disequaglianze ⁽⁶⁹⁾.

In ogni caso, la ricostruzione del contratto asimmetrico coprirebbe in modo sostanzialmente omogeneo sia la generalità dei contratti tra consumatori e professionisti (B2C), sia quei contratti tra professionisti (B2B) che risultino caratterizzati da strutturale asimmetria di potere contrattuale tra le parti.

Diversamente, secondo un'altra impostazione, si è prospettato di disegnare il contratto asimmetrico tra professionisti con la formula del «terzo contratto» ⁽⁷⁰⁾,

⁽⁶⁸⁾ Sono considerate patologiche le asimmetrie di potere contrattuale determinate da fattori che esplicano la loro rilevanza nel momento in cui incidono sulla sfera soggettiva del contraente, come ad esempio i vizi della volontà o gli stati di pericolo o di bisogno. Sono invece fisiologiche le asimmetrie di potere contrattuale derivanti dalle obiettive posizioni di mercato occupate rispettivamente dall'una o dall'altra parte del contratto, tra cui un esempio è dato dal rapporto consumatore verso professionista o *franchisee* verso *franchisor*.

⁽⁶⁹⁾ L'introduzione della figura del «turista» sembra offrire un sostegno alla creazione della figura del c.d. contratto asimmetrico (art. 33, allegato I, d.lgs. 79/2011): rispetto al passato si abbandona il termine consumatore in favore di quello di turista, così sancendo l'irrelevanza della qualità della persona fisica e del requisito della finalità di acquisto per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale o professionalmente svolta. Al consumatore sembra dunque sostituirsi la nuova figura del cliente-turista quale manifestazione del cliente *tout court* attorno cui parte della dottrina costruisce il contratto asimmetrico: il contratto del turismo organizzato potrebbe elevarsi a paradigma di quel rapporto contrattuale che si sviluppa tra fornitore e destinatario di un bene o di un servizio ossia il cliente, tutelato come parte debole del rapporto in quanto estraneo alla prestazione, al di là della sua qualificazione soggettiva e della ragioni che lo fanno agire.

⁽⁷⁰⁾ Al riguardo PARDOLESI R., *Prefazione*, in *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, G. Colangelo, Torino, 2004, p. XII-XIV; FABBIO PH., *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 28 ss.; MINERVINI E., *Il terzo contratto*, in *Contratti*, 2009, p. 496; ZOPPINI A., *Premesse sistematiche*

idealmente correlato ad un «secondo contratto» che si identifica con il contratto tra professionisti e consumatori, a sua volta enucleato dal «primo contratto», ossia l'ordinario contratto di diritto comune, insensibile rispetto alle specifiche qualificazioni socio economiche dei contraenti ⁽⁷¹⁾.

Coloro i quali parlano di «terzo contratto» alludono ad una figura che coincide con l'area dei rapporti contrattuali tra imprese (B2B), con una differente forza di mercato, collegata per lo più a situazioni di dipendenza economica di una parte rispetto all'altra, riscontrabili specialmente in relazioni commerciali come la subfornitura (l. 192/1998) o il *franchising* (l. 129/2004), indici normativi questi che ne segnano anche la genesi: all'asimmetria di potere si ricollega, tanto nel caso del consumatore che in quello dell'impresa debole, lo squilibrio regolamentare, sintomo di un «abuso dell'autonomia contrattuale», cui il giudice è chiamato a porre rimedio.

Malgrado l'asimmetria di potere contrattuale, la contrattazione del consumatore e quella tra imprese presenterebbero diverse ragioni per una loro differenziazione, ragioni che ne impedirebbero l'unificazione nella categoria concettuale unitaria del contratto asimmetrico ⁽⁷²⁾.

all'analisi del recesso nel contratto tra imprese, in Il terzo contratto, a cura di Gitti G. e Villa M., Bologna, 2008, p. 236; ID., Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza, in Riv. dir. civ., 2008, p. 515 ss.

⁽⁷¹⁾ Secondo tale ricostruzione il «primo contratto» sarebbe quello negoziato da contraenti esperti, non oggetto di intervento da parte del legislatore al fine di salvaguardare al massimo l'autonomia del regolamento privato. Il «secondo contratto», quello del consumatore, postula invece il massimo controllo, realizzato dal legislatore attraverso una compiuta disciplina eteronoma del rapporto, così da rimediare alla disparità di strumenti utilizzabili dalle parti, alle asimmetrie informative, alla sostanziale esclusione del consumatore dalla elaborazione delle regole.

Il «terzo» contratto allude a forme di contrattazione in contesti di dipendenza economica di una delle parti, comprendendovi sia i rapporti consumeristici che quelli tra imprese diseguali.

⁽⁷²⁾ Quanto alle ragioni della differenziazione, si è evidenziato che anzitutto le modalità della contrattazione divergono. Nei contratti con il consumatore l'asimmetria è un dato costante e strutturale poiché si assiste ad una predisposizione formale del contenuto contrattuale eterodeterminato dal professionista, non avendo il consumatore i mezzi cognitivi necessari per compiere delle scelte consapevoli: di qui l'imposizione di obblighi e strumenti di tutela che recuperino il carattere della bilateralità partecipativa tipica del contratto. Per contro, nei contratti tra imprese non si esclude la competenza e la partecipazione dell'impresa debole alla determinazione della regola: lo squilibrio regolamentare discenderebbe non già dal dato formale della eteropredisposizione del testo contrattuale, quanto piuttosto dal dato sostanziale dell'abuso di dipendenza economica. Tant'è che la previsione di obblighi informativi è posta a carico di entrambe le parti (art. 6, comma 1 e 3, l. 129/2004) e, se entrambe le parti sono contraenti

Il c.d. terzo contratto si discosterebbe, invero, dal contratto del consumatore in quanto l'idea di fondo, sui cui la teoria del terzo contratto si basa, poggia sulla convinzione che la protezione della parte debole nei rapporti B2B implichi presupposti ed obiettivi non assimilabili a quelli che valgono per la protezione dei consumatori verso i professionisti, con ciò diversificandosi dalla teorica del contratto asimmetrico ⁽⁷³⁾.

Secondo l'impostazione da ultimo indicata, accanto alla categoria generale del contratto, si avrebbero due altre categorie e discipline speciali, distinte tra di loro e dallo stesso contratto in generale: il contratto B2B ed il contratto B2C, entrambi sistemi settoriali e autonomi, non comunicanti in termini di disciplina applicabile.

Tuttavia, l'eventuale emersione di altre fattispecie di contratti con squilibri di forza, non riconducibili all'area operativa del terzo contratto, imporrebbe di

professionali, gli obblighi informativi vengono meno (art. 100, t.u.f.).

Secondariamente, diversa appare la prova dello squilibrio, in un caso fondata sulla asimmetria presunta, nell'altro sulla asimmetria in concreto. La diversità dei ruoli delle parti e le modalità unilaterali della contrattazione sono di per sé indici della necessità di far operare le forme di tutela per il consumatore. Diversamente, nell'ambito della contrattazione tra imprese la dipendenza economica dell'una verso l'altra è solo un indice del possibile squilibrio nei diritti ed obblighi dei rapporti commerciali, si tratta cioè di un'asimmetria solo potenziale, oggetto di verifica in concreto, caso per caso, nella specifica operazione negoziale: solo se la parte strutturalmente debole non abbia effettivamente concorso alla determinazione del regolamento contrattuale lo squilibrio contenutistico potrà essere indice di un esercizio anomalo dell'autonomia contrattuale.

In terzo luogo, le ragioni dell'intervento protettivo contro la dipendenza economica tra imprese risiedono nella necessità di tutelare la struttura concorrenziale del mercato (cfr. art. 9 l. 192/1998; art. 7, d.lgs. 231/2000).

Di qui l'ulteriore elemento di distanza tra le due tipologie contrattuali costituito dai parametri della valutazione dello squilibrio: la struttura del mercato, estranea alla disciplina protettiva dei consumatori, risulta un criterio per valutare la dipendenza economica ed il conseguente squilibrio nei contratti tra imprese dispari, quanto alle condizioni economiche del rapporto, in luogo della tradizionale insindacabilità dell'equilibrio economico dello scambio nella normativa a tutela del consumatore. Nei contratti del consumatore, eccetto i casi di contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza, non risulta necessario indagare l'equità economica del contratto, poiché il consumatore può farvi fronte rivolgendosi ad altri migliori offerenti. Mentre nei contratti tra imprese, essendo lo squilibrio dovuto alla mancanza di alternative sul mercato per la parte debole, si sente l'esigenza di attivare un più esteso controllo anche sull'aspetto economico e non solo normativo dell'intesa.

⁽⁷³⁾ Si veda sul punto AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti G. e Villa M., Bologna, 2008, p. 16 s.; CARUSI D., *I precedenti*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti G. e Villa M., Bologna, 2008, p. 31 ss.; FRANCO R., *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, p. 70ss.; VILLA G., *Invalità e contratto tra imprenditori in situazioni asimmetrica*, in *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti G. e Villa M., Bologna, 2008, p. 113ss.

elaborare, in via interpretativa, la figura di un «quarto contratto», dotato di elementi e regole a sé stanti: in tal modo il sistema del diritto contrattuale non recupererebbe unitarietà, ma subirebbe un aggravamento della già presente eccessiva frammentazione, cui, a partire dal contesto europeo, si è voluto da tempo cercare di porre rimedio ⁽⁷⁴⁾.

Ciò non accadrebbe qualora, invece, si decidesse di far leva sulla categoria del contratto asimmetrico, dedicato a tutti i contratti conclusi tra soggetti di mercato più forti e soggetti più deboli presenti nel mercato. Pertanto, in presenza di circostanze che non giustificano un trattamento radicalmente distinto, si potrebbe in tal modo auspicare un recupero di unità del sistema e una condivisione, tra diversi contraenti deboli, di alcuni aspetti della relativa disciplina.

Al di là della adesione all'una o all'altra delle sopraindicate ricostruzioni, risulta imprescindibile intervenire normativamente, su più livelli, al fine di correggere le disparità di posizione tra i contraenti mediante la predisposizione di adeguate forme di tutela.

Per il conseguimento di tale finalità, la legislazione, per lo più di derivazione comunitaria, ha avuto cura di introdurre misure di diretta tutela del consenso del contraente pregiudicato, sia esso il consumatore oppure, nell'accezione più ampia, il cliente ⁽⁷⁵⁾: si tratta in particolare di regole attinenti

⁽⁷⁴⁾ L'esigenza di recuperare un livello di unitarietà all'interno del diritto dei contratti è emersa soprattutto con l'innescarsi del processo di rottura dell'unità introdotto con la categoria del contratto del consumatore. Tradizionalmente il sistema codicistico dei contratti era costruito secondo un sistema binario: una parte generale dedicata al contratto in generale ed una parte speciale per i singoli tipi contrattuali. Il contratto del consumatore ha rotto tale sistema, strutturandosi come nucleo a sé, confluyente in entrambe: si pensi al contatto della disciplina delle clausole vessatorie con la parte generale e a quello della garanzia della conformità con la parte speciale del tipo vendita.

Sul tema dei profili di criticità alla figura del terzo contratto si veda NAVARRETTA E., *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti G. e Villa M., Bologna, 2008, p. 317 ss.; ROPPO V., *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Contratto del duemila*, Torino ³, 2011, p. 140ss.; ID., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 280 s.

⁽⁷⁵⁾ A testimonianza di interventi legislativi, di derivazione comunitaria, che regolamentano determinate attività delle relazioni economiche, relative ad aspetti diversi da quelli inerenti alla

alla trasparenza delle operazioni contrattuali, all'informazione del contraente «non professionale», nonché di quelle che gli attribuiscono un diritto c.d. di ripensamento ⁽⁷⁶⁾.

8. Rimedi di matrice europea per il ripristino dell'equilibrio contrattuale e per la tutela del consenso

Delineato lo squilibrio che connota il contratto con il consumatore, ma anche quello tra imprenditori con disparità di forza contrattuale, appare necessario analizzare la strategia rimediata prevista dal legislatore sovranazionale per entrambi i modelli di contratto europeo: dall'imposizione di obblighi di informazione e di contenuto, all'individuazione di divieti di comportamento e al riconoscimento del recesso di pentimento ⁽⁷⁷⁾.

Di interesse allora può apparire una breve analisi sulla nozione di rimedio contrattuale ⁽⁷⁸⁾.

formazione ed esecuzione del contratto, si possono analizzare la normativa *antitrust* (l. 1990/287) e la disciplina della pubblicità ingannevole (d.lgs. 1992/74): si tratta di regole con ad oggetto attività e non atti negoziali, su cui vigilano appositi organismi (al riguardo cfr. CHERUBINI M.C., *op. cit.*, p. 22ss.).

⁽⁷⁶⁾ V. *amplius* il par. successivo.

⁽⁷⁷⁾ La tendenza è quella di mettere a disposizione del consumatore dei mezzi di tutela tesi al recupero del risultato utile dell'affare, responsabilizzando allo stesso tempo il consumatore e rendendolo "agente della razionalità del mercato": la regolazione del mercato su base concorrenziale si persegue non più solo con le politiche economiche e monetarie, ma anche a partire dalle singole negoziazioni attraverso la conservazione di assetti privati grazie ad un decalogo di condotte delle parti in sede di conclusione ed esecuzione dei contratti (cfr. MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa dir. priv.*, 2010, p. 604; anche se con riferimento alla vendita dei beni di consumo sullo stesso tema cfr. ID., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa dir. priv.*, 2004, p. 1085).

L'incidenza del ruolo del contratto tra privati sullo sviluppo del mercato si coglie dalla figura del c.d. terzo contratto: alla base del medesimo ci sarebbero delle esigenze di mercato e di contrasto alle alterazioni della concorrenza, tant'è che il termine per valutare lo squilibrio contrattuale sarebbero le prassi commerciali, e quindi il mercato medesimo (così MAZZAMUTO S., *ibidem*; diversamente, per altri autori, l'obiettivo alla base dei contratti B2B sarebbe quello di protezione dell'impresa debole contro quella forte, non già l'efficienza dei mercati, ad eccezione del settore finanziario disciplinato dalla Dir. 2002/47 CE (così ROPPO V., *op. cit.*, p. 269).

⁽⁷⁸⁾ Tratto caratterizzante dell'operare del legislatore comunitario risulta non tanto la definizione della fattispecie, quanto la predisposizione di mezzi di tutela, capaci di offrire protezione in

Tradizionalmente ed etimologicamente il rimedio viene associato ad un mezzo di reazione ad un ordine violato o inattuato, rimesso, di norma, ad un'iniziativa di parte, altre volte anche a valutazioni giudiziali sulla sua azionabilità.

In un'ottica di lettura più ampia, invece, il rimedio non si colloca propriamente in una fase di alterazione strutturale della fattispecie, ma è volto ad assicurare protezione all'intero programma negoziale da un punto di vista effettuale: ne emerge in tal modo una spiccata natura funzionale ⁽⁷⁹⁾.

La politica dei consumatori si va quindi indirizzando, sempre di più, verso una tutela che è rivolta a predisporre un insieme di attività e a definire una serie di azioni da dover intraprendere per ridurre le asimmetrie delle quali soffre la domanda interna, dovute spesso all'impiego di nuove tecniche di comunicazione, tecnologicamente avanzate, non però facilmente riconducibili allo schema codicistico tra assenti, tra cui un ruolo di rilievo è assunto dalla contrattazione a distanza e fuori i locali commerciali ⁽⁸⁰⁾.

Le innovative forme di conclusione dell'accordo pongono dei problemi di tutela del consenso del contraente non professionale contro il pericolo di accettazioni affrettate ed inconsapevoli ⁽⁸¹⁾.

un'ottica rimediabile delle distorsioni prodotte nell'esecuzione e nella formazione del rapporto (cfr. MAZZAMUTO S., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Europa dir. priv.*, 2007, p. 585 s.).

⁽⁷⁹⁾ Il rimedio può correggere la fattispecie contrattuale, inibendone gli effetti (es. il recesso di pentimento) o riequilibrandone l'assetto dall'esterno (es. risarcimento del danno o azioni inibitorie). Varie possono essere le qualificazioni dei rimedi contrattuali. Dal punto di vista funzionale, essi possono essere alternativi o cumulativi, satisfattori o restitutori, risarcitori in forma specifica, inibitori o manutentivi. Dal punto di vista soggettivo si presentano come unilaterali o consensuali, dispositivi od officiosi (MAZZAMUTO S., *op. ult. cit.*, p. 606 s.).

⁽⁸⁰⁾ I rimedi a protezione dei consumatori di fonte europea si traducano inevitabilmente in limitazioni dell'autonomia privata dei contraenti negli ordinamenti giuridici nazionali: GRUNDMANN S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 259 ss.

⁽⁸¹⁾ Gli obblighi di informazione ed il recesso di pentimento possono essere delle valide soluzioni al riguardo. Il deficit informativo che caratterizza le forme di contrattazione a distanza viene contrastato mediante l'imposizione di una pluralità di obblighi di informazione a carico del fornitore anche, e specialmente, nella fase che precede la conclusione del contratto; la protezione del consumatore viene spesso completata attraverso l'attribuzione di un diritto di recesso da esercitarsi entro un breve tempo, a costo zero e senza motivazione. Da ciò emerge come, nell'ottica comunitaria, conclusione ed esecuzione del contratto tendano ad avvicinarsi in quanto all'incontro

Di qui la tendenza, di origine comunitaria, ad eterodeterminare ampi settori del contratto, imponendone un vero e proprio contenuto minimo composto da clausole che le parti non possono omettere, perché ritenute essenziali per realizzare gli obiettivi di tutela e di riequilibrio dei rapporti di forza tra i contraenti.

Correlati al contenuto imposto risultano anche gli obblighi di informazione, reattivi a determinati elementi contrattuali e gravanti sulla parte in posizione di forza, aventi la finalità di colmare il *deficit* informativo dell'altra dovuto alle particolari modalità di contrattazione utilizzate.

Emerge quindi una particolare attenzione per il contenuto dell'accordo contrattuale, frutto della tendenza a riequilibrare le posizioni di forza dei contraenti, spesso originate nella prassi negoziale tra soggetti di differente condizione economica.

E la necessità di intervenire per ripristinare lo squilibrio nel consenso dei contraenti testimonia la tendenza ad un progressivo cambiamento in atto: il passaggio dall'affermazione incondizionata del dogma della autonomia privata, come tale per definizione insindacabile, all'attenzione all'equità dello scambio, anche a costo di raggiungerla con forme di integrazione giudiziale dell'accordo, considerato come non più intangibile⁽⁸²⁾.

Oltre i criteri legali di integrazione del contenuto contrattuale, vi è un altro strumento di cui ci si può avvalere per ricondurre le contrattazioni tra parti, diversamente connotate sul piano economico, a contenuti di tutela, evitando così forme di abuso e di sopraffazione: si tratta del principio di libera recedibilità.

La regola dell'indissolubilità del vincolo contrattuale a garanzia della

formale dei consensi corrisponde un vincolo, la cui definitività spesso dipende dalle scelte del consumatore attraverso l'esercizio del diritto di recesso.

⁽⁸²⁾ In relazione alla tematica della eterodeterminazione del contenuto del contratto con particolare riferimento al settore consumeristico cfr. CHINÉ G., *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Trattato diritto privato*, diretto da Bessone M., XXVI, *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di Tizzano A., I, Torino, 2006, p. 783 ss.; ID., *Il diritto contrattuale europeo: riflessioni a margine di un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, a cura di Alpa G. e Capilli G., Padova, 2007, p. 290 ss.

A titolo esemplificativo si pensi al settore della vendita dei pacchetti turistici (Dir. 90/314/CEE), ai contratti di acquisto della multiproprietà immobiliare (Dir. 2008/122/CE) e alla disciplina sul ritardo dei pagamenti commerciali (Dir. 2000/35/CE).

stabilità e serietà delle contrattazioni se letta in un'ottica di eccessivo rigore si tradurrebbe in uno strumento di vessazione ai danni dei consumatori stessi.

Per tale ragione, allora, il contraente può disporre dello *ius poenitendi*, facoltà concessagli per ritirarsi unilateralmente da una pattuizione frutto di scelte non ponderate e inconsapevoli ⁽⁸³⁾.

Inoltre, con la precipua finalità di favorire la riflessione dell'aderente sulle condizioni che si appresta ad accettare e sul significato dell'operazione negoziale complessiva, le fonti comunitarie hanno riservato un rilevante ruolo alla forma del contratto ⁽⁸⁴⁾.

Il requisito formale assume quindi una nuova finalità a carattere protettivo, tesa a sostenere la volontà dei contraenti (c.d. neoformalismo di protezione), così contribuendo, assieme al requisito del contenuto minimo, ad assicurare la giusta tutela del consumatore ⁽⁸⁵⁾.

Infine, altro strumento, di cui si avvale il legislatore, per ricondurre le contrattazioni tra parti diversamente connotate sul piano economico a contenuti minimi e per impedire forme di abuso, è costituito dalle nullità relative, la cui azionabilità viene rimessa alla iniziativa del solo consumatore: il carattere particolare, e non già generale, dell'interesse protetto ne giustifica la qualificazione in termini di nullità di protezione.

Le nullità di derivazione comunitaria, tendendo a sanzionare più che la patologia dell'atto, il comportamento abusivo di una parte del rapporto, cercano di ovviare alle conseguenze, maggiormente pregiudizievoli per il soggetto meritevole di protezione, connesse alle forme di nullità assoluta, le quali, azzerando l'intera operazione negoziale ad iniziativa di chiunque ne abbia interesse, finirebbero con mortificare le esigenze sostanziali della parte debole,

⁽⁸³⁾ Per una panoramica delle ipotesi di recesso a favore del consumatore si veda CHINÈ G., *op. cit.*, p. 791 ss.

⁽⁸⁴⁾ A testimonianza della recente tendenza formalistica cfr. veda CHINÈ G., *op. cit.*, p. 799 ss.

⁽⁸⁵⁾ In particolare la forma assolve a funzioni di certezza, trasparenza e pubblicità delle condizioni contrattuali e il contenuto imposto *ex lege* garantisce un controllo a priori sull'equità e la giustizia dello scambio.

imprenditore o consumatore che sia ⁽⁸⁶⁾).

Concludendo, nonostante la natura speciale della più parte degli interventi comunitari relativi a singoli settori del diritto dei consumatori, risulta possibile selezionare alcuni istituti che, essendo comuni ad una pluralità di fattispecie, assumono portata più generale, finendo con il costituire elementi essenziali della figura del contratto del consumatore e, in un'ottica più ampia, del contratto con asimmetrie di potere contrattuale .

Tra queste categorie a vocazione generale si possono inserire, come già sommariamente accennato, il contenuto imposto per legge, i doveri d'informazione, il recesso di pentimento, gli oneri di forma e la nullità di protezione.

9. (Segue) Gli obblighi di informazione nella Direttiva 2011/83/UE: cenni

Nello sviluppo, spesso tumultuoso dei mercati, il consumatore, privato del contatto diretto che lo metteva in grado di orientarsi negli scambi, trova nel diritto all'informazione, correlato al diritto all'educazione e al diritto ad una adeguata pubblicità, lo strumento indispensabile per valutare ponderatamente le sue scelte commerciali ⁽⁸⁷⁾.

La tutela del consumatore, per poter essere effettiva e favorire

⁽⁸⁶⁾ Oltre alla relatività, le nullità in questione presentano il carattere della sanabilità e della irretroattività degli effetti, almeno nella misura in cui il soggetto destinatario di tutela, decidendo di non avvalersi dell'invalidità, di fatto confermi l'efficacia del contratto, essendo precluso a terzi non legittimati di agire per il rilievo della invalidità. Cfr. *infra* cap. II, par. 4, p. 65 ss.

Alcuni esempi di nullità relativa si hanno all'art. 143, comma 1, c. cons. (art. 10, comma 2, d.lgs. n. 50/1992, in attuazione della Dir. 85/577 CEE); art. 124 c.cons. (art. 12, d.p.r., 24 maggio 1988, n. 224, in attuazione della Dir. 85/374/CEE);

In argomento, con particolare riguardo all'analisi delle trasformazioni subite dalla categoria tradizionale di invalidità negoziale, si veda PUTTI P.M., *Nullità (nella legislazione comunitaria)*, in *Digesto, sez. civ.*, IV ed., XIV, *Appendice*, Torino, 1997, p. 703 ss.; inoltre, *amplius*, GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 322ss.

⁽⁸⁷⁾ Le attività di informazione ed educazione assumono importanza non solo in un'ottica di tutela del consumatore, ma anche in ambito macroeconomico come mezzo per garantire un corretto funzionamento del mercato ed un equilibrato rapporto tra domanda ed offerta.

l'autodeterminazione dello stesso, deve coinvolgere l'intero procedimento che accompagna l'*iter* attraverso il quale si realizza l'atto di consumo, comprensivo della fase che precede e di quella che segue il momento di formalizzazione delle scelte: i doveri di informazione investono, pertanto, l'intero processo di formazione del contratto in ragione della loro funzionalità ai duplici aspetti della consapevole formazione del consenso e della corretta gestione del rapporto contrattuale ⁽⁸⁸⁾.

Quanto alla disciplina degli obblighi di informazione a carico del professionista e a favore del consumatore nella Direttiva 2011/83/UE, essi vengono specificati non solo per i contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali, ma anche per altre tipologie contrattuali «*diverse dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali*» (capo II, Dir. 2011/83/UE), delineandosi in tal modo due discipline in parte distinte e con una differenza essenziale. Mentre per questi ultimi la Direttiva 2011/83/UE impone agli Stati livelli minimi di tutela, autorizzandoli a prevedere obblighi aggiuntivi, per i soli contratti a distanza e a porta a porta l'armonizzazione è invece massima ⁽⁸⁹⁾.

Giova altresì aggiungere che uno dei punti centrali, quanto alla disciplina degli obblighi di informazione, attiene alla selezione delle possibili conseguenze in caso di violazione dei medesimi, sì da predisporre una sanzione di carattere generale e non renderli un mero catalogo formale.

E malgrado l'assoluta centralità della questione, si registra tuttavia un vuoto di disciplina nell'intervento comunitario, difettando la previsione di un rimedio a valenza ed operatività generale, ogniqualvolta il professionista non abbia

⁽⁸⁸⁾ Inoltre, strettamente connesso ai doveri legali di informazione risulta anche il c.d. neoformalismo di protezione: si tratta di prescrizioni formali imposte non tanto in ragione del tradizionale effetto traslativo di diritti reali immobiliari, quanto piuttosto per una finalità di conoscenza del contenuto contrattuale, da altri determinato, e di tutela della scelta consapevole del consumatore. Sul punto cfr. *infra* cap. II, par. 4, p. 65 ss.

⁽⁸⁹⁾ La direttiva regola l'informativa precontrattuale secondo un modello ormai diffuso: detta un minuzioso elenco di informazioni che devono essere fornite, prevede lo stile chiaro e comprensibile dell'informativa, senza specificare la lingua da impiegare, osservando però il principio di trasparenza e leggibilità, su carta per i contratti a distanza, con un mezzo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato, invece, per i contratti a distanza. Si vedano gli artt. 5 - 8 Dir. 2011/83/UE. V. *amplius* cap. II, par. 8, p. 93 ss.

adempito ai suoi obblighi informativi ⁽⁹⁰⁾.

Invero, la presente Direttiva 2011/83/UE, oltre a sancire che l'onere della prova relativa all'assolvimento dell'obbligo informativo grava sul professionista, contiene solo misure specifiche, come, ad esempio, la previsione in forza della quale se il professionista non informa il consumatore di spese aggiuntive o dei costi per la restituzione del bene in caso di recesso detti oneri non gravano sul consumatore (art. 6, par. 6, Dir.).

Al di fuori di tale puntuale regolamentazione la scelta della sanzione viene rimessa allo Stato membro, purché sia «*efficace, proporzionata e dissuasiva*» ⁽⁹¹⁾.

Conferme a sostegno di una possibile sanzione risarcitoria, come in questa sede si cercherà di ipotizzare ⁽⁹²⁾, per la violazione degli obblighi informativi potrebbero essere trovate dal confronto con la concomitante proposta della Commissione europea di un regolamento che adotti una disciplina opzionale uniforme, a livello europeo, per il contratto di vendita, regole queste entrambe collocate in un più ampio processo di uniformazione del diritto dei contratti, come si è avuto già occasione di rilevare ⁽⁹³⁾.

⁽⁹⁰⁾ Al riguardo *amplius infra* cap. II, par. 10, p. 113 ss.

⁽⁹¹⁾ Così art. 24 Dir.

Sulle conseguenze che possono profilarsi in caso di violazione da parte del professionista di detti obblighi informativi nel caso di omessa informazione, si veda nt. *supra*.

Seppur a livello di prima approssimazione, pare profilarsi il rischio di divergenti soluzioni da parte dei diversi Stati membri con riferimento alla previsione delle conseguenze per l'ipotesi di violazione degli obblighi informativi nella fase precontrattuale: parrebbe individuarsi una prima circostanza in cui l'idea di uniformazione tra le discipline potrebbe, in sede attuativa, iniziare a vacillare, riducendosi a mera intenzione.

⁽⁹²⁾ In argomento, *infra* cap. II, par 14, p. 138 ss.

⁽⁹³⁾ Cfr. «*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*» di data 11.10.2011 (*supra* nt. 44, p. 22). La medesima contiene, infatti, una sezione dedicata agli obblighi di informazione precontrattuali a carico del professionista (art. 13 ss., proposta di Regolamento), oltre ad un capitolo intero dedicato al diritto di recesso (art. 40 ss., proposta di Regolamento). Anche un'eventuale disciplina europea della vendita dovrà inevitabilmente conformarsi alle prescrizioni discendenti da una direttiva di armonizzazione massima. La proposta, ponendosi come normativa completa ed esaustiva del contratto di vendita, ha cura di prevedere l'obbligo di risarcimento del danno a carico del professionista inadempiente all'obbligo informativo e, per l'ipotesi di reticenza fraudolenta dolosa, l'annullabilità del contratto.

10. (Segue) Il diritto di recesso nella Direttiva 2011/83/UE: cenni

Il recesso di pentimento è quello strumento di autotutela predisposto dal diritto privato comunitario per ovviare alla velocità di certe tipologia di contrattazione, come i contratti a distanza e quelli fuori dei locali commerciali.

Al di là delle sue peculiari connotazioni (⁹⁴), risulta tecnicamente difficile considerarlo come un vero e proprio rimedio, inteso come reazione ad un interesse violato o inattuato.

Si tratta piuttosto di un c.d. *cooling off period*, ovverosia uno strumento di autotutela preordinato ad offrire al consumatore un breve lasso di tempo, successivo alla conclusione del contratto, per valutare l'opportunità e la convenienza dell'affare concluso ed eventualmente sciogliersi unilateralmente dal vincolo.

Quanto poi alla previsione del diritto di recesso nella direttiva in esame, ad una prima lettura sembra che in tale ambito il livello di tutela disegnato per i consumatori sia molto elevato, con conseguente possibilità, all'esito della procedura di recepimento italiana (⁹⁵), di predisposizione di un sistema di protezione maggiormente idoneo rispetto all'attuale: lo rivelano immediatamente i termini concessi per esercitare tale diritto, le garanzie per la restituzione di quanto pagato, il riparto di responsabilità degli obblighi di informativa imposti alle imprese.

In considerazione di quanto anzidetto, basti notare che il termine per l'esercizio del diritto di recesso è stato unificato in quattordici giorni, decorrenti dalla conclusione del contratto per la fornitura di servizi, dal giorno della consegna al consumatore o a un soggetto da lui indicato diverso dal vettore per la

⁹⁴) Al riguardo *infra* cap. III, par. 6, p. 181 ss.

⁹⁵) Quanto alle fasi in cui l'opera di recepimento in Italia della Direttiva 2011/83/UE è consistita, va ricordato come il Governo, in data 3 dicembre 2013 e in esercizio della delega legislativa contenuta nella legge di delegazione europea del 6 agosto 2013 (art. 1. l. 2013/96, in GU Serie Generale n. 194 del 20 agosto 2013), adottava uno schema di decreto legislativo sul quale la Camera dei deputati ed il Senato della Repubblica esprimevano il loro parere attraverso le competenti commissioni parlamentari, per giungere poi al testo definitivo del d.lgs. n. 21 del 21 febbraio 2014.

fornitura di beni. Nel caso di omessa informazione da parte del professionista il termine per l'esercizio del diritto di recesso sale a dodici mesi e quattordici giorni; è previsto poi che se il professionista fornisce al consumatore l'informazione sul recesso entro dodici mesi dalla consegna del bene o dalla conclusione del contratto di servizi, il periodo di recesso scade dopo quattordici giorni da quando il consumatore riceve le informazioni suindicate⁽⁹⁶⁾.

Manifestata la volontà di recedere in modo esplicito e attraverso qualunque forma, il consumatore ha diritto al rimborso di tutti i pagamenti effettuati, comprese le spese di consegna, entro quattordici giorni dal giorno in cui il professionista ha ricevuto la comunicazione della decisione di recedere; parallelamente il consumatore è tenuto a restituire i beni ricevuti, con spese a suo carico.

Da aggiungersi che il consumatore risponde per la diminuzione del valore del bene al momento della restituzione, nei limiti in cui la diminuzione di valore sia conseguenza di una manipolazione ulteriore a quella necessaria per stabilire natura, funzionamento e caratteristiche del bene e comportante un minimo deprezzamento del bene intaccato nella sua integrità. Sul punto la direttiva in esame pare allinearsi ad una pronuncia della Corte di Giustizia del 3.09.2009 (causa C-489/07, *Pia Messner c. Firma Stefan Kroeger*), con cui si afferma che il venditore non può pretendere un'indennità per il deterioramento riconducibile all'esame della cosa, richiesta che si porrebbe in contrasto con i principi generali del diritto civile.

In tale contesto, le prescrizioni europee attinenti agli obblighi di informazione precontrattuale e al diritto di recesso hanno trovato compiuta trasposizione nel testo del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 con cui il legislatore italiano ha recepito la Direttiva 2011/83/U.E., sostituendo il capo I, titolo III, parte III del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, limitatamente agli articoli da 45 a 67, con

⁽⁹⁶⁾ Diversamente, l'art. 65, comma 3, c. cons. nella sua versione anteriore all'abrogazione avvenuta con il d.lgs. 21/2014 (di cui si veda *infra* nt. 97) prevedeva un termine di sessanta o novanta giorni.

effetti a decorrere dal 13 giugno 2014 ⁽⁹⁷⁾).

La trattazione dei capitoli successivi verterà sull'esame della disciplina degli istituti degli obblighi informativi e del diritto di recesso a tutela del consumatore: entrambi verranno esaminati alla luce della disciplina anteriore e di quella successiva all'entrata in vigore delle citate modifiche legislative, ponendo particolare attenzione alle questioni - tutt'ora aperte - concernenti l'individuazione di una sanzione a tutela del consumatore per il caso di omessa informazione sugli obblighi di informazione precontrattuale - in particolare attinenti al diritto di recesso - e la qualificazione del diritto di recesso, questioni queste che, si vedrà, risultano strettamente connesse.

⁽⁹⁷⁾ Cfr. G.U., 11 marzo 2014, n. 58.

CAPITOLO SECONDO
L'INFORMATIVA PRECONTRATTUALE QUALE MODALITÀ DI
SALVAGUARDIA DELLA LIBERTÀ NEGOZIALE

1. Gli obblighi di informazione: considerazioni generali

Il generale diritto all'informazione, nella sua specificazione di attività preliminare idonea a conoscere, si concretizza, per quanto riguarda il consumatore, in una corretta comunicazione volta a porlo in condizione di apprendere il funzionamento del mercato e controllare così le varie fasi della relazione contrattuale che lo coinvolge, in un'ottica di tutela preventiva.

La proliferazione di obblighi informativi e di connesse modalità di informazione rappresentano una chiara testimonianza di tale intento preventivo, finalizzato a sottoporre le varie fasi che accompagnano l'atto di consumo al controllo sociale del consumatore.

Per poter meglio analizzare e comprendere la tematica degli obblighi di informazione precontrattuale è opportuno delimitare il campo di indagine partendo da alcune precisazioni terminologiche.

Il termine informazione, pur nella sua genericità, allude ad un tipo di attività comunicativa svolta con mezzi linguistici o anche con mezzi non linguistici, atta a rappresentare, direttamente o indirettamente attraverso altri fatti, determinati dati, indifferentemente del presente o del passato; la rappresentazione permette alla parte destinataria delle informazione di conoscere quanto rappresentato, che si auspica essere corrispondente al vero e che, in ogni caso, risulta passibile di un giudizio di verità o falsità da un punto di vista oggettivo.

Ogni operazione economica di scambio, di qualsivoglia entità e portata possa essere, presuppone un bagaglio informativo sulla base del quale poi determinarsi con maggiore consapevolezza alla scelta da compiere: gli obblighi di informazione comportano un'attività comunicativa, funzionalmente qualificata, di

trasmissione di dati utili per conoscere una data realtà.

Di conseguenza, la prestazione comunicativa degli obblighi di informazione deve essere configurata secondo caratteri che, quanto ai tempi e modi di svolgimento, garantiscano che il significato dei dati comunicativi possa essere acquisibile dal destinatario ⁽¹⁾.

In un modello di scambio tradizionale, dove si confrontano soggetti che ricoprono posizioni equivalenti, il momento centrale per la conoscenza dei dati rilevanti dell'operazione si concentra durante le trattative, che precedono la fase perfezionativa dell'accordo e che si sviluppano secondo tempi e modalità diversificati a seconda della tipologia di contrattazione adottata.

Da quanto detto emerge, seppur a livello di inquadramento generale, un rapporto tra attività informativa e conoscenza: il dovere informativo è strumentale alla conoscenza al di là del mezzo utilizzato per informare e, di conseguenza, là dove uno stato di conoscenza si sia comunque già in altro modo ottenuto, perde la sua necessità ⁽²⁾.

L'attività di informazione in senso stretto e la successiva valutazione attentano entrambe al momento comunicativo in senso lato, del quale non esauriscono ogni profilo ⁽³⁾ e non vanno in ogni caso sovrapposte: il momento

⁽¹⁾ Conferma di quanto affermato lo si ha nelle prescrizioni che, quanto alle modalità di informazione, fanno riferimento all'adeguatezza, alla chiarezza e al significato inequivoco per il destinatario, tanto da rinvenire un principio di massima efficienza dell'informazione compatibile con la tecnica di distribuzione impiegata.

⁽²⁾ In questi termini DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, 109ss.

⁽³⁾ Nell'ambito del fenomeno comunicativo in senso lato, la necessità di una conoscenza sempre più elevata determina collegamenti intensi tra differenti profili. Dall'un lato, tra il diritto all'informazione e il diritto all'educazione, in funzione della consapevolezza rispetto alle decisioni da prendere; dall'altro tra il diritto all'informazione e il diritto a una corretta pubblicità, in funzione dell'interesse a una conoscenza non distorta della realtà.

Quanto al primo aspetto, risulta necessario che il consumatore possa essere a conoscenza di tutti, o quasi, i costi e benefici delle scelte che andrà a compiere e, invece, spesso è sfornito di un'effettiva capacità di scelta ovvero di una seria capacità di giudizio.

Necessario è delineare i rapporti tra informazione ed educazione. L'educazione si differenzia dall'informazione in quanto non consiste nella semplice messa a disposizione di una serie di dati ma mira a rendere il consumatore consapevole delle proprie scelte di acquisto e a trasformare così la sua possibilità di scelta in capacità di giudizio e decisione critica: l'educazione dovrebbe trasformare le informazioni in conoscenza rendendo percepibile il funzionamento del mercato.

È lo stesso funzionamento del mercato che impone lo sviluppo di un'educazione adeguata, perché

informativo e quello valutativo presentano delle diversità strutturali e funzionali.

In particolare, giova precisare come la nozione di informazione, intesa come attività comunicativa volta a far conoscere dati oggettivi della realtà presente o passata, vada distinta dalla valutazione, che comporta un'espressione di giudizi o preferenze, operando essa invece su di un piano marcatamente soggettivo.

Nel processo che porta al consenso negoziale entrambi i momenti hanno un significativo rilievo: alla rappresentazione di elementi oggettivi legati a un dato bene seguirà la valutazione soggettiva circa la capacità di quel bene a soddisfare i

la possibilità di giudicare i beni e i servizi maggiormente idonei significa poter essere nella condizione di vagliare più possibilità commerciali e, quindi, realizzare un'effettiva concorrenza (ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informatico*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 354 ss.). Il legislatore allora guarda al processo educativo come ad un'attività tesa a rendere percepibile il funzionamento del mercato e far sì che lo stesso si costruisca grazie a comportamenti leali e trasparenti, all'insegna della autoresponsabilità degli operatori.

Si è detto quindi che il diritto all'educazione comporta la necessità di un'informazione che permette di compiere scelte consapevoli e necessita di un intervento del legislatore in positivo attraverso la previsione di un contenuto minimale degli obblighi informativi, imponendo al professionista di mettere a disposizione del consumatore i dati essenziali (ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 358; JANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, *L'attività e il contratto*, Padova 2, 2003, p. 3 ss.).

Il diritto all'educazione si lega necessariamente al diritto all'informazione, completandone la disciplina: l'educazione non può acquisirsi senza la messa a disposizione dei dati, ma l'informazione non può divenire conoscenza senza l'educazione.

Quanto al secondo aspetto, ancora diversa, benché connessa alla tutela del consenso, risulta la pubblicità, che si traduce in qualsiasi forma di presentazione al pubblico di un prodotto e di un servizio. Anche se naturalmente finalizzata a un'attività di tipo promozionale e di persuasione all'acquisto, è comunque una forma di comunicazione, dai caratteri commerciali: il meccanismo promozionale che ne sta alla base non può vanificare la correttezza dell'informazione e, dunque, sono necessarie anche in tale ambito particolari cautele, tese all'inibizione dell'inganno più che alla garanzia di un determinato *standard* informativo.

Si è sostenuto che il diritto ad una corretta pubblicità si sostanzia nel diritto a non subire comportamenti scorretti e, quindi, nel diritto a ottenere una tutela che si realizza attraverso determinati strumenti di controllo del mercato, eventualmente attivati anche dallo stesso consumatore: si tratta di interventi in negativo volti a contenere la libertà di espressione realizzata attraverso il messaggio pubblicitario (ROSSI CARLEO L., *ibidem*).

Pur nella loro diversità, può accadere che tra pubblicità e informazione vi sia un punto di contatto, laddove la comunicazione pubblicitaria si connota di un carattere prevalentemente informativo o se il modulo di acquisto abbia anche la funzione di strumento pubblicitario: in questi casi si dovrà capire se si verificherà il concorso di due discipline o l'applicazione di quella corrispondente alla funzione di maggior rilievo in concreto espletata: così evidenzia CASABURI G., *La tutela civilistica del consumatore avverso la pubblicità ingannevole dal d.lgs. n. 74/1992 al codice del consumo*, in *Giur. Merito*, 2006, p. 622. Circa la distinzione tra informazione e pubblicità, che pure tende a sfumare nella fase dell'offerta del prodotto e nella sua presentazione al pubblico, si veda PARISI A.G., *L'educazione e l'informazione del consumatore*, in *Tr. di diritto privato*, diretto da Bessone M, XXX, *Tutela del consumatore*, a cura di Stanzione A. e Musio G., Torino, 2009, 42 s.

bisogni del contraente e, infine, l'espressione del consenso negoziale.

Pertanto, si comprende come l'*iter* che conduce alla conclusione del contratto poggia su un doppio processo, sia cognitivo che valutativo.

Nello specifico, il momento cognitivo consente la corretta individuazione del programma di interessi e si concentra essenzialmente sulla percezione di aspetti decisivi del contratto, quali la natura e gli elementi strutturali del negozio, l'identificazione del professionista, l'oggetto del contratto, la descrizione delle prestazioni e delle modalità di adempimento. Esaurita la fase cognitiva, al termine della percezione delle componenti strutturali del contratto, il momento valutativo favorisce l'elaborazione di ogni elemento utile a verificare la corrispondenza dell'operazione alle concrete esigenze perseguite.

Si è sostenuto che la descritta distinzione tra la nozione di informazione e quella di valutazione permette di riflettere su come il legislatore incentivi la cooperazione informativa funzionale all'acquisizione di uno stato di conoscenza, non anche quella valutativa finalizzata all'espressione di un giudizio ⁽⁴⁾.

Invero, l'informazione si pone, quindi, allo stesso tempo come veicolo di conoscenza e come strumento di valutazione perché attraverso lo scambio di informazioni ogni parte è posta nella condizione di valutare, prima di addivenire alla conclusione del negozio, l'idoneità dell'atto a realizzare le proprie esigenze: l'informazione si colloca quindi in rapporto diretto e immediato con i processi rappresentativi e volitivi sottostanti alla conclusione del contratto e, in quanto tale, esige una precisa regolamentazione ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Così ha osservato DE POLI M., *op.cit.*, p. 103.

⁽⁵⁾ Dall'esame della disciplina degli obblighi informativi emerge come a volte questa risulti particolarmente attenta al procedimento di conclusione del contratto, attraversando tutti i singoli contratti (disciplina orizzontale); altre volte invece detti particolari regole solo per alcuni settori specifici (disciplina verticale).

2. (Segue) L'asimmetria informativa e la necessità di un sistema di regole a tutela del contraente debole e dell'efficienza del mercato

Le indiscusse ricadute sulla volontà negoziale *in fieri* lasciano emergere come sia necessario salvaguardare la correttezza delle operazioni di scambio, affidando tale compito al principio di buona fede, quale generale parametro del giudizio di liceità di ogni condotta afferente alla fase più propriamente contrattuale.

Più in particolare, la presenza di una relazione qualificata opera da linea di demarcazione tra la disciplina delle trattative, improntata all'obbligo di comportarsi secondo buona fede *ex art.* 1337 c.c., e la non qualificazione giuridica dei fatti e delle condotte anteriori ⁽⁶⁾.

A seconda del momento temporale cui ineriscono e della finalità dell'atto comunicativo medesimo ⁽⁷⁾ si possono distinguere informazioni precontrattuali che si svolgono essenzialmente nelle trattative e nella formazione del contratto ⁽⁸⁾, e informazioni contrattuali propriamente tipiche della fase esecutiva.

Il dovere di informazione estende così il suo ambito applicativo al di là della

⁽⁶⁾ Il flusso informativo, dunque, non è libero nelle sue modalità di estrinsecazione, ma emerge la necessità di offrire una precisa regolazione alla tematica degli obblighi informativi attraverso la buona fede *in contrahendo* che ne vigila il trasferimento e ne seleziona i contenuti attraverso la distinzione tra illeciti e leciti.

⁽⁷⁾ In alcuni casi gli obblighi comunicativi realizzano il generico interesse del destinatario alla conoscenza dell'andamento di un rapporto gestorio (artt. 1713, 1749 c.c.): in altri invece si pongono come mezzo di controllo del regolare adempimento del programma contrattuale (art. 1748 c.c.), laddove l'informazione del proponente si trasforma in mezzo diretto a consentire all'agente di controllare la regolare esecuzione della prestazione.

Inoltre, anche nel corso del programma contrattuale, non solo nel momento precontrattuale, l'informazione può essere funzionale all'espressione di una volontà negoziale tra le stesse parti: si pensi al caso descritto dall'art. 1710 c.c. ove l'informativa legata a circostanze sopravvenute è funzionale alla revoca o alla modifica del mandato

⁽⁸⁾ In dottrina l'informazione precontrattuale è stata definita come legata al compimento del consenso negoziale e come mezzo di cooperazione nell'esercizio dell'altrui libertà negoziale: così DE POLI M., *op.cit.*, p. 108.

Lo stesso Autore (*Id.*, *op. cit.*, p. 136 s.) ha anche sottolineato come, pur essendo la sede naturale per lo svolgimento dell'attività informativa quella delle trattative, si sia registrato a volte una rivisitazione dei luoghi dell'informazione e, a volte, l'informazione temporalmente precontrattuale non sia definita come informazione per il consenso o per l'espressione di una scelta negoziale; si pensi al caso delle informazioni in ordine alle modalità di utilizzazione del bene (c.d. istruzioni d'uso) fornite a un soggetto interessato all'acquisto di un prodotto, poi ritenute incomplete o sbagliate.

fase precontrattuale, fisiologico momento di concretizzazione della buona fede negoziale, diventando così dovere contrattuale che penetra nel contenuto del contratto ⁽⁹⁾, veicolo di informazioni e mezzo di trasmissione di dati che la legge vuole siano in esso contenuti ⁽¹⁰⁾.

In ogni caso, al di là della collocazione temporale degli obblighi informativi, per definizione l'informazione è rivolta a qualcuno, a un soggetto identificato ed è destinata ad acquistare senso in quanto funzionale all'instaurazione di un rapporto di natura contrattuale.

L'informazione allora si inserisce nell'ambito di una relazione giuridica interindividuale o comunque individualizzata. L'obbligo di informazione trova una naturale collocazione nel momento precontrattuale, in quanto la trattativa è dominata dall'informazione perché si svolge tra soggetti che, il più delle volte,

⁽⁹⁾ Nel diritto privato europeo i confini tradizionali tra ambito precontrattuale e zona contrattuale sono destinati ad affievolirsi nella misura in cui quelli che tradizionalmente rilevavano come obblighi di comportamento precontrattuale, cioè doveri di informazione, tendono a divenire parte del contenuto del contratto, se non perfino regola di validità dello stesso e, per contro, i tradizionali elementi di validità si risolvono in regole d'azione (per tale osservazione si veda MERCATAJO G., *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Europa e Diritto privato*, 2000, p. 761).

Il promotore dell'iniziativa negoziale è tenuto a consegnare a chiunque ne faccia richiesta un documento informativo contenente gli estremi essenziali del contratto che intende promuovere, dando così quelle informazioni che poi, in sede di stipulazione, andranno a integrare il contenuto minimo essenziale del contratto.

⁽¹⁰⁾ Varie sono state le spiegazioni offerte al fenomeno per cui il contratto diviene veicolo di informazione vincolanti.

La previsione di una certa forma da rispettare e la prescrizione di un contenuto informativo necessario che deve risultare dal documento contrattuale permettono di rendere comparabili i vari pacchetti negoziali ripristinando un corretto circuito concorrenziale (D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di Di Marzio F., Milano, 2004, p. 62).

Secondo altra opinione, la circostanza che i contenuti informativi vengano trasfusi nel contenuto del contratto è un modo per rafforzare la vincolatività delle informazioni medesime (ALESSI R., *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo C e Mazzamuto S., II, Milano, 2007, p. 408 ss.).

Si è obiettato che la *ratio* della disciplina sugli obblighi informativi non può esaurirsi in ciò. Infatti, partendo dal presupposto che quello concluso tra un consumatore e un professionista è un contratto precario, nel senso che può essere sciolto per effetto dell'esercizio dello *ius poenitendi* del consumatore, la decisione del consumatore circa il recesso deve costituire il frutto di un'adeguata e seria ponderazione per consentirgli di assumerla all'esito di una valutazione di dati certi e concreti: a tal fine il contenuto del contratto deve rendere possibile compiere tale valutazione e divenire così veicolo di informazioni essenziali all'esercizio del diritto di recesso (GRISI G., *Informazione, (obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 610).

possiedono un bagaglio di conoscenze non paritario.

La comunicazione è volta, infatti, a superare quelle asimmetrie informative che costituiscono uno dei fallimenti e delle più evidenti distorsioni del mercato.

La disparità di numero di informazioni tra quelle di cui dispone il professionista rispetto a quelle possedute dal consumatore crea una disuguaglianza nel rapporto contrattuale e il consumatore finisce per trovarsi in una posizione di debolezza: il professionista conosce meglio del consumatore i beni che offre sul mercato e predispone, di norma, i contratti in serie destinati a essere stipulati dai consumatori, possedendo maggiori informazioni, sia in termini di numero che di qualità.

Quando l'asimmetria di posizioni trascende la fisiologia e diventa fattore patologico si riverbera negativamente sull'atto e legittima una risposta dall'ordinamento in termini di tutela.

Le asimmetrie informative rappresentano una fonte di inefficienze economiche, poiché le parti riescono a redigere un contratto efficiente quando il loro consenso negoziale non è alterato e quando beneficiano di condizioni trasparenti.

La comunicazione informativa in senso lato mira ad offrire un'effettiva possibilità di scelta in un contesto di mercato in cui, per le tecniche di contrattazione impiegate, viene sempre più a mancare il dialogo e i beni sono sempre meno suscettibili di un esame diretto.

È solo il possesso da parte dei soggetti interessati all'affare, già nella fase delle trattative, di informazioni adeguate e sufficientemente complete che riesce a rendere effettivo e consapevole il loro consenso.

Affinché si acquisisca tale bagaglio di conoscenze non è sufficiente la sola iniziativa del singolo, in quanto a ciò si deve affiancare il dovere di informazione, posto a carico di determinati soggetti e variabile a seconda della parti che sono coinvolte ⁽¹¹⁾.

⁽¹¹⁾ Si è quindi sostenuto che esiste un obbligo di informazione precontrattuale avente portata generale, espressione del generale dovere di comportarsi secondo buona fede, fondato sulla

Di qui la previsione di obblighi di informazione collocati nella fase delle trattative e della formazione del contratto, là dove vi sia uno squilibrio tra le posizioni di partenza dei soggetti coinvolti, squilibrio da valutare anche in relazione alla natura dell'operazione economica da porre in essere e alle rispettive qualità delle parti interessate.

Lo strumento giuridico degli obblighi di informazione mira a creare artificiosamente una situazione di tendenziale equilibrio relativamente alle posizioni che ciascuna parte ha nei confronti delle informazioni rilevanti, così da tutelare la consapevolezza delle scelte negoziali del consumatore.

L'asimmetria qualificata giustifica l'insorgere del dovere di informazione specie nel contesto non della contrattazione individuale, ma in quello diverso degli scambi di mercato, in cui la massificazione e la spersonalizzazione del rapporto e le articolate forme di contrattazione rendono difficile ricostruire le modalità di incontro delle volontà contrattuali: il fenomeno della contrattazione di massa e le nuove tecnologie che vi sono connesse hanno amplificato le asimmetrie informative e diminuito le competenze informative del singolo, tanto da parlare di una vera e propria asimmetria di posizione.

Venendo ora all'analisi del contesto in cui si collocano gli obblighi informativi ed alle loro finalità, si può evidenziare da subito come l'asimmetria di posizioni abbia una rilevanza non solo nell'ambito del rapporto contrattuale, ma sul più ampio terreno macroeconomico della formazione di un mercato sano ed efficiente: la rilevanza fornita al tema dell'informazione, prima ancora di venire in considerazione quale strumento funzionale all'interesse di ogni contraente per la valutazione della convenienza e dell'adeguatezza del contratto, è un elemento fondamentale per il corretto e trasparente svolgimento dei traffici commerciali⁽¹²⁾.

solidarietà contrattuale costituzionalmente tutelata all'art.2 Cost., e capace di affermarsi anche al di là delle ipotesi in cui vi sia una normativa specifica (GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 83).

⁽¹²⁾ RICCIUTO V. e SOLINAS C., *Gli obblighi informativi*, in *La tutela dei consumatori in internet e nel commercio elettronico*, a cura di Tosi F.,II, Milano, 2012, p. 200 ss.

L'obiettivo di trasparenza è stato così perseguito nel panorama comunitario seguendo due

La dimensione degli obblighi di informazione, prima ancora di essere individuale, muove a tutela di interessi ultraindividuali ⁽¹³⁾: lo scopo delle norme in tema di informazione è non solo quello di proteggere i consumatori in quanto soggetti deboli del mercato, ma anche quello di tutelare l'efficienza del mercato in quanto tale, in un contesto in cui il consumatore non viene tutelato solo perché contraente debole, ma in quanto protagonista del mercato e in funzione della disciplina del medesimo.

Più elevato è il livello di informazione dei soggetti che operano nel mercato tanto maggiore è il tasso di efficienza e di competitività del mercato stesso ⁽¹⁴⁾.

Il mercato tende sempre più a connotarsi per la presenza di rapporti asimmetrici, laddove il dominio delle informazioni rilevanti tende a concentrarsi nella sfera di controllo di una sola delle parti che potrebbe decidere di non dividerle e così aumentare le sue possibilità di un maggior profitto.

Ciò ovviamente ostacola il trasferimento volontario di dati e determina la necessità di introdurre una disciplina puntuale che fissi contenuti, tempi e modalità del trasferimento informativo.

Tali trasformazioni delle dinamiche di mercato sono alla base di importanti iniziative legislative volte a regolamentare il flusso informativo tra i contraenti, specie con riferimento alle operazioni tra professionista e consumatore.

fondamentali percorsi alternativi, a seconda delle differenti modalità di adempimento del dovere di informazione e di comunicazione in cui esso si estrinseca. Al riguardo vengono in rilievo le risposte fornite dalla normativa consumeristica di settore e dalla normativa generale sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori (MERCATAJO G., *op.cit.*, p. 757 ss.).

Per quanto concerne la tutela della trasparenza, il contraente deve rendere conoscibili al cliente i termini esatti dell'operazione economica, sia essa un acquisto di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili o di un pacchetto di viaggio tutto compreso, una vendita fuori i locali commerciali o a distanza. Si tratta di zone contrattuali nelle quali i pericoli di un isolamento informativo sono aggravati dalle peculiarità delle tecniche di contrattazione, o dalla complessità dell'oggetto della contrattazione, circostanze queste che rendono il consenso più debole.

⁽¹³⁾ I punti di contatto tra informazione, mercato e contratto sono molteplici: l'informazione rileva nella fase precontrattuale e nello svolgimento di attività di promozione commerciale di prodotti in quanto idonea a influenzare le scelte di mercato e dunque le scelte contrattuali; la sua utilizzazione può riflettere un abuso di posizioni detenute all'interno del mercato; può impiegarsi come mezzo per realizzare il principio di trasparenza dei contratti; inoltre, può essere un mezzo con cui si corregge la disparità di forza contrattuale tra le parti (RICCIUTO V. e SOLINAS C., *op. cit.*, p. 200).

⁽¹⁴⁾ Quanto al nesso tra informazione e mercato e il peso decisivo della prima nella formazione e nel funzionamento virtuoso del secondo si veda GENTILI G., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 556.

Nell'ambito di un disegno unitario volto a rimuovere asimmetrie informative ostacolanti il corretto funzionamento del mercato, la scelta a livello normativo si è orientata su diversi piani, denotando una progressiva estensione del dovere di informazione, sia sul piano contenutistico che su quello temporale.

Da un lato, la previsione di veri e propri obblighi informativi che ricomprendono ogni dato utile alla produzione dell'affare e che sono giustificati, solitamente, da operazioni connotate da particolari modalità di conclusione - si pensi ai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali -, o dal particolare oggetto del contratto - si pensi al caso della multiproprietà ⁽¹⁵⁾: lo scopo di tali interventi va nel senso di colmare quel distacco creato dalla struttura del mercato tra produttori e consumatori, definendo minuziosamente i dati oggetto della comunicazione cui il professionista deve attenersi.

Dall'altro, le regole di informazione estendono la loro portata oltre la fase delle trattative, retrocedendo sino al momento del primo contatto tra professionista e consumatore (c.d. informazione preventiva). In tale prospettiva viene previsto l'obbligo di predisporre opuscoli o comunque documenti consultabili da chiunque vi abbia interesse e al di là dell'instaurarsi di una relazione precontrattuale tra professionista e consumatore, così che, mancando a volte una vera e propria fase delle trattative, il contenuto dell'operazione negoziale potrà essere conosciuto comunque (e spesso solo) al momento della stipulazione

⁽¹⁵⁾ Nei contratti a distanza è insito il rischio di un consenso debole perché inconsapevole; di qui la necessità di un dovere informativo volto a proteggere il consumatore dalla distanza e in grado di renderlo edotto del diritto a lui riconosciuto dalla legge di poter recedere dal contratto qualora non valuti l'affare di sua convenienza.

Ancora, i doveri di informazione e trasparenza vogliono proteggere il consumatore dal rischio di una inconsapevolezza del consenso manifestato derivante dal c.d. effetto sorpresa: il dovere di informazione servirà a tutelare il consumatore dalla distanza che potrebbe ricorrere tra il bene percepito sotto l'effetto sorpresa e dell'aggressività della tecnica di vendita impiegata e il bene quale effettivamente è, informandolo per di più della possibilità a lui concessa *ex lege* di verificare la reale consapevolezza del consenso manifestato alla luce delle informazioni ricevute, prima di vincolarsi definitivamente.

Nei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili il rischio per il consumatore di un consenso debole perché inconsapevole dipende piuttosto dalla difficile comprensibilità dell'oggetto in se stesso, quale che sia la tecnica di negoziazione impiegata; analoghe considerazioni possono essere svolte per quanto riguarda i contratti di assicurazione e di viaggio tutto compreso.

(¹⁶).

Accanto alla necessità di protezione della consapevolezza del consenso del consumatore, i presidi normativi preposti alla regolamentazione del momento formativo del vincolo contrattuale sono in funzione della realizzazione di regolamenti efficienti, in grado cioè di assicurare le condizioni perché si pervenga ad un'equilibrata composizione di interessi (¹⁷): è il regolamento, quindi, il punto di incidenza delle regole di informazione poste a presidio del processo di formazione del contratto.

Il collegamento tra informazione e regolamento contrattuale non presenta caratteri univoci e, pertanto, nell'analisi del sistema delle regole informative se ne possono raggruppare di differenti tipologie, operanti in modo diverso sul percorso che conduce alla costruzione di regolamenti efficienti.

Esistono, infatti, informazioni preordinate a far conoscere al consumatore il contenuto del contratto (¹⁸); informazioni su elementi esterni, non direttamente concernenti il contenuto del contratto, ma altrettanto idonei a influenzare le scelte di consumo (¹⁹) e, infine, informazioni che concernono l'esistenza e le modalità di esercizio del c.d. recesso di pentimento, aspetto quest'ultimo sul quale particolare attenzione verrà posta nel prosieguo dell'indagine.

Da quanto si è avuto modo di delineare in termini di fondamento, funzione e peculiarità degli obblighi informativi, ben si può comprendere come il diritto

(¹⁶) L'impegnatività dell'informazione concerne anzitutto i dati contenuti nei documenti informativi consegnati prima della conclusione del contratto: si pensi agli artt. 6 e 7 Direttiva 2011/83/UE, all'art. 69 c. cons; art. 124 T.U.B.

Inoltre, anticipati gli obblighi informativi alla fase di primo contatto individuale tra professionista e consumatore il diritto europeo dell'Unione rende vincolanti anche i contenuti trasferiti attraverso la informazione preventiva contenuta in un opuscolo informativo, tipico strumento di natura promozionale (ad esempio art. 38, comma 2, c. tur.).

(¹⁷) In questa cornice accanto agli obblighi di informazione si collocano gli obblighi di forma e lo *ius poenitendi* quali meccanismi volti a incentivare scelte economiche ponderate e razionali.

(¹⁸) Art. 6 Direttiva 2011/83/UE; allegato II *bis* c. cons.

(¹⁹) All'art. 5 Direttiva 2011/83/UE dispone che in ogni operazione vada precisata la funzionalità del contenuto digitale, comprese le misure applicabili di protezione tecnica. Dati estranei al contenuto del contratto sono previsti in relazione ai contratti di multiproprietà ove il professionista è tenuto a comunicare l'esistenza di spese obbligatorie derivanti dal contratto, ma non riferibili a prestazioni erogate al consumatore (allegato II *quater* c. cons.). Un trasferimento di dati estranei al regolamento contrattuale è previsto anche nell'ambito della disciplina della vendita dei pacchetti turistici (artt. 37 e 38 c. tur.).

all'informazione costituisca uno dei pilastri su cui la protezione del consumatore si fonda, vantando nel contesto dell'ordinamento comunitario rilevanza perfino costituzionale: l'art. 153 del Trattato sulla Comunità Europea (ora trasfuso nell'art. 169 TFUE) «*assegna alla Comunità il compito di promuovere a beneficio dei consumatori il diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi*».

La pregnanza del riconoscimento di un diritto all'informazione non solo discende dal rango della fonte, ma si giova anche dell'individuazione dello strumento di attuazione dell'obiettivo costituzionalmente sancito, prevedendo che l'Unione europea dovrà contribuirne al conseguimento anche mediante «*misure adottate a norma dell'art. 95 nel quadro della realizzazione del mercato interno*», vale a dire attraverso lo strumento consueto del ravvicinamento delle legislazioni (153 Tr. CE, par. 3, ora art. 169 TFUE, par. 2).

L'informazione rappresenta da sempre un tema strategico nelle politiche comunitarie ⁽²⁰⁾, come ribadito anche dalla Corte europea di giustizia ⁽²¹⁾.

Giova ricordare come il nostro codice civile non preveda l'impegnatività delle dichiarazioni rese in fase prenegoziale, più incisiva rivelandosi invece la legislazione dell'Unione europea che tende ad assicurare l'impegnatività dei dati trasmessi già prima della conclusione del contratto e ad impedire che possa essere predisposto un regolamento contrattuale difforme rispetto agli impegni precedentemente assunti.

In ogni caso, va ricordato come la vincolatività dei dati trasmessi in fase prenegoziale non sia illimitata in considerazione del fatto che non fa venir meno

⁽²⁰⁾ La Carta europea di protezione dei consumatori, approvata dall'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa con la Risoluzione n. 73/543, ha espressamente previsto quale diritto fondamentale dei consumatori quello all'informazione e all'educazione; la Risoluzione del Consiglio della Comunità europea sui diritti dei consumatori del 14 aprile 1975 ha posto tra gli obiettivi dell'iniziativa comunitaria a favore dei consumatori quello all'informazione e all'educazione degli stessi (lett. d).

Da ultimo nello stesso senso anche l'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea dotata oggi, per effetto del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, dello stesso valore giuridico dei trattati fondativi.

⁽²¹⁾ «*L'informazione dei consumatori è una delle esigenze principali, e una normativa nazionale che neghi l'accesso dei consumatori a talune informazioni non potrebbe essere giustificata da ragioni imperative attinenti alla loro protezione*» (Corte di Giustizia, 07.03.1999, C - 362/88).

la libertà di modificare convenzionalmente l'assetto regolamentare raggiunto in un momento antecedente alla stipulazione, fermo restando il limite dell'affidamento da tutelare che non sussiste là dove il dato infedelmente trasmesso non sia idoneo a influenzare la scelta del contraente.

Diversamente, nel diritto italiano non c'è una previsione di fonte costituzionale dal contenuto analogo all'art. 169 TFUE: il riconoscimento al consumatore di un diritto fondamentale ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità, nonché alla tutela della trasparenza nei rapporti contrattuali, sancito all'art. 2 c. cons., non vale di per sé a porre l'informazione sullo stesso piano dei diritti fondamentali costituzionalmente garantiti, non potendo la legge ordinaria, in cui il codice del consumo trova sede, integrare l'elenco dei diritti riconosciuti in Costituzione.

Le prime previsioni di obblighi di informazione hanno coinvolto i settori di contrattazione caratterizzati da un più elevato grado di tecnicità delle operazioni interessate, quali il settore finanziario, quello bancario e quello assicurativo, per poi estendersi anche ad altri ambiti, non necessariamente connotati da un elevato livello di tecnicismo, ma espressione dell'esigenza di riequilibrio di situazioni di disparità conoscitiva ⁽²²⁾. Si è ad ogni modo trattato di interventi su scala

⁽²²⁾ La legge 1/1991 (Disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare e disposizioni sull'organizzazione dei mercati mobiliari), all'art. 6, dopo aver sancito un generale dovere di comportamento secondo diligenza, correttezza e professionalità nella cura dell'interesse del cliente a carico della società di intermediazione, impone a quest'ultima una serie di obblighi, tra cui la pubblicazione e trasmissione ai singoli clienti di apposito documento (c.d. prospetto informativo) con i dati relativi alla stessa società (lett. b -e). Similmente le previsioni contenute nel d.lgs. 415/1996, in attuazione della Direttiva 93/22/CEE, poi confluite nel d.lgs. 1998/58 T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, hanno introdotto il dovere a carico dell'impresa di trasparenza e l'obbligo di informazione del cliente.

Nel settore assicurativo in attuazione delle direttive 96/199/CEE e 49/1992/CEE, rispettivamente il d.lgs. 1995/174 e d.lgs. 1995/175 hanno imposto all'impresa assicuratrice di comunicare al contraente una serie di informazioni relative ad elementi identificativi della stessa impresa e al contenuto del contratto.

Il d.lgs. 111/1995 (oggi abrogato) in attuazione della Direttiva 314/1990/CEE concernente i viaggi e le vacanze e i circuiti «tutto compreso» prevede a carico del venditore del pacchetto e dell'organizzatore precisi obblighi informativi da rendere per iscritto sia in fase precontrattuale che prima dell'inizio del viaggio.

Anche il d.lgs. 427/1998 concernente la tutela degli acquirenti nei contratti di acquisto di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili attribuisce ampio rilievo all'informazione del contraente, che viene a specificarsi nella duplice direzione di informativa precontrattuale (artt.

nazionale espressione dello stimolo proveniente dall'Europa.

3. L'*acquis communautaire* e i doveri di informazione: l'individuazione delle tipologie e dei modelli informativi

Si è visto come l'asimmetria di posizione sia circostanza rilevante non solo nell'ambito particolare del singolo rapporto contrattuale, ma sul terreno macroeconomico della conformazione di un mercato sano ed efficiente.

La consacrazione a livello comunitario della rilevanza giuridica del mercato, quale bene oggetto di specifica disciplina, ha legittimato l'intensa produzione normativa di derivazione comunitaria che ha riguardato la tutela dei consumatori in quei rapporti per definizione squilibrati, di cui le regole sull'informazione costituiscono momento decisivo⁽²³⁾.

L'analisi delle normative di derivazione comunitaria rivela come queste rispondano a un modello di mercato dove a rilevare non sono gli interessi degli imprenditori, ma, più in generale, quelli dei soggetti che nel mercato operano, consumatori compresi.

La legislazione dell'Unione europea, attenta al tema dell'informazione secondo diverse prospettive⁽²⁴⁾, se ha avuto il pregio di generalizzare il principio

2 e 4) e di requisito del contenuto del contratto sottoposto al vincolo della forma scritta (art. 3). All'informazione dei destinatari del servizio sono dedicate, infine, alcune disposizioni del d.lgs. 70/2003 concernente alcuni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno con riferimento in particolare al commercio elettronico (artt. 7, 8 e 12 d.lgs. 70/2003).

⁽²³⁾ Si pensi, ad esempio, alla Direttiva 577/1987/CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali, alla Direttiva 102/1987/CEE sul credito al consumo; alla Direttiva 314/1990/CEE sui viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso; alla Direttiva 13/1993/CEE sulle clausole abusive; alla Direttiva 47/1994/CE sulla tutela dell'acquirente nei contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento a tempo parziale di beni immobili; alla Direttiva 7/1997/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza; alla Direttiva 44/1999/CE riguardante taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo; alla Direttiva 31/2000/CE relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione nel mercato interno e nel commercio elettronico; alla Direttiva 65/2002/CE in tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori.

⁽²⁴⁾ In dottrina (ROPPO V., *L'informazione precontrattuale*, in *Diritto europeo dei contratti*, a cura di Sirena P., Milano, 2006, p. 142 ss.) si sono individuati quattro modelli.

A volte la legge comunitaria non impone delle informazioni specifiche al contraente il quale può

per cui l'informazione precontrattuale può avere efficacia contrattualmente vincolante, non altrettanto sensibile è stata nell'individuare le conseguenze da applicarsi quando l'informazione dovuta non venga data: è questo il grande difetto dell'approccio europeo, che poi si è tradotto in un corrispondente limite anche di quello nazionale adottato in recepimento.

La questione dei rimedi è cruciale nel campo della regolamentazione legale dei doveri di informazione e non può semplicemente essere devoluta alla scelta dei legislatori nazionali o colmata a livello interpretativo perché esige di essere affrontata con nettezza dal legislatore a livello europeo, evitando così che si creino delle situazioni differenziate da Stato a Stato.

Seppur solo in via approssimativa, va ricordato come particolarmente articolata risulta la disciplina degli obblighi precontrattuali di informazione contenuta nei c.d. Principi di diritto comunitario vigente (*Principles of the Existing Contract Law* - c.d. *Pecl-*), più comunemente noti come *Acquis principles (ACQP)*, disciplina poi ripresa solo con limitate modifiche nel *Draft del Common Frame of Reference* ⁽²⁵⁾.

però decidere di fornirle volontariamente e in tal caso diventano obbligazioni contrattuali: la parte deve dare esecuzione a quello che ha detto anche se lo ha fatto a titolo di mera informazione senza alcuna intenzione di esserne legalmente vincolata. Ciò si riscontra nella Direttiva 44/1999 CEE sulla vendita di beni di consumo.

Altre volte l'informazione legalmente vincolante è volontaria nella sua genesi, ma non nel suo contenuto: si pensi alla Direttiva 314/1990/CEE che non impone all'organizzatore di mettere a disposizione del consumatore un opuscolo con le informazioni sul pacchetto, ma se l'opuscolo è fornito per libera scelta, la direttiva prevede che le informazioni contenute nell'opuscolo vincolino chi le ha fornite il cui contenuto non è lasciato alla libera scelta dell'organizzatore o del venditore.

Altre volte ancora la legge dispone che una parte del contratto sia tenuta a dare informazioni specifiche relative alla natura e alle caratteristiche della sua prestazione, informazioni che devono essere contenute nel documento contrattuale, diventandone parte del suo contenuto. È il caso della Direttiva 47/1994/CE sulla multiproprietà che dispone di consegnare un documento informativo dal venditore al compratore prima della conclusione del contratto e che le informazioni ivi contenute siano successivamente riprodotte nel documento contrattuale.

Infine, qualche altra volta, la legge dispone che il professionista sia tenuto a dare informazioni specifiche relative alla natura e alle caratteristiche della sua prestazione, senza dire che esse devono essere inserite nel documento contrattuale ovvero che hanno forza vincolante. Si pensi alla ora abrogata Direttiva 7/1997/CE sui contratti a distanza che impone degli obblighi di informazione precontrattuale senza una disposizione espressa sulla loro forza vincolante.

⁽²⁵⁾ Sul punto v. *supra* cap. 1, nt. 25, p. 11.

Il progetto redatto da un gruppo transnazionale di ricerca mira a raccogliere le regole e i principi desumibili dal diritto comunitario dei contratti, mirando a eliminare l'eccesso di frammentarietà e lacunosità della disciplina attualmente vigente. Il progetto *Acquis* si connota per l'intento di cercare

Il testo elaborato dal progetto *Acquis* non è una semplice raccolta delle direttive comunitarie in materia di protezione del consumatore, ma opera sia sul piano comportamentale che su quello rimediabile: delinea, infatti, un sistema organico fondato sulla previsione di obblighi informativi già desumibili dalle direttive settoriali e individua tecniche di disciplina reputate adeguate alle esigenze di tutela ⁽²⁶⁾.

Gli obblighi informativi precontrattuali sono raggruppabili in tre diversi modelli normativi: il primo applicabile a tutti i contratti di fornitura di beni o di servizi derivante dalla disciplina della vendita dei beni di consumo ⁽²⁷⁾; il secondo riferito ai contratti tra professionisti e consumatori modellato sulla disciplina delle pratiche commerciali scorrette ⁽²⁸⁾ e il terzo limitato ai contratti tra professionisti e consumatori ogni volta che ricorre una particolare asimmetria cognitiva a causa del mezzo tecnico impiegato per concludere il contratto ⁽²⁹⁾.

di graduare il contenuto degli obblighi informativi in relazione alle differenti condizioni soggettive dei contraenti, prevedendone una disciplina minima per i contratti stipulati anche tra professionisti e una maggior estensione per i contratti conclusi con i consumatori, specie in determinate circostanze di asimmetria cognitiva.

⁽²⁶⁾ L'analisi dei rimedi per le ipotesi della violazione degli obblighi informativi, articolata secondo due discipline generali a seconda che il contratto sia stato o meno concluso, verrà analizzata *infra* nel par. 10, p. 113 ss.

⁽²⁷⁾ L'art. 2:201 ACQP, valevole per tutti i contratti di fornitura di beni o servizi anche se conclusi tra professionisti e anche se il fornitore non è un professionista, impone di informare la controparte, prima della stipulazione del contratto, ogni qualvolta l'oggetto della prestazione presenta *standard* di qualità e di *performance* diversi da quelli che la controparte si sarebbe potuta attendere

⁽²⁸⁾ L'art. 2:202 ACQP, limitato quanto all'ambito di applicazione soggettivo ai contratti tra professionisti e consumatori, prevede come ambito di applicazione oggettivo che l'obbligo informativo si estenda anche alla fase delle trattative riguardando ogni informazione che sia rilevante per assumere una decisione contrattuale.

⁽²⁹⁾ L'ambito soggettivo è ancora più ristretto rispetto all'ipotesi di cui alla nt. *supra*, ma l'obbligo di informazione è più esteso in quanto comprende anche l'indicazione di obblighi e diritti nonché le modalità di reclami; oltre alla regola di carattere generale di cui all'art. 2:203 ACQP, si stabilisce che quando la trattativa è avviata con un mezzo di comunicazione a distanza in tempo reale il professionista abbia l'onere di rendere subito esplicito al consumatore la propria identità e la finalità commerciale del contratto, di confermare per iscritto le informazioni al momento della conclusione del contratto. Quanto alla possibilità di ricomprendere nel campo di applicazione dei *Principi Acquis* anche i contratti conclusi fuori dei locali commerciali, oltre i contratti a distanza in relazione ai quali non vi sono dubbi, si veda SALANITRO U., *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nei principi acquis*, in *Principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritti privato europeo*, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2009, p. 257.

La disciplina del progetto *Acquis* si presenta innovativa rispetto alla Direttive singole già presenti

4. I punti di contatto tra i doveri di informazione e la tendenza alla formalizzazione: la c.d. *forma informativa*

La centralità del ruolo che viene attribuito all'informazione risulta legata alle diverse modalità attraverso le quali l'informazione stessa va portata a conoscenza del consumatore.

Infatti, l'obiettivo di un'adeguata informazione del cliente - consumatore viene perseguito in via diretta con un duplice ordine di strumenti: l'imposizione di obblighi di informazione a carico dell'operatore professionale, collocati come si è visto per lo più in fase precontrattuale, e l'indicazione di requisiti sia di forma che di contenuto del contratto: la forma diventa il veicolo privilegiato dell'informazione al cliente e lo strumento, pur se non esclusivo, al servizio dell'interesse all'informazione sulle condizioni contrattuali rilevanti ⁽³⁰⁾.

Si assiste, quindi, all'assegnazione di una diversa funzione alla forma, quale modo di esternazione degli atti di autonomia privata fissata dalla legge, e al formalismo negoziale, cioè al legame tra la forma dell'atto e la necessità che l'atto abbia uno specifico contenuto informativo previsto dalla legge ⁽³¹⁾.

Se, infatti, la disciplina tradizionale in materia di forma, coinvolgente le parti contrattuali che si pongono sullo stesso piano, mira a tutelare la circolazione del diritto nei confronti dei terzi aventi causa o creditori, nel contesto comunitario, invece, la forma è tesa ad inserire il singolo contratto in un corretto circuito concorrenziale proprio di un mercato in cui i terzi sono gli altri operatori

in materia: pur mantenendo distinte le due fasi, quella antecedente alla conclusione del contratto e quella antecedente all'esecuzione della prestazione, si tende a sovrapporre in quanto viene anticipata al momento della conclusione del contratto l'obbligo di conferma scritta delle informazioni, non valorizzando la differenza funzionale e non distinguendo le tecniche rimediali in relazione alle due fasi; in caso di difetto di informazione il professionista è tenuto alla prestazione che l'altra parte avrebbe potuto ragionevolmente attendersi, anche in mancanza di dichiarazione precontrattuale, così spostando il rimedio al risarcimento del danno.

⁽³⁰⁾ Cfr. MASUCCI S., *La forma del contratto*, in *L'attività e il contratto*, in *Trattato diritto privato europeo*, III, a cura di Lipari N., Padova, 2003, p. 198 ss.

⁽³¹⁾ Parte della dottrina ha cura di distinguere i concetti di forma e formalismo: la prima ha come fondamentale funzione quella di fornire informazione ai terzi estranei all'atto circa la sua venuta ad esistenza, mentre il secondo si riferisce fondamentalmente a talune specifiche manifestazioni che possono sia precedere che seguire la conclusione dell'atto di autonomia (JANNARELLI A., *op. cit.*, p. 50).

professionali operanti in quell'ambito.

Il moltiplicarsi di norme che impongono una serie di informazioni veicolate attraverso modalità legalmente imposte rende evidente la connessione tra forma dell'informazione e contratto: si è parlato di «formalismo potenziato» in quanto le regole di forma percorrono tutto il procedimento di formazione del contratto, dagli atti precontrattuali alle comunicazioni in corso di rapporto ⁽³²⁾.

Il connubio tra la reviviscenza dei vincoli formali e i doveri legali di informazione legittima l'impiego del termine neoformalismo di protezione, con ciò a voler indicare come la forma assolva una nuova funzione rispetto a quella cui è tradizionalmente deputata secondo l'impostazione codicistica ⁽³³⁾.

A differenza della forma in senso tradizionale, dettata per il contratto come atto la cui fondamentale funzione è quella di fornire informazioni a terzi che ne sono estranei, il neoformalismo negoziale si riferisce fondamentalmente a delle specifiche esigenze che possono sia precedere che seguire la conclusione del contratto ⁽³⁴⁾: la funzione del formalismo è quella di tutelare i diretti interessati sia alla contrattazione, sia al relativo rapporto che ne scaturisce, in modo da ridurre al

⁽³²⁾ FAVALE R., *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contratto Impresa/Europa*, 2012, p. 583. Sul punto cfr. anche Calvo R., *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, a cura di Galgano F., Padova, 2005, p. 272 ss.: l'Autore sottolinea come tra le regole ispirate al neoformalismo negoziale alcune sono poste a salvaguardia del cliente in generale (es. la disciplina sulla trasparenza dei contratti conclusi con le banche e gli intermediari finanziari, artt. 115 ss. T.U.B.) e altre invece a tutela esclusiva del consumatore (es. si trovano nel settore della vendita di pacchetti turistici e multiproprietà).

⁽³³⁾ Secondo l'impostazione del nostro codice vige il generale principio di libertà della forma, mentre solo in casi specifici si prescrive una forma specifica, alla cui violazione si lega l'applicazione di importanti sanzioni. La deroga al principio della libertà della forma risponde a un'esigenza di entrambe le parti contraenti, costrette a riflettere sull'atto che stanno per compiere, ma anche alla tutela della circolazione del diritto, tant'è che la prescrizione di una forma specifica è legata all'attuazione di un regime di pubblicità che permette ai terzi di avere una puntuale informazione sull'atto di autonomia privata.

⁽³⁴⁾ Con il termine neoformalismo si vuole alludere alle diverse nuove funzioni perseguite dalle forme negoziali, così PAGLIANTINI S., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir.*, Annali, III, Milano, 2011, p. 770 ss. Frequente è anche il richiamo alla c.d. *forma ad informationem* o al c.d. formalismo informativo.

In particolare, il neoformalismo negoziale viene ad assumere un triplice significato (FAVALE R., *op. cit.*, p. 586 ss.): la forma si pone come elemento strutturale del contratto stabilita a pena di nullità, come nel caso del contratto di subfornitura (art. 2, comma 1, l. 192/1998); forma con cui determinate informazioni vanno fornite durante la scansione della conclusione del contratto (art. 124 T.U.B.). Infine, la formalità informativa coinvolge il diritto di recesso del consumatore (artt. 47 e 53 c. cons. *ante Rif.*).

minimo le incertezze, favorendo lo scambio di precise informazioni tra i protagonisti della contrattazione e poi del rapporto contrattuale.

Infatti, la predefinizione dei contenuti del dovere di informazione, specie ove si unisca alla prescrizione della loro formulazione per iscritto o in forma equiparata, comporta dei vantaggi per il consumatore - cliente, in quanto accresce la probabilità di conformazione a quel dovere da parte degli operatori professionale e facilita la verifica della sua osservanza, oltre che, eventualmente, la dimostrazione della sua violazione.

Inoltre, le previsioni di forma informativa hanno anche una certa rilevanza per gli operatori professionali in quanto, delimitando i contenuti dell'informazione, si dovrebbero ridurre i margini di conflittualità e prevenire i costi da sostenere per fornire l'informativa che potranno poi più facilmente essere trasferiti sulla clientela ⁽³⁵⁾.

L'esperienza comunitaria rivela come, pur nella loro diversità concettuale, la forma dell'atto e il formalismo negoziale siano funzionalmente legati: l'osservanza della prima non si esaurisce nella consacrazione dell'atto in un dato documento, ma chiede anche la ricorrenza di un particolare contenuto: «*la forma è direttamente rivolta ad informare e al tempo stesso permette agevolmente di verificare se è stato rispettato il contenuto informativo previsto*» ⁽³⁶⁾.

Invero, la linea evolutiva europea prevede delle rigide prescrizioni formali che devono necessariamente essere espresse in un documento, in un opuscolo o in un supporto stabile, così stabilendosi una specifica sede deputata a raccogliere i dati informativi.

Si è così in tal modo passati dal concetto tradizionale di informazione in termini di *facere* ad una raffigurazione dello stesso in termini di *traditio* di una *res* rappresentativa dell'attività informativa, così che il dato non viene trasmesso

⁽³⁵⁾ LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 13 ss.

⁽³⁶⁾ In questi termini JANNARELLI A., *op. cit.*, p. 50. L'Autore inoltre sottolinea come la funzione assoluta dal formalismo negoziale e dalla forma presuppone un *gap* informativo tra le parti del contratto.

oralmente, ma si consegna la cosa che lo rappresenta e lo documenta ⁽³⁷⁾.

Emerge, dunque, come la forma assuma il duplice ruolo di veicolo di documentazione delle informazioni rilevanti, così favorendo il compimento di scelte consapevoli da parte del consumatore - secondo un modello anticipatorio di tutela del contraente debole -, e di strumento che consente al consumatore la conoscenza immediata del contenuto del contratto che egli non ha contribuito a predisporre.

In ogni caso, più che a una rinascita del formalismo e al correlato appesantimento che ne consegue, la forma dell'informazione sembra collegarsi alla nuova sequenza procedimentale che connota i contratti stipulati tra professionista e consumatore, ispirati ad una procedimentalizzazione dell'attività del professionista vincolato all'osservanza di una serie diversificate di condott ⁽³⁸⁾.

Non può però negarsi come la specificazione dettagliata dei contenuti dell'informazione capovolga l'impostazione codicistica fondata sulla clausola elastica della buona fede (art. 1337 c.c.) e finisca con il comportare un irrigidimento dell'approccio dovuto alla definizione a priori dei contenuti informativi.

5. L'informativa generale delineata dall'art.5 del codice del consumo

La disposizione di cui all'art. 5 c. cons. «*Obblighi generali*» ⁽³⁹⁾, inserita nel

⁽³⁷⁾ Così DE POLI M, *op. cit.*, p. 140.

⁽³⁸⁾ Vi è chi ha prospettato un'incidenza della forma sulla validità del contratto, specie se si pensa al legame che si va instaurando tra il contenuto del contratto e il contenuto dell'informazione, veicolata dal testo negoziale: in tal senso ROSSI CARLEO L., *op. cit.*, p. 370 s.

La forma secondo la sua connotazione tradizionale assolve la funzione di informazione di un contraente circa il regolamento contrattuale predeterminato dalla controparte, specie quando si prescrivono anche i requisiti del contenuto del testo contrattuale che quindi diventa veicolo di informazione.

⁽³⁹⁾ «*Fatto salvo quanto disposto dall'articolo 3, comma 1, lettera a) ai fini del presente titolo si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali.*

Sicurezza, composizione e qualità dei prodotti e dei servizi costituiscono contenuto essenziale degli obblighi informativi.

capo I, titolo II ⁽⁴⁰⁾, parte II, si pone come enucleazione di un principio comune a tutti gli obblighi informativi previsti nei singoli mercati e per i singoli contratti, individuandone il contenuto essenziale e prevedendo che vengano modulate a seconda delle modalità di conclusione del contratto e delle caratteristiche del settore ⁽⁴¹⁾.

Tuttavia, il titolo in oggetto non riesce ad atteggiarsi come una normativa generale e completa sull'informazione del consumatore poiché, pur contenendo precetti sul suo oggetto e sul suo contenuto minimo, non regola l'informazione dovuta con riguardo a specifiche modalità contrattuali, né quella dovuta in particolari contratti ⁽⁴²⁾.

L'idea di fondo è quella di regolare gli aspetti generali dell'informazione nella fase iniziale del processo di acquisto del consumatore, venendo poi gli aspetti particolari regolati dai successivi articoli del codice del consumo. La normativa ha quindi carattere generale ed è volta a ridurre l'asimmetria informativa tra il professionista e il consumatore nella fase che precede l'instaurarsi di un dato rapporto di consumo, enucleando un principio generale che stabilisce il contenuto minimo delle informazioni che devono accompagnare la

Le informazioni al consumatore, da chiunque provengano, devono essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore».

Sulla disposizione in questione cfr. SORRENTINO S., sub art. 5 c. cons., in *Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro V., Milano ³, 2012, p. 46 ss.; DE CRISTOFARO G., sub art. 5 c. cons., in *Comm. Breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova ², 2013, p. 97 ss.; TADDEI ELMI G., sub art. 5 c. cons., in *Contratto e Responsabilità*, II, a cura di Vettori G., Milano, 2013, p. 83 ss.

⁽⁴⁰⁾ Il titolo II è rubricato «*Informazioni ai consumatori*» ed è suddiviso in tre capi. Il primo si esaurisce in una disposizione di carattere generale, il secondo contiene la disciplina un tempo prevista nella l. 1991/126 relativa alle indicazioni che devono essere fornite su tutti i prodotti destinati al consumatore e commercializzati, infine il terzo attiene alla disciplina attuativa della Dir. 1998/6/CE che impone ai commercianti di indicare accanto al prezzo di vendita il prezzo per unità di misura se questa indicazione è utile per migliorare l'informazione del consumatore.

⁽⁴¹⁾ Giova ricordare che dalla data di entrata in vigore del Codice del consumo - art. 146, lett. b. c.cons. - sono state abrogate rispettivamente la l. 126/1991, recante norme per l'informazione del consumatore, e la l. 281/1998, recante la disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti, abrogazione attraverso la quale si vuole dimostrare di voler offrire una regolazione della materia dell'informazione generale.

⁽⁴²⁾ In senso critico si veda GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159 ss.

circolazione di un prodotto o di un servizio fin dalla sua immissione nel mercato, nonché le relative modalità a seconda di quale sia stata la conclusione del contratto e delle caratteristiche del settore ⁽⁴³⁾.

Diversamente dalla previsione degli obblighi informativi specifici, l'obbligo di cui all'art. 5 c. cons. è proiettato a soddisfare non direttamente l'interesse del singolo contraente consumatore nella dimensione del singolo rapporto intersoggettivo di consumo, quanto quello della categoria dei consumatori e, più in generale, quello ancora più ampio della corretta informazione commerciale: la regola dell'obbligo informativo, più che essere diretta alla disciplina di un rapporto di consumo interindividuale, è dettata allo scopo di regolare una condotta commerciale dell'operatore nell'ambito dell'informazione genericamente e indistintamente rivolta al mercato e, quindi, al pubblico, a prescindere dal momento e dalla contrattazione prescelta.

Tant'è che la tendenza espressa dal legislatore va nel senso di non limitare i suddetti obblighi informativi solamente alle informazioni che riguardano i consumatori in senso stretto, ma di estenderli a tutti i rapporti in cui una parte rappresenti l'acquirente finale sul mercato.

Infatti, l'art. 5, comma 1, c. cons., individua una nozione di consumatore più ampia di quella fornita dall'art. 3, comma 1, lett. a, c. cons. considerando tale la persona fisica destinataria delle informazioni commerciali anche se agisce nell'ambito della propria attività professionale, in quanto lo scopo professionale non assume alcuna rilevanza per delimitare l'ambito soggettivo di applicazione della disciplina in materia di informazione.

L'intento è quello di ampliare la nozione di consumatore per estendere l'operatività delle norme volte alla riduzione delle asimmetrie informative oltre il rapporto tradizionale tra consumatori e professionisti, tutelando così tutti i contraenti in posizione di debolezza informativa ed evitare il fallimento del

⁽⁴³⁾ Si è parlato di rilievo orizzontale della norma la quale indica caratteri e modalità che devono connotare tutti gli obblighi informativi da applicare a tutti i rapporti contrattuali in quanto base normativa comune: ROSSI CARLEO, sub *art. 5 c. cons.*, in *Codice del Consumo*, a cura di Alpa G. e Rossi Carleo L., Napoli, 2005, p. 129.

mercato ⁽⁴⁴⁾.

Il nucleo centrale della disciplina ruota attorno alla definizione del contenuto essenziale degli obblighi informativi, individuato nella sicurezza ⁽⁴⁵⁾, nella composizione ⁽⁴⁶⁾ e nella qualità ⁽⁴⁷⁾ dei prodotti, nonché alla specificazione delle modalità dell'informazione ⁽⁴⁸⁾.

Quanto alla natura della previsione dell'obbligo di cui all'art. 5, comma 2, c. cons. è ragionevole concludere che il legislatore abbia inteso fornire delle indicazioni contenutistiche destinate ad assumere rilevanza ai soli fini di una

⁽⁴⁴⁾ Si è osservato che l'art. 5, comma 1, c. cons. non è poi così ampio perché comprende solo i destinatari finali dei beni, non includendo tutti i consumatori persone fisiche ma solo quelli cui sono destinate le informazioni commerciali cioè coloro che agiscono quali consumatori finali. Sono allora esclusi le persone giuridiche e i professionisti che operano quali intermediari o distributori di beni o di servizi: le norme in tema di informazione di applicano solo al rapporto finale di vendita e non al rapporto tra produttori e distributori. Sul punto TADDEI ELMI G., *op. cit.*, p. 100 ss.

In ogni caso sono esclusi dall'ambito di applicazione della norma anche gli enti collettivi, al di là del fatto che siano o meno dotati di personalità giuridica o perseguano uno scopo di lucro: le disposizioni di cui ai capi II e III del titolo III si applicano non solo a tutti i prodotti che vengono offerti sul mercato in modo indistinto e indifferenziato a qualsiasi potenziale acquirente e ai prodotti offerti intrinsecamente suscettibili di essere adibiti solo a usi di natura non professionale da parte di persone fisiche, ma anche ai prodotti offerti sul mercato a persone fisiche che siano per natura e caratteristiche suscettibili di essere destinati solo a usi inerenti all'esercizio di una libera professione o attività imprenditoriale (DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 98).

⁽⁴⁵⁾ Riguardo alla sicurezza, gli obblighi sono imposti non solo a protezione del consumatore, ma anche del mercato poiché in difetto delle relative informazioni le regole inderogabili relative alla sicurezza richiesta per immettere il prodotto nel mercato potrebbero impedire la sana concorrenza.

⁽⁴⁶⁾ La composizione va intesa come corretta identificazione del prodotto e acquista un certo rilievo quando il dialogo tra le parti è sostituito da strumenti impersonali caratteristici di una società di massa: si tratta quindi di un tipo di informazione la cui obbligatorietà discende dalla natura stessa delle contrattazioni.

⁽⁴⁷⁾ Le indicazioni sulla qualità hanno carattere facoltativo, ma se fornite rendono il consumatore effettivamente arbitro del mercato e non solo soggetto passivo, così ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 130 s.

⁽⁴⁸⁾ Dall'analisi delle modalità informative emerge il superamento del principio della conoscibilità a favore di quello della conoscenza effettiva: non è più sufficiente la conoscibilità delle informazioni essenziali, come prevede l'art. 1341 c.c. in tema di condizioni generali di contratto, ma occorre che il professionista metta a disposizione del consumatore in modo chiaro e comprensibile le informazioni prescritte e necessarie per un consenso consapevole. Non è più onere del consumatore chiedere le informazioni ma è un obbligo del professionista fornirle (ROSSI CARLEO, *Il diritto all'informazione: dalla conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 362 ss.).

La forma richiesta dall'art. 5 c. cons. deve essere adeguata alle tecniche di comunicazione utilizzate, tenuto conto anche delle modalità di conclusione del contratto: la disposizione si ricollega alle osservazioni sopra svolte con riguardo alla *forma ad informationem* e al neoformalismo negoziale la cui funzione è quella di far assolvere al contratto il ruolo di veicolo di informazioni.

puntuale integrazione e definizione dei contenuti di specifici altri obblighi informativi, contemplati da altre disposizioni dello stesso codice o da altri provvedimenti normativi, attesa la mancata individuazione dei soggetti gravati dagli stessi.

Ciò precisato quanto alla natura integrativa e specificativa di tale previsione, rimane aperto il tema dell'individuazione dei rimedi civili ⁽⁴⁹⁾ esperibili dal consumatore tratto in errore dalla mancata informazione, in quanto il legislatore si è limitato a stabilire che i prodotti privi delle informazioni obbligatorie minime non possano essere commercializzati (art. 11 c. cons.) e che si applichino determinate sanzioni amministrative pecuniarie nel caso di loro violazione (art. 12 e 17 c. cons.).

6. Uno sguardo al passato. La disciplina sull'informazione nei singoli contratti con il consumatore prima dell'emanazione della Direttiva 2011/83/UE e del d.lgs. n. 21 del 2014: i contratti negoziati fuori dei locali commerciali

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 ⁽⁵⁰⁾, la disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (art. 45 ss. *ante* Rif.) era contenuta nella sezione I ⁽⁵¹⁾, del capo I recante «*Particolari modalità di*

⁽⁴⁹⁾ Per un'analisi delle opzioni possibili prospettate quando non venga indicato il prezzo per unità di misura si veda TADDEI ELMI G., *op. cit.*, p. 115 ss.

⁽⁵⁰⁾ Il decreto legislativo 21 febbraio 2014, n. 21 è stato pubblicato in G.U., 11 marzo 2014, n. 58 ed entrato in vigore il 13.6.2014, andando a sostituire il capo I, titolo III, parte III del codice del consumo, limitatamente agli artt. da 45 a 67 (cfr. cap. I, par. 10, p. 45).

Nelle presente trattazione si avrà cura di illustrare la disciplina del recesso come regolata dal Codice del Consumo prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 2014/21 (i relativi riferimenti normativi seguiranno la dicitura «*ante* Rif.») evidenziandone i profili di criticità, per passare poi all'analisi dell'attuale disciplina e valutare se il legislatore abbia colto l'occasione per risolvere agli aspetti pregressi di maggiore debolezza (i richiami normativi faranno riferimento al c. cons. attualmente in vigore, senza altre precisazioni).

⁽⁵¹⁾ Per un commento sistematico alla disciplina codicistica previgente si veda DE CRISTOFARO G., sub art. 45, in *Comm. Breve diritto dei consumatori*, Padova², 2013, p. 444 ss.; D'AURIA M., sub art. 45, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro V., Milano³, 2013, p. 290 ss.; ASTONE F., *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N.

conclusione del contratto» ⁽⁵²⁾ del titolo III, parte III del codice del consumo, dove trovava spazio, nella sezione II, anche la regolamentazione dei contratti a distanza (art. 50 ss. *ante* Rif.).

Si trattava di una prima risposta normativa offerta su sollecitazione europea al fenomeno delle vendite aggressive, determinate dalla diffusione di nuove modalità distributive e dal cambio di strategie commerciali nei principali mercati europei, dove gli operatori economici non attendono più di essere visitati dagli acquirenti all'interno dei propri spazi commerciali, ma assumono l'iniziativa di ricercare la clientela rivolgendosi direttamente ad essa, nei luoghi di lavoro, nel

Lipari, IV, *Singoli contratti, la responsabilità civile e le forme di tutela*, Padova ², 2003, p. 30 ss.; MAGRI M., *Le vendite aggressive*, Padova, 2011, p. 84 ss.

⁽⁵²⁾ Il capo I era così intitolato perché destinato a trovare applicazione a contratti conclusi con particolari modalità ossia in determinati luoghi o circostanze o attraverso l'impiego di particolari mezzi di comunicazione, entrambi idonei a esporre fortemente il consumatore al rischio di compiere delle scelte non sufficientemente informate, consapevoli e ponderate.

Quanto poi in particolare alla disciplina della sezione I, si ricorda come questa avesse recepito nell'ordinamento italiano la Direttiva 1985/577/CEE, oggi abrogata e sostituita dalla Direttiva 2011/83/UE.

La Direttiva 1985/577/CEE, in origine attuata con il d. lgs. 1992/50, prevedeva delle scarse misure di tutela per il consumatore, imperniate sull'attribuzione del diritto di sciogliere il rapporto contrattuale unilateralmente *ad nutum*, senza conseguenze economiche pregiudizievoli, sull'obbligo a carico del professionista di informare il consumatore in merito a tale diritto e alle relative condizioni di esercizio, e, infine, sul carattere non rinunciabile di tale diritto.

Quanto alla ragione sottesa alla complessiva disciplina della suddetta direttiva, l'idea di fondo era quella di dare al consumatore la possibilità di sottrarsi, senza subire conseguenze pregiudizievoli, a vincoli contrattuali assunti in situazioni e circostanze particolari connotate da una fretta eccessiva e in assenza di una sufficiente preparazione: a tale fine si era deciso di concedere al consumatore un periodo di c.d. raffreddamento (*cooling-off period*) durante il quale avere il tempo di pensare se rimanere o meno vincolato all'impegno assunto. Oltre alla tutela del consumatore, l'intento era anche quello di tutelare il corretto funzionamento del mercato, facendo in modo che le regole concorrenziali dello stesso non venissero alterate per effetto di inadeguate informazioni: la scelta di acquisto di un dato prodotto se frettolosa rischia di spingere il consumatore a optare per un'offerta, senza avere la possibilità di vagliarne delle altre, magari più convenienti.

Infine, va ricordato come la Direttiva 1985/577/CEE era un provvedimento di mera armonizzazione minima delle legislazioni nazionali, avendo dato agli Stati membri la possibilità di mantenere o introdurre delle disposizioni capaci di offrire ai consumatori un livello di tutela più elevato rispetto a quello minimo garantito dalla direttiva stessa: e di tale facoltà si è avvalso il legislatore italiano, prevedendo un ambito di applicazione oggettivo più ampio ed esteso e prolungando la durata del termine entro cui il diritto di recesso poteva essere esercitato.

Sulla Direttiva 1985/577/CEE e il d.lgs. 1992/50 di recepimento cfr. tra molti Di DONNA L., *Gli obblighi informativi precontrattuali*, in *I diritti dei consumatori*, I, a cura di Alpa G., Torino, 2009, p. 229 ss.; GORGONI M., voce *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Enc. Giur.*, IX, Aggiornamento, Roma, 1994, p. 1 ss.; RICCI F., voce *Contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Enc. Dir.*, Aggiornamento, VI, Milano, 2002, p. 318 ss.; VALENTINO D., *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali e a distanza*, in *I contratti dei consumatori*, II, a cura di Gabrielli E. e Minervini E., Torino, 2005, p. 659 ss.

proprio domicilio o in altri luoghi di frequentazione.

La delocalizzazione della sollecitazione commerciale attraverso l'impiego di modalità aggressive ha prodotto un effetto dirompente sui precedenti assetti contrattuali e di mercato, legati a forme di distribuzione più tradizionali, provocando così tensioni e squilibri.

Tali nuove tecniche di commercializzazione rendono il consumatore inevitabilmente più vulnerabile, potendosi trovare egli ad essere indotto o costretto ad effettuare acquisti indesiderati e/o avventati a fronte di manifestazioni consensuali non del tutto libere e consapevoli: alla preminenza della posizione del professionista corrisponde, infatti, la situazione di strutturale debolezza del consumatore che lo limita nell'effettivo esercizio dell'autonomia contrattuale.

Nel contesto comunitario, la delocalizzazione dell'offerta di beni e di servizi collocabile in uno spazio sovranazionale, ha portato il legislatore dell'Unione ad offrire una regolamentazione di tali tipologie contrattuali in grado di garantire la tutela dei consumatori e la concorrenzialità del mercato, sulla scia dell'avviato processo di superamento delle barriere nazionali.

Ciò premesso, affinché le disposizioni di cui agli artt. 45 ss. c. cons. *ante* Rif. trovassero applicazione era necessario che la volontà di concludere un contratto venisse manifestata dal consumatore in una delle situazioni indicate nelle lett. da a) a d) del comma 1, sia nel caso di formulazione di una proposta contrattuale, sia nel caso di accettazione della stessa: ciò ad indicare come decisivo fosse che la volontà del consumatore di concludere il contratto venisse manifestata fuori dei locali commerciali in una delle condizioni oggettive delineate dalla norma al comma 1, al di là dell'esistenza di una situazione soggettiva di sorpresa e di un comportamento fraudolento appositamente ed intenzionalmente tenuto a tal fine.

Infatti, quanto connota la contrattazione fuori dei locali commerciali sono le modalità di svolgimento del procedimento di formazione dell'accordo e di conclusione del contratto, in quanto il negoziato tra il professionista e il consumatore deve svolgersi in un luogo esterno agli spazi di vendita, variamente dislocato a seconda delle tecniche di sollecitazione della clientela utilizzate,

tecniche che sono le più varie, alcune caratterizzate da tratti comuni che ne permettono il raggruppamento in categorie differenziate ⁽⁵³⁾.

In linea con la previsione della Direttiva 1985/577/CEE ⁽⁵⁴⁾ si aveva avuto cura di estendere l'ambito di applicazione della disciplina sui contratti fuori dei locali commerciali anche alle ipotesi in cui non fosse ancora intervenuta l'accettazione del professionista e si avesse solo una proposta resa dal consumatore in condizioni analoghe a quelle descritte dal comma 1: l'idea sottesa era quella di ampliare e anticipare la protezione del consumatore fin dal primo contatto con il professionista, in un'ottica antielusiva data la diffusa prassi commerciale consistente nella raccolta di ordinativi sottoscritti dai consumatori che conducevano (e conducono ancor oggi) al perfezionamento del contratto solo a seguito dell'accettazione del professionista in forza della clausola c.d. salvo approvazione della casa.

Pertanto, al di là del soggetto che aveva preso l'iniziativa e delle posizioni assunte dai contraenti, si applicava la disciplina contrattuale di cui agli artt. 45 ss. c. cons. *ante* Rif. se il negoziato era avvenuto fuori dei locali o in condizioni analoghe, così cercando di garantire l'effettività della tutela del consumatore a fronte di possibili abusi da parte del professionista per i ruoli contrattuali invertiti ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵³⁾ Al di là del fatto che quello verificatosi in occasione della visita effettuata dal professionista fosse stato o meno il primo contatto tra professionista e consumatore, alcune ipotesi (lett. a) si svolgevano durante la visita che il professionista compiva per raggiungere il consumatore, al suo domicilio o in altri luoghi; altre si realizzavano dopo una pianificazione dell'attività promozionale attraverso un'escursione all'uopo predisposta dal professionista (lett. b); in altri casi il professionista approfittava della presenza dei consumatori in spazi diversi, aree pubbliche o aperte al pubblico, per far sottoscrivere delle note d'ordine finalizzate all'acquisto da parte di un maggior numero di consumatori (lett. c); infine, la stipulazione del contratto poteva avvenire per corrispondenza, ovvero in base a un catalogo che il consumatore aveva avuto modo di consultare senza la presenza del professionista (lett. d). Tale ultima ipotesi mostrava delle singolarità perché comportava l'applicazione concorrente anche della disciplina dei contratti a distanza: il problema del concorso tra le due discipline si risolveva con l'applicazione delle disposizioni in materia dei contratti a distanza se più favorevoli (art. 45, comma 3, c. cons. *ante* Rif.) e, quindi, risultava necessario operare un confronto, alla luce del criterio funzionale del maggior favore per il consumatore, tra la normativa delle sezioni I e II che concorrevano alla disciplina della fattispecie.

⁽⁵⁴⁾ L'art. 1, par. 4 della Direttiva 1985/577/CEE, faceva riferimento alle «*offerte contrattuali effettuate dal consumatore*».

⁽⁵⁵⁾ Nella maggior parte dei casi capita che il professionista ad assumere l'iniziativa del negoziato e

Sempre con riguardo all'ambito applicativo oggettivo della disciplina in esame, legata ad una contrattazione coinvolgente soggetti che rivestono la qualifica di consumatore o di professionista ai sensi dell'art. 3 c. cons. ⁽⁵⁶⁾, si era notato come la stessa presentasse carattere generale, applicandosi, infatti, alla fornitura di beni e alle prestazioni di servizi ⁽⁵⁷⁾, al di là degli schemi negoziali e dei settori merceologici interessati ⁽⁵⁸⁾.

a formulare l'offerta commerciale sottoponendola alla semplice adesione del consumatore; alle volte però il consumatore potrebbe aver assunto la veste di proponente, con immediati vincoli giuridici di irretrattabilità del consenso manifestato e di anticipata esecuzione in tutto o in parte della prestazione economica dovuta. Il professionista potrebbe allora rivestire la più comoda posizione di accettante, rimanendo libero di scegliere se e quando concludere il contratto, magari anche a distanza di tempo a seconda delle valutazioni che ritiene più opportune. Il consumatore va tutelato da subito anche se il contratto non è ancora concluso, consentendogli di invocare la disciplina in esame ed esercitare il principale strumento a sua protezione, ossia il diritto di recesso. ⁽⁵⁶⁾ Sul punto si veda DE CRISTOFARO G., sub *art. 3 c. cons.*, in *Comm. Breve diritto dei consumatori*, Padova ², 2013, p. 62 ss.

Si ricorda che nella nozione di professionista è ricompreso anche l'intermediario incaricato dal venditore o dal fornitore di agire in nome o per conto suo nella commercializzazione al pubblico di beni o servizi. L'intermediario risulta allora parte professionista in due diversi rapporti giuridici, squilibrati strutturalmente, riferiti al mercato finale e a quello intermedio della distribuzione a domicilio: nei confronti del proponente nel rapporto endoprofessionale l'intermediario è contraente debole beneficiario di misure protettive, mentre nei confronti dell'acquirente consumatore l'intermediario è contraente forte. La necessità di offrire protezione all'intermediario relativamente alla sua qualifica soggettiva di contraente debole è stata presa in considerazione dalla l. 2005/173 sulla vendita diretta e sulla tutela del consumatore nelle vendite piramidali coinvolgenti l'impresa proponente e l'incaricato alla vendita a domicilio (cfr. ATELLI M., *La legge 17 agosto 2005, n. 173, in Obbligazioni e contratti*, 2005, p. 271 ss.).

⁽⁵⁷⁾ Alla distinzione tra forniture di beni e prestazioni di servizi corrispondevano diversi trattamenti, specie in relazione al regime del diritto di recesso, quanto ai suoi presupposti e al momento di decorrenza dei periodi utili per recedere: in particolare, soltanto la fornitura di beni era suscettibile di ripetizione in caso di esercizio del diritto di recesso, mentre per la prestazione di servizi ciò non era possibile.

⁽⁵⁸⁾ L'art. 46 c. cons. *ante* Rif. riproponeva le medesime fattispecie di esclusione delineate all'art. 3 del d.lgs. 1992/50. Per tali ipotesi l'intera disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali non trovava applicazione, salva la possibilità che le parti si accordassero nel senso di voler applicare le disposizioni della disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali.

Si trattava in particolare della contrattazione immobiliare (lett. a), eccetto i contratti di fornitura merci da destinare o incorporare negli immobili e i contratti di riparazione degli immobili. L'esclusione comprendeva tutti gli atti dispostivi, al di là della loro veste giuridica e della situazione giuridica coinvolta, reale o personale che fosse. La contrattazione immobiliare non era solitamente contemplata dalle discipline consumeristiche dato i particolari regimi pubblicitari e formali cui è sottoposta.

Seguiva poi la esclusione delle piccole forniture periodiche legate ad esigenze personali e domestiche (lett. b), i contratti di assicurazione (lett. c) e quelli relativi a strumenti finanziari (lett. d); con riguardo alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari ai consumatori è stata introdotta una disciplina contrattuale trasversale che si sovrappone a quelle settoriali dell'ambito finanziario e ha trovato collocazione nell'ambito della sezione IV *bis* del codice del consumo, successivamente alla sezione dedicata alla disciplina del diritto di recesso in generale.

In particolare, per quanto qui di maggior interesse, risulta necessario analizzare la disciplina contenutistica dell'informazione sul c.d. diritto di recesso di pentimento, disciplina che è volta a garantire al contraente debole l'effettiva possibilità di esercizio di tale diritto, in un'ottica di integrazione tra il rimedio del di recesso riconosciuto a favore del consumatore e l'obbligo di informazione imposto al professionista, attraverso la cui combinazione si intende superare l'asimmetria strutturale delle posizioni delle parti contraenti ⁽⁵⁹⁾.

A tal proposito si è parlato di integrazione del procedimento dialettico di formazione dell'accordo ⁽⁶⁰⁾, con ciò volendo indicare come la prestazione informativa da parte del professionista nei confronti del consumatore realizzi un equilibrio conoscitivo funzionale tanto all'esercizio della libertà contrattuale, quanto alla realizzazione della trasparenza e della concorrenzialità del mercato.

Infatti, il professionista è tenuto a rendere edotto il consumatore dell'esistenza del diritto di recesso e, quindi, della perdurante sua libertà contrattuale, recesso questo di pentimento che gli potrebbe permettere di rivalutare l'effettiva convenienza dell'affare e di tornare quindi sulla scelta

Infine, erano esclusi dall'applicazione delle disposizioni della sezione I i contratti di minor valore, di importo complessivo non superiore ad euro ventisei, soglia questa da riferire all'intero importo versato dal consumatore, comprensivo del prezzo del bene e del servizio e degli oneri fiscali, al netto delle sole spese accessorie e considerato superato anche solo indirettamente per effetto della contestuale stipula di una pluralità di contratti tra le stesse parti e per un compenso di entità non superiore alla soglia prefissata.

Oltre alle ipotesi espressamente previste, la disciplina di cui agli artt. 45 ss. c. cons. *ante* Rif. non trovava applicazione anche con riguardo a certe tipologie contrattuali quali i contratti aventi ad oggetto l'acquisto di un diritto di uso a tempo parziale su un immobile e ai contratti di vendita di pacchetti turistici conclusi con la particolare modalità fuori dei locali.

Quando i primi contratti sono stati conclusi con modalità fuori dei locali commerciali le disposizioni di cui agli artt. 69-81 *bis* c. cons., introdotte in recepimento della Direttiva 2008/122/CE, prevalgono in quanto leggi speciali sugli artt. 45-67 c. cons. da intendersi per queste ipotesi disapplicati.

Per i contratti di vendita di pacchetti turistici, potrebbero esserci delle incertezze dovute alla formulazione ambigua dell'art. 32, comma 2, c. tur., che sembra subordinare l'applicabilità dei soli artt. 64-67 c. cons. *ante* Rif. relativi allo *ius poenitendi* ai contratti di vendita di pacchetti turistici stipulati fuori dei locali commerciali. In ogni caso la Direttiva 2011/83/UE elimina ogni dubbio in quanto prevede che dal suo ambito di operatività siano espressamente esclusi i contratti che rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva 1990/314/CEE sui viaggi, vacanze e circuiti tutto compreso.

⁽⁵⁹⁾ Si veda *supra* cap. I, par. 7, p. 28.

⁽⁶⁰⁾ Così PILIA C., *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Contratto e Responsabilità*, a cura di Vettori G., Milano,² p. 604.

compiuta con l'avventato consenso iniziale.

Quanto ai contenuti, modalità e formalità di espressione dell'informazione sul c.d. recesso di pentimento (art. 47 c. cons. *ante* Rif.), il legislatore ne aveva disciplinato in modo dettagliato i principali profili oggettivi e soggettivi: la ragione di una previsione normativa dal punto di vista contenutistico molto analitica risiedeva nella possibilità concessa al consumatore di poter recedere liberamente, in quanto avente a disposizione tutte le indicazioni per il corretto esercizio del relativo diritto.

Ciò detto, sotto un profilo oggettivo (art. 47, lett. a) c. cons. *ante* Rif.) l'informazione doveva contenere l'indicazione dei termini ⁽⁶¹⁾, delle modalità ⁽⁶²⁾ e delle eventuali condizioni ⁽⁶³⁾ per l'esercizio del diritto di recesso.

⁽⁶¹⁾ Il professionista poteva limitarsi a fare semplicemente riferimento al regime legale indicando i due termini utili per recedere fissati dall'art. 65 c. cons. *ante* Rif. nel periodo breve di dieci e sessanta giorni lavorativi a seconda del rispetto o della violazione da parte del professionista degli obblighi informativi. In alternativa il professionista poteva indicare termini differenti e maggiori rispetto a quelli legali se convenzionalmente riconosciuti.

⁽⁶²⁾ Anche in relazione alle modalità di esercizio si poneva l'alternativa tra il regime legale e quello convenzionale, potendosi fare riferimento sia alle modalità prescritte dalla legge, incentrate sulla trasmissione per raccomandata della comunicazione scritta di esercizio del diritto di recesso, quanto all'indicazione di ulteriori modalità, tra le quali il contegno concludente costituito dalla restituzione del bene da parte del consumatore o perfino modalità semplificate di esercizio che non richiedevano l'utilizzo della raccomandata, accontentandosi di mezzi facilitati come il fax o la posta elettronica.

⁽⁶³⁾ Quanto alle condizioni di esercizio del diritto di recesso, la disciplina sembrava subordinarlo espressamente al requisito formale della tempestività ossia al rispetto dei termini legali ovvero di quelli maggiori convenzionali. La sezione IV c. cons. *ante* Rif. relativa al diritto di recesso, come si avrà cura di meglio precisare (v. *infra* cap. 3), prevedeva che il diritto di recesso era libero e gratuito nel suo esercizio, non potendo essere sottoposto a condizioni o vincoli.

Con riferimento alle forniture di beni, il professionista doveva rendere il consumatore edotto che l'esercizio del diritto di recesso era subordinato alla integrità sostanziale del bene da restituire ossia alla sua restituzione in normale stato di conservazione (art. 67 c. cons. *ante* Rif.), specificando, secondo il canone della normale diligenza, i limiti al potere di utilizzo del bene da parte del consumatore e gli oneri di custodia e di conservazione che lo stesso doveva osservare se voleva recedere. In caso di corretta informazione da parte del professionista, ai fini dell'esperibilità del diritto di recesso, si doveva valutare se il consumatore si fosse attenuto a siffatto criterio comportamentale, non essendo indispensabile che avvenisse la restituzione del bene realmente integro secondo un criterio oggettivo e materialistico.

Pertanto, se il consumatore dopo aver ricevuto le informazioni dal professionista correttamente travalicasse i limiti di normale utilizzo del bene, il suo contegno si dimostrava incompatibile con il proposito di recedere. Mentre, se il professionista forniva delle informazioni incomplete od erronee quanto ai limiti dei poteri di utilizzo del bene e agli oneri di ordinaria diligenza nella relativa custodia e conservazione, il recesso da parte del consumatore non avrebbe dovuto essere pregiudicato poiché sarebbe stata inopponibile al consumatore la condizione suddetta per l'esperibilità del recesso, oltre alle sanzioni amministrative (art. 62 c. cons. *ante* Rif.) a carico del

Diversamente, per quanto concerneva gli aspetti soggettivi (art. 47, lett. b, c. cons. *ante* Rif.) l'informazione doveva contenere l'indicazione del soggetto, persona fisica o ente, nei cui riguardi si doveva esercitare il diritto di recesso, con l'individuazione dell'indirizzo o della sede e dell'eventuale diverso soggetto cui restituire il prodotto se già consegnato al consumatore.

Si trattava di un'indicazione molto importante, non solo per la natura del recesso quale atto unilaterale recettizio, ma soprattutto poiché spesso nelle tipologie di contratti in questione il consumatore, non recandosi presso la sede del professionista, ignora la sua identità, la sua natura giuridica, oltre gli altri dati identificativi ⁽⁶⁴⁾.

L'informazione sul diritto di recesso doveva essere fornita dal professionista nel rispetto di precisi parametri legati alla forma e alla modalità di prestazione, funzionali ad assicurare la piena consapevolezza e libertà del consumatore nell'esercizio del suo fondamentale diritto.

La predetta informazione andava resa, infatti, per iscritto, come per iscritto doveva essere comunicato l'esercizio del c.d. recesso di pentimento (art. 64, comma 2, c. cons. *ante* Rif.), formalità che invece non si estendeva anche alla

professionista e all'allungamento del tempo di recesso (art. 65, comma 3 c. cons. *ante* Rif.). Con riferimento invece alle condizioni di esercizio del diritto di recesso per i contratti di prestazione di servizi rilevava la previsione di cui all'art. 48 c. cons. *ante* Rif. relativa all'esclusione del diritto di recesso in relazione ai servizi già resi (sull'analisi dell'art. 48 c. cons. si veda PILIA C., *op. cit.*, p. 625 ss.): la mancata esecuzione dei servizi sarebbe stata allora presupposto necessario per l'esperibilità del diritto di recesso.

Il professionista, quindi, doveva rendere edotto il consumatore che l'esecuzione anticipata dei servizi impediva entro certi limiti l'esercizio del diritto di recesso, così da fargli apprendere che per conservare la possibilità di recedere non doveva ricevere la prestazione di servizi per l'arco temporale corrispondente. Se correttamente informato il consumatore poteva allora scegliere in modo consapevole tra due alternative nella conduzione della vicenda contrattuale: riservarsi la possibilità di recedere fino alla scadenza del termine utile e non ricevere anticipatamente la prestazione ovvero riceverla così manifestando una volontà incompatibile con il successivo recesso e atteggiandosi piuttosto come manifestazione concludente di volontà perfezionativa della conclusione del contratto.

L'omessa informazione sulle conseguenze della prestazione anticipata di servizi, oltre alle sanzioni amministrative e allo scivolamento del termine del recesso, avrebbe reso inopponibile al consumatore la condizione limitativa dell'esercizio del diritto di recesso, analogamente a quanto previsto per la fornitura di beni.

⁽⁶⁴⁾ L'importanza di tale indicazione si evinceva anche dalla circostanza che ne veniva prescritta l'obbligatorietà anche nei casi in cui si prevedeva espressamente che l'esercizio del diritto di recesso non fosse soggetto ad alcun termine o modalità.

stipula del contratto in sé, sottoposto al generale principio di libertà della forma⁽⁶⁵⁾.

Al requisito della forma scritta si affiancavano i criteri redazionali della separatezza e dell'intelligibilità al fine di contrastare le diffuse pratiche elusive che nell'impostazione e nella redazione dei documenti adottavano soluzioni grafiche che distoglievano l'attenzione del consumatore, confondendo la previsione del diritto di recesso tra i contenuti delle clausole contrattuali o relegandolo in posizione secondaria e marginale nella formulazione del documento stesso.

La norma distingueva inoltre tra ipotesi in cui il consumatore emetteva la propria dichiarazione contrattuale, indifferentemente in forma di proposta o di accettazione, in presenza della controparte professionale⁽⁶⁶⁾ e le ipotesi in cui il consumatore manifestava la propria volontà negoziale in assenza del professionista⁽⁶⁷⁾.

Più nello specifico quanto al primo caso, l'informazione sul c.d. recesso di pentimento doveva essere distinta e resa in maniera separata rispetto al contenuto

⁽⁶⁵⁾ La necessità che l'informazione sul diritto di recesso fosse data per iscritto era ed è (anche sotto il vigore dell'attuale codice del consumo) manifestazione del fenomeno del neoformalismo, sul punto si veda tra molti MASUCCI S.T., *op. cit.*, p. 196 ss.

⁽⁶⁶⁾ Erano queste le ipotesi descritte dalle lett. a), b) e c) dell'art. 45 c. cons. *ante* Rif. legate ai casi in cui la volontà negoziale veniva manifestata dal consumatore durante la visita del professionista al suo domicilio, o presso il luogo di lavoro ovvero durante un'escursione organizzata dal professionista al di fuori dei propri locali commerciali. Tale categoria era a sua volta distinta a seconda che il professionista facesse o meno sottoscrivere una nota d'ordine contenente la sua manifestazione di volontà negoziale.

⁽⁶⁷⁾ Erano, invece, queste le differenti situazioni in cui il consumatore concludeva un contratto per corrispondenza o dopo la consultazione di un catalogo.

Infatti, per i contratti di cui alla lett. d) del comma 1 dell'art. 45 c. cons. *ante* Rif. si individuavano una serie di documenti nei quali era suscettibile di essere contenuta l'informazione sul diritto di recesso a seconda delle concrete modalità di utilizzo della corrispondenza e dei cataloghi nella contrattazione fuori dei locali commerciali: l'informazione poteva essere alternativamente riportata nel catalogo, in altro documento illustrativo della merce o del servizio, ovvero nella relativa nota d'ordine, in cui però poteva essere riportato il solo riferimento al diritto di recesso con la specificazione del relativo termine, rinviando per le altre informazioni a quanto contenuto nel catalogo. La facoltà di scelta accordata al professionista circa il documento in cui riportare l'informazione era indice di voler anticipare il più possibile la conoscibilità da parte del consumatore del proprio diritto di recesso.

Si imponeva in ogni caso al professionista il rispetto del canone di piena intelligibilità dei caratteri tipografici utilizzati per l'informazione sul diritto di recesso che dovevano essere uguali o superiori a quelli recanti le altre informazioni sulla stipulazione del contratto contenute all'interno del documento.

contrattuale del documento che la conteneva: qualora fosse riportata nelle nota d'ordine fatta sottoscrivere al consumatore ⁽⁶⁸⁾ doveva essere separata dalle altre clausole contrattuali e resa con caratteri tipografici uguali o superiori a quelli utilizzati per gli altri elementi indicati nel documento ⁽⁶⁹⁾, mentre qualora per rendere l'informazione si fosse utilizzato un diverso documento ⁽⁷⁰⁾, l'informazione doveva essere comunque resa in caratteri chiaramente intellegibili.

Inoltre, quanto ai profili temporali, l'informazione sul diritto di recesso, al di là di differenziazioni a seconda delle concrete modalità di svolgimento della negoziazione fuori dei locali commerciali, andava resa al consumatore prima o al momento della manifestazione della sua volontà contrattuale, così che lo stesso potesse essere reso consapevole, fin da quando esprimeva il suo consenso, del carattere liberamente ritrattabile della sua decisione, sulla quale aveva la possibilità di tornare entro un arco temporale predefinito senza dover addurre motivazioni e sopportare costi: l'esigenza che emergeva era quella di realizzare contestualmente, da un lato, l'assunzione di un vincolo giuridico da parte del consumatore, che concludeva il contratto, e, dall'altro, la conoscenza del diritto di

⁽⁶⁸⁾ Per i contratti di cui alle lett. a), b) e c) dell'art. 45 *ante* Rif. si faceva riferimento alla contrattazione scritta nella quale al consumatore era fatta sottoscrivere una nota d'ordine, cioè un documento confezionato dal professionista che conteneva la manifestazione di volontà contrattuale del consumatore il quale apponeva la sua sottoscrizione, eseguendo a volte la sua prestazione: nella suddetta nota andava riportata l'informazione sul diritto di recesso, separatamente dalle altre clausole, e una sua copia, con indicata data e luogo di sottoscrizione, andava consegnata al consumatore con il chiaro fine di garantire la conoscenza dell'esistenza del diritto di recesso e far avere un documento dal quale risultasse che la sua volontà contrattuale era stata manifestata fuori dei locali commerciali e che la relativa dichiarazione era stata emessa in una precisa data.

⁽⁶⁹⁾ La giurisprudenza della Suprema Corte ha precisato che la formulazione della clausola relativa al diritto di recesso del consumatore debba rispettare due precisi requisiti: l'autonomia della clausola, dovendo essere separata da tutte le altre al fine di rendere chiara e trasparente l'informazione, e l'evidenza grafica della medesima (Cass. civ., 3.10.2003, n. 14762; Cass. Civ., 12.3.2012, n. 3878).

⁽⁷⁰⁾ Nei casi in cui non veniva predisposta una nota d'ordine e la contrattazione verbale si svolgeva alla presenza del professionista, l'informazione scritta sul diritto di recesso doveva essere fornita al momento della conclusione del contratto, ovvero al momento della manifestazione da parte del consumatore di una proposta contrattuale; il documento informativo doveva contenere, oltre gli elementi soggettivi ed oggettivi rilevanti per l'esercizio del diritto di recesso, le indicazioni del luogo e della data in cui veniva consegnato al consumatore, oltre agli elementi necessari per identificare il contratto cui si riferisce. L'originale del documento andava consegnato al consumatore nel momento in cui manifestava la volontà di concludere il contratto; il professionista poteva predisporre anche una copia del documento, farla sottoscrivere e trattenerla, così preconstituendosi una prova dell'avvenuto adempimento degli obblighi informativi.

recesso e delle relative condizioni di esercizio.

7. (Segue) I contratti a distanza

Il diritto alle informazioni riconosciuto a favore del consumatore sin dalla fase precontrattuale è uno dei pilastri della normativa sui contratti a distanza, essendo previsto, assieme allo *jus poenitendi*, per sterilizzare il *vulnus* che tali speciali forme di vendita possono arrecare alla libertà negoziale del consumatore rispetto alle tradizionali operazioni contrattuali tra presenti.

Anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 21 del 2014, il capo I del codice del consumo, intitolato «*Particolari modalità di conclusione del contratto*», proseguiva con una sezione II, relativa ai contratti a distanza, ove sostanzialmente si riproducevano le previgenti disposizioni dell'abrogato d.lgs. n. 185 del 1999 attuativo della Direttiva 1997/7/CE in tema di contratti a distanza ⁽⁷¹⁾.

La ragione alla base dell'introduzione della normativa succitata poggiava sull'esigenza di colmare lo squilibrio contrattuale esistente tra il professionista e il consumatore, squilibrio dipendente dal *gap* informativo dovuto alle particolari modalità di commercializzazione del bene o del servizio.

Le disposizioni sulla contrattazione a distanza rivestivano una portata applicativa assai maggiore rispetto a quelle sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali e ciò per l'avvenuta ridefinizione dei relativi ambiti: le vendite tramite mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, nonché i contratti conclusi mediante strumenti informatici e telematici, erano stati collocati nell'ambito della disciplina dei contratti a distanza e, inoltre, nelle aree di interferenza e sovrapposizione degli ambiti applicativi tra le due discipline era stata ribadita la prevalenza della disciplina più favorevole per il consumatore, che era, di regola,

⁽⁷¹⁾ Sulla Direttiva 1997/7CE e il d.lgs. 1999/185 di recepimento cfr. tra molti Di DONNA L., *op. cit.*, p. 286 ss.

quella dei contratti a distanza ⁽⁷²⁾.

Le definizioni offerte quanto alla nozione di contratto ⁽⁷³⁾, di tecnica di comunicazione ⁽⁷⁴⁾ e di operatore ⁽⁷⁵⁾ poggiavano essenzialmente sul concetto di

⁽⁷²⁾ Quanto ai commenti offerti alla disciplina ora abrogata sui contratti a distanza, si vedano tra molti VIGLIONE F., sub *art. 50 c. cons.*, in *Comm. Breve al diritto dei consumatori*, Padova², 2013, p. 465 ss.; SUPPA M.P., sub *art. 50 c. cons.*, in *Codice del consumo*, a cura di Cuffaro V., Milano³, 2013, p. 224 ss.; ASTONE F., *I contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Trattato diritto privato europeo*, a cura di Lipari N., IV, *Singoli contratti, la responsabilità civile e le forme di tutela*, Padova, 2003, p. 30 ss.; MAGRI M., *op. cit.*, p. 160 ss.

⁽⁷³⁾ Quanto alla nozione di contratto a distanza (art. 50, comma 1, lett. a, c. cons. *ante* Rif.) la stessa presupponeva in capo alle parti contraenti la contrapposta qualifica di professionista e consumatore. Con riguardo al professionista erano previste due precisazioni riferite a requisiti relativi alle modalità di utilizzo delle tecniche di comunicazione a distanza, ovverosia l'integralità e l'essenzialità. Infatti, la stipulazione e conclusione del contratto a distanza avvenivano nell'ambito di un sistema di vendita o di prestazione di servizi a distanza, organizzato dal professionista sotto forma di sistema distributivo incentrato sulle tecniche di comunicazione a distanza: non sarebbe stato, quindi, sufficiente che il professionista avesse utilizzato episodicamente la tecnica di comunicazione a distanza, in quanto sarebbe mancato un «sistema» di vendita organizzato.

Inoltre, il professionista utilizzava esclusivamente una o più tecniche di comunicazione a distanza nella stipulazione del contratto, compresa la conclusione: l'intera dialettica contrattuale, dall'informazione preliminare nella fase di negoziazione alla manifestazione dei consensi integranti l'accordo nella fase di conclusione, doveva avvenire tramite tecniche di comunicazione a distanza, anche di diverso tipo.

⁽⁷⁴⁾ Con riguardo alle tecniche di comunicazione a distanza (art. 50, comma 1, lett. b, c. cons. *ante* Rif.) il codice forniva una definizione suscettibile di ricomprendere una pluralità di mezzi comunicativi tra loro differenti per caratteristiche, modalità di impiego e diffusione: l'elemento che li accomunava era dato dalla loro idoneità a mettere in comunicazione soggetti in assenza di contestualità e della loro presenza fisica e simultanea.

Va ricordato come l'art. 58 c. cons. *ante* Rif. introduceva delle significative limitazioni all'impiego delle tecniche ritenute più insidiose per la libertà personale dei consumatori. Le possibili interferenze con i diritti fondamentali dell'individuo erano state prese in considerazione dal legislatore attraverso la previsione di un forte apparato sanzionatorio con il diretto coinvolgimento dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali (art. 62, comma 3, c. cons. *ante* Rif.).

Nel novero di tali contratti venivano ricompresi anche i contratti conclusi per via telematica tra un professionista ed un consumatore, tipologia contrattuale disciplinata dal d.lgs. 2003/70 in attuazione della Direttiva 2000/31/CE. La parziale sovrapposizione di disciplina imponeva al professionista di sommare gli obblighi informativi sui contratti a distanza e quelli previsti per il commercio elettronico: le possibili interferenze sono esaminate dall'art. 68 c. cons. ove si prevede che per gli aspetti non disciplinati dal codice valga quanto previsto dal d.lgs. 2003/70 (TESCARO M., sub *art. 68 c. cons.* e sub *d. lgs. 2003/70*, in *Comm. Breve al diritto dei consumatori*, Padova², 2013, p. 647 e p. 1303 ss). Inoltre, nella stessa prospettiva si pone l'art. 52, comma 5, c. cons. *ante* Rif. ove si stabiliva che «in caso di commercio elettronico gli obblighi informativi dovuti dal professionista vadano integrati con le informazioni di cui all'art. 12 del d.lgs. 2003/70».

Ciò detto quindi qualora la tecnica di comunicazione a distanza utilizzi la rete *internet* la disciplina della sezione II va integrata con quella del commercio elettronico; anche la Corte di Giustizia ha confermato l'applicazione delle disciplina sui contratti a distanza a quelli stipulati *on line* (Corte di Giustizia, 10.3.2005, in C-336/03).

⁽⁷⁵⁾ L'operatore di tecniche di comunicazione a distanza era una nuova figura professionale legata alle tecniche di comunicazione a distanza e necessaria per la costruzione e gestione dei sistemi

«*distanza*», nozione questa che si risolveva nell'assenza di contestualità, cioè di contemporanea presenza dei contraenti nello stesso luogo, dovuta all'impiego delle tecniche di comunicazione telematiche in grado di creare uno spazio interattivo diretto ed immediato tra offerta e domanda di beni e di servizi resi disponibili sul più ampio mercato comune sviluppato nello spazio virtuale delle telecomunicazioni ⁽⁷⁶⁾.

La disciplina della contrattazione a distanza non veniva riferita a specifiche tipologie contrattuali, né limitata a certi settori merceologici, ma aveva invece carattere trasversale, essendo riferita alla fornitura di beni e alla prestazione di servizi, eccetto le esclusioni testuali tassativamente previste all'art. 51 c. cons. *ante* Rif. ⁽⁷⁷⁾.

comunicativi messi a disposizione dei professionisti. Il rapporto tra operatore delle tecniche di comunicazione a distanza e il professionista era un rapporto contrattuale endoprofessionale che si poneva a monte del rapporto di consumo che legava il professionista al consumatore: tale rapporto permetteva al professionista di procurarsi la disponibilità di tecniche di comunicazione a distanza con cui costruire il proprio sistema distributivo, così che il contatto tra loro si poneva nella fase preparatoria e organizzativa del sistema distributivo e contrattuale a distanza del mercato finale.

⁽⁷⁶⁾ In linea generale, all'interno di tale spazio dematerializzato, dove la formazione dell'accordo tra il professionista e il consumatore avviene secondo delle sequenze innovative e in continua evoluzione, che portano a ripensare le fasi della dialettica contrattuale, le regole di incontro della domanda e dell'offerta vanno ridefinite in modo da evitare abusi e prevaricazioni che minino la libertà contrattuale dei consumatori o determinino effetti pregiudizievoli per i concorrenti.

⁽⁷⁷⁾ Le esclusioni, in quanto aventi carattere eccezionale, erano insuscettibili di applicazione analogica, e dispensavano dall'applicazione dell'intera disciplina dei contratti a distanza in virtù del loro carattere integrale. In ogni caso le esclusioni disposte dall'art. 51 c. cons. *ante* Rif. potevano essere superate dall'autonomia delle parti che ne prevedeva l'applicazione oltre i limiti soggettivi ed oggettivi dell'art. 50 c. cons. *ante* Rif. e ricomprendendovi anche le fattispecie escluse dall'art. 51 c. cons. *ante* Rif.

In generale le esclusioni disposte dall'art. 51 c. cons. *ante* Rif. erano riferibili a specifici campi negoziali individuati in ragione dei particolari oggetti e settori merceologici interessati, ovvero di determinati contesti e speciali modalità di svolgimento della contrattazione: in tali materie avrebbero trovato applicazione le altre discipline settoriali ovvero quelle contrattuali più generali.

Analizzando le ipotesi di esclusione previste all'art. 51 c. cons. *ante* Rif, la lett. a) si riferiva ai contratti a distanza relativi ai servizi finanziari, disciplina oggi trasfusa all'interno del capo I sezione IV *bis* del codice consumo, giustificata in ragione della natura dell'oggetto contrattuale.

L'ipotesi prevista dalla lett. b) atteneva ai contratti conclusi tramite distributori e automatici o locali commerciali automatizzati, in ragione delle peculiari modalità di conclusione e dei contenuti predefiniti dei contratti conclusi con sistemi automatizzati, laddove il problema della tutela del consumatore si poneva in modo più attenuato data la scarsa aggressività di tali modalità di contrattazione.

La terza esclusione di cui alla lett. c) si riferiva ai contratti conclusi con gli operatori delle telecomunicazioni impiegando telefoni pubblici ed era giustificata in ragione della natura pubblica dei soggetti coinvolti e delle peculiari modalità di conclusione dei contratti che si avvalgono della telefonia pubblica; oltre alla circostanza che la rapidità di conclusione ed esecuzione di tali

Esaminando poi lo specifico tema dell'informazione, l'attuazione degli obblighi informativi posti a carico del professionista si articolava secondo un sistema bifasico fondato su sequenze dialettiche, per lo più descritte agli artt. 52 e 53 c. cons. *ante* Rif. ⁽⁷⁸⁾: nella contrattazione a distanza, il procedimento di formazione dell'accordo era arricchito di ulteriori requisiti utili al riequilibrio della posizione dei contraenti, in quanto agli obblighi informativi si affiancavano gli ulteriori meccanismi a tutela della trasparenza contrattuale, con i quali si completava l'illustrazione dell'offerta commerciale sotto i profili di maggior rilievo per la conclusione dell'affare.

Il sistema integrato degli obblighi informativi e della trasparenza contrattuale indicava, quindi, come la conclusione dei contratti a distanza avvenisse attraverso una prolungata dialettica procedimentale, sviluppata nel tempo secondo delle sequenze di atti finalizzate a superare le iniziali asimmetrie tra i contraenti in grado di pregiudicare, come si è visto, l'autonomia contrattuale del consumatore e la concorrenzialità dei mercati ⁽⁷⁹⁾.

contratti sarebbe stata poco compatibile con la dialettica dell'informazione a carico del professionista e del diritto di recesso a favore del consumatore. Non erano però mancate critiche alla scelta di escludere tali tipologie contrattuali in cui vi sarebbe stato comunque un deficit informativo (RUVOLLO M., *I contratti a distanza*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di Caringella F. e De Marzo G., Torino, 2007, p. 278).

Infine, oltre alla lett. d) legata ai contratti immobiliari (in relazione a tale ipotesi vi era un difetto di coordinamento rispetto alla disciplina sui contratti fuori dei locali commerciali, per la differente formulazione delle Direttive comunitarie, in quanto sembrava che l'apparato di tutele previsto per la contrattazione a distanza si applicasse alla locazione di immobili), la successiva lett.e) riguardava i contratti conclusi in occasione di una vendita all'asta poiché in tali casi il contratto si limitava a recepire le indicazioni scaturenti dalla procedura d'asta senza introdurre elementi differenti rispetto alle risultanze già definite.

⁽⁷⁸⁾ Si tendeva ad escludere che la previsione di cui all'art. 52 c. cons. *ante* Rif. assorbisse per i contratti a distanza l'onere di conoscenza che gravava sull'aderente nei contratti per condizioni generali: e ciò per la ragione che il concetto di clausola generale, relativa alle informazioni essenziali del contratto, non andava sovrapposto a quello di condizione generale di cui all'art. 1341 c.c. legato agli ulteriori elementi che completavano il regolamento negoziale (così COLOSIMO B., sub art. 52 c. cons., in *Comm. Codice consumo*, a cura di Vettori, Padova, 2007, p. 479 ss.).

⁽⁷⁹⁾ Tuttavia va da subito ricordato come, secondo il disposto dell'art. 55 c. cons. *ante* Rif., vi fossero delle plurime esclusioni normative che atenevano ai due principali strumenti di tutela del consumatore, ossia l'apparato informativo e il diritto di recesso.

Analizzando il comma 1 della medesima disposizione, si esonerava il professionista dall'applicazione delle disposizioni degli artt. 52 e 53 c. cons. *ante* Rif. che delineavano il sistema binario dell'informazione preventiva e della successiva conferma scritta, nonché dell'art. 54, comma 1, c. cons. *ante* Rif. relativo al termine legale di trenta giorni per l'esecuzione dell'ordinazione del consumatore. Sebbene non fossero sottratte all'intera disciplina della sezione

Più nel dettaglio, le informazioni preventive che il professionista doveva rendere al consumatore erano descritte nel loro contenuto all'art. 52 c. cons. *ante* Rif. e venivano distinte in generali, se rese in tutti i contratti a distanza a prescindere dalle tecniche di comunicazione utilizzate, e in speciali, quando riferite a quelle tecniche più insidiose quali la telefonia e la rete *internet* ⁽⁸⁰⁾.

I contenuti delle informazioni generali erano elencati nelle lettere da a) fino a l) dell'art. 52, comma 1, c. cons. *ante* Rif., disposizioni in cui si prevedevano i principali profili soggettivi ed oggettivi dell'offerta contrattuale, ai quali si accompagnavano le informazioni propriamente riferite al c.d. recesso di pentimento: diversamente rispetto ai contratti porta a porta, le informazioni erano arricchite nel loro contenuto ricomprendendo, oltre i profili concernenti il diritto di recesso, anche tutti quei diversi dati in grado di rendere il consumatore edotto dei contenuti dell'offerta contrattuale, così da permettergli una valutazione comparativa rispetto a quanto altrimenti disponibile sul mercato.

II, le fattispecie contrattuali dell'art. 55 c. cons. *ante* Rif. per effetto delle suddette plurime esclusioni privavano il consumatore dell'impianto complessivo delle tutele sulla trasparenza e libertà del consenso. La ragione di siffatte deroghe si coglieva in considerazione delle tipologie contrattuali ivi contemplate, ossia le piccole forniture di beni e servizi di tipo assistenziale e legate a fabbisogni ed esigenze personali: la lett. a) si giustificava in base all'oggetto della fornitura (generi alimentari), al luogo di esecuzione (direttamente al consumatore) e al sistema distributivo (giri frequenti e regolari); la lett. b) ruotava attorno a servizi che per i contenuti e le modalità di esecuzione corrispondevano alle esigenze personali del consumatore, trattandosi di servizi legati all'alloggio, ai trasporti e alla ristorazione.

⁽⁸⁰⁾ Alle prescrizioni di carattere generale ne seguivano altre di integrative che specificavano i contenuti e le modalità delle informazioni preventive che il professionista doveva rispettare quando si trattava di comunicazioni telefoniche (comma 3), di tecniche che consentivano una comunicazione individuale (comma 4) o di commercio elettronico (comma 5).

Nel primo caso il legislatore aveva imposto che fin dall'avvio della conversazione il professionista informasse il consumatore della provenienza e della finalità della chiamata, così da permettere al consumatore di avere immediata conoscenza del carattere commerciale della chiamata, a pena di nullità del contratto concluso in spregio di tali prescrizioni.

Nel secondo caso si precisava che le informazioni generali fossero fornite in lingua italiana ove richiesto dal consumatore.

Nel caso infine del commercio elettronico il professionista deve rispettare gli ulteriori obblighi informativi previsti dall'art. 12 d. lgs. 2003/70 sul commercio elettronico, ad integrazione degli obblighi informativi normativamente previsti.

Da ultimo, l'art. 59 c. cons. *ante* Rif. prevedeva particolari modalità di esecuzione delle informazioni preliminari per quanto concerneva le vendite tramite mezzo televisivo o altri mezzi audiovisivi, in particolare prescrivendo che l'informazione sul diritto di recesso di cui all'art. 52, comma 1, lett. f) e g) c. cons. *ante* Rif fosse fornita nel corso della presentazione del prodotto o del servizio, all'inizio e nel corso della trasmissione sull'esposizione delle offerte.

Le informazioni potevano essere suddivise in tre gruppi, in base ai loro contenuti, distinguendosi informazioni strettamente contrattuali (lett. a - e); altre relative al c.d. recesso di pentimento (lett. f - g) ed altre ancora legate ai restanti profili dell'offerta (lett. h - l).

Quanto alle informazioni contrattuali, anzitutto queste dovevano attenersi ai profili soggettivi del contratto, come l'identità del professionista (lett. a), in considerazione anche della delocalizzazione dell'offerta a distanza, presentata sul mercato senza che, spesso, il consumatore sapesse chi la formulava e dove questo soggetto fosse reperibile: in tal modo grazie a tale informazione il consumatore poteva valutare la solidità organizzativa e finanziaria della sua controparte non fisicamente presente e superare anche possibili ostacoli di ordine psicologico⁽⁸¹⁾.

A ciò si aggiungevano le informazioni sulle caratteristiche essenziali del bene o del servizio (lett. b), descritti nei loro principali profili strutturali e funzionali, così da permettere la verifica della rispondenza alle esigenze del consumatore⁽⁸²⁾: tale previsione era senza dubbio volta a colmare la distanza esistente tra il consumatore e il bene o il servizio oggetto della prestazione contrattuale.

Completavano le informazioni sui profili oggettivi dell'offerta le indicazioni relative al prezzo del bene o del servizio (lett. c), elemento fondamentale per valutare la convenienza dell'offerta⁽⁸³⁾; quelle relative alle spese di consegna

⁽⁸¹⁾ Limitatamente ai contratti che prevedevano il pagamento anticipato sussisteva anche l'obbligo di comunicare l'indirizzo del professionista, mentre per gli altri casi tale obbligo andava adempiuto entro il momento successivo dell'esecuzione del contratto a distanza. Le perplessità suscitate dalla norma nella parte in cui non veniva fatto obbligo al professionista di dichiarare il proprio indirizzo per tutte le ipotesi di contratto a distanza, e non solo per le ipotesi di pagamento anticipato, erano superabili sapendo che la funzione di tutela del contraente poteva essere assolta dall'art. 2250, comma 1, c.c. e, laddove si trattava di contratti a distanza rientranti nella disciplina del commercio elettronico, dall'art. 7 del d.lgs. 70/2003. Ad ogni modo la Direttiva 2011/83/UE anticipa in generale tale obbligo informativo inserendolo tra quelli preliminari (art. 6, lett. c), Dir.; nello stesso senso anche art. 49, lett. c., c. cons.).

⁽⁸²⁾ L'illustrazione delle caratteristiche del bene o del servizio finiva per far assumere al professionista l'impegno corrispondente nei confronti del consumatore il quale, se riscontrava la mancanza delle caratteristiche comunicate con l'informazione, oltre alla facoltà di recedere dal contratto ai sensi degli artt. 64 e 65 c. cons. *ante* Rif., poteva esercitare i rimedi contrattuali previsti a tutela del compratore sia dal codice del consumo (artt. 128 ss.) che dal codice civile per la garanzia della vendita (art. 1476 ss.).

⁽⁸³⁾ In linea generale, nel prezzo complessivo dovevano essere indicate anche le tasse e le imposte

(lett. d), nonché quelle attinenti ai profili esecutivi del contratto a distanza, ossia alle modalità di pagamento ⁽⁸⁴⁾, alle modalità di consegna del bene o della prestazione del servizio o di ogni altro aspetto esecutivo del contratto (lett. e).

Nelle successive lett. f) e g) erano previste le informazioni che si riferivano al c.d. recesso di pentimento, consistenti in due aspetti fondamentali legati alla titolarità o all'esclusione del diritto in capo al consumatore e all'obbligo restitutorio del bene al professionista per il caso di esercizio dello stesso diritto ⁽⁸⁵⁾, profili entrambi essenziali per valutare in concreto l'offerta.

Infine, le ulteriori informazioni preventive si soffermavano sui restanti aspetti significativi dell'offerta a distanza, meritevoli di separata considerazione.

Si trattava dei costi legati all'utilizzo della tecnica di comunicazione a distanza (lett. h), solo laddove per la contrattazione si fosse applicato un costo

poiché la componente fiscale poteva essere significativa per valutare la convenienza dell'affare e assurgere a fattore determinante nell'orientare la scelta dell'acquirente che si rivolge nella contrattazione a distanza a professionisti i quali possono essere assoggettati a regimi fiscali differenti.

⁽⁸⁴⁾ Anzitutto rilievo doveva assumere l'indicazione delle modalità temporali di pagamento, comprensive non solo della scadenza pattuita, ma anche della correlazione tra lo stesso e le dinamiche della contrattazione, delle relative modalità utilizzabili e del soggetto destinatario del versamento.

L'obbligo di fornire l'indicazione separata delle spese di consegna rispetto a quelle del prezzo incideva sulla posizione del consumatore anche ove questi decideva di esercitare lo *ius poenitendi*, infatti le spese di consegna non potevano essere addebitate al consumatore recedente, dovendo rimanere a carico integrale del professionista, così tutelando il consumatore che avesse esercitato tempestivamente l'esercizio del diritto di recesso (così anche Corte di Giustizia, 15.04.2010, in C - 511/2008).

⁽⁸⁵⁾ Nonostante la lettera della norma avesse fatto riferimento alle sole fattispecie di esclusione di cui all'art. 55, comma 2, c. cons. ante Rif. Si era ritenuto, in un'ottica di tutela per il soggetto consumatore, che l'informazione, dovendo avere carattere il più esaustivo possibile per il contraente, dovesse ricomprendere entrambe le esclusioni definite dal legislatore, nonché la possibilità di modificare la disciplina legale in senso più favorevole per il consumatore (TROIANI U., sub art. 52 c. cons., in *Codice del consumo: commento al d. lgs. 2006/205*, Milano, 2006, p. 532; critica invece la posizione sul punto espressa da CINQUE M., sub art. 52 c. cons., in *Comm. Breve al diritto dei consumatori*, Padova ², 2013, p. 479).

Tuttavia, tra gli obblighi preliminari non comparivano le informazioni legate alle condizioni e alle modalità di esercizio del diritto di recesso, da rendere invece successivamente in sede di conferma ex art. 53 c. cons. ante Rif.: la Direttiva 2011/83/UE invece anticipa l'obbligo informativo relativo ai tempi, modi e condizioni per esercitare il diritto di recesso, comprendendolo tra quelli preliminari (art. 6, lett. h), Dir.).

Inoltre, quanto alla restituzione del bene in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso, l'informazione doveva investire le modalità, i tempi di restituzione da parte del consumatore o di ritiro da parte del professionista dei beni consegnati, specificandone le modalità temporali e organizzative.

differente dalla tariffazione base richiesta per l'utilizzo normale della contrattazione; il professionista doveva poi precisare il profilo della durata temporale dell'offerta e del relativo prezzo (lett. i), unitamente alla durata minima del contratto stesso in caso di fornitura di prodotti o di prestazioni di servizi ad esecuzione continuata o periodica, durata da segnalare obbligatoriamente nell'informazione preliminare da rendere al consumatore, così da permettergli di poter valutare adeguatamente l'offerta in base alle sue esigenze temporanee o durature (lett. l).

Infine, secondo la previsione dell'art. 60 c. cons. *ante* Rif. il professionista doveva indicare nel contratto a distanza il riferimento alle norme relative a detta modalità di contrattazione (e presenti nella suindicata sezione II del codice del consumo), così mettendo il consumatore in condizione di reperire facilmente le norme che regolavano il rapporto, poste a tutela della libertà contrattuale ⁽⁸⁶⁾.

Nella conformazione normativa dell'obbligo di informazione preventiva, oltre alla descrizione analitica dei contenuti, venivano stabilite anche le relative modalità attuative, incentrate sulla previsione di parametri elastici cui il professionista doveva uniformarsi per trasmettere correttamente l'informazione preventiva al consumatore: l'elasticità dei parametri comportamentali risultava connessa sia all'ampiezza contenutistica degli obblighi informativi che alla necessità di adattarsi alle concrete modalità procedurali impiegate dai contraenti.

Anzitutto, il professionista doveva scegliere delle modalità di comunicazione che rendessero lo scopo commerciale inequivocabile, in quanto l'informazione doveva essere presentata in maniera tale da evidenziare, da subito, lo scopo commerciale dell'offerta al consumatore ⁽⁸⁷⁾.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. sul punto TROIANI U., sub *art. 60 c. cons.*, in *op. cit.*, p. 574 ss.

⁽⁸⁷⁾ Per le comunicazioni telefoniche e quelle mediante posta elettronica non sollecitate, la natura commerciale dell'offerta doveva essere resa nota sin dall'inizio della conversazione o identificabile fin dal momento in cui il destinatario riceve la comunicazione telefonica, a pena di nullità del contratto (art. 52, comma 3, c. cons. *ante* Rif.). Inoltre, per tali tipologie di contratti il professionista era obbligato ad anticipare al consumatore le informazioni sul diritto di recesso, già nel corso della presentazione del prodotto o del servizio (cfr. art. 59 c. cons. *ante* Rif.; per un commento alla norma si veda VIGLIONE F., sub *art. 59 c. cons.*, in *Comm. Breve al diritto dei*

Inoltre, le informazioni preliminari andavano fornite in modo chiaro e comprensibile, specificandosi ancora la condotta del professionista attraverso il richiamo al criterio dell'adeguatezza, ai principi della buona fede e della lealtà nelle transazioni commerciali, in un'ottica di massima protezione dei consumatori: ciò lasciava trasparire come le prescrizioni sull'obbligo informativo a carico del professionista avessero una dimensione funzionale alla tutela del diritto fondamentale della libertà di scelta del consumatore ⁽⁸⁸⁾.

Dimensione funzionale che si coglieva anche dall'analisi delle prescritte modalità temporali di esecuzione dell'informazione preliminare, ovverosia «*prima della conclusione di qualsiasi contratto a distanza e in tempo utile*» il consumatore doveva ricevere le informazioni con i relativi summenzionati contenuti ⁽⁸⁹⁾.

Di qui l'evidente funzionalizzazione dell'informazione rispetto alla manifestazione cosciente e consapevole del consenso contrattuale, la quale doveva essere preceduta, pertanto, dall'esecuzione dell'informazione preventiva da parte del professionista, così da permettere al consumatore di ponderare le scelte negoziali grazie all'informazione effettivamente e tempestivamente ricevuta prima della conclusione dell'affare.

In generale, dall'analisi della ora abrogata disciplina della contrattazione a distanza emergeva la presenza di una precisa dialettica procedimentale tra i

consumatori, Padova ², 2013, p. 5212 ss. ; BRAVO F., *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella Direttiva 2011/83 UE*, Milano, 2013, p. 129 ss.).

⁽⁸⁸⁾ Quanto al parametro della chiarezza descritto dall'art. 52, comma 2, c. cons. ante Rif. lo stesso evocava *standard* obiettivi di valutazione delle informazioni che dovevano esplicitare in maniera semplice tutti i contenuti senza incertezze; la comprensibilità orientava, invece, la trasparenza verso una valutazione anche soggettiva dell'intelligibilità e dell'accessibilità delle informazioni riferita alla valutazione dei destinatari dai quali dovevano essere intese pienamente.

L'adeguatezza era riferita all'utilizzo dei mezzi più idonei a realizzare la trasparenza delle informazioni in base alla tecnica di comunicazione impiegata per la conclusione del contratto, dovendo quindi il professionista scegliere gli strumenti e le modalità di illustrazione più efficienti nell'ambito delle soluzioni compatibili con la tecnica di comunicazione a distanza.

⁽⁸⁹⁾ La funzionalizzazione dell'informazione rispetto alla stipulazione del contratto permette anche di comprendere il significato e il contenuto del riferimento all'utilità temporale, cioè all'ampiezza del periodo che deve precedere la manifestazione del consenso del consumatore: senza aver indicato con precisione una misura prefissata per tutti i contratti, il criterio funzionale permette di modulare il tempo utile in quello occorrente al consumatore per conoscere il contenuto integrale dell'offerta ed esprimere una volontà contrattuale effettivamente consapevole, tempo che sarà variabile in considerazione del mezzo di comunicazione utilizzato.

contraenti che conduceva alla formazione dell'accordo muovendo dalle sopra descritte informazioni preliminari e passando per la conferma scritta delle medesime informazioni, fino alla decisione sull'esercizio del diritto di recesso.

La conferma scritta (art. 53 c. cons. *ante* Rif.) costituiva, infatti, la seconda sequenza del sistema bifasico degli obblighi informativi posti a carico del professionista nella contrattazione a distanza: le informazioni venivano reiterate, estese nei loro contenuti e rafforzate nelle relative modalità espressive, contribuendo ulteriormente al realizzarsi della trasparenza contrattuale in vista dell'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore ⁽⁹⁰⁾.

Ciò a dimostrazione ulteriore del fatto che il procedimento di formazione dell'accordo era proiettato verso l'ulteriore e decisiva manifestazione di volontà costituita dall'esercizio del c.d. recesso di pentimento, tant'è che le informazioni da confermare riprendevano e sviluppavano quelle relative al diritto di recesso, cui erano strettamente legate, anche in considerazione del fatto che la violazione delle prescrizioni sulla conferma scritta determinava sul piano procedimentale l'ampliamento del periodo concesso al consumatore per esercitare il diritto di recesso stesso.

In realtà, non si trattava di una mera conferma, termine utilizzato in senso atecnico, in quanto le informazioni, cui l'art. 53 c. cons. *ante* Rif. alludeva, facevano riferimento a contenuti integrativi ed aggiuntivi.

Oltre alle informazioni preliminari generali di cui al richiamato art. 52, comma 1, c. cons., *ante* Rif., il consumatore avrebbe dovuto ricevere delle ulteriori informazioni, tra cui figuravano le informazioni aggiuntive sul recesso,

⁽⁹⁰⁾ Va precisato come l'ambito applicativo dell'obbligo della conferma scritta delle informazioni escludeva (art. 53, comma 2, c. cons. *ante* Rif.) alcune fattispecie contrattuali aventi ad oggetto servizi prestati secondo determinate modalità: non si applicava, infatti, ai servizi eseguiti mediante una tecnica di comunicazione a distanza, se forniti in un'unica soluzione e fatturati dall'operatore della tecnica di comunicazione a distanza. La *ratio* dell'esclusione poggiava sulle modalità di prestazione dei servizi che impedivano la conferma scritta delle informazioni in relazione alle fattispecie incompatibili con l'esercizio del diritto di recesso, cui gli adempimenti di cui al comma 1 dell'art. 53 c. cons. *ante* Rif. erano diretti: l'esclusione si riferiva infatti ai servizi la cui esecuzione fosse avvenuta integralmente mediante l'impiego di una tecnica di comunicazione a distanza in un'unica soluzione, a fronte di servizi prestati e fatturati direttamente dall'operatore, dovendosi, in mancanza di anche solo uno di questi requisiti, ritenere non operante l'esclusione.

con particolare riferimento alle regole sul concreto suo funzionamento ⁽⁹¹⁾.

Le ulteriori informazioni previste dall'elenco dell'art. 53 c. cons. *ante* Rif. si riferivano ad aspetti significativi nella prospettiva rimediale stragiudiziale, rilevanti ai fini del perseguimento di una sollecita tutela dei diritti del consumatore ⁽⁹²⁾: la contestualità della conferma scritta di tali informazioni, poteva indurre il consumatore a dare preminente valutazione al profilo rimediale stragiudiziale fin dalla fase della sua stipulazione e sulla scorta di esso ad operare alcune strategie contrattuali, quali la maggior considerazione per quelle offerte che davano un elevato affidamento per una composizione tempestiva e bonaria dei conflitti.

La conferma di suddette informazioni doveva avvenire, in via alternativa in base alla scelta rimessa al consumatore, per iscritto, ovvero su altro supporto

⁽⁹¹⁾ Ai sensi della lett. a) art. 53 c. cons. *ante* Rif. il consumatore doveva ricevere un'informazione sulle condizioni e le modalità di esercizio del diritto di recesso ai sensi della sezione IV del presente capo, in particolare indicando i termini per recedere e la relativa decorrenza, anche con riferimento alla possibile violazione dei suddetti obblighi da parte del professionista, nonché rendendo edotto il consumatore delle conseguenze che potevano derivare dalla anticipata esecuzione della prestazione contrattuale da parte del professionista ed alla perdita di integrità del bene consegnato, quali situazioni che potevano pregiudicare l'esercizio del diritto di recesso. Inoltre, formavano oggetto delle informazioni aggiuntive da confermare per iscritto le modalità di esercizio del diritto di recesso, legalmente fissate o eventualmente concordate tra le parti. Dalla lettura della norma di cui all'art. 53 c. cons. *ante* Rif. non si comprendeva per quale motivo il legislatore avesse deciso di posticipare, rispetto agli obblighi preliminari di cui all'art. 52 c. cons. *ante* Rif, tali informazioni, tra cui alcune (si pensi alla indicazioni sulle modalità e condizioni di esercizio del diritto di recesso, nonché quelle riferite ai servizi di assistenza) idonee a incidere in modo significativo sulla decisione del consumatore di addivenire alla conclusione del contratto. Tant'è che la Direttiva 2011/83/UE ha ampliato di molto gli obblighi informativi preliminari, ricomprendendovi anche le indicazioni che secondo l'impianto abrogato del codice del consumo sarebbero invece state postpone.

⁽⁹²⁾ La lett. b) dell'art. 53 c. cons. *ante* Rif. imponeva che nella conferma scritta fosse indicato l'indirizzo geografico della sede del professionista cui rivolgere reclami: l'esplicazione di tale riferimento geografico permetteva al consumatore non solo di inviare reclami scritti, ma anche, se lo riteneva, di esprimere personalmente rimostranze e cercare una soluzione bonaria.

La successiva lett. c) dell'art. 53 c. cons. *ante* Rif. si occupava dell'informazione sui servizi di assistenza e sulle garanzie commerciali esistenti, informazione questa utile in previsione dei problemi di inesatta esecuzione del contratto, di utilità specie per la contrattazione a distanza.

Infine, la lett. d) atteneva alle condizioni di esercizio del recesso da parte del consumatore nei contratti di durata superiore ad un anno: si trattava, va ricordato, non di un richiamo al diritto di recesso consumeristico, contemplato già nelle informazioni di cui alla lett. a), disciplinato nella sezione IV, quanto piuttosto della corrispondente figura generale codicistica. Perciò l'informazione doveva chiarire per i contratti di durata superiore ad un anno se, quando, come e in base a quale regime, legale o convenzionale, il consumatore avrebbe potuto liberarsi dal vincolo contrattuale dei contratti di durata, così valutando l'impegnatività del vincolo.

duraturo a sua disposizione e a lui accessibile ⁽⁹³⁾: le indicate modalità esecutive erano delineate in chiave rafforzata, coerentemente con l'avanzamento progressivo di formazione dell'accordo in cui la conferma si collocava.

Da ultimo, si stabiliva che l'esecuzione della conferma scritta da parte del professionista per essere tempestiva doveva avvenire prima o al momento dell'esecuzione del contratto a distanza, così prevedendo un riferimento temporale più ampio nella dinamica contrattuale ⁽⁹⁴⁾.

8. Le prescrizioni in materia di informazione precontrattuale delineate dalla Direttiva 2011/83/UE

Come si è avuto modo di vedere, tutti i più recenti interventi legislativi

⁽⁹³⁾ Per la nozione valgono le indicazioni fornite quanto al supporto durevole dalla disciplina speciale dell'offerta a distanza dei servizi finanziari di cui all'art. 67 *ter*, comma 1, lett. f, c. cons. Si tratta ad ogni modo di qualsiasi strumento che consente al consumatore di memorizzare e riprodurre le informazioni che vi sono contenute senza possibilità di alterarne i contenuti: al riguardo la Corte di Giustizia ha chiarito che se le informazioni cui è tenuto il professionista vengono messe a disposizione su una pagina *web* accessibile con un collegamento ipertestuale ad un sito *internet*, non si è in presenza di una fornitura di informazioni su un supporto duraturo in quanto la riproduzione delle informazioni ivi memorizzate può non essere immutata (così Corte di Giustizia, 5.7.2012, in C - 49/11).

In ogni caso, tale lacuna viene colmata dalla Direttiva 2011/83/UE in cui (art. 2, n. 10) si dà una nozione di supporto durevole quale supporto che consente conservazione e riproduzione identica delle informazioni memorizzate.

⁽⁹⁴⁾ Mentre le informazioni preliminari ai sensi dell'art. 52 c. cons. dell'art. 53 c. cons. *ante* Rif. dovevano esser rese al consumatore prima della conclusione del contratto, in un'ottica di illustrazione dell'offerta commerciale per una consapevole formazione del consenso del consumatore, la conferma scritta contribuiva a rendere trasparente l'offerta commerciale e il contenuto del contratto a distanza in vista della successiva condotta del consumatore.

La conferma scritta, si è visto, si proiettava sulla successiva fase del recesso: infatti, a seguito delle informazioni preliminari e della successiva conferma scritta si apriva l'ultima sequenza procedimentale in cui il consumatore aveva un congruo termine per recedere ed esercitare la sua libertà contrattuale, decisione questa che il consumatore poteva compiere consapevolmente grazie alla conferma scritta (tale collegamento era dimostrato dai contenuti dell'informazione e dal sistema di durata e decorrenza dei termini per recedere).

Pertanto, considerata la *ratio* della conferma scritta inserita nella dialettica procedimentale, l'esecuzione del contratto andava intesa come l'inizio delle operazioni di attuazione del programma negoziale, momento oltre il quale la conferma non poteva spingersi se non perdendone di senso: in particolare quando la prestazione era di *dare* l'esecuzione sarebbe coincisa con la messa a disposizione del consumatore della cosa, se invece consisteva in un *facere*, rilevante sarebbe stato il momento in cui il servizio era ricevuto dal consumatore, o aveva inizio la fornitura della prestazione nei contratti ad esecuzione continuata.

concernenti i rapporti di consumo attengono alle principali tipologie negoziali connesse a beni o a servizi, mentre la Direttiva 2011/83UE ha abbandonato tale *trend*, affrancando la vincolatività dell'informazione prenegoziale da particolari tipologie negoziali (⁹⁵): la precettività dei dati trasmessi concerne tutte le operazioni di consumo, purché stipulate fuori sede o a distanza.

Più in particolare, la direttiva contiene una disciplina organica degli obblighi di informazione precontrattuale gravanti sui professionisti che offrono ai consumatori beni mobili o servizi, purché non finanziari, non andando a regolamentare soltanto gli obblighi informativi che gravano sui professionisti che propongono di concludere ai consumatori contratti a distanza o fuori dei locali commerciali, bensì disciplinando anche gli obblighi informativi gravanti sul professionista che propone di concludere contratti con modalità negoziali differenti, così elaborando una disciplina europea completa ed esaustiva delle obbligazioni informative precontrattuali applicabile a qualsiasi rapporto contrattuale, non solo a distanza o fuori dei locali commerciali.

Infatti, i contenuti informativi sono regolamentati in modo omogeneo all'art. 6 Dir. (capo III) per quanto concerne i contratti a distanza e quelli negoziati fuori dei locali commerciali (⁹⁶), mentre, per i contratti diversi da queste tipologie di

(⁹⁵) In apparenza la direttiva sembra trovare applicazione a qualsiasi tipologia di contratto concluso da un consumatore con un professionista, eccetto le ipotesi escluse di cui all'art. 3, par. 3. Tuttavia, si è evidenziato (De CRISTOFARO G., *La Direttiva 2011/83 UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*; in *Annuario del contratto*, diretto da D.'Angelo A. e Roppo V., Torino, 2012, p. 38 ss.) come un contratto possa reputarsi soggetto alla disciplina ivi descritta solo se ricompreso nelle categorie del «contratto di vendita» (art. 2, n. 5), «contratto di servizi» (art. 2, n. 6), «contratto per la fornitura di acqua, gas, elettricità e teleriscaldamento» (art. 3, par. 1) e «contratto per la fornitura di un contenuto digitale» (art. 2, n. 11). Inoltre, solo gli artt. 19, 21, 22 e 27 si applicano sempre a tutti questi contratti, al di là delle modalità e del luogo di conclusione; le disposizioni relative agli obblighi informativi precontrattuali di cui agli artt. 6-8 si applicano ai contratti indicati solo se conclusi a distanza, quelle invece di cui agli artt. 6-7 solo se stipulati fuori dei locali commerciali e altre ancora (art. 5) se si tratta di contratti conclusi con modalità non a distanza né fuori dei locali. La disciplina del recesso vale per tutti i contratti riconducibili a una delle quattro categorie se qualificabili a distanza o fuori dei locali commerciali, eccetto le ipotesi dell'art. 16 in relazione alle quali troveranno applicazione i soli precetti concernenti gli obblighi informativi precontrattuali.

(⁹⁶) Con particolare riguardo alla modalità contrattuali a distanza e fuori dei locali commerciali il legislatore ne fornisce delle precise definizioni rispettivamente all'art. 2, nn. 7, 8 e 9. Ai fini dell'applicabilità delle regole concernenti i contratti conclusi fuori dei locali commerciali il consumatore deve aver manifestato la propria volontà negoziale in un luogo diverso dai locali

contrattazione, all'art. 5 ⁽⁹⁷⁾: il professionista risulta, quindi, sempre gravato

commerciali del professionista in presenza del professionista medesimo o di un soggetto che agisca in nome e per conto di quest'ultimo: la suddetta manifestazione di volontà negoziale può integrare gli estremi di un'accettazione che conduce al perfezionamento del contratto, ovvero sostanziarsi in una mera proposta, che darà luogo alla conclusione del contratto solo se il professionista manifesti la volontà di accettare.

L'applicabilità della nuova direttiva è subordinata alla sola condizione negativa che la volontà del consumatore sia stata manifestata in un luogo diverso dal «*locale commerciale*» del professionista, ossia, come prevede l'art. 2, n. 9 della direttiva, il locale adibito alla vendita al dettaglio nel quale il professionista esercita la sua attività su base permanente, ovvero in modo abituale. Non solo quindi si sceglie di non individuare in positivo un luogo, ma, diversamente dalla Dir. 85/577/CEE, non si esclude l'operatività della direttiva quando la visita del professionista presso il domicilio o il luogo di lavoro del consumatore sia avvenuta su espressa richiesta del consumatore. È in ogni caso sottoposto alla disciplina dei contratti a distanza anche il contratto concluso nei locali commerciali o con tecniche di comunicazione a distanza se il consumatore ha manifestato la sua volontà immediatamente dopo essere stato avvicinato personalmente dal professionista in un luogo diverso dai locali del professionista ed in cui il negoziato che ha condotto al perfezionamento del contratto è sfociato (art. 2, n. 8, lett. c).

Inoltre, viene data agli Stati la possibilità di non applicare la direttiva ai contratti conclusi fuori dei locali commerciali non eccedenti i 50 euro, ovvero di importo ancora inferiore stabilito dalla legislazione nazionale.

Quanto invece alla nozione di «*contratto a distanza*» la relativa definizione corrisponde sostanzialmente a quella contenuta nell'art. 2, nn. 2 e 4 della Dir. 97/7/CE, lasciandosi invariato l'ambito di operatività di tali contratti: sono considerati tali solo i contratti che siano stati negoziati e anche stipulati senza la presenza fisica e simultanea del consumatore e del professionista, mediante una o più tecniche di comunicazione a distanza, non essendo sufficiente che solo una delle due fasi formative dell'accordo sia stata realizzata attraverso tale tecnica di comunicazione. Inoltre, si precisa che il professionista abbia negoziato e poi concluso il contratto nell'ambito di uno schema organizzato di vendita a distanza o di fornitura di servizi senza che vi sia la simultanea presenza fisica del professionista e del consumatore, con l'esclusivo utilizzo di un mezzo di comunicazione a distanza anche per la conclusione (art. 2, n. 7): se il mezzo utilizzato dal professionista è occasionale non troverà applicazione lo speciale regime di tutela dei consumatori.

⁽⁹⁷⁾ Il capo II è intitolato «*Informazioni per i consumatori per contratti diversi dai contratti a distanza o negoziati fuori dei locali commerciali*».

La disposizione di cui all'art. 5 contiene un elenco di informazioni che i professionisti devono fornire ai consumatori prima che venga emessa una dichiarazione negoziale destinata alla conclusione di un contratto diverso da quelli a distanza e fuori dei locali commerciali, applicandosi altresì anche ai contratti relativi a contenuti digitali non forniti su supporto materiale, nonché ai contratti di fornitura di acqua, gas o elettricità se messi in vendita in quantità non limitata.

Agli Stati membri sono espressamente consentiti dei margini di manovra in sede di recepimento, da un lato potendo mantenere o introdurre nei rispettivi ordinamenti interni disposizioni che impongono al professionista l'obbligo di fornire, in aggiunta a quelle contemplate dal par. 1 dell'art.5, informazioni diverse (par. 4); dall'altro potendo escludere dall'ambito di operatività delle norme nazionali i «*contratti della vita quotidiana*», a condizione che le parti diano ad essi immediata ed integrale esecuzione già al momento della loro conclusione (par. 3). In relazione a tale esclusione in senso critico si veda DE CRISTOFARO G., *op. ult. cit.*, p. 56.

Si tratta di una serie di circostanze relative al contratto in via di perfezionamento di cui il venditore deve dare notizia al consumatore in maniera chiara e comprensibile, a meno che non siano autoevidenti e non emergano già dal contesto in cui si sta procedendo (similmente già all'art. 7, par. 4, Dir. 2005/29/CE). Si tratta di un presupposto negativo, non riprodotto nell'art. 6, che va necessariamente inteso in senso restrittivo, per «*apparenti*» intendendosi, secondo un'interpretazione rigorosa, solo le informazioni che il consumatore può ricavare dal contesto e

dall'adempimento di obblighi informativi preliminari alla conclusione del contratto con i consumatori, a prescindere dalle tecniche di vendita e dalle particolari modalità di conclusione del contratto utilizzate⁽⁹⁸⁾.

Procedendo ad un esame più analitico del testo normativo si evidenzia come, a prescindere dal luogo di conclusione del contratto e dai mezzi di comunicazione impiegati per la trattativa e il perfezionamento dell'accordo contrattuale, gli obblighi informativi, quanto al loro momento temporale di adempimento, vadano forniti «prima che il consumatore rimanga vincolato al contratto o a un'offerta corrispondente»⁽⁹⁹⁾: il termine ultimo entro cui le informazioni debbono essere fornite viene individuato nella data in cui il consumatore emette la dichiarazione di volontà idonea a condurre al perfezionamento del negozio, senza però precisare quanto tempo prima esse vadano rese e senza imporre che tra il momento della loro messa a disposizione e quello dell'emissione della dichiarazione negoziale debba necessariamente intercorrere un minimo spazio temporale.

dalle circostanze in cui si trova ad emettere la propria dichiarazione negoziale con uno sforzo di diligenza minimo: nel senso dell'opportunità di interpretare tale presupposto negativo, presente anche nel codice del consumo novellato all'art. 48 c. cons. (e di cui, invece, non vi è traccia nell'art. 49 c. cons. relativo agli obblighi informativi precontrattuali nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali), in modo restrittivo per evitare che la portata precettiva dell'art. 48 c. cons. sia svuotata, cfr. DE CRISTOFARO G., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2014, p. 928.

Quanto ai modi e ai mezzi con cui adempiere l'obbligo informativo, nulla viene previsto, rimettendosi alla discrezionalità dei professionisti non vincolati per previsione di legge alla consegna o alla messa a disposizione di un supporto cartaceo.

Il novero delle informazioni elencate dalla norma comprende diversi profili del regolamento contrattuale in formazione, tra cui l'identità del professionista e il relativo indirizzo geografico, i dati concernenti le prestazioni pecuniarie contrattualmente dovute dal consumatore (lett. c e d), quelle cui è tenuto il professionista (lett. a, d, e, nonché nei contratti aventi ad oggetto la fornitura di contenuti digitali lett. g ed h), nonché le indicazioni relative alla durata e alle modalità di scioglimento del contratto (lett. f).

⁽⁹⁸⁾ Si è sottolineato come in realtà il legislatore europeo abbia ulteriormente segmentato gli obblighi di informazione precontrattuale, non favorendo l'opera di sistemazione auspicata, irrigidendone il contenuto entro precisi *standard* (ALESSI R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa diritto privato*, 2013, 12, p. 318 s.).

⁽⁹⁹⁾ Cfr. art. 5, par. 1 e art. 6, par. 1.

La Direttiva 97/7/CE invece imponeva al professionista di mettere a disposizione del consumatore le informazioni obbligatorie «in tempo utile prima della conclusione del contratto», così prevedendo che tra la messa a disposizione delle informazioni e la dichiarazione negoziale, dovesse decorrere un dato lasso temporale.

In ogni caso, l'ipotesi che il consumatore decida di concludere con un determinato professionista un contratto con ad oggetto un dato bene sulla base delle informazioni messe a disposizione pochi istanti prima della dichiarazione negoziale non è nei fatti realistica e, quindi, la novità della Direttiva 2011/83/UE trova una ragionevole spiegazione analizzando la funzione degli obblighi informativi di cui agli artt. 5 e 6: si tratta per lo più di prescrizioni che mirano a mettere il consumatore nella condizione di poter decidere se esercitare il c.d. recesso di pentimento, più che permettergli di assumere in modo razionale e consapevole la decisione di emettere la dichiarazione negoziale.

Soffermandosi ora sugli obblighi informativi gravanti sui professionisti nell'ambito di particolari modalità di contrattazione, il capo III della nuova direttiva è dedicato alle «*Informazioni per il consumatore e diritto di recesso per i contratti a distanza e per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali*» e va a modificare i doveri di informazione precontrattuale e contrattuale che gravano sul professionista, con l'obiettivo di fornire al consumatore la possibilità di avere tutti gli strumenti necessari per poter assumere una decisione commerciale consapevole. L'idea sottesa alla direttiva rimane pur sempre quella di salvaguardare la libertà contrattuale del consumatore, mettendolo al riparo dalle lacune informative che sorgono per effetto della sorpresa o delle pressioni psicologiche subite in ragione delle peculiari modalità di contrattazione.

In particolare, le principali novità, quanto alla tematica degli obblighi informativi, si compendiano sia nei profili strettamente contenutistici, sia nelle modalità di adempimento dell'informativa medesima ⁽¹⁰⁰⁾, profili di novità questi

⁽¹⁰⁰⁾ Quanto all'ambito di applicazione della direttiva, l'operatività della stessa vale per ogni contratto concluso tra un professionista e un consumatore con il quale il primo si impegna a fornire al secondo, a fronte di un corrispettivo pecuniario, un bene o un servizio.

Dal punto di vista soggettivo, ferme le nozioni di «*consumatore*» e «*professionista*» descritte all'art. 2, nn. 1 e 2 della direttiva, che si allineano agli approcci tradizionali del diritto dei consumatori, si ricava a contrario dall'art. 3, par. 1, che non rientrano nell'ambito applicativo della stessa i contratti in cui entrambi i contraenti siano consumatori ovvero professionisti e quelli in cui un soggetto con la qualifica di consumatore si impegni nei confronti di un professionista a fornire a quest'ultimo un bene o a prestare un servizio.

A ciò si aggiunga che gli Stati membri possono sottoporre alle regole della direttiva anche i contratti stipulati da professionisti con enti collettivi o con persone fisiche diverse dai consumatori,

che appartengono ad una disciplina dal carattere imperativo, inderogabile ed indisponibile (art. 25 Dir.), salva ad ogni modo la possibilità di proporre ai consumatori accordi contrattuali che vadano oltre la tutela garantita dalla direttiva stessa (art. 3, par. 6).

Analizzando la struttura del capo III si coglie, a livello sistematico, come all'art. 6 vengano dettati dei precetti comuni per la disciplina degli obblighi informativi da osservare prima che il consumatore emetta una dichiarazione negoziale idonea a portare alla conclusione di un contratto a distanza o fuori dei locali commerciali, mentre ai successivi artt. 7 e 8 si definiscano due gruppi distinti di precetti, relativi, rispettivamente, ai contratti fuori dei locali commerciali e a distanza.

Anzitutto, è stato ampliato il contenuto dell'obbligo informativo che grava sul professionista, non più solo circoscritto alle informazioni relative al diritto di recesso, ma comprensivo anche di quelle sull'identità del professionista, sull'oggetto del contratto e sulle prestazioni contrattualmente dovute dalle parti, di fatto così estendendo l'obbligo informativo a tutti gli elementi indispensabili per effettuare una decisione di natura commerciale e scegliere se accettare o meno di concludere l'affare proposto, attraverso un'elencazione più ampia rispetto a quella contenuta nell'art. 5, par. 1 ⁽¹⁰¹⁾.

come gli imprenditori individuali o liberi professionisti che agiscono per fini connessi alla propria attività professionale (considerando n. 13), ferma in ogni caso la preclusione, in sede di recepimento, dei confini della categoria di consumatori che rientra tra i concetti giuridici «*chiaramente definiti*» su cui il quadro normativo dell'Unione deve basarsi (considerando n. 7).

⁽¹⁰¹⁾ Il contenuto delle informazioni è puntualmente indicato nella direttiva per quanto riguarda i profili soggettivi e oggettivi del contratto (art. 6, par. 1, lett. a- t), oltre al diritto di recesso (art. 6, par. 1, lett. h, i, j, k).

La natura dell'armonizzazione sottesa alla disciplina della direttiva preclude che l'elenco delle informazioni, dovute dai professionisti nella fase anteriore alla stipula del contratto a distanza, venga ulteriormente arricchito dall'inserimento di informazioni aggiuntive e ulteriori rispetto a quelle contemplate dall'art. 6, par. 1.

Va altresì aggiunto che ai contenuti informativi precontrattuali specificati dall'art. 6, par. 1, vanno poi aggiunti, come previsto dall'art. 6, par. 8, quelli previsti dalla Direttiva 2000/31/CE in tema di commercio elettronico e dalla Direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi del mercato interno, laddove le informazioni riguardino elementi diversi ed ulteriori rispetto a quelli menzionati espressamente all'art. 6, par. 1. della Direttiva 2011/83/UE. Inoltre, gli Stati membri, nel settore del commercio elettronico dei servizi della società dell'informazione e dei servizi in generale, conservano la possibilità di imporre ai prestatori obblighi informativi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalle predette Direttive, le cui disposizioni si connotano per un livello di armonizzazione

La direttiva ha poi il pregio di soffermarsi sul valore delle informazioni fornite dal professionista prima della manifestazione della volontà di concludere il contratto a distanza o fuori dei locali (¹⁰²), precisando che le stesse fanno parte integrante del contenuto del contratto e non possono essere modificate se non con espresso accordo delle parti, sancendone così la piena vincolatività giuridica e l'immutabilità unilaterale.

Di grande rilievo risulta infatti la c.d. contrattualizzazione delle informazioni preliminari prospettata all'art. 6, par. 5 (¹⁰³), scelta questa che inevitabilmente influenza anche il dibattito quanto al tema rimediale (¹⁰⁴): il contenuto delle informazioni diviene parte vincolante del contratto in quanto integralmente trasfuso nel contenuto contrattuale e tale contrattualizzazione potrebbe rafforzare la convinzione - peraltro come si vedrà errata - per cui la mancata ottemperanza degli obblighi, parte del contenuto del contratto ed indefettibile *ex lege*, potrebbe causare la nullità del contratto, ovvero la sua risoluzione per inadempimento in caso di violazione dei relativi contenuti da parte del professionista (¹⁰⁵).

minima, salva comunque la prevalenza, in caso di conflitto tra le disposizioni normative della Direttiva sui diritti dei consumatori e quelle della Direttiva 2000/31/CE e della Direttiva 2006/123/CE, della prima.

Pertanto, solo per i contratti con ad oggetto la vendita di beni mobili, la somministrazione di acqua, gas, energia elettrica e riscaldamento, nonché per i contratti aventi ad oggetto i servizi non rientranti nell'ambito di operatività delle Direttive 2000/31/CE e 2006/123/CE, l'art. 6 della Direttiva 2011/83 UE può dirsi effettivamente norma di armonizzazione completa, in grado di impedire ai legislatori nazionali di imporre ai professionisti obblighi informativi aggiuntivi rispetto a quelli in esse enunciati.

(¹⁰²) La scelta del legislatore europeo di sancire espressamente che le informazioni precontrattuali entrino a far parte del contenuto del contratto è stata compiuta solo con riferimento ai contratti a distanza e fuori dei locali commerciali (capo III), non essendoci una previsione analoga all'art. 6, par. 5, Dir. nel capo II relativo ai «*contratti diversi*».

(¹⁰³) Si legge infatti che: «*Le informazioni di cui al paragrafo 1 formano parte integrante del contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali e non possono essere modificate se non con l'accordo espresso delle parti*».

(¹⁰⁴) Si veda in senso critico *infra* par. 10 ss., p. 1155ss.

(¹⁰⁵) Non è la prima previsione, proveniente dal legislatore dell'Unione, di vincolatività delle informazioni fornite in fase precontrattuale. A titolo esemplificativo, già l'art. 3, par. 2, della Direttiva 90/314/CE concernente i viaggi, le vacanze e i circuiti tutto compreso aveva statuito che se al consumatore veniva fornito un opuscolo le informazioni ivi contenute impegnavano l'organizzatore o il venditore. La Direttiva 2008/122/CE sulla tutela dei consumatori per taluni aspetti dei contratti di multiproprietà stabilisce, all'art. 5, par. 2, che le informazioni fornite dal professionista fanno parte integrante del contratto e non possono essere modificate se non con

Tale decisione ha certamente il pregio di aver fatto divenire parte integrante del contratto certe informazioni relative a modalità di pagamento e ad altri aspetti inerenti all'esecuzione contrattuale, così da sottrarre alla possibilità di variazione da parte del professionista tali dati contenutistici.

Non altrettanto può dirsi per la contrattualizzazione di alcuni dati che non esplicano alcuna incidenza sui profili esecutivi del contratto e appaiono, nella sostanza, solo limitativi della libertà di impresa del professionista: se, infatti, solo con il consenso espresso del consumatore il professionista potesse variare le indicazioni già fornite quanto alla sua sede, le libertà di impresa e di stabilimento finirebbero con l'essere evidentemente compromesse ⁽¹⁰⁶⁾.

Ad ogni modo, corre l'obbligo di evidenziare come il dettato dell'art. 6, par. 5, contenga due distinti precetti destinati ad operare in due fasi diverse del rapporto tra il consumatore e il professionista.

Per quanto concerne il momento di conclusione del contratto, il contenuto dello stesso viene così conformato non solo dalle clausole pattuite dai contraenti e dalle norme della legge nazionale applicabile alla fattispecie, ma anche, e soprattutto, dalle informazioni precontrattuali fornite dal professionista in adempimento dell'obbligo di cui all'art. 6, par. 1.

In relazione, invece, al momento anteriore alla stipula del contratto, il

l'accordo esplicito delle parti, salvo le modifiche eccezionalmente apportate dal solo professionista a seguito di circostanze eccezionali indipendenti dal professionista stesso, da lui imprevedibili ed inevitabili.

⁽¹⁰⁶⁾ Il riconoscimento espresso dell'attitudine delle informazioni fornite in fase precontrattuale ad integrare il contenuto del contratto può determinare delle situazioni problematiche a cui dover trovare soluzione.

Se il professionista nella fase precontrattuale ha fornito delle informazioni in merito ad elementi accessori del regolamento negoziale, poi non ribadite nel contenuto del regolamento stesso, si può ritenere che tali previsioni ne siano divenute parte integrante. Quando poi il professionista nel supporto cartaceo o in quello durevole consegnato al consumatore fornisca delle informazioni non pienamente congruenti con il contenuto del regolamento negoziale adottato, essendo i dati relativi alla fase precontrattuale parte integrante del contratto, al pari delle clausole contenute nel contratto, il contrasto contenutistico predetto si potrà risolvere facendo applicazione della disposizione che attribuisce al consumatore la posizione a lui più favorevole secondo il disposto dell'art. 35, comma 2, c. cons. (sul punto cfr. DE CRISTOFARO G., *La Direttiva 2011/83 UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*; in *Annuario del contratto*, diretto da A. D'Angelo e V. Roppo, Torino, 2012, p. 74 ss.).

legislatore dell'Unione ha previsto la immediata vincolatività giuridica della informazioni precontrattuali, precludendo al professionista che le abbia comunicate di modificarle unilateralmente e di definire poi un contenuto del regolamento non pienamente in linea con il tenore di tali informazioni.

E' solo mediante un accordo espresso che le parti potrebbero privare le informazioni fornite nella fase precontrattuale del connotato della loro vincolatività: la clausola dal tenore divergente da quello dell'informazione precontrattuale dovrebbe quindi essere oggetto di una separata modifica approvata dal consumatore attraverso un'apposita sottoscrizione rispetto a quella del testo contrattuale complessivo.

Un ulteriore profilo di novità si coglie dall'esame della direttiva quanto alla modalità di adempimento degli obblighi preliminari informativi, ispirata ora ai parametri della chiarezza e della comprensibilità, sostitutivi di quello della leggibilità, pur non mancando il richiamo al principio di buona fede e correttezza nelle transazioni commerciali da valutare alla stregua delle esigenze di protezione dei consumatori vulnerabili: se il testo della direttiva contiene il solo cenno ai parametri della chiarezza e della comprensibilità (art. 6, par. 1, Dir.), nel considerando n. 34 della stessa potrebbe cogliersi qualche cenno ai principi cui la condotta del professionista si deve uniformare secondo l'art. 52, comma 2, c. cons. *ante* Rif. ⁽¹⁰⁷⁾.

Inoltre, al fine di garantire la più facile comprensibilità per il consumatore, è riconosciuta agli Stati una limitata facoltà normativa di intervento aggiuntivo per quanto concerne i requisiti linguistici relativi all'informazione contrattuale (art. 6, par. 7).

A livello generale quanto alle suddette modalità di esecuzione le medesime si è visto essere ispirate ai precetti di chiarezza e comprensibilità, concetti questi che non coincidono con la leggibilità delle informazioni medesime: si è, quindi,

⁽¹⁰⁷⁾ Si legge infatti: «... Nella fornitura di tali informazioni, il professionista dovrebbe tenere in considerazione le esigenze specifiche dei consumatori che sono particolarmente vulnerabili a motivo della loro infermità mentale, fisica o psicologica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista può ragionevolmente prevedere. Tuttavia, la presa in considerazione di tali esigenze specifiche non dovrebbe condurre a discrepanze nei livelli di tutela dei consumatori».

imposto al professionista, gravato dal relativo onere probatorio, la conformità a tali precetti, riferiti al tipo di linguaggio impiegato, alla terminologia e allo stile delle proposizioni formulate, avuto riguardo alla figura di un consumatore medio, informato e ragionevolmente attento ed avveduto.

Al fine di agevolare l'eventuale esercizio del c.d. recesso di pentimento e rendere più intellegibile la comunicazione delle informazioni al consumatore, si prevede, altresì, che certe informazioni, legate alle prescrizioni di cui alle lett. h), i), j), possano essere fornite con una apposita modulistica, che viene riportata in allegato, secondo un modello predisposto di istruzioni tipo (¹⁰⁸).

Più nel dettaglio, le formalità informative vengono delineate in modo distinto a seconda della differente tipologia di contrattazione utilizzata.

Quanto ai contratti negoziati fori dei locali commerciali (art. 7), si impone al professionista di fornire al consumatore, in conformità ai canoni di accessibilità ed intelligibilità, le informazioni preliminari su supporto cartaceo, ovvero su altro supporto durevole nel caso in cui il consumatore sia d'accordo, oltre ad una copia del contratto firmato e della sua conferma, sempre su supporto cartaceo o su altro supporto durevole conformemente al formalismo che permea l'intero procedimento di formazione del contratto (¹⁰⁹).

Quanto invece ai contratti a distanza (art. 8), il formalismo si deve adeguare alle tecniche di comunicazione a distanza concretamente impiegate, utilizzando un linguaggio semplice e comprensibile, canoni questi descritti in via generale che si specificano poi quanto alle tecniche di comunicazione utilizzate con maggior

(¹⁰⁸) Si veda art. 6, par. 4, Dir. 2011/83/UE.

(¹⁰⁹) Tutti gli atti e sequenze che si collegano al recesso del consumatore e gli atti concernenti la richiesta di attuazione anticipata della prestazione devono ispirarsi al formalismo descritto: infatti, se il consumatore vuole che la prestazione di servizi o la fornitura di gas, elettricità, o teleriscaldamento abbiano inizio già durante la pendenza del termine di recesso, il professionista esige che il consumatore ne faccia esplicita richiesta su un supporto durevole, considerata l'importanza e la gravità delle conseguenze che scaturiscono dall'anticipata esecuzione della prestazione: infatti, traducendosi l'anticipata esecuzione della prestazione in una vicenda preclusiva del recesso, è necessario uno specifico consenso del consumatore e il rispetto delle regole dell'informazione preliminare e della trasparenza.

Alla previsione di un'attenuazione non corrisponde, invece, una possibilità per gli Stati di imporre ulteriori requisiti formali per le informazioni precontrattuali rispetto a quelli imposti dalla direttiva, al fine di evitare un eccessivo appesantimento e sviluppo non omogeneo delle informazioni e del procedimento da seguire nella contrattazione fuori dei locali.

frequenza ⁽¹¹⁰⁾).

9. Il d.lgs. n. 21 del 2014: la nuova disciplina sull'informativa precontrattuale nel codice del consumo

L'armonizzazione massima cui è ispirata la Direttiva 2011/83/UE ha, inevitabilmente, comportato che il legislatore italiano, in sede di recepimento, si sia limitato a far confluire integralmente nella relativa normativa interna le prescrizioni contenute nella fonte europea, non potendo in nulla discostarsene, se non finendo con il rendersi responsabile di una violazione del diritto dell'Unione europea.

Infatti, l'art. 1 del d.lgs. 21 febbraio 2012, n. 21 ⁽¹¹¹⁾, entrato in vigore il 13 giugno 2014, va a sostituire il capo I del titolo III della parte III del codice del consumo, limitatamente agli artt. da 45 a 67, con una disciplina del tutto sovrapponibile alle indicazioni di massima armonizzazione che ispirano la

⁽¹¹⁰⁾ La direttiva prende in considerazione i contratti a distanza conclusi con i mezzi elettronici che impongono al consumatore l'obbligo di pagare (par. 2), dovendosi indicare le informazioni concernenti i profili contenutistici della prestazione, del corrispettivo e della durata contrattuale, prima che il consumatore inoltri l'ordine, aggiungendo che ciò possa essere chiaramente comprensibile anche quando l'ordine viene inoltrato con l'azionamento di un pulsante. Nel caso in cui ciò non venga osservato il consumatore non è tenuto a ricevere l'ordine, né a versare il corrispettivo, così che il rispetto del formalismo si pone come requisito di vincolatività del regolamento nei confronti del consumatore.

Con riferimento ai siti del commercio elettronico (par. 3), si prescrivono ulteriori modalità comunicative e previsioni di contenuto per le informazioni concernenti i profili attuativi del contratto a distanza così da realizzare una piena trasparenza contrattuale e permettere l'adozione di una scelta libera e consapevole.

Per le ipotesi di conclusione di contratti mediante un mezzo di comunicazione a distanza che consente uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni (par. 4), su tale mezzo di comunicazione vengono fornite le informazioni precontrattuali concernenti i profili essenziali.

Per l'impiego della telefonia (par. 5), il professionista che telefona già all'inizio della conversazione deve rivelare al consumatore la propria identità e quella della persona per conto della quale effettua la chiamata, oltre lo scopo commerciale della chiamata; gli Stati membri possono prevedere che per la conclusione del contratto per telefono i professionisti debbano confermare su supporto durevole l'offerta al consumatore, vincolato solo dopo tale momento confermativo, indicato nelle sue modalità temporali, formali e contenutistiche (par. 6-7).

⁽¹¹¹⁾ Il decreto legislativo è stato pubblicato in G.U., 11 marzo 2014, n. 58. Cfr. *supra* cap. I, par. 10, p. 44. In argomento si veda PAGLIANTINI S., *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti* 2014, p. 796ss.; CUFFARO V., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 745 ss.

Direttiva 2011/83 UE.

Il capo I del titolo III viene integralmente sostituito con il nuovo capo I denominato «*Dei diritti dei consumatori*», con ciò lasciando intendere che il legislatore non si è limitato a fornire regole su particolari modalità di conclusione del contratto, ma abbia voluto, in apparenza, innovare la disciplina avendo ben presente il ruolo ormai centrale dei nuovi strumenti di contrattazione che non sono più solo particolari, ma si pongono con valenza generale.

Con l'introduzione dei nuovi artt. da 45 a 47 si amplia l'insieme di definizioni già contenute nel codice del consumo e si delinea l'ambito di applicazione della disciplina che ricomprende «*qualsiasi contratto concluso tra un professionista e un consumatore*», delineando un'area di operatività della norma estremamente vasta.

Tuttavia, sebbene l'art. 46, comma 1, riproducendo l'*incipit* dell'art. 3 della direttiva reciti che la novella si applica a «*qualsiasi contratto*», deve evidenziarsi che il perimetro applicativo della nuova disciplina non comprende qualsiasi operazione di consumo ma risulta circoscritta ai contratti di vendita (art. 45, lett. e, c. cons.), a quelli di servizi (art. 45, lett. f., c. cons.), ai contratti per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento (art. 46, comma 1, c. cons.) e, infine, ai contratti per la fornitura di un contenuto digitale (art. 45, lett. m., c. cons.), non trasmesso su di un supporto materiale (art. 48 c. cons.) e, dunque, in *streaming*.

Pertanto, malgrado la rubrica del capo I «*Dei diritti dei consumatori nei contratti*», non si può parlare di una nuova legislazione quadro onnicomprensiva per i contratti tra professionisti e consumatori, considerato anche che l'analisi della disciplina degli artt. 45 ss. c. cons. novellata, pur sviluppandosi in modo più unitario rispetto alla previgente versione codicistica, ne rivela comunque una certa frammentarietà ⁽¹¹²⁾.

Ciò si coglie anche riflettendo sulla circostanza che l'ambito applicativo del codice riformato viene delimitato in negativo da un fitto elenco di contratti che

⁽¹¹²⁾ L'art. 48 c. cons. infatti si applica ai contratti diversi da quelli stipulati a distanza o fuori dei locali commerciali, gli artt. 49-51 invece valgono per tutti i contratti a distanza e per quelli negoziati fuori dei locali commerciali.

sono sottratti *in toto* alla nuova disciplina (¹¹³).

Per quanto concerne poi un'altra esclusione, limitata al solo settore dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali, l'art. 47, comma 2, c. cons. contempla i casi in cui il corrispettivo a carico del consumatore non è superiore a cinquanta euro. Per evitare, tuttavia, che tale eccezione settoriale sia strumentalizzata, è stato previsto che la disciplina di tutela del consumatore trovi applicazione anche in presenza di una pluralità di contratti stipulati contestualmente, dalle medesime parti, il cui corrispettivo complessivo, sebbene singolarmente le singole operazioni possano rientrare nel profilo di eccezione, oltrepassi l'importo di cinquanta euro.

Un'ulteriore esclusione settoriale si ritrova all'art. 48, comma 3, c. cons., norma che esclude che l'obbligo generale di informazione sia dovuto nei contratti implicanti «*transazioni quotidiane e che sono eseguiti immediatamente al momento della loro conclusione*», obbligo informativo che risorgerà quando il contratto, seppur concluso per esigenze di vita quotidiana, sia di durata o ad esecuzione differita (¹¹⁴).

Giova premettere poi che, con riferimento alle definizioni, presupposto per l'applicazione della disciplina di dettaglio descritta nelle sezioni successive, il legislatore della Novella ha fornito un'esplicitazione, in passato mancante, del concetto di «*contratto di servizi*» (¹¹⁵), di «*contenuto digitale*» (¹¹⁶) e di «*locali commerciali*» (¹¹⁷); inoltre la nozione di «*contratto negoziato fuori dei locali*

(¹¹³) L'elenco di fattispecie escluse riproduce l'art. 3, par. 3, lett. a - m della Direttiva 2011/83/UE e si giustifica per la tipologia di attività praticata (a -d ed m), per l'oggetto del contratto (e, f, l) perché relative a settori già regolati separatamente (g ed h) o stipulati rispettivamente con l'intervento di un pubblico ufficiale o tramite distributori automatici o locali commerciali automatizzati oppure impiegando telefoni pubblici a pagamento (i, l, n ed o).

(¹¹⁴) Sulla difficoltà pratica che l'interprete dovrà affrontare per individuare i contratti che devono essere sottoposti a tali obblighi informativi si veda PERUGINI S., *Il recepimento della Direttiva 2011/83 UE: prima riflessioni*, in *www.GiustiziaCivile.com*, 2014.

(¹¹⁵) Ai sensi dell'art. art. 45, comma 1, lett. f, c. cons., si intende per contratto di servizi qualsiasi contratto di verso da un contratto di vendita in base al quale il professionista fornisce o si impegna a fornire un servizio al consumatore e il consumatore paga o si impegna a pagarne il prezzo.

(¹¹⁶) Ai sensi dell'art. 45, comma 1, lett. m, c. cons. il contenuto digitale comprende tutti i dati prodotti e forniti in formato digitale.

(¹¹⁷) Ai sensi dell'art. 45, comma 1, lett. i, c. cons. il locale commerciale viene definito come qualsiasi locale, mobile o immobile, adibito alla vendita al dettaglio in cui il professionista esercita

commerciali»⁽¹¹⁸⁾ e quella di «*bene*»⁽¹¹⁹⁾ sono ampliate nella loro delimitazione concettuale.

Per quanto qui di interesse in ordine al tema degli obblighi informativi⁽¹²⁰⁾, anzitutto innovativo appare l'aver deciso di disciplinare in una sezione apposita⁽¹²¹⁾ l'informativa precontrattuale nei contratti diversi da quelli a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali, negli stessi termini di cui al capo II della Direttiva 2011/83/UE, delineando una sorta di informativa precontrattuale generale a statuto debole⁽¹²²⁾: si prevede un obbligo di *facere* consistente nel fornire informazioni tra esse eterogenee che non aggiungono molto a ciò che il consumatore può ragionevolmente rinvenire nel regolamento contrattuale prima di stipulare il contratto e necessarie *ex lege* per un corretto instaurarsi della trattative con il cliente.

Solo per tali contratti diversi da quelli a distanza e fuori dei locali commerciali è salva la possibilità di mantenere o prevedere obblighi aggiuntivi di informazione precontrattuale (art. 48, comma 4, c. cons.), in linea con la facoltà che la direttiva (art. 5, par. 4) concede agli Stati membri per queste tipologie di contratto, per i quali i requisiti informativi imposti dalla legge sono minimi e non esprimono l'armonizzazione massima delle informazioni precontrattuali prescritte per i contratti a distanza e fuori dei locali commerciali.

Il risultato è stato quello di elaborare due regimi differenti dell'informazione

la sua attività su base abituale o permanente.

⁽¹¹⁸⁾ Ai sensi dell'art. 45, comma 1, lett. h, c. cons. Il contratto negoziato fuori dei locali commerciali viene definito attraverso l'impiego di una formula onnicomprensiva e generale («*ogni contratto concluso alla presenza fisica e simultanea del professionista e consumatore in un luogo diverso dai locali del professionista*») applicabile a tutte le ipotesi che possono essere ivi comprese, senza esplicitare tutte le ipotesi in cui la conclusione possa dirsi fuori dei locali secondo l'art. 45, comma 2, c. cons. *ante* Rif.

⁽¹¹⁹⁾ Ai sensi dell'art. 45, comma 1, lett. c, c. cons. bene è ogni bene mobile materiale, anche l'acqua, il gas e l'elettricità, ad esclusione però dei beni oggetto di vendita forzata.

⁽¹²⁰⁾ In argomento, cfr. DE CRISTOFARO G., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2014, p. 922 ss., anche per degli spunti in un'ottica comparatistica; OCCHIUZZI P., *Gli obblighi informativi*, in *Corr. Giur., Speciale*, 7, 2014, p. 10 ss.; PAGLIANTINI S., *op. cit.*, p. 800 ss.

⁽¹²¹⁾ Si veda sezione I, art. 48.

⁽¹²²⁾ Al comma 5 viene fatta salva l'applicazione delle disposizioni di cui agli artt. da 6 a 12 del c. cons.

in contrahendo, seppur la sequenza delle informazioni obbligatorie per i contratti a distanza e fuori dei locali commerciali sia più ricca.

Inoltre, apprezzabile risulta la scelta, obbligata dalla fonte di derivazione comunitaria, di aver unificato, sia a livello contenutistico che di collocazione, la disciplina dell'informativa precontrattuale e il c.d. recesso di pentimento nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali (¹²³).

Diversamente dall'impostazione anteriore alla novella, si è provveduto a regolamentare in modo unitario ed omogeneo le prescrizioni in tema di modalità, tempi e contenuti degli obblighi informativi a carico del professionista, non più oggetto di diversificazione in base alla modalità di contrattazione, bensì unificate nella loro trattazione all'art. 49 c. cons.

Informazioni precontrattuali che, analogamente alla prescrizione della direttiva (art. 6, par. 5), entrano a far «*parte integrante*» del regolamento contrattuale a distanza o fuori dei locali commerciali e che sono immodificabili per via unilaterale (¹²⁴).

Dall'obbligatorietà delle informazioni e dalla loro conseguente non modificabilità se non con l'accordo espresso delle parti, prescrizione queste entrambe sancite all'art. 49, comma 5, c. cons., derivano due precetti destinati ad operare in due fasi distinte del rapporto professionista - consumatore: da un lato, al momento della conclusione del contratto, il contenuto del regolamento negoziale viene formato dal concorso tra le clausole pattuite dai contraenti, le norme della legge nazionale applicabile e le informazioni fornite dal professionista in adempimento dell'obbligo di cui all'art. 49 c. cons., dall'altro, già al momento anteriore alla stipulazione del contratto in cui tali informazioni siano state fornite, si attribuisce alle stesse un'immediata vincolatività giuridica.

In sostanza il legislatore ha voluto affermare con chiarezza che solo un

(¹²³) Cfr. sezione II, artt. 49-51 quanto agli obblighi informativi e artt. 52-59 quanto al diritto di recesso.

(¹²⁴) Manca invece una previsione analoga all'art. 49, comma 5, c. cons. per i contratti «*diversi dai contratti a distanza e fuori dei locali commerciali*» in relazione ai quali il legislatore italiano, analogamente a quello europeo, non ha sancito la c.d. contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale.

«*accordo espresso*» delle parti potrebbe privare le informazioni fornite nella fase precontrattuale del connotato della «*obbligatorietà*» e della conseguente «*immodificabilità*» (¹²⁵).

Più nel dettaglio, quanto alla disciplina dell'informativa precontrattuale, è previsto che prima della conclusione di un contratto a distanza o fuori dei locali commerciali il professionista debba fornire, in modo chiaro ed intellegibile, le informazioni individuate in modo analitico all'art. 49, lett. a - v, c. cons., comprensive di elementi informativi estremamente vari, tra cui anche dati di natura tecnica nell'ipotesi di acquisti di prodotti digitali (lett. t ed u).

Analogamente al testo della direttiva, si rinviene solo la precisazione che le informazioni vadano fornite prima della conclusione del contratto, senza specificare però *quanto tempo prima* e senza imporre che tra il momento della ricezione delle informazioni e quello dell'emissione della dichiarazione negoziale intercorra un seppur minimo spazio temporale.

Ora, essendo in astratto possibile che il professionista si limiti a fornire tali informazioni anche pochi istanti prima dell'accettazione del consumatore, l'informativa precontrattuale appare funzionale, non tanto alla scelta di concludere o meno l'affare, quanto piuttosto ad assicurare che la decisione del consumatore di porre o meno in essere l'atto di esercizio del diritto di recesso sia assunta in modo consapevole, non essendo realistico pensare che la decisione di contrarre si regga su informazioni che potrebbero essere messe a disposizione del consumatore anche pochi istanti prima dell'emissione della relativa dichiarazione negoziale (¹²⁶).

Il legislatore fornisce, altresì, delle precise indicazioni quanto alla forma con cui assolvere l'obbligo informativo precontrattuale, diversificata però in base alle tipologie di contrattazione: infatti, l'unico profilo in relazione al quale si è scelto di conservare una differenziazione è rappresentato dalla regolamentazione dei relativi aspetti formali di adempimento, regolati distintamente a seconda della

⁽¹²⁵⁾ In questi termini DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 943.

⁽¹²⁶⁾ Così DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 924.

tipologia di contrattazione utilizzata.

Per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali l'art. 50 c. cons. sancisce che le informazioni di cui all'art. 49, par. 1, devono essere fornite al consumatore non semplicemente per iscritto (art. 47, comma 1, c. cons., *ante* Rif.), ma «*su supporto cartaceo*» o, se il consumatore è d'accordo, «*su altro mezzo durevole*».

Si tratta di una previsione che attiene alla documentabilità dell'informazione ma non anche a quella del contratto che si sta per concludere, in quanto non è stata prevista nessuna nuova forma per il contratto in sé considerato, né *ad substantiam*, né *ad probationem*: allo stato un contratto negoziato fuori dei locali commerciali rimane stipulabile anche oralmente, purché poi si abbia la consegna di una copia firmata del contratto ovvero della sua conferma (art. 50, comma 2, c. cons.). È stata così codificata una nuova ipotesi di c.d. realtà documentale a tutela del consenso prestato ed in vista di un eventuale recesso, pur senza prevedere una sanzione, ove si concretizzi il caso della sua mancata consegna⁽¹²⁷⁾.

Diversamente, per i contratti a distanza il professionista non è tenuto ad assolvere l'obbligo precontrattuale tramite l'invio delle informazioni di cui all'art. 49 c. cons. su supporto durevole o cartaceo, bensì solo «*in modo appropriato al mezzo di comunicazione a distanza impiegato*» in termini chiari e comprensibili per il consumatore, il quale poi riceve la conferma scritta del contratto concluso su un mezzo durevole: l'ossatura del procedimento informativo è inframezzata dalla stipula di un contratto a distanza per il quale la documentabilità, di nuovo, non è prescritta.

Quanto ai precetti specificamente concernenti i contratti conclusi *on line*⁽¹²⁸⁾, va sottolineato che il legislatore ha previsto (all'art. 51, comma 2, c. cons.,

⁽¹²⁷⁾ Si è prospettato (DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 948) che, essendo l'obbligo di procurare al consumatore una copia del contratto o la conferma dello stesso un obbligo inderogabilmente scaturente dalla legge, sembra doversi riconoscere al consumatore la possibilità di reagire al relativo inadempimento rifiutandosi di pagare il corrispettivo (o la parte non ancora versata) sollevando l'eccezione di cui all'art. 1460 c.c. e/o pretendendo l'esatto adempimento della prestazione o risolvendo il contratto *ex art.* 1453 o 1454 c.c., posto che ricorrono gli estremi di un inadempimento di «*non scarsa importanza*» nel senso di cui all'art. 1455 c.c.

⁽¹²⁸⁾ Il precetto dettato dal comma 3 dell'art. 51 c. cons., relativo all'obbligo di indicare in modo

prima proposizione) che, se la conclusione del contratto a distanza impone anche il contestuale pagamento, alcune informazioni relative alle caratteristiche principali dei beni e dei servizi, il relativo prezzo e la durata del contratto (quelle cioè di cui all'art. 49 à lett. a, e, q, ed r, c. cons.) debbano essere comunicate al consumatore prima che questi inoltri l'ordine, mettendo altresì il medesimo nella condizione di riconoscere espressamente quando sta effettuando un ordine con obbligo di pagamento (art. 51, comma 2, c. cons., seconda proposizione) ⁽¹²⁹⁾.

Non sarà, quindi, sufficiente che il professionista renda disponibili le suddette informazioni, insieme alle altre informazioni dovute *ex art.* 49, comma 1, c. cons., in qualsivoglia momento antecedente a quello dell'inoltro dell'ordine, ma in un momento immediatamente antecedente a quello in cui il consumatore manifesta la volontà negoziale, al fine di evitare che tra la ricezione di tali informazioni chiave per la sue scelte di mercato e la decisione di contrarre intercorra un'eccessiva quantità di tempo.

L'eventuale inosservanza da parte del professionista di uno soltanto dei precetti indicati all'art. 51, comma 2, c. cons. e il conseguente inoltro dell'ordinativo da parte del consumatore senza essere stato informato con le peculiari modalità prescritte, ha portato il legislatore a sancire, come conseguenza giuridica privatistica di grande rilievo, che il contraente debole «*non è vincolato dal contratto o dall'ordine*» ⁽¹³⁰⁾.

chiaro e leggibile l'esistenza di restrizioni relative alla consegna di beni offerti in vendita e la tipologia di mezzi di pagamento la cui utilizzazione sia accettata dal professionista, non è così innovativo (così DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 951) poiché tali informazioni sono già incluse nel più generale obbligo di informare il consumatore in merito alle «*modalità di pagamento, consegna ed esecuzione*» di cui alla lett. g. dell'art. 49, comma 1, c. cons.: si tratta comunque di informazioni da fornire ed evidenziare prima che il procedimento telematico destinato a sfociare nell'inoltro dell'ordinativo del consumatore venga iniziato.

⁽¹²⁹⁾ Oltre ad aver previsto che il consumatore debba essere messo nella condizione di riconoscere espressamente che all'effettuazione dell'ordinativo conseguirà l'assunzione dell'obbligazione di pagare il corrispettivo del bene o del servizio ordinato (art. 51, comma 2, seconda proposizione), si stabilisce che, tutte le volte in cui l'effettuazione dell'ordinativo postuli la necessità di azionare un pulsante o una funzione analoga (c.d. *point and click*), il pulsante debba indicare in modo facilmente leggibile solo le parole «*ordine con obbligo di pagare o una formulazione corrispondente inequivocabile*» indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo di pagare (art. 51, comma 2, terza proposizione).

⁽¹³⁰⁾ Sulle possibili interpretazioni offerte a tale inciso, anche in un'ottica di confronto con gli esiti del recepimento della Direttiva 2011/83/UE in altri Paesi europei, cfr. DE CRISTOFARO G., *op. cit.*,

Inoltre, all'art. 51, comma 4, c. cons. si è previsto che il consumatore - nei casi di mezzi di comunicazione a distanza che consentono uno spazio o un tempo limitato per visualizzare le informazioni - dovrà essere in ogni caso informato, attraverso quel mezzo particolare impiegato dell'identità dell'operatore economico professionale, del suo indirizzo, del prezzo totale, del diritto di recesso e della durata del contratto al fine di salvaguardarlo da eventuali condotte aggressive.

In caso di contratto telefonico, rimane inalterato rispetto all'art. 52, comma 3, c. cons. *ante* Rif., l'obbligo del professionista di informare il consumatore, all'inizio della conversazione telefonica, della propria identità, dell'intento commerciale della chiamata e della natura del contratto (art. 51, comma 5, c. cons.), così delineando un'informazione vincolata quanto al suo contenuto e delimitata temporalmente, pur senza prevedere la comminatoria di nullità del contratto ove il suddetto obbligo informativo non sia stato adempiuto.

Sempre con riferimento ai contratti conclusi per telefono, il legislatore italiano si è avvalso della facoltà, offerta agli Stati membri dall'art. 8, par. 6, della Direttiva 2011/83/UE, di introdurre regole particolarmente rigorose al fine di evitare che i consumatori, contattati telefonicamente dai professionisti, si trovino vincolati da un contratto solo per un mero scambio di informazioni avvenuto nel corso di una conversazione telefonica, senza una piena consapevolezza dell'avvenuto perfezionamento di un accordo giuridicamente vincolante.

A tal fine, innovativa è la previsione dell'art. 51, comma 6, c. cons., ove si stabilisce che, ad oggi, non è più possibile stipulare un contratto con l'esclusivo mezzo di un'unica comunicazione telefonica registrata che, ora, è solo idonea ad ottenere il consenso su una determinata offerta, mentre il contratto deve essere necessariamente redatto per iscritto tramite l'invio di una copia cartacea al consumatore che provvederà a rispedirla corredata della propria sottoscrizione, ovvero ad inviare una separata accettazione scritta riproduttiva dell'offerta: il consumatore, quindi, potrà considerarsi vincolato solo se sottoscriverà il documento contenente la «*conferma dell'offerta*» ossia una dichiarazione

negoziale di contenuto corrispondente a quanto concordato in via telefonica ⁽¹³¹⁾.

Ne consegue che, fino a che la sottoscrizione del consumatore di conferma non sia stata apposta, al bene mobile consegnato o al servizio prestato in esecuzione di un accordo meramente telefonico si deve applicare il regime normativo dettato dall'art. 66 *quinquies* c.c. per le «forniture non richieste»: il consumatore, quindi, sarà esonerato, non solo dall'obbligazione di pagare il corrispettivo pecuniario contemplato dal contratto, cui non è vincolato, ma altresì da qualsivoglia obbligazione restitutoria, risarcitoria ed indennitaria nei confronti del professionista ⁽¹³²⁾.

Da ultimo si aggiunga che l'elenco dell'art. 49 c. cons., in quanto espressione dell'armonizzazione massima della Direttiva 2011/83/UE, contempla un *numerus clausus* di informazioni, derogabile solo pattiziamente e sempre che la variazione pattizia si traduca in condizioni più favorevoli per i consumatori rispetto alla tutela legale (art. 46, comma 3, c. cons.).

Analogamente alla fonte europea di cui costituisce il recepimento, la nuova disciplina del capo I, titolo III, parte III del codice del consumo non prende posizione sul tema della sanzione di diritto privato per la violazione delle prescrizioni informative - né all'art. 48 c. cons., né all'art. 49 c. cons. - se non nei limiti dell'allungamento del termine esercitare il diritto di recesso: di qui la qualificazioni di tali previsioni normative come norme imperative imperfette ⁽¹³³⁾.

⁽¹³¹⁾ In relazione a tale ipotesi non appare chiaro quale sia il momento in cui il contratto possa e debba considerarsi validamente ed efficacemente perfezionato: la soluzione più in linea con i generali principi dettati dal codice civile in materia di conclusione del contratto fa ritenere concluso il contratto solo nel momento in cui giunge a conoscenza o all'indirizzo (fisico o telematico) del professionista il documento firmato dal consumatore recante la sua accettazione. Cfr. in argomento DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 957.

⁽¹³²⁾ In questi termini DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 958.

⁽¹³³⁾ Si esprime in tali termini PAGLIANTINI S., *op. cit.*, p. 805.

10. La violazione dell'obbligo di informazione sul c.d. recesso di pentimento: il problema dell'individuazione delle forme di tutela sul piano del diritto privato interno

Dopo aver individuato la disciplina delineata dall'attuale codice del consumo quanto agli obblighi informativi e definito le modalità del loro adempimento, risulta fondamentale comprendere, a fronte di un vuoto normativo che continua a permanere, quale siano le conseguenze per l'ipotesi di inesatto o mancato loro adempimento, conseguenze variabili a seconda della prospettiva di analisi in cui ci si colloca, frutto di un approccio più generalista o di un'ottica più marcatamente individuale.

Giova premettere che il rispetto dei doveri di informazione posti a carico degli operatori del mercato è funzionale ad assicurare la trasparenza delle relazioni di mercato e dell'attività negoziale di cui i doveri informativi stessi sono parte, all'insegna del binomio trasparenza – informazione⁽¹³⁴⁾: così intesi i doveri di informazione non appaiono immediatamente suscettibili di conseguenze sulla vicenda contrattuale, data la loro collocazione in un contesto di più ampio respiro rispetto alla singola relazione pattizia.

Tuttavia, abbandonando il macro contesto della trasparenza quale modalità operativa delle imprese e soffermandosi sull'informazione rivolta alla tutela dell'altro contraente, si può notare come le prescrizioni informative trovino collocazione nel contesto di una relazione contrattuale e la loro violazione possa dirsi assistita da rimedi destinati a spiegare effetti nella vicenda contrattuale.

La questione dei rimedi a presidio degli obblighi informativi è un tema di grande importanza e l'opera di ricerca delle tecniche di tutela più adeguate per il consumatore non può prescindere dalla previa sistemazione dei doveri informativi

⁽¹³⁴⁾ Sul rapporto tra obblighi informativi e obiettivo di *disclosure* si veda ALESSI R., *op. cit.*, p. 393 ss. L'Autrice descrive la trasparenza contrattuale come atta a incidere non solo sul contenuto e la forma, ma soprattutto sul programma economico oggetto di una contrattazione *in fieri*. Diversa è invece la trasparenza di mercato, cui gli obblighi informativi tendono come presidio del modo di operare sul mercato dell'impresa e del controllo dell'esercizio di talune attività. Solo le prescrizioni informative a tutela di quest'ultima avrebbero un apparato sanzionatorio di carattere

nell'ambito dei doveri precontrattuali o piuttosto contrattuali, da subito puntualizzando che ciò che viene fornito prima della stipula del contratto non sempre rimane estraneo al vicolo contrattuale (¹³⁵): infatti, si assiste al fenomeno della contrattualizzazione dell'informazione in ragione del quale i flussi informativi, che sono forniti *ad incertam personam*, sono in grado di influenzare le determinazioni contrattuali dei singoli consumatori, non rimanendo estranei al contenuto del contratto (art. 49, comma 5, c. cons.).

Si può da subito anticipare che il panorama rimediale, sia a livello nazionale che sovranazionale, al di là delle sanzioni di carattere amministrativo (¹³⁶) e oltre al prolungamento del termine per l'esercizio del c.d. recesso di pentimento (¹³⁷), nulla prevede quanto alle conseguenze di carattere civilistico (¹³⁸): il diritto di recesso nella dimensione contrattuale costituisce, infatti, la proiezione dell'informativa preventiva la cui violazione si traduce nell'allungamento della fase di libera recedibilità in favore del consumatore.

L'individuazione delle conseguenze per la condotta inadempiente del professionista non può che essere rimessa allora all'attività interpretativa.

Il legislatore europeo per il caso di violazione della normativa sugli obblighi di informazione non ha previsto alcuna espressa sanzione, rimettendo agli Stati membri in sede di attuazione della Direttiva la scelta delle misure necessarie per assicurare l'osservanza della normativa, purché le previste sanzioni siano effettive, proporzionate e dissuasive (cfr. art. 24 Dir.): è evidente però che potendo risultare una diversità di disciplina in proposito da Stato a Stato membro l'obiettivo di armonizzazione piena finisce con il vacillare, in quanto concreto è il rischio della diffusione di variegata discipline nazionali attuative della direttiva stessa (¹³⁹).

amministrativo.

⁽¹³⁶⁾ Cfr. art. 24 Dir. e art. 66 c. cons. sul quale si veda *infra* par. 14, p. 138 ss.

⁽¹³⁷⁾ Cfr. art. 10 Dir. e art. 65, comma 3, c. cons.

⁽¹³⁸⁾ Al di là della espressa previsione della sanzione della nullità prescritta per le comunicazioni telefoniche (art. 52, par. 3, Dir.) gli unici indici normativi legati all'inattuazione dell'informazione preventiva sono collocati nella sezione III (Disposizioni comuni) e IV (Diritto di recesso).

⁽¹³⁹⁾ Il considerando n. 48 della direttiva ha infatti cura di precisare che laddove il professionista non adempia agli obblighi in tema di diritto di recesso si dovrebbero applicare le sanzioni previste dalla legislazione nazionale conformemente alla presente direttiva, nonché le disposizioni del

Il limite della fonte europea, ma anche di quella nazionale, che non ha esercitato la facoltà concessa dall'art. 24 summenzionato, si sostanzia nell'assenza di sanzioni a carattere generale di tipo privatistico per le ipotesi di violazione di tali obblighi (¹⁴⁰).

Esemplificazione della sola introduzione di misure specifiche è la statuizione di cui all'art. 6, par. 6, Dir. 2011/83/UE, in base alla quale qualora il professionista non abbia preventivamente informato il consumatore in merito alle spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali o altri eventuali costi diversi dal corrispettivo del bene o del servizio, il consumatore non sarà tenuto a sostenere tali spese o costi aggiuntivi; parimenti esonerato sarà il consumatore nel caso in cui non sia stato reso edotto in merito alla circostanza che i costi di restituzione dei beni saranno a suo carico nel caso in cui decida di recedere tempestivamente.

Si aggiunga poi che dal mancato assolvimento degli obblighi informativi concernenti il recesso, le spese aggiuntive e agli altri costi, discende (art. 10 Dir.) l'allungamento dello *spatium deliberandi* in favore del consumatore, nonché l'assenza dell'obbligazione pecuniaria per le predette spese e costi (¹⁴¹).

diritto contrattuale, ossia i rimedi propri del diritto del contratto in generale dei singoli ordinamenti nazionali.

(¹⁴⁰) Per le osservazioni riguardo la grave lacuna sotto il profilo rimediabile si veda *ex multis* MAZZAMUTO S., *La nuova Direttiva sui diritti del consumatori*, in *Europa diritto privato*, 2011, p. 870 ss.

(¹⁴¹) Si vedano art. 10 e art. 6, par. 6, Dir.

Il prolungamento del termine di riflessione era previsto anche nella disciplina comunitaria anteriore alla Dir. 2011/83/UE (cfr. art. 5 Direttiva 85/577/CEE; art. 6 Direttiva 97/7/CEE) e anche nell'ordinamento italiano (art. 65, comma 3, c. cons.).

Va evidenziato come la disciplina sanzionatoria di cui all'art. 10 risulta meno favorevole per i consumatori rispetto a quella contenuta nelle abrogate Direttive 85/577 CEE e 97/7 CE.

L'art. 5 della Dir. 85/577/CEE individuava nel momento della ricezione da parte del consumatore dell'informazione sull'esistenza e le condizioni di esercizio del diritto di recesso il *dies a quo* di sette giorni per esercitare tale diritto e, fino a che le informazioni ad esso inerenti non gli erano state fornite, il consumatore conservava la possibilità di recedere dal contratto senza limiti temporali, potenzialmente anche ad anni di distanza dalla conclusione del contratto.

Quanto all'abrogata direttiva sui contratti a distanza, l'art. 6 prevedeva che la sospensione del termine per l'esercizio del diritto di recesso si avesse non solo per i casi di omissione delle informazioni sul diritto di recesso, ma per tutti i casi in cui non venissero fornite tutte le informazioni dovute a norma degli artt. 4 e 5 della direttiva. Per contro la Direttiva 2011/83/UE, laddove siano omesse le informazioni su elementi diversi dal diritto di recesso, non prevede l'allungamento della durata del termine per l'esercizio del diritto di recesso, né il relativo decorso è

Qualora, infatti, l'inadempimento del professionista attenga alle informazioni relative all'esistenza del diritto di recesso, alle condizioni e ai termini per esercitarlo, il decorso del termine di quattordici giorni per recedere verrà sospeso (art. 10 Dir.) in attesa dell'adempimento del suddetto obbligo, fermo restando che, se entro un anno dal decorso del termine breve per recedere l'inadempimento dovesse persistere il consumatore perderà definitivamente la possibilità di esercitare il diritto di recesso (¹⁴²).

Le Direttiva 2011/83/UE esprime una chiara tendenza a voler porre un limite all'operatività *sine die* del recesso, interpretabile come regola generale stante l'ampio ambito di applicazione della direttiva stessa (¹⁴³): se la decorrenza del periodo di riflessione deve essere ancorata all'adempimento degli obblighi informativi, allora è evidente la necessità di fissare un termine di scadenza che operi a prescindere dal *deficit* informativo.

Tale impostazione, allontanandosi dal *trend* del passato (¹⁴⁴), è espressione

impedito.

(¹⁴²) Similmente può osservarsi dall'esame dei Principi *Acquis*, nel caso di violazione degli obblighi posti nei confronti dei consumatori con particolari asimmetria cognitiva, agli artt. 2:203, 2: 204, 2:205 ACQP prevedono che il termine per l'eventuale diritto di recesso inizi a decorrere soltanto dal momento in cui tutte le informazioni siano state fornite, purchè non sia ancora trascorso un anno dalla stipulazione del contratto (art. 2:207, comma 1, ACQP), salvi in ogni caso il diritto al risarcimento del danno (art. 2:207, comma 2, ACQP), che sia derivato dalla violazione degli obblighi informativi, anche nel caso il cui il contratto non sia stato concluso, e la necessità di adempiere le obbligazioni dal contenuto corrispondente a quello che l'altra parte avrebbe potuto ragionevolmente attendersi in conseguenza dell'inesatta prestazione nel caso in cui il contratto sia stato stipulato (art. 2:207, comma 3, ACQP). Il mancato adempimento dell'obbligazione informativa farebbe allora scattare una responsabilità di natura contrattuale della parte che non ha fornito le informazioni di cui è tenuta all'adempimento in forza del contratto.

(¹⁴³) Sul punto la disciplina introdotta dalla Direttiva appare conforme a quanto disposto dall'art. 2:207 dei Principi *Acquis*, formulati sulla base del diritto comunitario e destinati a fungere da parametro di interpretazione del diritto dell'Unione; analogamente si coglie leggendo gli artt. 5:103 DCFR e 42 *Common European Sales Law*.

(¹⁴⁴) La soluzione indicata dalla Corte di Giustizia nella prima decisione resa sul punto in tema di vendita fuori dei locali commerciali (Corte di Giustizia, 12.12.2001, in C- 481/99) ha valorizzato il legame tra lo *ius poenitendi* e gli obblighi di informazione subordinando il decorso del termine per l'esercizio del diritto di recesso al momento in cui il consumatore ha ricevuto la relativa informazione. La nota sentenza *Heininger* ancora il *dies a quo* del termine per l'esercizio del diritto di recesso all'adempimento dell'obbligo informativo, così finendo con il configurare un rimedio potenzialmente *sine die*. Tale interpretazione ha poi influenzato anche i primi provvedimenti normativi adottati successivamente alla sentenza stessa, i quali registrano un'apertura verso il recepimento del principio ivi sancito sia pur con dei contemperamenti: l'art. 6 della Direttiva 2002/65/CE relativa alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari e

della necessità di trovare un equilibrio tra il bisogno di garantire l'effettività del c.d. recesso di pentimento e quello della stabilità dell'operazione di scambio, così da individuare un termine più o meno lungo oltre il quale il consenso del consumatore deve considerarsi irrevocabile anche in mancanza delle informazioni sul diritto in esame.

Oltrepassato il termine di scadenza, infatti, l'ordinamento pretende che l'operazione si stabilizzi e che, quindi, la trasgressione dell'obbligo informativo in sé e per sé considerata non possa determinare ulteriori incertezze sulla validità ed efficacia del contratto, così riuscendo a contemperare sia l'esigenza del singolo consumatore, vincolato ad un'operazione di scambio conclusa con eccessiva superficialità e inadatta a realizzare gli interessi programmati, che quella più generale alla stabilità dei rapporti commerciali.

Da ultimo, oltre all'allungamento del termine per recedere, il mancato adempimento dell'obbligo di informare il consumatore in merito all'esistenza del diritto di recesso e alle condizioni del suo esercizio ha come ulteriore ricaduta sul piano sanzionatorio l'esonero a favore del consumatore dalla responsabilità per la diminuzione del valore dei beni cagionata dall'utilizzazione degli stessi, di norma invece posta a suo carico per il caso di valido e tempestivo esercizio dello *ius poenitendi*.

Al di là di tali previsioni di carattere patrimoniale a carico del professionista, l'assegnazione delle *spatium deliberandi* assolve adeguatamente la propria funzione soltanto se il consumatore venga edotto circa il potere conferitogli dall'ordinamento attraverso l'obbligo di comunicare l'esistenza e le modalità di esercizio del diritto di pentimento: la trasgressione di siffatti obblighi

l'art. 14 della Direttiva 2008/48/CE in tema di contratti di credito ai consumatori dispongono espressamente che il termine per recedere si calcoli dal momento in cui viene ricevuta la relativa comunicazione, mancando in tali disposizioni dei confini temporali entro cui esercitare il periodo di riflessione.

Una inversione di tendenza da parte del legislatore dell'Unione sembra riscontrarsi nella Direttiva 2008/122/CE sulla tutela dei consumatori per taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, laddove all'art. 6 si vincola il decorso del periodo di riflessione al momento in cui il consumatore viene reso edotto della possibilità di recedere, prevedendosi un limite massimo di un anno e quattordici giorni

da parte del professionista non preclude tuttavia la decorrenza del termine per l'esercizio del recesso, comportando, si è visto, solo l'attribuzione di un periodo più lungo per l'attivazione di detto rimedio.

Da quanto sopra delineato emerge come, in realtà, dal mancato adempimento degli obblighi informativi sul recesso non vi siano delle ripercussioni giuridicamente rilevanti sul piano della vicenda contrattuale complessivamente intesa.

Infatti, durante la pendenza del termine per esercitare il recesso il consumatore può, a volte, già aver goduto dei beni e dei servizi oggetto del contratto, pur ignaro di godere della possibilità di esercitare il diritto di pentimento e l'operatore commerciale, aspettando il decorso dei termini volta a volta indicati, riesce comunque a conseguire il risultato di vincolare il consumatore al contratto quantomeno quando questi non viene a conoscenza, o non lo viene in tempo utile, della possibilità di avvalersi del suddetto diritto.

Anche se è stato previsto un arco temporale lungo, ossia un anno dallo spirare del termine ordinario per recedere, e pur se si tratta di una previsione nata come norma di chiusura del sistema, tesa ad evitare che il consumatore finisca con l'abusare del suo diritto, esercitandolo magari dopo anni di pieno godimento dei beni e dei servizi acquistati, non si può non notare come aver deciso di allungare il termine per esercitare il c.d. recesso di pentimento non possa considerarsi una sanzione adeguata alla consapevole condotta di inadempimento dei relativi obblighi informativi: il rimedio dell'allungamento non sembra essere in grado di fornire adeguata protezione al consumatore contro l'asimmetria informativa, poiché se il recesso vuole essere uno strumento di tutela del consumatore, è solo con l'adempimento degli obblighi informativi che il termine per esercitarlo potrebbe iniziare a decorrere ⁽¹⁴⁵⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ In senso critico si veda ZORZI GALGANO N., *Dal Codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita: la logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 272 ss. : l'Autrice prospetta delle soluzioni che il legislatore avrebbe potuto prendere in considerazione, tra cui la scelta dell'allungamento solo per il ritardo nell'adempire agli obblighi informativi, non invece per l'inadempimento *tout court*; ovvero in alternativa al riconoscimento della possibilità di esercitare il recesso entro il termine lungo anche

In sostanza, il legislatore sanziona in modo del tutto irrisorio l'inosservanza del dovere di informazione ben potendo, infatti, continuare a perdurare lo stato di reticenza del professionista anche in pendenza del termine più lungo concesso per recedere (¹⁴⁶).

Tuttavia, se solo si riflette su quale sia la possibile incidenza dei rimedi sulle vicende contrattuali, la decisione di rimettere ai singoli Stati membri una scelta di politica legislativa così delicata comporta, inevitabilmente, un ridimensionamento del più volte citato obiettivo di armonizzazione massima: ad oggi, quindi, nessuna fonte, né europea, né nazionale, è in grado in tema di rimedi di impedire quella frammentazione correlata alle discipline nazionali che finisce, lo si è visto, per disincentivare la contrattazione transfrontaliera e la piena realizzazione del mercato unico (¹⁴⁷).

per la violazione degli ulteriori obblighi informativi, non solo per quelli correlati al recesso, così strutturandosi l'allungamento del termine per recedere come valido strumento a favore del consumatore contro le asimmetrie informative eterogenee e plurime legate al regolamento contrattuale.

(¹⁴⁶) Anche l'insegnamento proveniente dalla giurisprudenza dell'Unione rivela che gli obblighi informativi debbono essere presidiati da sanzioni idonee a tutelare il diritto all'informazione nell'ottica del principio comunitario dell'effetto utile.

Infatti, in tema di obblighi di informazione sul diritto di recesso, la Corte di Giustizia ha previsto che il difetto di informazione non potrà rimanere senza effetto, né trovare un rimedio nel mero prolungamento del termine per l'esercizio del diritto di recesso, dovendosi quest'ultimo essere riconosciuto *sine die* o almeno sino all'integrale attuazione del programma contrattuale (Corte di Giustizia, 13.12.2002, C 418/99, nota come caso *Heiniger*). In altre occasioni la stessa Corte di Giustizia giudica inadeguato il solo rimedio del recesso a presidio dei doveri di informazione, dovendosi negli ordinamenti nazionali prevedersi misure idonee a sollevare il consumatore recedente dalla conseguenze dannose subite e farle ricadere in capo al contraente che ha omesso l'informazione (Corte di Giustizia, 25.10.2005, C -350/03; Corte Giustizia, 25.10.2005, C -229/04).

(¹⁴⁷) La «Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ad un diritto comune europeo della vendita» (cfr. *supra* cap. I, par. 5, pag. 22 ss.) presenta dei profili di particolare novità per quanto attiene all'assetto rimediabile in caso di violazione degli obblighi informativi, essendo dotata di un forte valore aggiunto per l'unitarietà e il carattere esclusivo della disciplina in quanto è stabilito che, se il contratto è stato validamente concluso, i rimedi per l'inosservanza degli obblighi di informativa sono solo quelli del diritto comune europeo.

Anzitutto si prevede, a livello generale (art. 29 ss.), che vi sia l'obbligo di risarcire, ai sensi del capo 16 (art. 159 ss.) «qualsiasi danno» causato alla controparte dalla violazione degli obblighi di informazione: ciò lascia intendere che ogni danno è reputato meritevole per il diritto comune europeo sui contratti di completo ristoro, con ciò perdendo di rilievo le discussioni sul titolo, precontrattuale e contrattuale, della responsabilità.

Per quanto concerne la violazione delle prescrizioni sui costi aggiuntivi, a carico del professionista sono spostati gli oneri di spedizione, di norma invece a carico del consumatore; analogamente si dica per quanto riguarda la violazione degli obblighi informativi relativi ai costi di restituzione

L'attività di selezione interpretativa tra i rimedi prospettabili presuppone un approccio critico verso le ipotesi ricostruttive contemplate, al fine di evitare di adottare soluzioni eccessivamente rigorose e gravose che rischiano di non rappresentare una forma di tutela, quanto piuttosto un onere per il soggetto che si dovrebbe tutelare.

In prima analisi, giova premettere, anticipando sin d'ora parte delle conclusioni cui si perverrà, che, per quanto di carattere imperativo siano gli obblighi informativi e per quanto entrino a far parte del contenuto del contratto, essi non si atteggiano ad elementi strutturali del negozio, e, quindi, l'unico rimedio che potrà operare accanto alle sanzioni pecuniarie di carattere amministrativo e all'allungamento del termine del recesso, sarà quello risarcitorio, salvo riscontrare nel caso concreto i presupposti per l'esercizio delle azioni in materia di impugnativa negoziale.

Le linee interpretative prospettabili variano a seconda della collocazione logico - temporale degli obblighi informativi e della scansione procedimentale impressa alla fase di conclusione del contratto, dovendosi in ogni caso analizzare le possibili soluzioni a partire dalla preliminare individuazione di quale sia il contenuto degli obblighi informativi inadempiti e quale natura essi abbiano.

Diversamente dagli altri oneri comunicativi preordinati a far conoscere al

delle merci per il caso di esercizio del diritto di pentimento, posti a carico del professionista, altrimenti esente.

Viene, inoltre, ripreso il noto principio dell'allungamento del termine di recesso in caso di violazione degli obblighi informativi correlati al recesso in quanto si statuisce espressamente che i rimedi sopra descritti non pregiudicano l'applicazione di quelli previsti dall'art. 42, par. 2, dall'art. 48 o dall'art. 49: si tratta, anzitutto, del recesso allungato, diversificato in due ipotesi, il ritardo e il totale inadempimento. In caso di inesatto adempimento rispetto al criterio temporale, il pacchetto informativo viene fornito in ritardo, ma in ogni caso entro un anno dalla fine del termine di recesso ordinario (14 giorni): se entro l'anno persiste l'inadempimento dell'obbligo informativo preventivo, il termine scade dopo un anno e 14 giorni decorrenti dalla consegna (se si tratta di contratti con ad oggetto beni) o dalla conclusione del contratto (se concernenti servizi).

La disciplina di diritto comune europeo sulla vendita, pur non prevedendo regole sull'invalidità intesa quale nullità del contratto e/o illiceità, si connota per una singolare novità: l'annullamento del contratto per errore (art. 48) o per dolo (art. 49).

Ad ogni modo, la tutela del consumatore, offerta dalla succitata proposta di Regolamento, su aspetti qualificanti come l'informazione e il recesso di protezione, non va tutto sommato così oltre alla protezione già accordata dalla direttiva sui diritti dei consumatori, eccetto per il modello innovativo quanto ai rimedi ivi descritti in punto violazione obblighi informativi (cfr. ZORZI GALGANO N., *op. cit.*, p. 35 ss.).

consumatore elementi esterni o interni al contratto utili alla miglior ponderazione dell'affare, l'imposizione di un vincolo informativo sul c.d. recesso di pentimento ha un ruolo autonomo all'interno del processo che conduce alla scelta di consumo e non è suscettibile di influenzare la contrattazione (¹⁴⁸): non può, infatti, ragionevolmente concludersi che il contegno omissivo del professionista circa il diritto di recesso condizioni la decisione iniziale del consumatore di contrarre, in quanto questi, se al riguardo adeguatamente informato, non andrà certo a rivedere in senso negativo il suo giudizio circa un'operazione di scambio già valutata positivamente.

L'adempimento dell'obbligo informativo sul diritto di recesso, piuttosto, è essenziale affinché il consumatore, esercitando la relativa facoltà, riconsideri l'opportunità dell'affare, magari revocando il consenso originariamente manifestato: l'ignoranza del consumatore derivante dall'inadempimento del professionista preclude l'esercizio del diritto di pentirsi e il contratto, pur sorretto da un iniziale scambio di consensi, non si presenta pienamente conforme al modello normativamente definito.

Pur nella descritta diversità di funzioni sussistente tra gli obblighi informativi sul diritto di recesso e gli obblighi attinenti ad altri elementi, il rimedio dovrà essere scelto perché più idoneo a tutelare il consumatore per ogni ipotesi di condotta inadempiente, al di là dell'oggetto dell'obbligo informativo inosservato.

Tuttavia, in questa sede, l'analisi delle possibili sanzioni per l'omessa informazione si concentrerà principalmente sull'omessa informazione circa lo strumento del diritto di recesso, scelta di indagine questa che riflette ed esprime la funzione di tutela del consumatore che l'informativa precontrattuale e il c.d. recesso di pentimento sinergicamente svolgono nella contrattazione a distanza e fuori dei locali commerciali.

Procedendo, quindi, con l'esame delle soluzioni prospettate in dottrina a

(¹⁴⁸) La valutazione dei rimedi a disposizione del consumatore in caso di violazione della regola informativa dipende dalla qualificazione scelta quanto al diritto di recesso: *infra* cap. 3, par. 8 ss., p. 191 ss.

fronte della condotta inadempiente del professionista, si vedrà come alcune di queste tendano ad incidere sul titolo contrattuale, invalidandolo secondo le regole generali codicistiche; altre sul relativo regolamento, facendolo venir meno per effetto della risoluzione, ed altre ancora, invece, avanzando una più adeguata tutela risarcitoria.

11. (Segue) Critica alla tesi che sostiene la nullità del contratto

È stato ritenuto che, a voler qualificare gli obblighi informativi attinenti al diritto di recesso come norme dal carattere inderogabile, la relativa trasgressione ne comporterebbe necessariamente la nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c. (¹⁴⁹).

A voler considerare nullo il contratto non si riuscirebbe a giustificare, ed anzi sarebbe contraddittoria, la stessa previsione legislativa che permette al consumatore di liberarsi, con l'esercizio del recesso, da un contratto che giuridicamente non avrebbe allora alcuna rilevanza (perché nullo), tantomeno si

(¹⁴⁹) ASTONE F., *op. cit.*, p. 56 s.

Vi è anche chi ha fondato la nullità sul requisito dell'oggetto, ritenendo infatti che gli obblighi informativi sono obblighi di contenuto della proposta contrattuale, entrano nel contratto e, di conseguenza, in caso di informazioni incomplete o mancanti ne determinano la nullità per oggetto indeterminabile *ex artt.* 1418, comma 2, c.c. e 1646 c.c.: così VALENTINO D., *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1999, p. 395; FRATERNALE A., *I contratti a distanza*, Milano, 20002, p. 78, Trib. Venezia, 22.11.2004; Trib. Parma, 6.7.1999, n. 5917.

In certi casi il legislatore ha previsto la nullità del contratto come conseguenza della reticenza del professionista: art. 30, comma 7, T.U.F. relativamente alla disciplina dell'offerta fuori sede di strumenti finanziari; mentre più equivoca appare la disposizione dell'art. 67 *septiesdecies* c. cons. che, in relazione ai contratti di commercializzazione a distanza dei servizi finanziari, dispone la nullità del contratto in tre casi: il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso, non rimborsa le somme dal consumatore eventualmente pagate e, come terza ipotesi, viola gli obblighi informativi in modo da alterare significativamente la rappresentazione delle sue caratteristiche. Il legislatore, in ragione della natura più complessa dei beni e servizi offerti e della maggior difficoltà della contrattazione in tali settori merceologici e di mercato, ha ritenuto così importante il dovere di informazione del consumatore da far avere, in caso di sua violazione, la nullità del contratto, azionabile dal consumatore.

Sulle interpretazioni offerte alla predetta disposizione si veda DE VITIIS C., sub art. 67 *septiesdecies*, in *Comm. Breve diritto dei consumatori*, Padova, 2014, p. 591 ss.; SANGIOVANNI V., *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 1469 ss.

riuscirebbe a comprendere la possibilità che la legge (art. 52, comma 3, c. cons. e art. 9, comma 3, Dir.) concede alle parti di eseguire, in tutto o in parte, le relative prestazioni in pendenza del termine per recedere.

Ferma la possibilità di invocare la tutela di diritto comune, là ddove si riscontrino in concreto gli estremi astrattamente previsti per poter considerare il contratto come invalido, l'omessa informazione non si ripercuote sulla validità negoziale, in quanto una simile conclusione si presta a diverse obiezioni.

Si rifletta, anzitutto, sulla circostanza che, per la naturale insuscettibilità di sanatoria propria del vizio della nullità, se il contratto fosse affetto da tale patologia il consumatore potrebbe liberarsi dal vincolo anche dopo aver ricevuto l'informazione sul diritto di pentimento e deciso di non avvalersi della facoltà attribuita dalla legge.

Nell'ottica del legislatore (¹⁵⁰), invece, se il professionista adempie l'obbligo informativo, sana l'originaria reticenza e dalla ricezione dell'informazione da parte del consumatore inizia a decorrere il termine (di quattordici giorni) per poter esercitare il relativo diritto, in quanto, colmato il *deficit* informativo, si mette la controparte nella condizione di effettuare una nuova valutazione dell'affare, rimettendo alla stessa la decisione sulla conferma o sulla revoca dell'originario consenso: il silenzio sull'esistenza e le modalità di esercizio del c.d. recesso di pentimento non viene trattato, quindi, come una patologia che vizia irrimediabilmente l'operazione di scambio, ma solo come un ostacolo al corretto funzionamento di un peculiare strumento di protezione.

Ferma la distinzione tra regole di validità e di condotta, la nullità, quale conseguenza della reticenza del professionista sul diritto in esame, appare una conseguenza troppo intensa rispetto alla tutela offerta dalla disposizione inderogabile trasgredita.

Soffermandosi sulla natura delle prescrizioni in tema di informazione, si nota come esse tutelino un interesse generale e travalichino i confini di salvaguardia delle posizioni individuali per divenire, lo si è visto, strumento di

(¹⁵⁰) Cfr. artt. 53, comma 2, c. cons. e art. 10 Dir.

tutela del corretto andamento del mercato: l'obbligo di informazione, infatti, si muove in una dimensione ultraindividuale, tant'è che la sua inosservanza si traduce in un *vulnus* per l'intero sistema del mercato.

Dalla natura imperativa delle regole di informazione potrebbe forse discendere, nelle ipotesi di reticenza o di infedele comunicazione dei dati, la nullità virtuale del contratto per il contrasto con il precetto inderogabile, anche in assenza di previsioni specifiche in tal senso.

Tuttavia, indiscussa la natura imperativa delle norme sugli obblighi di informazione, va escluso che la violazione delle regole predette si rifletta sulla validità del contratto, in quanto, malgrado il carattere virtuale della nullità e il potere riconosciuto al giudice di dichiarare nullo un contratto incompatibile con un precetto inderogabile, anche in assenza di previsioni specifiche in tal senso, la figura della nullità virtuale non rileva se la violazione di una norma imperativa non si riflette direttamente sugli elementi intrinseci del contratto.

Infatti, non ogni regola di tipo imperativo comporta, se violata, la nullità contrattuale: dalla violazione di regole preordinate alla regolamentazione della condotta delle parti nella fase della formazione dell'accordo, se non espressamente previsto, non può discendere *tout court* una valutazione negativa in termini di nullità ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.

Il sistema delle invalidità negoziali non può essere integrato da ipotesi di invalidità desunte dalla violazione della regola della buona fede, rilevante, invece, esclusivamente sul piano risarcitorio.

E ciò in forza di un generale principio di non interferenza tra regole di validità e di condotta che escluderebbe l'ingresso all'interno del giudizio di validità dei precetti volti a regolare la condotta prenegoziale delle parti (¹⁵¹).

Regole di validità e regole di buona fede hanno infatti differente funzione e struttura.

Le une stabiliscono le condizioni di vincolatività dell'accordo e sono

(¹⁵¹) Al riguardo D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 43 ss.

formulate in modo rigoroso, operando su un piano riservato alla valutazione esclusiva dell'ordinamento; le altre presuppongono la correttezza delle contrattazioni da valutare secondo regole elastiche non formalizzate.

Inoltre, il disvalore che giustifica l'attivazione del rimedio dovrebbe originare dall'inosservanza di un precetto che riguarda direttamente uno degli elementi che conformano il contenuto del contratto.

L'ostacolo ulteriore alla sanzione della nullità per le ipotesi di violazione delle regole di informazione si rinviene, quindi, anche nella distinzione tra patologie intrinseche ed estrinseche all'atto: nell'impianto disegnato dal codice la nullità è collegata a vizi intrinseci al contratto, e dello stesso tipo dovrebbero essere i vizi che connotano la nullità nella sua veste virtuale, ferma sempre l'idea di fondo di valutare la conformità dell'atto al suo schema legale, oltre anche la liceità e la meritevolezza degli interessi perseguiti, escludendo però ogni ulteriore e altro rilievo.

Di recente anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno escluso che la violazione di regole preordinate a regolamentare la condotta delle parti nella fase di formazione dell'accordo (c.d. regole di condotta) possa essere presa in considerazione quale possibile parametro di un giudizio sulla validità dell'atto⁽¹⁵²⁾.

⁽¹⁵²⁾ Cass. Civ., S.U., 19.12.2007, nn. 26724 e 26725; in passato nello stesso senso anche Cass. Civ., 29.9.2005, n. 19024, in *Contratti*, 2006, p. 446 ss., nt. di Poliani F., *La responsabilità precontrattuale della Banca per violazione del dovere di informazione*.

Per un commento alle sentenze cfr. MAFFEIS D., *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere*, in *Contratti*, 2008, p. 403 s.; ROPPO V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 540 s.; ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria: quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 120 s.

Con tale pronuncia la Cassazione ha statuito che l'art. 1481, comma 1, c.c. troverebbe applicazione solo se la violazione di una norma imperativa dovesse colpire elementi intrinseci alla fattispecie negoziale: la condotta delle parti nel corso delle trattative non altererebbe la struttura del contratto, nè comprometterebbe la liceità del regolamento di interessi pattuito dalle parti e, dunque, ne sarebbe impedita la sua riconduzione tra i parametri relativi al giudizio di validità: la non possibilità di predisporre dei dati necessari a valutare la convenienza dell'affare si tradurrebbe in un danno economico da risarcire *ex art.* 1337 c.c. Pertanto, secondo la lettura offerta dalla Suprema Corte, la violazione del *duty of disclosure* integra un'ipotesi non di vizio genetico relativo alla conclusione del contratto, bensì di vizio funzionale che inerisce al contratto oramai perfezionatosi validamente, pur se pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto.

Tale conclusione viene posta in dubbio dalla stessa Corte di Cassazione che, con l'ordinanza del

Al di là dell'impostazione eccessivamente frammentata seguita dalla Suprema Corte, identificativa di diverse categorie di obblighi informativi con differenziati trattamenti giuridici (¹⁵³), è stato chiarito che la violazione degli obblighi informativi da parte degli intermediari finanziari determina una responsabilità precontrattuale, e non la nullità del contratto, postulante quest'ultima la violazione di norme imperative legate ad elementi esclusivamente intrinseci alla fattispecie negoziale.

Di conseguenza, è certo che la nullità è collegata a vizi intrinseci del contratto anche quando questa si presenta nella sua veste virtuale: essa postula la violazione di elemento intrinseci alla fattispecie negoziale relativi alla struttura e al contenuto del contratto, e non invece l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative contrattuali, ipotesi questa che può determinare la nullità del contratto sole ove sia la sanzione espressamente prevista dalla legge, come per il caso di cui all'art. 67 *septiesdecies* c. cons. (¹⁵⁴).

In tema di commercializzazione a distanza di servizi finanziari, si è, infatti, espressamente previsto che il contratto sia nullo nel caso in cui il fornitore ostacoli l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente, oltre che nel caso in cui il fornitore violi gli obblighi informativi precontrattuali in modo tale da

16.2.2007, n. 3683, attesa la tendenza dell'ordinamento giuridico ad allargare i confini del giudizio di validità ad elementi estrinseci al contratto, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della qualificazione degli obblighi di informazione; l'orientamento alla base dell'ordinanza non ha però trovato riscontro nelle successive sentenze del 19.12.2007 che, invece, confermano l'idea secondo cui la nullità virtuale può derivare solo dalla violazione di precetti inderogabili legati alla struttura ed al contenuto del contratto.

(¹⁵³) Oltre all'informazione da fornirsi prima della conclusione del contratto che, se omessa, implica una mera responsabilità precontrattuale, viene dalla Suprema Corte individuata un'informazione contrattuale, costituita dai dati che il professionista è tenuto a trasmettere attraverso il contratto e che, se manca, inficia di per sé la validità dell'atto *ex* art. 1418, comma 1, c.c. ove attenga ad elementi intrinseci legati alla struttura o al contenuto del contratto. Infine va considerata la disciplina dell'informazione *post* contrattuale che il professionista deve fornire in esecuzione di un contratto in precedenza concluso, come accade per l'ipotesi dell'intermediazione finanziaria dove al contratto quadro seguono i singoli ordini di acquisto dei titoli. Se l'intermediario, dopo aver concluso un contratto quadro, addivene alla conclusione dei singoli ordini di acquisto senza fornire all'investitore determinate informazioni, si rende responsabile di un inadempimento che facoltizza l'investitore ad esercitare l'azione di risoluzione del contratto quadro, cui si aggiunge il risarcimento del danno da responsabilità contrattuale. La pronuncia però lascia irrisolto l'interrogativo circa la sorte dei singoli ordini di acquisto.

(¹⁵⁴) Sul tema v. SANGIOVANNI V., *op. cit.*, p. 1469 ss.

alterare significativamente la rappresentazione delle caratteristiche del contratto finanziario, nullità questa che riveste carattere relativo (art. 67 *septiesdecies*, comma 4 e 5, c. cons.).

Le Sezioni Unite con le due sentenze del 2007 hanno considerato che tale previsione legislativa sia un'eccezione alla regola generale e che, quindi, la violazione dei doveri di informazione non causi la nullità del contratto, non potendosi ricavare dall'art. 67 *septiesdecies*, comma 4, c. cons., la codificazione di un principio generale in forza del quale alla violazione degli obblighi informativi segua la nullità del contratto.

In conclusione, dunque, seguire l'impostazione che prospetta detta invalidità sul piano rimediabile non è pienamente soddisfacente per il concreto interesse del consumatore e per l'equilibrio dello scambio, e in ragione di ciò appare preferibile rigettare tale lettura.

Difatti, in primo luogo, riconoscere per la mancata o per l'inesatta informazione precontrattuale la nullità del contratto, seppur nella variante di protezione ⁽¹⁵⁵⁾, implicherebbe attribuire al consumatore un diritto azionabile *sine die*, con ciò rendendo incerte illimitatamente le sorti del rapporto e sacrificando in modo eccessivo l'affidamento riposto dal professionista sulla stabilità della contrattazione.

In secondo luogo, l'inefficacia sin dalla nascita del vincolo contrattuale precluderebbe al relativo regolamento di realizzare il programma negoziale divisato, impedendo al consumatore di acquisire la titolarità giuridica di quanto acquistato a distanza o fuori dei locali commerciali e di determinare, in caso direcesso, la nascita dei correlati obblighi restitutori in capo ad entrambe le parti: il consumatore, a seguito della pronuncia di nullità, sarebbe tenuto a restituire quanto acquistato in spregio ad un suo concreto interesse che, nella specie, potrebbe spesso sussistere dato lo scarso valore economico del bene o del servizio oggetto del contratto nullo e il suo intento di fruirne per soddisfare un suo immediato interesse.

⁽¹⁵⁵⁾ V. *infra* cap. III, par. 12, nt. 140, p. 216.

12. (Segue) Critica alla tesi che discorre di vizi del consenso

Proseguendo il ragionamento relativo alle prospettate sanzioni che coinvolgono il vincolo negoziale invalidandolo, la collocazione degli obblighi informativi nella fase della formazione della volontà del consumatore contraente potrebbe portare all'applicazione del rimedio previsto, in via generale, per i vizi della volontà, ossia all'annullamento del contratto.

La trasgressione dell'obbligo informativo sul diritto di pentimento preclude al consumatore la possibilità di liberarsi da un contratto inidoneo a soddisfare i suoi interessi e, quindi, il comportamento del professionista che non adempie gli obblighi informativi sul recesso potrebbe essere letto nei termini di una condotta dolosa, rilevante, o comunque idonea a far cadere il consumatore in errore.

L'omessa informazione da parte del professionista legittimerebbe il consumatore ad agire per ottenere l'annullamento del contratto per dolo⁽¹⁵⁶⁾, ancorché il presupposto sarebbe costituito da un contegno omissivo, la cui rilevanza dolosa è discussa⁽¹⁵⁷⁾.

Oltre alla controversa configurabilità del dolo omissivo, l'annullamento del

⁽¹⁵⁶⁾ Si veda GORGONI M., *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1994, p. 9: l'Autore sottolinea che nell'ipotesi di incompleta o ingannevole comunicazione circa l'esistenza del diritto di pentimento il dolo assumerebbe la configurazione di dolo incidente rilevante ai sensi dell'art. 1440 c.c.

⁽¹⁵⁷⁾ Il dolo consiste nella condotta idonea ad indurre in errore la controparte, mentre il silenzio in sé e per sé considerato è inidoneo ad incidere sulla percezione della realtà e, dunque, fuoriesce dall'ambito di operatività dell'art. 1439 c.c.

Sul dolo omissivo si veda tra molti DEL PRATO E., *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto, Roppo*, IV, *Rimedi*, 2, Milano, 2006, p. 270s.; TRABUCCHI A., *Dolo (diritti civile)*, in *Noviss. Dig.*, Torino, 1960, p. 151; VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 91 ss.; SACCO R., *Il contratto*, a cura di Sacco R. e De Nova G., in *Trattato Sacco*, II, Torino, 2004, p. 42.

Si è anche argomentato che la reticenza del professionista viola un obbligo di comunicazione espresso, equiparabile ad una condotta commissiva, secondo un ragionamento estensivo analogo a quello compiuto in ambito penale attraverso l'art. 40, cpv., c.p: la condotta reticente di chi contravviene ad un ordine impartito dal legislatore per tutelare la corretta rappresentazione dell'affare equivale a quella di chi pone in essere una condotta commissiva operata consapevolmente per compromettere l'integrità del consenso (GENTILI A., *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. Dir. civ.*, 2000, p. 762.).

In giurisprudenza si è ritenuto che il silenzio o la reticenza possano assumere rilievo quali ipotesi di dolo solo se inseriti in un più ampio contegno che, in rapporto alle circostanze, risulti concretamente idoneo e preordinato a trarre positivamente in inganno la controparte: Cass. civ. 31.05.2010, n. 12231; Cass. civ., 19.09.2006, n. 20206, Cass. civ. 12.02.2004, n. 2104.

contratto postula necessariamente l'onerosa prova del nesso causale tra l'inganno e il consenso prestato dal consumatore, il quale, per invalidare il vincolo negoziale, dovrebbe dimostrare che, se fosse stato debitamente informato della possibilità di recedere, non avrebbe concluso il contratto.

Per ovviare alla difficoltà probatoria propria della causalità omissiva si è sostenuto che il contegno omissivo possa essere determinante del consenso, ai sensi dell'art. 1439 c.c., ogniqualvolta impedisca al consumatore di liberarsi da un affare non voluto: la violazione dell'obbligo informativo preclude al consumatore di fruire del diritto lui concesso e consacra lo scambio in via definitiva, rendendo il silenzio direttamente in grado di condizionare il consenso alla stipulazione, che, altrimenti, avrebbe potuto essere rimossa (¹⁵⁸).

Pertanto, a voler aderire a tale ricostruzione, l'annullamento del contratto verrebbe fatto dipendere dalla dimostrazione che il consumatore, ove informato, avrebbe scelto di recedere e, di conseguenza, si andrebbe a subordinare la tutela demolitoria alla previa dimostrazione di validi motivi di pentimento.

Ciò però contrasta con la configurazione operata dal legislatore quanto al c.d. recesso di pentimento, concepito come un diritto svincolato dall'esistenza di motivazioni a sostegno del suo esercizio ed, anzi, legittimamente esercitabile anche se in assenza di valide ragioni (¹⁵⁹).

Inoltre, la trasgressione del dovere di comunicazione potrebbe esplicitare una idoneità viziante del consenso solo se in grado di indurre la parte ad un'erronea rappresentazione del rapporto contrattuale, mentre la reticenza circa il recesso, al più, impedisce che il consenso venga reso dopo un'attenta riflessione, ma non riesce ad avere un'efficacia causale circa la valutazione di convenienza dell'affare.

A voler allora prospettare un'incidenza del contegno omissivo del professionista sull'altro vizio del consenso, la possibilità di annullamento del

(¹⁵⁸) Considera la scelta sul recesso equivalente a quella sulla conclusione del contratto, partendo dal presupposto che l'omessa informazione sul diritto di pentimento sia una circostanza determinante del consenso, GORGONI M., *Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del d.lgs. 50/1992*, in *Contr. Impresa*, 1993, p. 183.

(¹⁵⁹) Cfr. *infra* cap. III, par. 4, pag. 160 s.

contratto per errore dipende dal riconoscimento del carattere essenziale, ai sensi dell'art. 1429 c.c., della circostanza taciuta o non esattamente comunicata (¹⁶⁰).

Ferma l'esistenza di un dovere di informazione, la cui intenzionale violazione abbia ingenerato nella controparte un errore in base al quale essa si sia indotta a contrarre, sarà da accertare in concreto il rapporto di causalità tra la condotta omissiva e la determinazione del contraente alla stipulazione, così da ritenere che la mancata comunicazione degli elementi prescritti possa aver determinato un'alterazione del consenso.

Il rimedio dell'annullamento per tale vizio del consenso, pone, tuttavia, il contraente nell'alternativa tra la rinuncia al contratto o la sua accettazione alle condizioni stabilite dalla controparte, nella consapevolezza che la decisione di agire per far valere l'invalidità implica la caducazione del contratto, situazione questa evitabile se sussistono gli estremi per configurare, invece, il dolo incidente, non invalidante il negozio, ma fonte di responsabilità risarcitoria *ex art.* 1440 c.c. (¹⁶¹).

Malgrado le suddette perplessità, la recente proposta di Regolamento comune europeo sulla vendita si orienta proprio nel senso dell'introduzione di rimedi demolitori a fronte della mancata informativa precontrattuale (¹⁶²).

(¹⁶⁰) Tale soluzione sembra essere prospettata da SACCO R., *Purezza del consenso*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, a cura di Cabella Pisu L. e Nanni L., Padova, 1998, p. 260; SCALISI, *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. Dir. civ.*, 1994, p. 190.

(¹⁶¹) Una disposizione singolare che connette all'inadempimento di un obbligo di informazione l'annullabilità del contratto si rinviene nel d.lgs. 2010/28 sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali: ai sensi dell'art. 4, comma 3, laddove l'avvocato non informi, o lo faccia in modo poco chiaro, l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione il contratto tra avvocato e assistito è annullabile. Sulla macchinosità di tale sanzione si veda CARNEVALI U., *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, p. 438.

(¹⁶²) Similmente, analizzando il dettato dei Pecl (c.d. Principi del vigente diritto comunitario dei contratti), oltre all'art. 4:109 che associa l'annullabilità del contratto ai casi di contratto fonte per le parti di ingiusto profitto o vantaggio iniquo perché concluso da una parte in stato di debolezza, rilevante risulta il dettato dell'art. 4:107 Pecl: l'omessa informazione su circostanze che secondo buona fede e correttezza avrebbero dovute essere rivelate vale a configurare il dolo ove associata allo scopo di trarre in inganno e, quindi, il contratto è annullabile.

Inoltre la falsa o inesatta informazione fornita da una parte se estranea al predetto scopo fraudolento, ma in ogni caso atta ad indurre in errore l'altra, è ragione di annullamento del contratto a condizione che la falsa rappresentazione della realtà abbia inciso sulla decisione di contrarre (art. 4:103 Pecl), con ciò individuando un'area del dolo indotto diversa da quella

L'annullamento del contratto per dolo o per errore, secondo l'impianto della proposta di Regolamento comune europeo sulla vendita, viene complessivamente strutturato in un'ottica più favorevole per il consumatore, non solo per le nozioni di vizi del consenso che ivi sono prospettate (¹⁶³), ma anche per le modalità di azionabilità del rimedio.

Infatti, la scelta della proposta di Regolamento muove nel senso che la trasgressione delle regole informative comporta l'annullabilità del contratto alla sola condizione che la condotta abbia alterato la scelta di contrarre, al di là del tipo di dato omesso o trasmesso in modo infedele.

L'annullamento presuppone, quanto alla sua azionabilità, una semplice «comunicazione» all'altra parte e soggiace a un termine di decadenza ravvicinato temporalmente rispetto a quello del recesso allungato, così che il consumatore può porli a confronto e optare per quello a lui più conveniente, salva la loro cumulabilità laddove la duplicazione non si traduca in un vantaggio indebito per lo stesso (¹⁶⁴): l'annullamento del contratto per dolo, al pari del recesso allungato, può essere fatto valere entro l'anno, mentre quello per errore entro sei mesi.

È probabile che le indicazioni emergenti dalla proposta di Regolamento, se si tradurranno in un testo definitivo, finiranno inevitabilmente con influenzare le riflessioni circa l'adeguatezza dei rimedi, prospettati per la violazione degli obblighi informativi, anche in ipotesi diverse dal suo naturale ambito applicativo,

dell'errore. Rimane comunque salvo il diritto al risarcimento del danno a norma dell'art. 4:10, ove le informazioni inesatte non abbiano cagionato un errore essenziale, ma sulle stesse abbia confidato il consumatore.

(¹⁶³) Quanto alla nozione di dolo viene inclusa anche la reticenza dolosa di informazioni che la parte avrebbe dovuto comunicare, così riconoscendosi la figura del dolo omissivo.

(¹⁶⁴) Gli artt. 48 e 49 della proposta di Regolamento sulla vendita prevedono una pluralità di condotte informative omissive che comportano l'annullabilità del contratto, rispettivamente per errore o per dolo.

Dal punto di vista omissivo, la reticenza assume rilievo ai fini dell'errore quando concerne uno degli obblighi informativi espressamente previsti dalle sezioni 1 e 4 della proposta di Regolamento (art. 48, lett. ii), oppure un'informazione necessaria a rimuovere la falsa rappresentazione della realtà in cui una parte sia caduta e di cui l'altra avrebbe dovuto avere conoscenza e sempre che il dovere di comunicare tale dato fosse desumibile dai principi di buona fede e correttezza (art. 48, lett. iii). Il silenzio, invece, rileva quale fattispecie di dolo ove una parte abbia taciuto alcuni dati oggetto di un obbligo informativo con il fine precipuo di indurre l'altra in errore (art. 49).

Dal punto di vista commissivo invece la comunicazione decettiva di dati può costituire dolo ove la parte sia consapevole della falsità di quanto dichiarato o l'abbia ignorato in modo negligente.

ossia la vendita transnazionale.

Ad ogni modo, la disciplina dei vizi del consenso contenuta nei progetti di armonizzazione del diritto contrattuale europeo e nella proposta di Regolamento per un diritto europeo della vendita presenta delle differenze rispetto a quella di diritto interno.

A livello codicistico gli artt. 1428 e 1429 c.c. prestano attenzione agli elementi oggetto della falsa rappresentazione, mentre ne rimane indifferente l'antecedente causale, ossia la condotta violativa dell'obbligo informativo.

Diversamente, nelle disposizioni di matrice europea la condotta risulta oggetto di autonoma valutazione in sé e per sé considerata, in quanto il fatto che esista un dovere di comunicazione consente di presumere l'idoneità potenziale della condotta trasgressiva ad alterare la scelta del contraente, indifferente rimanendo il tipo di dato su cui cade l'errore, ferma comunque la necessità di accertare poi in concreto l'incidenza della violazione dell'obbligo informativo sul vizio del consenso.

Nel nostro sistema, invece, non tutte le trasgressioni di qualsiasi regola informativa relativa a dati utili alla ponderazione dell'affare può essere sottoposta alla disciplina dell'errore: il solo fatto che l'errore cada su uno degli elementi oggetto di un dovere di comunicazione non comporta in automatico la sua essenzialità, legata piuttosto alle sole ipotesi oggetto della precisa scelta legislativa di cui all'art. 1429 c.c. ⁽¹⁶⁵⁾.

E il caso di omessa informazione sul c.d. recesso di pentimento, riconosciuto a favore del consumatore, non può, di per sé, tradursi in un errore essenziale secondo l'accezione di cui all'art. 1429 c.c., norma di cui non si può

⁽¹⁶⁵⁾ Sulla tassatività della norma in commento cfr. Cass. civ., 19.7.2007, n. 16031; Cass. civ., 21.6.1996, n. 5773; PIETROBON V., *L'errore nelle teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 357.

Parte della dottrina e della giurisprudenza hanno tuttavia ampliato l'elenco di cui all'art. 1429 c.c. sul presupposto della sua natura esemplificativa, così MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto (Artt. 1321-1469 cod. civ.)*, Milano 1944, p. 483; Cass.civ. 7.4.1971, n. 1025, Cass. civ. 17.1.1953, n. 124

L'ampliamento non consente di attribuire rilevanza alla falsa rappresentazione della realtà che si appunti su circostanze sprovviste di una connessione con il regolamento contrattuale, sul punto BARCELLONA P., *Errore (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 261 ss.

non tener conto se si ipotizza il rimedio interno dell'annullabilità quale sanzione per l'omessa informativa quanto al diritto in esame.

Inoltre, ragionando in termini di annullabilità ci si imbatterebbe in un limite che, secondo l'impostazione sottesa al nostro ordinamento, risulta insuperabile.

Si tratta del carattere testuale dell'annullabilità che, diversamente dalla nullità, non è mai virtuale⁽¹⁶⁶⁾.

Pertanto, in mancanza di esplicite indicazioni testuali fornite dal d.lgs. 21/2014 nel senso della annullabilità, la disciplina codicistica dei vizi del volere evidenzia l'inadeguatezza delle stessa a governare la trasgressione delle regole informative sul diritto di recesso, regole preordinate alla ponderazione di operazioni contrattuali concluse secondo peculiari tecniche di contrattazione.

Ad ogni modo, ferma la possibilità di ricorrere all'annullamento del contratto se nel caso concreto ricorrano i presupposti di cui agli artt. 1427 ss. c.c., va dato atto di quell'orientamento che, formatosi nell'ambito della tematica dei vizi del consenso, ha elaborato la categoria dei c.d. vizi incompleti.

In linea generale, la disciplina dei vizi del consenso, così come classicamente intesa nel codice civile, ha subito un'evoluzione nel senso di una tendenziale espansione del suo consueto campo di applicazione con conseguente erosione del tradizionale principio di tipicità delle cause di annullabilità del contratto.

La trasformazione dei vizi del consenso ha avuto luogo in due direzioni principali: l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle figure tradizionali dei vizi del consenso e l'estensione dei doveri di correttezza precontrattuale, con rilevanza, ai fini del risarcimento, anche dei c.d. vizi incompleti del contratto.

Si pensi al caso del contratto concluso in conseguenza di una pressione psicologica tale da non integrare gli estremi della violenza causa di annullamento, ma idonea comunque a concretare una lesione della libertà negoziale; ancora all'errore privo dei requisiti di essenzialità; all'errore sul valore o sulla

⁽¹⁶⁶⁾ Così tra molti DEL PRATO E., *op. cit.*, p. 179 e 182 ss.; GALGANO F., *Simulazione. Della nullità del contratto. Della annullabilità del contratto*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da Scialoja – Branca, Bologna, 1998, p. 251.

convenienza economica del contratto; all'approfittamento dell'altrui stato di bisogno, senza che si abbia la richiesta lesione *ultra dimidium*.

In tutti i casi in cui manchi qualche requisito previsto dal legislatore ai fini dell'invalidità del contratto si è parlato di vizi incompleti, nel cui ambito si sono ricondotte tutte quelle ipotesi in cui vi è uno squilibrio derivante da un vizio minore del consenso. In tali ipotesi la soluzione prospettabile è quella del rimedio risarcitorio, analogamente all'insegnamento fornito dalla disciplina dell'art. 1440 c. c. ⁽¹⁶⁷⁾.

Invero, l'art. 1440 c.c., nella parte in cui considera valido il contratto affetto da dolo incidente, obbligando al risarcimento del danno, costituisce applicazione del modello della responsabilità precontrattuale di cui all'art. 1337 c.c., non limitata alle trattative infruttuose, ma comprensiva anche di quelle fruttuose ma dannose perché comportanti la stipula di un contratto valido ma sconveniente.

La conclusione di un contratto valido ed efficace non è allora di ostacolo alla proposizione di un'azione risarcitoria là dove il danno trovi il suo fondamento nella violazione degli obblighi relativi alla condotta delle parti nel corso delle trattative e prima della conclusione del contratto stesso: il risarcimento si pone, quindi, come mezzo per portare a correzione il negozio, durante la cui formazione sono state violate le norme imperative in punto di diritto all'informazione, in un'ottica conservativa del regolamento corretto qualitativamente nel suo contenuto.

La tutela risarcitoria prevista per le ipotesi di condotta precontrattuale scorretta (artt. 1337 e 1338 c.c.), può essere, quindi, invocata anche per i vizi incompleti della volontà, in quanto gli artifici e i raggiri, che incidono sul contenuto ma non sulla decisione di contrarre, generando un vizio incompleto della volontà, integrano gli estremi di una condotta che genera responsabilità precontrattuale.

Infatti, i vizi incompleti, pur non innescando un meccanismo di alterazione

⁽¹⁶⁷⁾ Così GALLO P., *I rimedi*, in *Tr. del contratto*, III, Torino, 2010, p. 1772 ss.; MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 218; SCHIAVONE G., *Approfittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004, p. 197.

della volontà idoneo a giustificare l'annullamento, riflettono un comportamento scorretto che, in violazione del canone della buona fede, incide sulla corretta determinazione a contrarre della controparte e, in analogia con l'ipotesi del dolo incidente, comportano il risarcimento del danno precontrattuale sulla base della scissione tra regole di validità (non violate) e regole di illiceità del comportamento trasgredite per effetto della condotta contraria alla buona fede.

Per evitare che le conclusioni di tale impostazione siano passibili di critica per un'eccessiva rilevanza attribuita al principio della buona fede in senso oggettivo, si è ritenuto che il risarcimento del danno, ancorché non sia integrata un'ipotesi tradizionale di vizi del consenso, venga ancorato alla sussistenza di due presupposti: uno squilibrio tra le prestazioni oggettivamente riscontrabile, di entità tale da ritenersi determinante del consenso, e un'assenza di concorso di colpa dell'altro contraente (art. 1227, comma 1, c.c.), il quale, quindi, è caduto in un errore scusabile, scusabilità dell'errore che acquista una nuova rilevanza ai soli fini risarcitori (¹⁶⁸).

Ora, si supponga che l'omessa informazione sul c.d. recesso di pentimento, pur senza portare a una decisione contrattuale viziata da dolo o affetta da errore, abbia tuttavia integrato gli estremi di un vizio incompleto del consenso perché il consumatore, colto di sorpresa e senza aver adeguatamente ponderato la convenienza dell'affare, si trova ad essere parte di un contratto dal quale non può più liberarsi, ignorando di aver avuto a disposizione lo strumento del recesso per pentirsi del consenso dato.

Il rimedio ipotizzato per il c.d. vizio incompleto del consenso, come si è visto, è quello risarcitorio, soluzione questa che negli esiti conduce al medesimo risultato dell'impostazione qui seguita (¹⁶⁹), e che, presupponendo un dato oggettivo - lo squilibrio tra le prestazioni obiettivamente riscontrabile -, apre al problema della quantificazione del danno da risarcire per omessa informazione sul diritto di recesso, problema questo dovuto alla tradizionale funzione risarcitoria

(¹⁶⁸) Così GALLO P., *op. cit.*, p. 316.

(¹⁶⁹) Sul punto v. *infra* par. 14, p. 138 ss.

della responsabilità civile (¹⁷⁰).

13. (Segue) Critica alla tesi che ipotizza un caso di risoluzione del contratto per inadempimento

Abbandonati gli spunti tesi ad invalidare il titolo contrattuale, un'impostazione ricostruttiva alternativa potrebbe essere quella di considerare l'inadempimento informativo come una vicenda propria del rapporto contrattuale.

Poiché l'obbligo di informazione può essere configurato come un'obbligazione *ex lege* simile agli obblighi di protezione, destinati ad orientare il contegno del professionista nel corso del rapporto, la sua violazione potrebbe tradursi in un inadempimento, causa di risoluzione del contratto, oltre che del risarcimento del danno (¹⁷¹).

Considerato che gli obblighi informativi sono estranei alla fase esecutiva del contratto e non funzionali a soddisfare gli interessi programmati dalle parti con la stipulazione, l'operatività del rimedio sinallagmatico sarebbe giustificata qualora l'obbligo di comunicazione circa il c.d. recesso di pentimento e gli altri elementi del regolamento contrattuale venisse configurato necessariamente come un obbligo di protezione integrativo del regolamento negoziale (¹⁷²): solo ascrivendo

(¹⁷⁰) Il tema del titolo della responsabilità risarcitoria e della quantificazione del danno da risarcire sarà affrontato nel cap. III, par. 11 - 13.

(¹⁷¹) Sostengono che l'omessa, incompleta o errata informazione sul recesso legittimino l'azione di risoluzione del contratto per inadempimento LOBUONO M., *Informazione sul diritto di recesso e tutela del consumatore*, in *Le vendite aggressive*, a cura di Jannarelli A., 1995, p. 141 s. ROPPO V., *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento*, in *Contr. Impresa*, 2006, p. 896; SANNA P., *Considerazioni a margine del d.lgs. 22.05.1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp. Civ. e prev.*, 2000, p. 478; ALESSI R., *op. cit.*, p. 391 ss.

(¹⁷²) Si è invero ritenuto che l'obbligazione sia un rapporto a struttura complessa, costituita al suo interno da una serie di obblighi collaterali o accessori la cui complessiva funzione è quella di far convergere il rapporto obbligatorio verso il risultato utile che è volto a realizzare: all'interno di un rapporto obbligatorio si insinuano gli obblighi di protezione preordinati a conservare l'integrità della sfera giuridica delle parti contro aggressioni rese possibili per il contatto qualificato tra di esse instaurato (sull'argomento si veda CASTRONOVO C., *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1990, p. 6; BENATTI F., *Doveri di protezione*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Civ.*, Torino, 1991, p. 222 ss.)

l'obbligo informativo nell'ambito degli effetti protettivi del rapporto obbligatorio nascente dalla conclusione dell'operazione di consumo si potrebbe giustificare l'operatività del rimedio sinallagmatico.

Anche la violazione di obblighi accessori può determinare la risoluzione del contratto per inadempimento, poiché le relative prestazioni partecipano, assieme a quelle principali, alla determinazione del complessivo equilibrio contrattuale.

Tuttavia, nel caso in esame, l'inadempimento da parte del professionista agli obblighi di informazione posti a suo carico andrebbe a collocarsi su di un piano antecedente rispetto alla conclusione del contratto stesso, trattandosi, appunto, di obblighi precontrattuali, dalla valenza preventiva.

Inoltre, il discorrere di risoluzione del contratto concluso tra professionista e consumatore per l'inadempimento dell'obbligazione informativa imporrebbe al contraente debole, che volesse avvalersi di tale rimedio, la dimostrazione della sussistenza dei requisiti dell'imputabilità e della non scarsa rilevanza dell'inadempimento ⁽¹⁷³⁾.

Infatti, l'alterazione del sinallagma derivante dall'inadempimento, per poter legittimare l'attivazione del rimedio risolutorio, esige che la soglia di tolleranza di cui all'art. 1455 c.c. venga superata.

Di conseguenza, pur ammettendo che la comunicazione concernente il diritto di recesso possa costituire adempimento di un obbligo di protezione, il *gap* informativo che ne deriva non permette di superare in automatico la soglia di tolleranza indicata all'art. 1455 c.c., dovendo il consumatore dimostrare che, stante la complessità del rapporto obbligatorio frutto di un delicato equilibrio tra le relazioni contrattuali, la trasgressione degli obblighi informativi accessori ha avuto delle ripercussioni di non scarsa rilevanza sul rapporto obbligatorio

⁽¹⁷³⁾ Quanto al requisito soggettivo della imputabilità dell'inadempimento e alla necessità di un legame tra la risoluzione *ex* art. 1453 ss. c.c. e l'inadempimento cfr.. Cass. civ., 19.11.2002, n. 16291; Cass. civ., 10.9.1991, n. 9785.

Quanto al requisito oggettivo della gravità dell'inadempimento e alla sua prova, cfr. Cass. civ., 6.3.2012, n. 3477; Cass. civ., 18.2.2008, n. 3594; Cass. civ., 28.3.2006, n. 7083; Cass. civ., 14.6.2001, n. 8063. Tale orientamento pretorio chiede che la verifica *ex* art. 1455 c.c. vada condotta tenendo conto sia dell'astratta incidenza dell'inadempimento sulla complessiva economia del rapporto sia del pregiudizio determinato concretamente in capo al creditore:

globalmente considerato (¹⁷⁴): la risoluzione per violazione dell'obbligo informativo concernente lo *ius poenitendi* potrebbe operare, quindi, solo se il consumatore, nella sua veste di creditore, riuscisse a provare che, ove informato correttamente, si sarebbe avvalso della facoltà di pentirsi, così palesando la gravità del pregiudizio collegato alla reticenza.

A ciò si aggiunga che l'interesse del consumatore, vincolato ad un contratto da cui non può più recedere, difficilmente può essere quello di porre nel nulla la vicenda contrattuale, risolvendola, dato anche il valore economico solitamente non elevato dei beni oggetto di tali contrattazioni.

Le difficoltà pratiche in cui il consumatore si imbatte in punto onere della prova, attesa la necessità di addurre motivi idonei a giustificare l'esercizio di una facoltà configurata dalla legge come incondizionata, unitamente al limite teorico e concettuale della natura strettamente funzionale propria del rimedio risolutorio, lo rendono inadatto a sanzionare la condotta omissiva circa l'informativa sul c.d. recesso di pentimento, condotta che rimane estranea ad una dimensione di alterazione del sinallagma contrattuale.

14. (Segue) La soluzione conservativa del vincolo contrattuale: la responsabilità per *culpa in contrahendo* quale unica forma di tutela prospettabile

Dall'esclusione della configurabilità di rimedi demolitori per l'ipotesi di trasgressione degli obblighi informativi concernenti il diritto di pentimento, non discende di per sé l'esclusione di qualsiasi forma di tutela per il consumatore.

Adeguate protezione per il contraente debole si realizza percorrendo la via della tutela risarcitoria, in grado di traslare sul professionista il pregiudizio subito dal consumatore in caso di omessa informazione circa l'esistenza del diritto di

(¹⁷⁴) Sulla nozione di inadempimento di non scarsa rilevanza, si veda BELFIORE A., *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1322.

recesso⁽¹⁷⁵⁾.

La condotta omissiva del professionista che, né durante le trattative, né successivamente alla stipula del contratto in pendenza del termine allungato (art. 53 c. cons.), non ha provveduto ad informare il consumatore dell'esistenza del suo diritto di recesso va sanzionata riconoscendolo responsabile del danno che il consumatore può, in conseguenza di ciò, aver subito.

Quanto alla natura della responsabilità gravante sul professionista, è rilevante il momento in cui l'obbligo poi inadempito nasce e, quindi, in presenza di un obbligo informativo che si colloca nella fase antecedente o contestuale alla conclusione del contratto, e che viene inadempito, si dovrà discorrere di una responsabilità di natura precontrattuale⁽¹⁷⁶⁾.

Optare per la natura precontrattuale della responsabilità del professionista significa aderire all'orientamento, ormai pressoché unanime, che riconosce gli estremi di una responsabilità precontrattuale anche a fronte di un contratto validamente concluso e non solo nelle ipotesi legislativamente previste di recesso ingiustificato dalle trattative e omessa comunicazione di cause di invalidità del contratto⁽¹⁷⁷⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ Nel senso dell'opportunità che la violazione degli obblighi informativi venga sanzionata in termini di ristoro del pregiudizio economico subito dal consumatore leso cfr. Corte Giustizia 25.10.2005, in C- 350/03.

⁽¹⁷⁶⁾ Nel senso della responsabilità precontrattuale Cass. civ., S.U., 19.12.2007, n. 36724; in precedenza Cass. civ., 29.09.2005, n. 19024; Cass. civ., 6.10.2008, n. 24795.

Alcune voci in dottrina hanno ritenuto che l'inosservanza dell'obbligo informativo dia luogo a responsabilità precontrattuale, LIVI A., *Art. 5, Commentario al decreto legislativo 15.01.1992, n. 50*, p. 202 s.

Sulla natura della responsabilità precontrattuale come extracontrattuale si veda *ex multis* Cass. Civ., 29.3.2007, n. 7768; Cass. civ., 10.10.2003, n. 15172; Cass. civ. S.U 26.6..2003, n. 10160

In senso critico si veda CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 147 s. Nel senso della natura contrattuale si veda anche BENATTI S., *Resp. Precontratt.*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, 8; MESSINEO F., *voce Contratto (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 784 ss.

⁽¹⁷⁷⁾ Così Cass. civ., S.U., 19.12.2007, n. 36724; in precedenza Cass. civ., 29.09.2005, n. 19024; Cass. civ., 28.10.2008, n. 24795. In dottrina v. MANTOVANI M., *op. cit.*, Torino, 2005, p. 135 ss.

Le S.U. (sul punto v. anche *supra* par. 10, nt. 152, p. 125) si sono pronunciate pur in assenza di un conflitto in seno alla giurisprudenza e hanno selezionato gli obblighi informativi in ragione del momento temporale in cui devono essere adempiuti, diversificandone il trattamento: la mancanza dei dati che il professionista è tenuto a trasmettere attraverso il contratto e che assumono rilievo quale contenuto del contratto attenendone agli elementi strutturali inficia la validità dell'atto ai sensi dell'art. 1418, comma 1, c.c.: la contrarietà a norme imperative considerata dall'art. 1418,

Risulta, infatti, ormai superata la visione che circoscrive l'ambito di rilevanza della prescrizione posta dall'art. 1337 c.c. alle sole ipotesi di rottura ingiustificata delle trattative, avendo la stessa regola ormai assunto il significato di clausola generale che implica il dovere di negoziare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alla controparte ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza ai fini della stipulazione del contratto.

Soffermarsi sull'analisi della natura della responsabilità in capo al professionista non è solo esercizio teorico in quanto dalla scelta qualificatoria operata ne deriva una differente disciplina applicabile, specie quanto al termine di prescrizione dell'azione e al riparto dei relativi oneri probatori.

In questi termini allora la responsabilità contrattuale potrebbe essere una soluzione più di tutela per il consumatore, in ragione del termine di prescrizione decennale e della prova liberatoria a carico del debitore della non imputabilità dell'inadempimento (¹⁷⁸), questione questa che assieme al tema della

comma 1, c.c. postula che essa attenga ad elementi intrinseci alla fattispecie negoziale in quanto l'informazione contrattuale e il contenuto del contratto formulano un tutto inscindibile, tant'è che la lacuna della prima determina l'incompletezza del contratto e la nullità della relativa operazione di scambio.

La condotta delle parti nel corso delle trattative per quanto illegittima non altera la struttura del contratto, né rende il regolamento illecito: in assenza di una patologia intrinseca è improprio invocare l'art. 1418, comma 1, c.c., limitando la reazione per la violazione delle regole informative al risarcimento del danno.

Infine, quanto all'informazione da fornire dopo la conclusione del contratto, la violazione dell'obbligo informativo è un inadempimento contrattuale che facoltizza la parte ad esercitare l'azione di risoluzione del contratto, oltre al risarcimento del danno: è questa l'ipotesi dell'intermediazione finanziaria dove si rinviene un contratto quadro cui seguono singoli ordini di acquisto di titoli. Dalla stipulazione del contratto quadro deriva l'obbligo per l'intermediario di procedere alla esecuzione dell'ordine di acquisto solo dopo aver fornito date informazioni all'investitore.

Non sono mancate voci critiche all'arresto giurisprudenziale in parola, considerato anche che non si vede ragione per distinguere differenti rimedi a fronte di una patologia unitaria determinata dal *deficit* informativo che deriva dalla mancata osservanza degli obblighi informativi posti a presidio di un risultato unitario: ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria. Quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 120; LUMINOSO A., *Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, p. 1430.

(¹⁷⁸) Se gli obblighi di informazione sul diritto di recesso integrano il contenuto del contratto e ne «diventano parte integrante», e ciò per espressa previsione del legislatore dell'Unione, allora si può fondatamente riconoscere in capo al professionista una responsabilità contrattuale. In questi termini di veda LOBUONO M., *op. cit.*, p. 139.

quantificazione del danno da risarcire verranno affrontate al termine del capitolo successivo (¹⁷⁹).

Infatti, si anticipa sin da ora che anche il rimedio risarcitorio, pur prestandosi a minori obiezioni rispetto alle altre soluzioni prospettate e apparendo meno destabilizzante per l'impianto contrattuale codicistico, se inteso nella sua ottica tradizionalmente ripristinatoria nasconde dei profili di insidiosità per il consumatore, legati in particolare all'onere di dimostrare di aver subito un danno consequenziale alla reticenza del professionista.

La difficile quantificazione di un pregiudizio da risarcire è questione che si prospetta nella sua problematicità in ragione della tradizionale funzione ripristinatoria assegnata alla responsabilità civile, questione che non avrebbe invece ragione di porsi se, in una prospettiva evolutiva, si riconoscesse che per il caso di omessa informazione sul c.d. recesso di pentimento la sanzione potrebbe essere quella di porre a carico del professionista una somma risarcitoria equitativamente determinata *sub specie* di pena privata (¹⁸⁰).

Ad ogni modo, ferma l'imprescindibile necessità di individuare la forma di tutela più adeguata ogniqualvolta si verifichi l'inadempimento da parte del professionista agli obblighi di informativa precontrattuale, non va esclusa a priori l'operatività in generale, ove ne sussistano i relativi presupposti, della disciplina di settore presente nel codice del consumo (¹⁸¹).

(¹⁷⁹) In argomento cfr. *infra* cap. III, par. 12, p. 213 ss. e par. 13, p. 218 ss.

(¹⁸⁰) Sul tema cfr. *infra* cap. III, par. 13, p. 218 ss.

(¹⁸¹) A livello di disciplina generale presente nel codice civile, in relazione alla mancata informazione precontrattuale attinente a tutti gli elementi contrattuali, e non solo al diritto di recesso, si potrebbe prospettare l'operatività della disciplina di cui all'art. 1341 c.c. riflettendo in ordine al carattere standardizzato delle contrattazioni rientranti nell'ambito della previsione delle norme che sanciscono gli obblighi informativi a carico del professionista predisponente.

Nella misura in cui gli obblighi informativi riguardino i termini di un regolamento negoziale unilateralmente predisposto, il requisito dell'astratta conoscibilità indicato dall'art. 1341, comma 1, c.c. verrebbe qui soddisfatto dall'avvenuta comunicazione: ne deriverebbe la non vincolatività per l'aderente delle condizioni contrattuali non specificamente comunicate.

Ferma la necessità di valutare se il rapporto contrattuale, instaurato tra professionista e consumatore, preceduto dalla violazione di obblighi informativi, sia stato o meno disciplinato anche dall'elaborazione di condizioni generali predisposte unilateralmente dal professionista e poi imposte al consumatore, tale ipotesi interpretativa permette di offrire tutela al consumatore a fronte della lacuna rimediata descritta, privilegiando la conservazione del contratto, depurato dalla clausole sfavorevoli per il contraente destinatario della protezione, e riequilibrando la posizione di

Invero a livello di disciplina settoriale consumeristica, la carenza di risposte sanzionatorie potrebbe portare ad invocare, oltre la disciplina connessa alle clausole vessatorie (artt. 33 ss. c. cons.), anche quella sulle pratiche commerciali scorrette (artt. 18-27 c. cons), ove ne ricorressero i presupposti applicativi (¹⁸²).

Le informazioni contemplate dal par. 1 art. 5 del direttiva, nonché quelle di cui all'art. 6, devono considerarsi senz'altro «*rilevanti*» ai sensi dell'art. 7 Dir. 2005/29 CE sulle pratiche commerciali sleali e, di conseguenza, il professionista che rivolge al consumatore un invito all'acquisto o tiene una condotta diretta alla conclusione di un contratto senza fornire le informazioni in questione o fornendole in modo inesatto, pone in essere una pratica commerciale che può integrare gli estremi di un'omissione ingannevole, se idonea ad indurre il consumatore medio ad assumere una decisione commerciale che non avrebbe altrimenti preso (¹⁸³): una simile lettura corrobora altresì la natura anche concorrenziale del congegno negoziale incentrato sugli obblighi di informazione a carico del professionista, natura che interferisce, lo si vedrà (¹⁸⁴), sulla tematica della tutela risarcitoria per quanto concerne in particolare il profilo della quantificazione del danno.

Ad ogni modo, la possibilità di invocare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, in passato invocata in via interpretativa, trova, oggi, esplicito riconoscimento nell'art. 66 c. cons., disposizione questa che è stata sensibilmente riformata dal legislatore in recepimento della direttiva 2011/83/UE.

Infatti, mentre l'art. 62 c.cons. *ante* Rif. attribuiva agli organi di polizia

disparità dei contraenti. Pertanto, se gli elementi oggetto dell'informativa obbligatoria sono determinati nelle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto predisposte dal professionista, efficaci ed opponibili all'aderente ai sensi dell'art. 1341, comma 1, c.c., l'obbligo informativo potrebbe dirsi adempiuto. Spunti ricostruttivi in questo senso provengono da DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 64 ss.; ID., *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium Iuris*, 1999, p. 1195; s. CHERUBINI M.C., *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, Torino, 2005, p. 68 s.

(¹⁸²) Quanto al profilo rimediabile, l'omissione ingannevole comporta l'applicazione della tutela amministrativa e giurisdizionale previste dall'apparato sanzionatorio affidato all'autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 27 ss. c. cons.).

(¹⁸³) Per un'analisi delle differenze tra omessa informativa precontrattuale in tema di contrattazione a distanza o fuori dei locali commerciali e la disciplina delle pratiche commerciali scorrette, *sub specie* di «*omissione ingannevole*» si veda OCCHIUZZI P., *op. cit.*, p. 15 ss.

(¹⁸⁴) Cfr. *infra* cap. III, par. 11, p. 208 ss.

amministrativa il compito di provvedere all'accertamento delle violazioni delle disposizioni in materia di contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, trasmettendo poi il relativo rapporto alle camere di commercio ai fini dell'irrogazione di sanzioni amministrative pecuniarie di importo modesto, il comma 2 dell'art. 66 c. cons., così come novellato attribuisce all'Autorità garante della concorrenza e del mercato la competenza ad accertare la violazione delle disposizioni inserite nelle Sezioni I - IV del Capo I ed adottare i conseguenti provvedimenti inibitori, ripristinatori e sanzionatori, stabilendo che «*in materia di accertamento e sanzione delle violazioni*» (art. 66, comma 3, c. cons.) debba applicarsi l'art. 27 c. cons. concernente le pratiche commerciali scorrette.

Ne consegue che, da un punto di vista amministrativo, il professionista autore della violazione delle disposizioni inserite nei novellati artt. 48 ss. c. cons. è esposto a sanzioni amministrative pecuniarie - irrogate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato con competenza esclusiva - il cui importo è stato elevato dallo stesso d.lgs. n. 21/2014 fino a 5.000.000 euro ⁽¹⁸⁵⁾.

Allo stato attuale rimane tuttavia poco chiaro se la condotta del professionista inadempiente costituisca *ex se* un illecito amministrativo passibile di determinare l'irrogazione delle sanzioni di cui all'art. 27 c.cons. ⁽¹⁸⁶⁾ o se invece chieda un accertamento della sussistenza, nella condotta del professionista, degli estremi di una pratica commerciale scorretta, presupponendo, dunque, una valutazione di idoneità a falsare il comportamento economico del consumatore medio nei confronti del quale sia tenuta ⁽¹⁸⁷⁾.

⁽¹⁸⁵⁾ L'art. 1, comma 6, del d.lgs. n. 21/2014 va a modificare anche l'art. 27 del c. cons. in diversi punti, tra cui la previsione di una sostituzione al comma 9 delle parole 500.000 euro con 5.000.000 euro.

⁽¹⁸⁶⁾ In questi termini si veda ROSSI CARLEO L., *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in *Corr. Giur., Speciale*, 7, 2014, p. 7s.; PERUGINI M.R., *I nuovi strumenti di intervento dell'AGCM.*, in *Corr. Giur., Speciale*, 7, 2014, p. 44 ss.

⁽¹⁸⁷⁾ La problematicità della questione viene sollevata da DE CRISTOFARO G., *op. cit.*, p. 922.

CAPITOLO TERZO
II C.D. RECESSO DI PENTIMENTO E LA TUTELA RISARCITORIA A
FAVORE DEL CONTRAENTE DEBOLE

1. La forza di legge del contratto e il potere di scioglimento unilaterale: caratteri ed effetti dell'atto di esercizio del recesso nella disciplina di diritto comune

Pur in mancanza di una espressa definizione codicistica di recesso, il nucleo essenziale dello stesso si può desumere dagli artt. 1372, comma 1 ⁽¹⁾ e 1373 c.c. ⁽²⁾, disposizioni queste che sanciscono l'irretrattabilità del vincolo contrattuale che può venire meno solo in forza di un accordo diretto ad estinguerlo o nei casi espressamente previsti dalla legge, attesa la forza del vincolo negoziale stesso ⁽³⁾: forza del contratto che però viene indebolita dalla facoltà attribuita ad una delle parti, per legge o in forza di una clausola convenzionale, di sciogliersi unilateralmente dall'impegno assunto.

⁽¹⁾ L'art. 1372, comma 1, c.c. afferma: «Il contratto ha forza di legge tra le parti e non può essere sciolto che per mutuo consenso o per le cause ammesse dalla legge».

⁽²⁾ Ai sensi dell'art. 1373 c.c. «Se a una delle parti è attribuita la facoltà di recedere dal contratto, tale facoltà può essere esercitata finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica, tale facoltà può essere esercitata anche successivamente, ma il recesso non ha effetto per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione.

Qualora sia stata stipulata la prestazione di un corrispettivo per il recesso, questo ha effetto quando la prestazione eseguita.

E' salvo in ogni caso il patto contrario».

⁽³⁾ In argomento sulla figura del recesso in generale si veda BARCA A., *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano, 2011, p. 25 ss.; IDEM, *Scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, in *Tr. dir. priv. dell'Unione Europea*, a cura di Alpa G., III, 2, *I diritti dei consumatori*, Torino, 2009, p. 367ss.; ROSELLI F., *Il recesso dal contratto*, in *Tr. dir. priv.*, diretto da Bessone M., XIII, 5, *Il contratto in generale*, Torino, 2002, p. 259 ss.; SANGIORGI S., voce *Recesso*, in *Enc. Giur.*, XXVI, 1991, Roma, 1 ss.; GABRIELLI G., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, in *Quaderni giur. comm.*, Milano, 1985, p. 56 ss.; GABRIELLI G. - PADOVINI F., voce *Recesso*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 27 ss.; DE NOVA G., *Il recesso*, in *Tr. dir. civ.*, diretto da Sacco R., 2, *Il contratto*, Torino, 1993, p. 729 ss.; ID., voce *Recesso*, in *Digesto disc. priv.*, XVI, Torino, 1997, p. 314 ss.

Dalla lettura complessiva di tali disposizioni normative emerge che il recesso può essere definito come l'atto mediante il quale una delle parti contraenti manifesta la volontà di sciogliere unilateralmente il contratto perché un simile potere le è riconosciuto dalla legge ⁽⁴⁾ o dal contratto medesimo ⁽⁵⁾.

Il recedente, in particolare, si avvale del diritto potestativo di estinguere il rapporto contrattuale con effetto generalmente *ex nunc* mediante una dichiarazione di volontà unilaterale rivolta e notificata alla controparte, la quale, in una posizione di soggezione, subisce il mutamento della sua sfera giuridica.

La facoltà di recesso si esercita, quindi, per mezzo di una dichiarazione, integrante un negozio giuridico unilaterale ⁽⁶⁾, recettizio, di secondo grado in

⁽⁴⁾ Il legislatore ha previsto il recesso legale per quei contratti che possono avere una durata illimitata nel tempo, in applicazione del principio della non perpetuità dei vincoli contrattuali e dalla necessità di evitare contratti di durata indeterminata (v. es. *infra* nt. 18), oltre che, in altre ipotesi, per tutelare l'interesse delle parti a seguito di modifiche oggettive sopravvenute al contratto posteriormente alla sua conclusione (v. es. *infra* nt. 21).

Vi sono poi casi in cui non si hanno rapporti di durata a tempo indeterminato, essendo dal legislatore previsto un determinato modulo di durata per il rapporto contrattuale, su cui il recesso va ad incidere: si pensi al caso dell'associazione (art. 24 c.c.), del contratto di conto corrente (art. 1833 c.c.) ove il recesso ha effetto solo ad ogni chiusura dal conto.

In altre fattispecie legali il recesso si connota ulteriormente perché in concomitanza all'effetto estintivo scatta un obbligo a carico del recedente con funzione, nella sostanza, indennitaria (artt. 1671, 2227 c.c. e 241 e 856 c. nav.).

Quanto al fondamento del recesso legale questo si rinviene nel principio di buona fede nei contratti sancito dagli artt. 1337, 1366 e 1375 c.c., come ricordato dalla stessa giurisprudenza che ha più volte ricollegato il recesso dal contratto a tempo indeterminato al principio di buona fede durante la sua esecuzione (Cass. Civ., 7.3.2002, n. 3296; Cass. Civ., 16.10.2003, n. 15482; Cass. Civ., S.U., 15.11.2007, n. 23726; Cass. Civ., 18.9.2009, n. 20106).

In giurisprudenza si è discusso se le ipotesi di previsione legale del potere di recesso dal contratto possano essere ampliate attraverso un'interpretazione analogica o se, invece, siano un numero chiuso, questione questa connessa al punto di equilibrio che si vuole raggiungere tra il principio di stabilità e temporaneità del rapporto contrattuale. In decisioni più risalenti (Cass. Civ., 22.2.1963, n. 424) è stato definito il recesso come un istituto di carattere eccezionale, mentre in altre pronunce (Cass. Civ., 29.4.1993, n. 4507) è stata riconosciuta la recedibilità dal contratto anche in mancanza di una previsione legale in tale senso.

⁽⁵⁾ Il legislatore prevede due ipotesi di recesso convenzionale: la prima per i contratti ad esecuzione istantanea, la seconda per quelli ad esecuzione continuata o periodica (c.d. contratti di durata). Nel primo caso il recesso è esercitabile fino a che il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione, mentre nella seconda ipotesi in qualunque momento, con il limite però di non avere effetto per le prestazioni già eseguite: da entrambe tali regole si ricava che, nei contratti non di durata, il recesso debba precedere e non seguire l'esecuzione del contratto in quanto è precluso lo scioglimento unilaterale del contratto quando l'esecuzione è iniziata e nei contratti di durata i relativi effetti sono limitati alle prestazioni ancora da eseguire.

⁽⁶⁾ L'atto di recesso ha contenuto patrimoniale ed è destinato a produrre effetti tra vivi, dovendosi quindi applicare, in virtù dell'art. 1324 c.c., le norme sul contratto in generale in quanto compatibili con la struttura unilaterale della fattispecie in questione.

quanto opera sul rapporto posto in essere con il contratto originario, la cui natura di negozio formale è discussa ⁽⁷⁾.

L'istituto del recesso va tenuto distinto da altre figure che, in apparenza, possono presentare dei profili di affinità con esso.

Contemplata in ipotesi tra loro diverse ⁽⁸⁾, la revoca esprime un potere facoltativo di ritrattazione dell'atto giuridico mediante una dichiarazione di volontà unilaterale, non sempre recettizia, con la quale un soggetto contraddice una precedente dichiarazione di contenuto negoziale calata in un atto unilaterale o in un contratto stipulato nell'interesse della parte revocante.

Da ciò si coglie come tra le due figure vi siano, principalmente, due ordini di differenze.

Un primo profilo di diversità attiene al modo di operare della revoca rispetto al recesso, poiché essa incide sull'atto e solo mediatamente investe il rapporto giuridico. Secondariamente, a seguito della revoca l'atto non è più idoneo a produrre effetti giuridici e quelli già prodottisi si estinguono *ex tunc*, là dove il recesso, piuttosto, coinvolgendo direttamente il rapporto, opera generalmente *ex nunc* ⁽⁹⁾, ancorché quello c.d. di pentimento, posto a tutela del consumatore - come meglio si vedrà - incide su un rapporto contrattuale in essere

⁽⁷⁾ Il problema della forma del recesso, ferma la possibilità di prevedere una forma convenzionale, è stato affrontato diversamente in base alle funzioni perseguite dal medesimo: se determinativo, avendo natura integrativa del contenuto contrattuale solo quanto all'elemento temporale determinato in seguito alla perfezione dell'accordo, non risentirebbe degli oneri formali del negozio principale (FERRI G., *sub art. 2285*, in *Comm. C.c. Scialoja Branca*, Bologna - Roma, 1981, p. 318 ss.); se invece impugnatorio o di pentimento la forma scritta sarebbe richiesta tutte le volte in cui comporti un ritrasferimento di diritti indicati nell'art. 1350 c.c. (GABRIELLI G., *op. cit.*, p. 44)

Nel senso della libertà della forma del negozio di recesso in assenza di una diversa previsione formale da parte del legislatore si veda SANGIORGI G., *op. cit.*, p. 7.

⁽⁸⁾ Si pensi, ad esempio, alla revoca del negozio di fondazione (art. 16 c.c.), del contratto di donazione (art. 782, comma 3, c.c.) alla rinuncia dell'eredità (art. 525 c.c.), alla delegazione (art. 1270 c.c.), a quella della stipulazione del terzo (art. 1411 c.c.), alla procura (art. 1396 c.c.).

⁽⁹⁾ Sulla diversità tra revoca e recesso, nei termini indicati nel testo v. GIANPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 76; BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tr. dir. civile*, diretto da Vassalli F., Torino, 1952, p. 251. In senso critico quanto alla impostazione seguita tradizionalmente in dottrina circa la distinzione tra revoca e recesso, v. TALAMANCA M., *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, p. 150 ss.: per l'Autore gli effetti della revoca non possono che essere quelli di estinguere la situazione effettuale creata dal negozio precedente in quanto la dichiarazione negoziale come fatto storico non può essere cancellata.

retroattivamente.

Recesso e revoca, dunque, sebbene entrambi dotati di efficacia estintiva, si distinguono perché la revoca preclude o estingue gli effetti giuridici di un precedente atto unilaterale, mentre il recesso quelli di un contratto, incidendo, quindi, su atti strutturalmente differenti.

La differenza tra le due figure rimane ferma, anche se si considera la figura del c.d. recesso di pentimento, strumento questo previsto a tutela del consumatore a fronte di contrattazioni complesse o comunque idonee a pregiudicare la sua consapevole decisione contrattuale ⁽¹⁰⁾.

La Direttiva 2011/83/UE, ed anche il novellato codice del consumo configurano il diritto di recesso a tutela del consumatore come uno strumento di tutela flessibile, esercitabile anche verso la proposta contrattuale proveniente dal consumatore medesimo ⁽¹¹⁾.

Si anticipa sin d'ora che aver previsto un'anticipata azionabilità del rimedio anche rispetto ad una proposta contrattuale non giustifica un'interpretazione dello stesso come un vero e proprio diritto di recesso: si tratta, infatti, di una revoca della proposta contrattuale in quanto il recesso a tutela del consumatore, seppur dotato di una funzione di pentimento a tutela del consumatore, coinvolge un contratto già concluso, eliminandolo con effetti *ex tunc*, diversamente dal recesso codicistico (art. 1373 c. c.).

Nonostante la differenza tra le due figure del recesso e della revoca, è stato sostenuto che il recesso sarebbe riconducibile alla facoltà di revocare la proposta contrattuale indipendentemente da ogni clausola pattizia contraria ⁽¹²⁾.

⁽¹⁰⁾ Cfr. in argomento *infra* parr. 2, p. 151 ss. e 4, p. 159 ss.

⁽¹¹⁾ Ciò lo si desume dall'analisi della disciplina degli effetti del recesso, v. art. 12, lett. b, Dir. e art. 55, lett. b, c. cons.

⁽¹²⁾ Riconducono il recesso alla revoca FERRO G.B., *La vendita porta a porta*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 1998, p. 152.; G. LA VILLA, *Il diritto dei valori mobiliari*, Milano, 1995, p. 61 s. Taluni (LENER R., *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale*, in *Banca borsa titoli credito*, 1990, p. 796 ss.; VISENTINI G., *Emissione e collocamento di valori mobiliari: prime note di commento agli artt. 11-14 della l. 23.3.1983, n. 77*, in *Riv. Società*, 1983, p. 894) hanno invocato, con riguardo al regime dell'offerta dei valori mobiliari a domicilio o in generale fuori sede, lo speciale procedimento dell'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.): la parte che si rivolge alla generalità della clientela sul mercato effettua

Tuttavia, inquadrare il diritto di recesso nell'istituto della revoca della proposta si pone in contrasto con il rilievo difficilmente contestabile secondo cui il potere di revoca si estingue con la conclusione del contratto, salvo ritenere - ma così non è - che il contratto si concluda effettivamente solo con il decorso del termine previsto per recedere.

Da un punto di vista concettuale poi il diritto di recesso sembra corrispondere perfettamente alla condizione risolutiva potestativa, in particolare ad una condizione meramente potestativa ove sia pattuito come insindacabile, ovvero ad una condizione potestativa semplice se il suo esercizio venga subordinato a determinati presupposti di fatto⁽¹³⁾.

Tuttavia, anche tra questi due istituti non vi è necessariamente una coincidenza perché la condizione risolutiva unilaterale opera automaticamente, ossia comporta che, al verificarsi di un evento futuro ed incerto, il contratto si sciogla, salva una diversa manifestazione di volontà delle parti, mentre il recesso - lo si è visto - presuppone un'esternazione di volontà. Oltre alla circostanza che il recesso opera di norma dal giorno del suo compimento, la condizione, invece, retroattivamente (art. 1360 c.c.).

Quanto agli effetti derivanti dall'esercizio del diritto di recesso, va ricordato come questo non rimuova l'atto, al pari dell'impugnativa negoziale, ma risolva il rapporto contrattuale, facendone venir meno gli effetti giuridici, con un'efficacia calibrata diversamente a seconda che incida su un contratto non di durata o su un contratto ad esecuzione continuata o periodica.

Nel primo caso la facoltà di recesso può essere esercitata fino a che il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione (art. 1373, comma 1, c.c.), facendo risolvere il contratto con salvezza dei diritti dei terzi, mentre nel secondo caso anche successivamente all'esecuzione, senza effetto però per le prestazioni già eseguite o in corso di esecuzione (art. 1373, comma 2, c.c.), determinando

una proposta contrattuale ferma, lasciando libero il singolo contraente di manifestare la sua adesione, ma pure di ripensarci e ritirarla entro un determinato periodo di tempo.

⁽¹³⁾ Così SIRENA P., *I recessi unilaterali*, in *Tr. del contratto*, a cura di Roppo V., III, *Effetti*, Milano, 2006, p. 115 s. Contrari invece all'assimilazione del recesso con la condizione risolutiva unilaterale attesa la natura negoziale del recesso SANGIORGI, *ibidem*.

l'estinzione irretroattiva del contratto a partire cioè dal giorno del recesso (¹⁴).

In entrambi i casi è sempre salva una contraria volontà delle parti, data la natura di norma derogabile dell'art. 1373, comma 2, c.c., salvo ovviamente il limite costituito dall'impossibilità di attribuire al patto di recesso un'efficacia retroattiva reale, la quale può fondarsi solo sulla legge, non già sulla volontà delle parti (¹⁵).

Per quanto concerne l'operare del recesso in relazione ai contratti ad effetti reali, presupponendone l'ammissibilità (¹⁶), va precisato che anche in questo caso non esplica un'efficacia retroattiva, ma agisce sul rapporto contrattuale, facendolo venire meno dal momento del suo compimento (cioè *ex nunc*) poiché, diversamente, sarebbero pregiudicati i diritti dei soggetti terzi che, prima dell'avvenuto recesso, abbiano legittimamente acquistato dall'acquirente recedente, proprietario di quanto alienato al terzo in forza del principio del consenso traslativo (¹⁷).

(¹⁴) L'inefficacia sopravvenuta del contratto non incide sulle prestazioni già eseguite che non debbono restituirsi: nei contratti di durata la causa è unica ma si attua continuamente, per cui la cessazione del rapporto prima dell'adempimento totale vede già attuata la causa per il tempo in cui il contratto si è adempiuto, di qui l'irretroattività del recesso.

(¹⁵) Sul punto PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 141.

(¹⁶) Il principio di esecuzione del contratto, quale limite legale all'esercizio del diritto di recesso, è stato interpretato nel senso non della produzione dei suoi effetti giuridici, siano essi reali ovvero obbligatori, ma come compimento o pretesa di compimento di un atto solutorio: è tale comportamento, non già la produzione degli effetti giuridici contrattuali, a ingenerare nell'altra parte il potenziale affidamento tutelato dall'art. 1373, comma 1, c.c. Si è, infatti, sostenuto che quando sia un contratto ad effetti reali quello concluso l'inizio di esecuzione non è dato dalla produzione di tali effetti, bensì dal comportamento attuativo degli obblighi e diritti previsti dalla proposta poiché gli effetti del contratto, essendo vicende di rapporti giuridici, non sono capaci di esecuzione (cfr. SIRENA P., *op. cit.*, p. 132; BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, Milano, 2003, p. 739).

(¹⁷) Così DE NOVA G., *op. cit.*, p. 692.

Ritengono che non sia concesso ai privati disporre retroattivamente dell'efficacia retroattiva reale del contratto in quanto gli effetti reali sono regolati solo dalla legge e il recesso non può rimuovere gli effetti reali che ne sono derivati, nell'ottica di salvaguardare i terzi dal pregiudizio dell'efficacia reale dell'estinzione del contratto, RUBINO D., *La compravendita*, in *Tr. dir. civ. comm.*, diretto da Cicu A. e Messineo F., Milano, 1962, p. 1080; RESCIGNO P., voce *Condizione*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 784.

Vi è però chi ha sostenuto (SIRENA P., *op. cit.*, p.136s.) che anche nei contratti ad effetti reali il recesso opererebbe con effetti retroattivi: il diritto che era stato contrattualmente trasferito all'avente causa torna al dante causa in quanto originario titolare, obbligato alla restituzione di quanto ha ricevuto *ex art.* 2033 c.c. La retroattività del recesso non pregiudicherebbe, secondo l'Autore, i diritti dei terzi in quanto il possibile conflitto tra l'alienante e gli aventi causa o i

2. (Segue) Le diverse funzioni del recesso legale e la loro valenza classificatoria

Quanto al recesso legale, a seconda della pluralità di funzioni che questo si presta a svolgere, si possono enucleare tre tipologie di recesso.

La funzione determinativa connota il recesso legale previsto per i singoli contratti di durata a tempo indeterminato per i quali, né la legge, né l'autonomia contrattuale, hanno stabilito una scadenza o un termine finale al vincolo negoziale⁽¹⁸⁾.

La sua funzione sarebbe cioè quella di evitare che, protraendosi all'infinito, il vincolo contrattuale pesi in modo non sopportabile sulla libertà di una delle parti, di qui la sua definizione anche in termini di recesso di liberazione⁽¹⁹⁾: riconoscere il potere di esercitare un recesso determinativo significa riconoscere che quel contratto vincola quella parte sino a che essa vorrà ritenersi vincolata.

Analizzato dal punto di vista della struttura del contratto, pare potersi assumere che attraverso tale tipologia di recesso il legislatore abbia previsto un rimedio che permette di conservare il contratto nonostante il suo oggetto indeterminato nella durata: il recesso si pone allora come un elemento di determinazione dell'oggetto contrattuale, risolvendosi nell'apposizione di un termine finale, sino a quel momento mancante.

creditori dell'acquirente (ipotizzabile solo per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di un diritto reale immobiliare), verrebbe risolto secondo i principi in tema di trascrizione: il recesso, infatti, può essere pubblicizzato, trascrivendolo, in quanto riconducibile ad un'ipotesi di riscatto, ai sensi dell'art. 2653, n. 3, c.c., e rendendolo così opponibile ai terzi che abbiano successivamente trascritto il loro titolo. Inoltre, al pari dell'opponibilità del patto di riscatto, la clausola del recesso deve essere menzionata nella nota di trascrizione del contratto ai sensi dell'art. 2659, comma 2, c.c., così che la trascrizione del riscatto prende effetto dal giorno in cui è stata effettuata. Il regime di opponibilità dell'atto è lo stesso che si applica alla condizione risolutiva, con la differenza però che l'avveramento di questa è annotabile ai sensi dell'art. 2655 c.c.

⁽¹⁸⁾ Si pensi, a titolo di esempio, al contratto di somministrazione (art. 1569 c.c.), al mandato (art. 1725, comma 2, c.c.) al contratto di agenzia a tempo indeterminato (1750 c.c.), al contratto d'opera (art. 2227 c.c.), al contratto d'opera intellettuale (art. 2237 c.c.), al contratto d'affitto (art. 1616 c.c.), a quello di lavoro (art. 2118 c.c.), tutte ipotesi in cui alle parti è riconosciuto il diritto di porre termine al rapporto a tempo indeterminato in ogni momento, previa concessione di un termine di preavviso. Si tratta di norme derogabili dalle parti contraenti che possono rinunciare al diritto di recesso previsto a loro favore.

⁽¹⁹⁾ Così ROPPO V., *Il contratto*, Milano², 2011, p. 518.

In altre ipotesi il legislatore ha previsto uno strumento in grado di riportare ad equilibrio il contratto in presenza di specifici difetti genetici o funzionali, specie per quanto attiene all'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni, assolvendo così il recesso ad una funzione in senso lato impugnatoria⁽²⁰⁾.

In tali casi si concede alla parte non più interessata alla prosecuzione del rapporto, per effetto di una modificazione significativa delle condizioni contrattuali, un mezzo di autotutela, permettendole di liberarsi con agilità dal vincolo in precedenza assunto⁽²¹⁾.

Analoga funzione di riequilibrio delle posizioni dei contraenti si rinviene in quei casi in cui il recesso costituisce lo strumento per riservare, in forza di una previsione di legge⁽²²⁾ o di una clausola convenzionale (art. 1373, comma 4, c.c.), ad una delle parti contraenti una nuova valutazione di convenienza dell'affare, di segno opposto rispetto a quella che l'aveva portata alla conclusione del contratto,

⁽²⁰⁾ Nonostante l'identità di presupposti tra strumenti risolutivi e recesso inteso come mezzo di impugnazione, è evidente la differenza sussistente tra il recesso e gli altri mezzi di tutela previsti negli artt. 1453 ss. c.c., in particolare per quanto concerne gli effetti nel caso di risoluzione giudiziale: l'azione di risoluzione, infatti, pur fondandosi sull'inadempimento al pari del recesso c.d. impugnatorio, si distingue per i suoi effetti costitutivi che operano dal momento di proposizione della domanda giudiziale, mentre la sentenza dichiarativa che, in caso di contestazione, accerti la validità del recesso opera dal momento in cui la dichiarazione del recedente viene resa nota al destinatario.

⁽²¹⁾ Si pensi al recesso per vizi genetici a favore dell'assicuratore per le dichiarazioni dell'assicurato incolpevolmente inesatte o reticenti, non dolose o gravemente colpose (art. 1893 c.c.); sempre in tema di assicurazione, l'assicuratore ha la facoltà di recedere dal contratto di fronte a mutamenti sopravvenuti che comportano una diminuzione del rischio (art. 1897 c.c.). Altro tipico esempio di recesso di autotutela si ha nell'ambito della caparra confirmatoria (art. 1385 c.c.), oltre che nel caso previsto dall'art. 1464 c.c. per la parte che non ha un interesse apprezzabile all'esecuzione della controprestazione divenuta parzialmente impossibile (art. 1464 c.c.). Altro esempio è costituito dagli artt. 1537, comma 2, e 1538, comma 2, c.c. a proposito della vendita, entrambe norme che mettono a disposizione dell'acquirente uno strumento per sfuggire ad un contratto che, a seguito di vizi, li vincolerebbe a condizioni troppo svantaggiose.

⁽²²⁾ Esempi nel codice civile si ritrovano nell'ambito del contratto d'appalto a favore del committente (art. 1671 c.c.), nel contratto d'opera a favore del cliente (art. 2227 c.c.), nel mandato a favore del mandante o del mandatario (artt. 1723, 1725, 1726 e 1727 c.c.), nel contratto d'opera professionale intellettuale a favore del cliente (art. 2237 c.c.).

Nel codice del consumo vi sono diverse ipotesi di riconoscimento al consumatore della facoltà di sciogliere unilateralmente il vincolo contrattuale, restituendo il bene o revocando l'ordine effettuato ottenendo la restituzione del prezzo pagato (cfr. *infra* parr. 5 e 7): a tutela del consumatore il legislatore ha previsto di eliminare le forme di squilibrio contrattuale, dando la possibilità di tornare sui suoi passi e ripensarci, liberandosi dal vincolo, reagendo alle modifiche operate dal professionista al contenuto del contratto o alla sua esecuzione e recedendo da un contratto non più conveniente dal punto di vista economico.

rimessa alla sua libera ed insindacabile scelta: è questo il c.d. recesso o diritto di pentimento (*ius se poenitendi*).

Nella complessiva sistemática del codice civile la tipologia del c.d. recesso di pentimento, intesa in senso stretto, appare riconducibile ad una sola fattispecie legale collocata nell'ambito della disciplina del contratto d'opera intellettuale: l'art. 2237, comma 1, c.c. dispone, infatti, che il cliente possa recedere dal contratto rimborsando al prestatore d'opera le spese sostenute e pagando il prezzo dell'opera svolta, svincolandosi così dal contratto, mediante una apposita dichiarazione rivolta alla controparte, senza dover osservare forme particolari e senza motivazione⁽²³⁾.

Pertanto, il c.d. recesso di pentimento codicistico vive in uno spazio applicativo tanto ristretto al punto da non permettere di fondarne, sul piano normativo, un'autonoma tipologia in grado di proiettarsi oltre il caso specifico del contratto d'opera intellettuale.

È solo con la normativa di matrice comunitaria, per lo più posta a tutela del consumatore, che le fattispecie legali annoverabili in tale schema di recesso si sono sviluppate nell'ordinamento italiano con delle peculiarità costanti tali da contraddistinguere quest'ultimo *ius se poenitendi* rispetto al suo corrispondente codicistico⁽²⁴⁾.

Tali tratti costanti non portano a concludere che il principio della «forza di legge» del contratto non abbia più ragion d'essere⁽²⁵⁾, in quanto il c.d. diritto di pentimento è pur sempre un rimedio che non ha portata generale, essendo concesso solo a favore del consumatore e non a favore di tutti gli operatori

⁽²³⁾ La *ratio* della norma poggia sul carattere fiduciario del rapporto contrattuale tra le parti e sulla peculiarità della natura della prestazione professionale, tali da giustificare il singolare regime degli effetti oltre che dello stesso diritto di recesso: cfr. MUSOLINO G., *Il contratto d'opera professionale*, Milano, 1999, p. 427 ss.

⁽²⁴⁾ La diversità tra il nuovo rimedio e il recesso contrattuale viene confermata sul piano normativo dalla circostanza che, in alcune discipline speciali settoriali, è stata espressamente prevista la coesistenza di entrambi i meccanismi attribuiti al contraente del medesimo contratto: si pensi alla disciplina assicurativa in cui si prevede che il contraente possa esperire il nuovo rimedio (art. 177) oltre che il riscatto in relazione al contratto di capitalizzazione (art. 178); in tema di disciplina del mercato finanziario l'investitore oltre al nuovo rimedio del recesso può recedere ai sensi dell'art. 1727 c.c. (art. 24 T.U.F.).

⁽²⁵⁾ Cfr. *infra* par. 9, pag. 198 ss.

economici, dotato di un ambito di applicazione oggettivo limitato ad alcune tipologie contrattuali, pur essendo valevole anche per le relative semplici proposte negoziali, e risultando, inoltre, finalizzato nel suo complesso ad un'autotutela soggettiva del consumatore per difendersi da situazioni di squilibrio contrattuale⁽²⁶⁾.

Da ultimo si aggiunga che la normativa in tema di contratti del consumatore consente di enucleare, all'interno del c.d. recesso di pentimento, la figura del c.d. recesso traslativo, ossia un negozio unilaterale recettizio che conduce allo scioglimento del contratto ad effetti reali e al correlato ritrasferimento del diritto in capo all'alienante⁽²⁷⁾.

Quando il c.d. recesso di pentimento accede ad un contratto ad effetti reali la sua causa naturalmente solutoria di scioglimento del vincolo negoziale si arricchisce di un profilo ulteriore di tipo traslativo, provocando il ritrasferimento del diritto in capo all'alienante che, con il contratto, lo aveva ceduto al compratore ora recedente: si parla allora di recesso traslativo ogni volta che rispetto ad una vicenda traslativa, che viene risolta, la funzione economica sociale del recesso produce un duplice effetto agendo sia sul piano solutorio, che su quello traslativo⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Vi è chi (GABRIELLI G., *op. cit.*, 66.), invece, ha ritenuto che il recesso legale di pentimento si ponga in contraddizione con il principio della forza di legge del contratto tra le parti, diversamente dal recesso determinativo e da quello impugnatorio che tutelano l'autonomia contrattuale impedendo, da un lato, che la lacuna dell'autodeterminazione privata comporti la totale improduttività di effetti giuridici e, dall'altro, che la parte si possa liberare dal contratto quando il programma negoziale concordato non sia più attuabile.

⁽²⁷⁾ Ad ogni modo, pur in presenza di un correlato effetto traslativo rimane inalterata la natura negoziale dell'atto di esercizio del diritto di recesso (non si può ritenere sciolto per recesso un contratto, lasciando invariata la situazione proprietaria in capo al recedente malgrado sia venuto meno la sua giustificazione causale).

Inoltre, ammettere che il recesso possa esercitare, oltre al tipico effetto estintivo, anche un altro effetto di (ri)trasferimento potrebbe essere una posizione che si espone a delle critiche comunque superabili. Da un lato, la tipicità dei negozi unilaterali è principio ormai da tempo interpretato nel senso di considerare gli effetti diretti di un negozio giuridico sulla sfera di terzi non vietati in assoluto, ma consentiti qualora dal negozio derivi un beneficio per il terzo da un punto di vista giuridico (nel senso di un ridimensionamento del principio della intangibilità della sfera giuridica del terzo, cfr. DIONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, p. 133ss.). Dall'altro, la tipicità dei negozi unilaterali traslativi attiene al relativo contenuto più che alla fonte (DIONISI C., *op. cit.*, p. 306 ss.).

⁽²⁸⁾ La figura del c.d. recesso traslativo (cfr. FALCONIO D., *Il recesso del consumatore*, in *Diritto*

3. Il c.d. recesso di pentimento e la normativa speciale a tutela del consumatore: un primo inquadramento sistematico

Tra i principi ordinatori della contrattazione consumeristica vi è quello per cui si può riconoscere uno stabile e definitivo impegno negoziale in capo al consumatore solo a condizione che sia realmente riscontrabile una sua effettiva determinazione nell'assunzione del vincolo, ovvero una sua consapevole condotta di totale trascuratezza o indifferenza quanto alla gestione e alla tutela dei propri interessi contrattuali pur in presenza di un'adeguata e completa informativa su ciascun elemento utile per valutarne il contenuto.

Da un lato, quindi, la previsione di una serie di nullità relative e parziali che operano solo a tutela del consumatore; dall'altro, invece, la decisione di porre gli effetti vincolanti del contratto nella disponibilità del consumatore stesso, secondo un criterio di corretto funzionamento del mercato e comunque ben oltre l'ordinaria strutturazione degli schemi formativi noti agli ordinamenti giuridici europei ⁽²⁹⁾.

Le ipotesi normativamente previste di recesso, quale tecnica di tutela del consumatore, sono molteplici ⁽³⁰⁾ e, l'esame, anche solo sommario, di alcune di

dei consumatori e nuove tecnologie, a cura di F. Bocchini, I, Torino, 2003, p. 400 ss.) presuppone la positiva soluzione al problema dell'ammissibilità del recesso sui contratti ad effetti reali immediati. Chi ritiene di darvi una risposta negativa, fa leva sull'art. 1373, comma 1, c.c., sostenendo che nei contratti traslativi istantanei l'effetto del trasferimento del diritto in base alla legittima manifestazione del consenso segnalerebbe il superamento di quella soglia cronologica rappresentata dal principio di esecuzione.

Tuttavia, tali perplessità vengono meno se solo si considera che l'art. 1373, ult. comma, c.c. prevede la derogabilità dei commi precedenti e, quindi, si potrebbe configurare un recesso anche quando una prestazione contrattuale sia già stata eseguita, come accade per effetto del consenso e l'attribuzione di proprietà (Cass. Civ., 25.1.1992, n. 812; Cass. Civ., 15.9.1999, n. 9840).

⁽²⁹⁾ In tal senso si veda BENEDETTI G., *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2009, p. 352.

⁽³⁰⁾ La prima ipotesi dello *ius poenitendi* risale alla direttiva sulla vendite «porta a porta» (Dir. 1985/577/CEE); successivamente in ordine cronologico il diritto di recesso si trova nelle direttive sull'assicurazione sulla vita (Dir. 1990/619/CEE); sui pacchetti turistici (Dir. 1990/314/CEE); in tema di multiproprietà (Dir. 1994/47/CE, e successiva 2008/122/UE); sulle vendite a distanza (Dir. CE 1997/7); sulla vendita a distanza di servizi finanziari (Dir. 2002/65/UE); sul credito al consumo (Dir. 2008/48/UE).

Da tali riferimenti citati a livello esemplificativo, si coglie come con il tempo il legislatore europeo abbia esteso il campo di azione oltre le situazioni in cui sono ravvisabili circostanze atte ad ostacolare la formazione di una decisione consapevole da parte del contraente non professionale: da rimedio contro la sorpresa, nel caso di contrattazione porta a porta o in altri luoghi diversi dai

esse, ne rivela la complessità funzionale variabile a seconda dei diversi casi disciplinati.

Come si è già avuto modo di vedere ⁽³¹⁾, i rimedi posti a tutela del consumatore, tra cui la previsione degli obblighi informativi gravanti sul professionista e la disciplina del c.d. recesso di pentimento, presuppongono una situazione di squilibrio contrattuale tra i contraenti protagonisti di particolari

locali commerciali, a rimedio ad un difetto di ponderazione connesso con una più ampia serie di circostanze, individuate di volta in volta.

Ciò si cogli anche a livello di fonti interne di recepimento della normativa europea: qui di seguito alcuni esempi.

Uno dei primi interventi normativi si è avuto nel settore delle vendite a domicilio di valori mobiliari a tutela dell'investitore acquirente, con la previsione (art. 18 *ter* l. 7.6.1974, n. 216, poi abrogato dal d.lgs. 24.2.1998, n. 58) della sospensione di efficacia dei contratti a domicilio relativi a valori mobiliari per cinque giorni; in materia di operazioni e servizi bancari, l'art. 118 del d.lgs. 1.9.1993, n. 385 (T.U. delle leggi in materia bancaria e creditizia) prevede che, a seguito della comunicazione da parte dell'istituto di credito della variazione in senso a lui sfavorevole della condizioni contrattuali, il cliente abbia il diritto di recedere entro 15 giorni dal ricevimento della comunicazione, senza penalità e con la facoltà di ottenere in sede di liquidazione del rapporto l'applicazione delle condizioni praticate in precedenza; in tema di assicurazione sulla vita, l'art. 111 d.lgs. 17.3.1995, n. 174 accorda all'assicurato il diritto di recedere dal contratto individuale entro 30 giorni dalla conclusione del contratto, secondo le modalità e gli effetti ivi disciplinati; in tema di c.d. pacchetti turistici tutto compreso l'art. 11 d.lgs. 17.3.1995, n. 111 (ora artt. 42 e 42 c. tur.) attribuisce al turista il diritto di recedere dal contratto, con rimborso delle somme già versate alla controparte, ove il prezzo forfettario sia rialzato nella misura superiore al 10 % del prezzo originario; l'art. 30, comma 6, d.lgs. 24.2.1998, n. 58 (t.u. in tema di intermediazione finanziaria), a mezzo del quale è stata data una disciplina uniforme al diritto di pentimento dell'investitore - risparmiatore, prevede che l'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestioni di portafogli individuali conclusi fuori sede o collocati a distanza sia sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore, il quale può comunicare il proprio recesso senza spese, né corrispettivo entro i setti giorni indicati.

Ancora in tema di multiproprietà, l'art. 5 del d.lgs. 9.11.1998, n. 427 prevede che il consumatore possa recedere dal contratto entro 10 giorni successivi alla conclusione del contratto, ovvero entro tre mesi nel caso in cui siano carenti gli elementi informativi previsti dalla legge, all'art. 2.

Infine, ulteriore riconoscimento a favore del consumatore del diritto di recesso, lo si vedrà meglio in seguito (par. 5 e 7), si rinviene nella originaria disciplina dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (art. 4, d.lgs. 15.01.1992, n. 50) e dei contratti a distanza (art. 4, d.lgs. 22.5.1999, n. 185).

Le previsioni relative al diritto di ripensamento introdotte nel nostro ordinamento sono per la maggior parte di derivazioni comunitaria, ma già alcuni ordinamenti nazionali ne avevano preveduto delle anticipazioni: l. svizzera, 23.3.1962; l. tedesca, 28.7.1969, sulla vendita di titoli di partecipazione a fondi di investimento all'estero; l. svedese, 4.6.1971, sulle vendite porta a porta; l. francese, 22.12.1972, n. 72, sul commercio e sulla vendita a domicilio; il *Consumer Credit Act* del 1974 in Regno Unito prevedeva il diritto di ripensamento (*right of cancellation of contract*); la l. tedesca, 16.1.1986, sui negozi stipulati fuori dei locali commerciali, riconosceva il diritto di revoca (*Widerrufsrecht*); l. italiana, 7.6.1974, n. 216, sui contratti di investimento in valori mobiliari stipulati mediante vendite a domicilio, all'art. 18 *ter* prevedeva il diritto di pentimento a favore del cliente.

⁽³¹⁾ Cfr. Cap. II, par. 2, p. 53.

tipologie di contrattazione ⁽³²⁾.

Tipologie di contrattazione queste che per la natura dei soggetti coinvolti, per la complessità contenutistica, per le modalità e le circostanze in cui vengono stipulate sono caratterizzate da uno squilibrio contrattuale a svantaggio del consumatore, tali da giustificare la previsione di un rimedio a suo favore.

Il legislatore ha accordato, infatti, al c.d. recesso di pentimento il compito di compensare l'eventuale inadeguata e inconsapevole maturazione della decisione del consumatore circa la conclusione dell'affare, offrendogli la possibilità di recedere entro un termine breve nelle ipotesi di assolvimento degli obblighi informativi, o entro un termine lungo nel caso di inadempimento degli obblighi informativi imposti dalla normativa di riferimento.

L'idea generale di fondo, dunque, è quella di far recuperare al consumatore lo *spatium deliberandi* che può risultare ridimensionato nella fase che precede la sua determinazione all'acquisto: la previsione della disponibilità di un periodo di riflessione mira ad attribuire a quest'ultimo la possibilità di assumere nuovi elementi di giudizio e comprendere così meglio i termini dell'operazione cui ha aderito.

Per quanto in questa sede di interesse, nell'ambito dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali e nei contratti a distanza, lo *ius poenitendi* è destinato a proteggere il consumatore nell'un caso da una tecnica commerciale idonea a coglierlo di sorpresa; nell'altro caso dalla lontananza che separa i contraenti e che impedisce al consumatore di sincerarsi della serietà della controparte di esaminare materialmente il bene che sta per acquistare e valutare se questo possa effettivamente rispondere alle sue esigenze.

Di conseguenza, la tutela tradizionale riconosciuta ai contraenti nella fase precontrattuale, principalmente fondata sull'obbligo di buona fede nelle trattative

⁽³²⁾ Con riferimento alla Direttiva 93/13/CE, relativa alle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, la Corte di Giustizia ha espressamente riconosciuto che «*il consumatore si trova in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse*»: Corte di Giustizia, 3.6.2010, C- 484/08.

(art. 1337 c.c.) e sulla disciplina dei vizi del consenso (art. 1427 c.c.), risulta essere insufficiente a proteggere gli interessi del consumatore: tali strumenti, oltre a presupporre una negoziazione effettivamente svoltasi - mancante, invece, nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali - impongono l'instaurazione di un giudizio con conseguenti oneri, economici e probatori, a carico dell'attore, mentre risulta decisamente più funzionale e celere per il consumatore rimeditare sull'affare concluso, al di là della prova di un effettivo perturbamento del suo processo volitivo ⁽³³⁾.

Si aggiunga, inoltre, che il recesso del consumatore oltre a proteggere il contraente più debole a fronte di un contratto che può non corrispondere realmente ai suoi interessi, mira ad assicurargli la possibilità di tornare sul mercato in tempi rapidi, così da poter soddisfare le sue esigenze merceologiche attraverso il compimento di nuove operazioni contrattuali: ne derivano delle ripercussioni che superano la dimensione meramente interindividuale del rapporto contrattuale in termini di accresciuta concorrenzialità del livello del mercato stesso.

Dal punto di vista delle finalità più marcatamente economiche, il c.d. recesso di pentimento incentiva una concorrenza maggiore a tutto vantaggio degli interessi del consumatore coinvolto nella vicenda contrattuale dalla quale ha il diritto di liberarsi ⁽³⁴⁾: lo *ius poenitendi* svolge quindi un ulteriore ruolo di significativo rilievo affinché la regolazione degli scambi transfrontalieri sia ispirata alla reale concorrenza ⁽³⁵⁾.

⁽³³⁾ Cfr. DELFINI F., *Negoziazione telematica e tutela del consumatore*, Milano, 2006, p. 159.

⁽³⁴⁾ Così PATTI F.P., *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa diritto privato*, 2012, p. 1012.

⁽³⁵⁾ Cfr. *supra* cap. II: par. 2, p. 53 ss., par. 3, p. 62 ss., par. 10, p. 113 ss.

4. Le finalità sottese al c.d. recesso di pentimento e le sue caratteristiche costanti

Risulta ora fondamentale l'analisi delle fonti comunitarie e nazionali relative al c.d. recesso di pentimento nei contratti porta a porta e a distanza, così da meglio comprendere l'effettiva natura di questo rimedio, che - lo si è già ricordato - è stato previsto in ragione della maggiore insidiosità di certe offerte contrattuali, attese le modalità di contrattazione o la natura dei beni o dei servizi offerti ai clienti.

Infatti, proprio dall'analisi della molteplicità degli interessi sottesi alle ipotesi legali dello *ius poenitendi* si coglie come il nuovo rimedio partecipi delle diverse e complessive finalità di tutela dei contraenti deboli e dell'efficienza e concorrenzialità dei mercati, in un'ottica di riequilibrio dei rapporti e di valorizzazione della trasparenza contrattuale.

Ciascuno di questi profili funzionali permette di risalire all'individuazione del corretto inquadramento sistematico e della natura giuridica del rimedio in esame ⁽³⁶⁾.

Anzitutto, in termini soggettivi il c.d. recesso di pentimento si connota per essere un rimedio a tutela del consumatore e, più in generale, dei contraenti deboli del mercato finale e del mercato intermedio, ponendosi come una misura specifica per reagire a fenomeni di abuso e di prevaricazione realizzati attraverso i nuovi fattori perturbatori dello svolgimento delle contrattazioni, ovverosia le modalità aggressive di contrattazione e la complessità dei contenuti delle offerte commerciali, tutti elementi questi che giustificano l'applicazione di speciali misure di tutela rafforzata a difesa dei consumatori.

In secondo luogo, l'analisi funzionale di tale tipologia di recesso permette di valutare anche, in una prospettiva diversa, il ruolo assunto dal contraente professionale che subisce il recesso stesso, contraente quest'ultimo che è tenuto ad

⁽³⁶⁾ Per un'analisi dell'approccio funzionale alla qualificazione del recesso, seppur con un'impostazione non condivisa nel presente lavoro, si veda *amplius* PILIA C., *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, p. 315 ss.

attuare tutte le misure concernenti l'informazione e la trasparenza e a rispettare le prescrizioni contrattuali dettate dalle nuove discipline: le previsioni normative sul c.d. recesso di pentimento, infatti, hanno un ambito soggettivo ben definito non solo rispetto al titolare del diritto in esame (*i. e.*: il consumatore), ma anche nei confronti della controparte - la quale, oltre a subire gli effetti in caso di suo esercizio, deve informare preventivamente il consumatore della sua esistenza - controparte che si identifica con il professionista che stipula il contratto nell'esercizio della propria attività lavorativa o professionale, nei diversi ambiti e settori contrattuali considerati dal legislatore.

Infatti, l'operatività di tale peculiare recesso è costruita, nella dialettica contrattuale, in modo tale da responsabilizzare lo stesso contraente professionista, il quale, consapevole che la sua condotta va ad incidere sulla durata del periodo utile per l'esercizio dello *ius poenitendi* recedibilità e sulle decorrenze dei relativi termini, è incentivato ad assumere al contempo comportamenti virtuosi, così favorendo anche la competizione commerciale e la concorrenza tra imprese.

Invero, viene a dipendere dalla condotta del professionista - a seconda cioè che la stessa risulti o meno conforme agli obblighi di informazione e di trasparenza imposti dalla legge - se la fase del recesso avrà una durata fisiologica o subirà, invece, uno scivolamento in avanti verso i termini previsti dalle diverse discipline contrattuali in materia.

Inoltre, nella prospettiva della parte professionale, oltre la durata, è essenziale valutare anche gli esiti dell'operazione complessivamente considerata, in quanto il c.d. recesso di pentimento, quale mezzo di reazione ad offerte aggressive, rimette alla libera decisione del suo titolare una scelta che può incidere direttamente sulla definizione della singola vicenda contrattuale e, di riflesso, anche sulle complessive dinamiche commerciali e concorrenziali: la pendenza del termine per esercitare il recesso risulta un momento essenziale durante il quale confrontare, valutare e selezionare i contenuti dell'offerta contrattuale, comparandola con altre disponibili sul mercato, valorizzando la libertà, la trasparenza e la concorrenzialità dei mercati moderni.

Ciò detto, non si può non considerare, sempre in un'ottica funzionale, come

le due prospettive soggettive (quella cioè del contraente debole e quella del professionista) si combinino tra loro e non facciano assumere al c.d. recesso di pentimento un significato limitato alle singole visuali parziali di ciascuna delle parti contraenti, essendo volto piuttosto questo rimedio al riequilibrio e al riassetto procedimentale dell'operazione negoziale, inevitabilmente incidendo così anche sulla posizione di forza del contraente offerente.

Si è visto, infatti, che la contrattazione risulta squilibrata sotto profili differenti, spesso concorrenti tra loro, dovuti ad esempio alle modalità di approccio al contenuto del contratto, al contenuto unilateralmente predisposto, al *deficit* informativo.

Di qui la previsione di obblighi che restringono la libertà contrattuale del professionista, sia in modo positivo con la prescrizione dell'obbligo di informazione e più in generale di altre misure a tutela della trasparenza contrattuale, sia in modo negativo con la soggezione al recesso quale tutela accordata alla controparte per reagire allo squilibrio nell'assunzione e nell'esecuzione del vincolo contrattuale.

Se il riequilibrio delle posizioni dei contraenti esprime la funzione complessivamente svolta dall'insieme delle tutele contrattuali connesse al recesso e volte a reagire alle iniziali asimmetrie di posizioni dei contraenti, non può, tuttavia, concludersi che il riequilibrio delle posizioni sia l'approdo finale cui tende il rimedio del c.d. recesso di pentimento: la parità di posizioni dei contraenti è una situazione raggiungibile soltanto a seguito di una serie di passaggi procedimentali, tra cui è compreso anche il recesso, passaggi tutti orientati e funzionali alla realizzazione di un più ampio valore, ossia l'esercizio della libertà contrattuale.

La finalità ulteriore del recesso è data, dunque, dalla tutela della esplicazione della libertà contrattuale e ciò sulla base di cinque diverse ragioni.

Anzitutto, i fattori di squilibrio, cui la tipologia di recesso in esame è diretta a porre rimedio, rappresentano delle gravi insidie che mettono a repentaglio la libertà contrattuale del contraente sollecitato dalle modalità aggressive della contrattazione o dai contenuti oscuri dell'offerta contrattuale: il recesso si pone

allora come un ulteriore rimedio rispetto ai tradizionali - e segnatamente ai vizi del consenso - inefficaci a tutelare la libertà contrattuale del contraente debole rispetto alle descritte patologie negoziali.

Secondariamente, fino allo spirare del termine per esercitare il diritto di recesso il contraente debole beneficia di uno *spatium deliberandi* per riflettere sulla scelta contrattuale compiuta e tornare liberamente sul precedente consenso manifestato, eventualmente ritrattandolo e ripristinando la situazione iniziale.

In terzo luogo, la volontà di tutelare la libertà contrattuale emerge chiaramente dalla disciplina dei regimi legali del recesso, conformati in funzione dell'espressione libera e consapevole del consenso.

Infatti, durante l'arco temporale di recedibilità - articolato diversamente in base al sistema delle decorrenze la cui durata è influenzata dall'attuazione dell'informazione e della trasparenza sia sul diritto di recesso che sul contenuto contrattuale - il consumatore acquisisce consapevolezza circa il significato e il valore della propria manifestazione di volontà contrattuale; allo stesso modo ribadire l'esistenza del diritto di recesso (*rectius* revoca) anche per la proposta esprime chiaramente la finalità di tutela della libertà contrattuale in vista di una decisione del contraente debole più consapevole, non più condizionata dall'aggressività della tecnica di contrattazione usata e dai contenuti complessi.

In quarto luogo, anche dall'analisi degli effetti nascenti dall'esercizio del diritto di recesso si coglie la volontà di tutela della libertà contrattuale del contraente, potendo questo ripristinare la situazione antecedente alla stipula del contratto con una semplice manifestazione di volontà di segno contrario al suo precedente consenso.

Da ultimo si aggiunga che la finalità di tutelare la libertà contrattuale trova conferma nella conformazione normativa del c.d. recesso di pentimento, quanto alle sue caratteristiche e alla natura del relativo atto di esercizio: infatti, la gratuità, l'insindacabilità e la mancanza di motivazione esprimono la volontà di tutelare la libertà contrattuale del contraente debole, come anche la natura dichiarativa dell'atto esprime l'agilità di un rimedio congegnato per ritirare facilmente la volontà contrattuale espressa.

Al di là delle differenze rinvenibili nelle singole discipline di settore, nel c.d. recesso di pentimento a tutela del consumatore si scorgono delle caratteristiche costanti, tutte in linea con la particolare funzione che tale rimedio è deputato a svolgere e tali da conferire allo stesso una connotazione peculiare che ne ostacola la sua identificazione con gli istituti giuridici noti.

Tale recesso viene attribuito, infatti, per volontà inderogabile di legge (irrinunciabilità), ad uno soltanto dei contraenti (unilateralità), il quale ne può fare un uso discrezionale (libertà), entro un dato termine (temporaneità), senza dover sopportare alcuna conseguenza di ordine patrimoniale (gratuità), purché vengano rispettate le modalità prescritte.

Quanto all'irrinunciabilità del diritto in parola, oltre ad essere in alcuni casi espressamente sancita (l'art. 143 c. cons. è uno di questi), essa deriva dalla natura imperativa delle norme che lo prevedono e anche dalla sua stessa *ratio* ⁽³⁷⁾.

Oltre che unilaterale, perché previsto solo a favore del consumatore, l'atto di esercizio del diritto di recesso è altresì libero ed insindacabile, non essendo il contraente tenuto - allorché decida di avvalersene - ad indicare le ragioni o le motivazioni che lo reggono, spingendosi quindi ai limiti di un recesso per così dire capriccioso.

L'assenza di giustificazione potrebbe far pensare a possibili interferenze con il generale limite dell'abuso del diritto ⁽³⁸⁾, nei casi in cui il consumatore strumentalizzi il diritto riconosciuto a suo favore dal legislatore per conseguire delle finalità che esulano da quelle legislativamente stabilite: si pensi al

⁽³⁷⁾ Si è sottolineato (GIANPETRAGLIA R., sub art. 64, in *Codice del consumo*, a cura di Alpa G. e Rossi Carleo L., Napoli, 2005, p. 463) come in realtà un'ipotesi di rinuncia del relativo diritto sarebbe espressamente prevista dal legislatore all'art. 55, comma 2, lett. a, c. cons., ante Rif. quando l'esecuzione del servizio avvenga, per accordo con il consumatore, prima del decorso del termine ex art. 64 c. cons. ante Rif.

⁽³⁸⁾ Sul tema dell'abuso in relazione all'esercizio del diritto di recesso, in giurisprudenza si veda, tra molte, Cass. Civ., 18.9.2009, n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 5 ss.

In passato, v. Cass. Civ., 7.3.1952, n. 607; Cass. Civ., 27.2.1953, n. 476.

In dottrina v. GAMBINO F., *Il dovere di coerenza nell'atto di esercizio del diritto di recesso (note sull'abuso del diritto)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, p. 61 ss.; GALGANO F., *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 311 ss.; ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 129 ss.; MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 1577 ss.

pentimento del consumatore per variabili circostanze sopravvenute o all'acquisto di un bene finalizzato ad usarlo in pendenza del termine per recedere o ad un intento meramente emulativo verso l'operatore commerciale.

Tuttavia, va operata una opportuna distinzione relativa ai possibili profili di un abuso nell'esercizio del diritto di recesso *ex art. 1373 c.c.* e in quello c.d. di pentimento.

In linea di massima qualsiasi atto di esercizio del diritto potestativo rimane suscettibile di un esame giudiziario alla stregua dei principi sull'abuso del diritto e sulla buona fede contrattuale.

Tuttavia, il c.d. recesso di pentimento previsto a favore del consumatore si traduce in un ritiro della dichiarazione contrattuale manifestata che, per definizione, è insindacabile: lo *ius poenitendi* presuppone una decisione eminentemente soggettiva che, per definizione, sfugge a qualsiasi tipo di sindacato eziologico e ciò che formalmente potrebbe sembrare arbitrario rappresenta il *proprium* dello strumento normativo necessario al riequilibrio di una disparità di posizioni insita in certe forme di contrattazione.

La volontà del consumatore, in ragione delle circostanze in cui si è formata, è considerata come non regolarmente costituita, circostanza questa che sembra sufficiente ad escludere che l'atto di esercizio del recesso possa essere oggetto di una verifica in concreto: l'apparente arbitrarietà è, in realtà, misura di riequilibrio di una disparità di posizioni che consente ad una parte di neutralizzare abusi ed imposizioni ⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ Così CHERUBINI M.C., *op. cit.*, p. 82 s.; ZORZI GALGANO N., *Il recesso di protezione del consumatore*, in *Tr. dir. comm. e dir. pubblico economia*, diretto da Galgano F., LXII, *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore* Padova, 2012, p. 388 s.; GRISI G., *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 592 ss. Il quale sottolinea che è inverosimile che un legislatore, orientato ad ammettere la sindacabilità dei motivi del recesso, eviti di far carico allo stesso di indicarli.

Nel senso della configurabilità dell'abuso, sul presupposto che l'assenza dell'obbligo di specificare i motivi dell'esercizio del diritto di recesso non comporti in automatico l'assoluta insindacabilità del relativo esercizio, cfr. VALENTINO D., *op. cit.*, p. 33; ATELLI M., *Il problema della sindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuito ex lege al consumatore*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 259 ss. Quest'ultimo ritiene che, laddove il consumatore abbia esternato le motivazioni del suo recesso, se queste dovessero essere rivelatrici di un atteggiamento di puro capriccio o di un intento emulativo a danno del professionista, il sistema non potrebbe non

È già il legislatore che nell'accordare il diritto di recesso ha voluto sottrarre a soggetti diversi dal consumatore stesso il potere di ricreare un diverso contemperamento degli interessi in gioco, non potendo quindi altri - tra cui il giudice - effettuare sul relativo atto di esercizio un controllo giudiziale condotto alla stregua delle clausole generali di correttezza e di buona fede.

Tant'è che si prevede espressamente, a livello legislativo che «*l'esercizio del diritto di recesso non comporta alcuna responsabilità per il consumatore*»(art. 57, comma 5, c. cons. e art. 14, par. 5 Dir.).

Di conseguenza il carattere incondizionato e libero dell'atto di esercizio del diritto di recesso è una forte garanzia, là dove ammetterne invece la sindacabilità in sede contenziosa, finirebbe con il frustrare la finalità di tutela che si è inteso affidare ad uno strumento di semplice e rapida azionabilità, senza trascurare poi i connessi profili probatori che renderebbero tale sindacato poco praticabile.

Quanto alla temporaneità, la previsione di un termine breve di decadenza entro cui esercitare il diritto di recesso evidenzia come con esso si sia voluto attribuire al consumatore la possibilità di riflettere e ponderare la convenienza dell'operazione, pregiudicata dalle circostanze e dalle modalità della sua stipulazione, pur contemplando altresì l'esigenza di certezza e stabilità delle contrattazioni di fronte a rapporti contrattuali eccessivamente precari o instabili perché sottoposti all'eventualità dello stesso recesso.

Di qui il termine di decadenza breve (ora di quattordici giorni) ove il professionista abbia correttamente adempiuto i suoi obblighi informativi, oppure quello allungato (di quattordici giorni e dodici mesi) nel caso in cui il professionista non abbia soddisfatto tali obblighi o abbia fornito delle indicazioni errate o incomplete.

Connaturato ai connotati di discrezionalità del recesso è l'aver previsto che il suo esercizio non possa essere condizionato al pagamento di alcun corrispettivo o penalità, diversamente dalle ipotesi codicistiche spesso bilanciate dalla previsione

reagire e, dunque, l'esercizio del diritto di recesso dovrebbe comunque essere compatibile con il principio di buona fede.

di indennizzi o di risarcimenti a favore della controparte ⁽⁴⁰⁾.

Si è così inteso evitare che l'esercizio del relativo diritto venga minimamente scoraggiato dalla prospettiva di dover comunque sopportare dei costi o degli oneri economici in sua ragione o in sua conseguenza: la natura gratuita del diritto garantisce, quindi, l'effettività e la libertà della ponderazione, essendo il consumatore tenuto a rimborsare le sole spese dirette alla restituzione della merce al professionista di cui all'art. 57, comma 3, c. cons.

Di qui, l'inapplicabilità del meccanismo della multa penitenziale (art. 1373, comma 3, c.c.), dell'indennizzo a favore del professionista che abbia intrapreso in buona fede l'esecuzione del contratto prima di aver avuto notizia della revoca della proposta (art. 1328 c.c.), nonché la nullità della clausola che vada a subordinarne l'esercizio ad oneri economici perché in contrasto con l'art. 52, comma 1, c. cons. - norma imperativa -, pur senza tradursi nella nullità dell'intero contratto *ex art. 1419 c.c.*

A ribadire il carattere sostanzialmente gratuito del c.d. recesso di pentimento è stata anche la Corte di Giustizia, intervenuta con due pronunce di grande rilievo nell'ottica di protezione del consumatore e di garanzia della libertà contrattuale.

Si tratta della sentenza *Heinrich Heine* ⁽⁴¹⁾, emessa nell'ambito dei contratti a distanza, mediante la quale si è affermato che nessuna normativa nazionale può addebitare le spese di consegna dei beni al consumatore che decida di esercitare il diritto di recesso, essendo questi tenuto a sostenere solo quelle di restituzione al mittente del bene: l'idea sottesa alla decisione della Corte dell'Unione Europea è, dunque, proprio quella di evitare che l'addebito delle spese di consegna possa indurre il consumatore a non esercitare il suo diritto.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. artt. 1671, 1685, 1723, 1727, 1738, 2227 c.c., esempi tutti dell'esercizio di una libertà decisionale non affrancata da costi di esercizio.

⁽⁴¹⁾ Corte di Giustizia, 15.4.2010, C- 511/08, in *Giur. It.*, 2011, p. 44, resa in riferimento ad una clausola in forza della quale la somma forfettaria pagata dal consumatore a titolo di spese di consegna comportava che in caso di effettivo recesso le relative spese venissero addebitate a suo carico.

I principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia succitata (nt. 40 e 41) sono stati recepiti dal legislatore dell'Unione con la Direttiva 2011/83/UE.

Mediante la pronuncia *Messner* ⁽⁴²⁾ si è previsto, sempre nell'ambito della contrattazione a distanza, che il consumatore possa essere tenuto a pagare un compenso per l'utilizzo dei beni acquistati, di cui ha fatto un uso normale non incompatibile con il principio di buona fede, così da non avvallare comportamenti scorretti dei consumatori fondati su pretese di recesso pretestuose dopo aver goduto del bene temporaneamente.

Quanto alle formalità dell'atto di esercizio del diritto di recesso, l'art. 64, commi 2 e 3, c. cons. *ante* Rif. ⁽⁴³⁾, elencava una serie di requisiti che hanno reso naturale interrogarsi sulla possibilità di un concreto e valido recesso dal contratto o da una sua proposta anche senza la loro osservanza, questione questa strettamente attinente al formalismo prescritto.

Si può ragionevolmente ritenere che, in ragione del principio della strumentalità della forma al raggiungimento dello scopo dell'atto in concreto, la comunicazione di recesso potesse allora avvenire anche tramite altra forma equipollente in quanto l'elencazione delle formalità non rivestiva carattere tassativo e non era richiesta a pena di nullità, atteso che nel nostro ordinamento la nullità per difetto di forma deve essere testuale (art. 1325, n. 4, c.c.) ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Corte di Giustizia, 3.9.2009, C- 489/07, in *Contratti*, 2010, p. 355, decisione emessa con riguardo ad una clausola di indennizzo per i danni che potevano derivare dall'esercizio del diritto di recesso.

⁽⁴³⁾ Anteriormente alla Novella del 2014, il modo ordinario per recedere consisteva nell'invio di una comunicazione scritta recante la volontà di recedere, seguita poi dalla comunicazione alla controparte a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento da spedire all'indirizzo del professionista.

Tuttavia, il consumatore poteva altresì avvalersi di uno dei mezzi alternativi elencati al comma 2, in cui la ricezione del recesso da parte del professionista avveniva più velocemente rispetto alla lettera a.r. (fax, telegramma, telefax ed e-mail -, purché poi, entro le 48 ore successive, desse conferma della comunicazione attraverso raccomandata a. r.).

Ai fini del tempestivo esercizio del diritto di recesso, in adesione al principio della dichiarazione e non a quello della cognizione, la raccomandata doveva essere consegnata in tempo utile all'ufficio postale, essendo l'avviso di ricevimento condizione non essenziale ai fini della prova della tempestività dell'esercizio del diritto di recesso, ciò ai fini di proteggere il consumatore contro i rischi di eventuali ritardi nella consegna della raccomandata al suo destinatario, non addebitabili al consumatore stesso.

⁽⁴⁴⁾ Ferma la distinzione tra atto di manifestazione della volontà di recedere e atto di comunicazione all'altra parte della volontà stessa, utile per agevolare al consumatore la prova dell'avvenuto recesso (GABRIELLI G., *op. cit.*, p. 136 s.), si ritiene che la vocazione al formalismo, sottesa all'art. 64, comma 2, c. cons. (*ante* Rif.), emerga con evidenza, imponendo che la manifestazione dichiarativa dell'atto di recesso avvenga nel rispetto delle forme determinate dal

Ciò vale a maggior ragione oggi se si considera l'attuale tendenza alla semplificazione del formalismo prevista dall'attuale art. 54 c. cons., come si vedrà meglio in prosieguo ⁽⁴⁵⁾: concludere nel senso di una forma scritta a pena di nullità finirebbe con l'imporre al consumatore, che vuole recedere dal contratto, un onere di osservanza di rigidi formalismi che andrebbero ad aggravare la sua posizione ⁽⁴⁶⁾.

Anche l'orientamento maturato in ambito comunitario in tema di recesso di pentimento conferma che né la forma, né le modalità di sua trasmissione debbano essere sottoposte a particolari prescrizioni, purché la volontà di recedere sia comunicata in modo non equivoco ⁽⁴⁷⁾: si assiste così ad una libertà di forma per

legislatore, in un'ottica di certezza anche degli interessi del professionista (in tali termini COLOSIMO B., *op. cit.*, p. 518; PILIA C., *op. cit.*, p. 138 s.; FARNETI M., *op. cit.*, p. 532).

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 64 c. cons. (*ante* Rif.), vi era stato chi reputava che l'atto di esercizio del diritto di recesso non potesse sottrarsi, in un'ottica di tutela del consumatore, al principio di libertà delle forme, dato anche il recesso tacito previsto all'art. 6, comma 4, d.lgs. 50/1992 (cfr. PUTTI C.M., *op. cit.*, p. 212 s.). Contrapponendosi a tale orientamento invece altri autori (CALDERALE A. e VITI D., *Le vendite aggressive*, a cura di Jannarelli A., Napoli, 1995, p. 156) avevano sostenuto il carattere vincolato della forma scritta imposta dall'art. 6, comma 1 e 3, d.lgs. 50/1992, in ragione del fatto che è la legge stessa a stabilire quando e come il recesso possa trovare altre forme di espressione; quanto poi all'art. 5, comma 4, d.lgs. 185/1999 espressamente veniva chiesta, a pena di nullità, una dichiarazione di recesso scritta, escludendosi forme tacite (MINERVINI E., *Contratti a distanza*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 2004 p. 9).

⁽⁴⁵⁾ Cfr. *infra* par. 7, p. 189 ss.

⁽⁴⁶⁾ Inoltre la forma a pena di nullità, sotto il vigore del vecchio codice, non sarebbe stata neppure una soluzione conciliabile con la previsione di un recesso anche *per facta concludentia*, ossia attraverso la restituzione entro il termine ordinario per il suo esercizio della merce ricevuta, se espressamente previsto nell'offerta o nell'informazione relativa al recesso stesso (art. 65, comma 3, c. cons. *ante* Rif.).

⁽⁴⁷⁾ Secondo la Corte di Giustizia, 22.4.1999, C- 423/97, la Direttiva 85/577/CEE non osta a che uno Stato membro adotti una disciplina che non sottoponga a vincoli formali la forma di comunicazione del recesso, potendo questa avvenire per fatti concludenti, e non equivocabili.

In nessuna delle direttive che accordano il recesso viene prescritta l'adozione di una forma a pena di nullità per la manifestazione della volontà di avvalersi del recesso, né il ricorso a formule sacramentali in quanto quando le Direttive stabiliscono che prima della scadenza del termine di decadenza la dichiarazione di recesso del consumatore va spedita secondo determinate forme, vogliono significare che ciò rileva ai fini della tempestività della dichiarazione stessa e non ad altri fini. Di conseguenza se in sede di attuazione o di interpretazione si introducessero dei principi di rigidità inerenti alla forma che rendano più gravoso od ostacolino il diritto di recesso, la prospettiva delineata dal contesto europeo verrebbe stravolta (cfr. DE CRISTOFARO G., *La disciplina unitaria del diritto di recesso: ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, in *I principi del diritto comunitario dei contratti*. Acquis communautaire e diritto privato europeo, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2009, p. 364).

C'è anche chi ha distinto tra atto di recesso, non sottoposto a obblighi di forma, e modalità tecniche di trasmissione della volontà di recedere, sottoposte invece a particolari formalità previste dalla normativa e tali da costituire criterio di verifica di un corretto esercizio del diritto di pentimento:

esprimere la volontà di recedere, contrapposta al formalismo prescritto invece per l'adempimento da parte del professionista degli obblighi informativi preventivi gravanti a suo carico ⁽⁴⁸⁾).

5. La disciplina dei termini e delle modalità di esercizio del diritto di recesso prima dell'emanazione della Direttiva 2011/83/UE e del d.lgs. n. 21 del 2014

Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21 ⁽⁴⁹⁾, la disciplina del diritto di recesso nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali era delineata dagli artt. 64 ss. c. cons. *ante* Rif.

Al termine della sezione dedicata ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali (sezione I) e ai contratti a distanza (sezione II), trovava collocazione (nella sezione IV) la disciplina sul recesso a favore del consumatore ⁽⁵⁰⁾.

Si trattava di una disciplina finalizzata ad omogeneizzare le disposizioni inerenti al c.d. recesso di pentimento, deputata, apparentemente, a regolamentare

GIAMPETRAGLIA R., *Il diritto di recesso nel codice del consumo*, in *Notariato*, 2007, p. 79 ss.

⁽⁴⁸⁾ L'affidamento del professionista viene garantito laddove questo sia edotto della cessazione del rapporto mediante un mezzo che possa assicurarne l'effettiva conoscenza, dando allo stesso tempo al consumatore la possibilità di beneficiare di una posizione agevolata sotto il profilo dell'onere della prova poiché l'uso della raccomandata con ricevuta di ritorno permette di stabilire se l'invio è avvenuto nei termini prescritti e se il professionista ne ha avuto notizia.

⁽⁴⁹⁾ Il decreto legislativo 21 febbraio 2012, n. 21 è stato pubblicato in G.U., 11 marzo 2014, n. 58 ed entrato in vigore il 13.6.2014, andando a sostituire il capo I, titolo III, parte III del codice del consumo, limitatamente agli artt. da 45 a 67. Sul punto cfr. *supra* cap. I, par. 10, pag. 45, e cap. II, par. 9, p. 103 ss.

Nelle presente trattazione si avrà cura di illustrare la disciplina del recesso come regolata dal Codice del Consumo prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 2014/21 (i relativi riferimenti normativi seguiranno la dicitura «*ante* Rif.») evidenziandone i profili più dibattuti, per passare poi all'analisi dell'attuale disciplina e valutare se il legislatore abbia colto l'occasione per risolvere agli aspetti di maggiore debolezza (i richiami normativi faranno riferimento al c. cons. attualmente in vigore, senza altre precisazioni).

⁽⁵⁰⁾ Cfr. parte III (*Rapporto di consumo*), titolo III (*Modalità contrattuali*), capo I (*Particolari modalità di conclusione del contratto*), nella sezione IV (*Diritto di recesso*).

In argomento v. BARCA A., *op. cit.*, p. 40 ss.; GUERINONI E., *sub artt. 64 ss.*, in *Comm. al codice del consumo*, a cura di Cuffaro V., Milano, 2012, p. 383 ss.; BRAVO F., *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella Direttiva 2011/83 U.E.*, Milano, 2013, p. 215 ss.; MACARIO F. e PATTI F.P., *Il recesso del consumatore*, in *La tutela dei consumatori in internet e nel commercio elettronico*, a cura di Tosi E., I, Milano, 2012, p. 233 ss.

in via generale il diritto di recesso nei contratti tra professionisti e consumatori⁽⁵¹⁾, anche se con risultati non del tutto soddisfacenti⁽⁵²⁾.

In luogo di una disciplina realmente generale, il legislatore si era limitato, infatti, ad unificare il diritto di recesso nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali e in quelli a distanza, in un'ottica di coordinamento delle differenziate discipline di matrice comunitaria, così accorpandole e modificandole⁽⁵³⁾: il risultato era stato l'adozione di una formula neutra dalla natura espansiva, applicabile a qualsiasi tipo di contratto, purché negoziato secondo le particolari modalità a distanza o fuori dei locali commerciali, ferma però la previsione di applicazioni differenziate per i singoli tipi contrattuali⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵¹⁾ L'art. 7, comma 1, lett. b), l. 29.7.2003, n. 229, delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per il riassetto delle disposizioni in materia di tutela del consumatore secondo i principi e criteri direttivi di cui all'art. 20, l. 15.3.1997, n. 59, nel rispetto dei criteri guida: l'intento era quello di omogeneizzare le procedure relative al diritto di recesso del consumatore nelle diverse tipologie contrattuali ed armonizzare il periodo di riflessione, in linea con gli obiettivi della strategia della politica dei consumatori 2002-2006, presentata dalla Commissione Europea [COM(2002) 208, par. 3.1.2.3., pag. 14], obiettivi poi confermati anche dal Libro Verde della Commissione Europea dell'8.2.2007 (G.U.C.E., 15.3.2007), sulla revisione dell'*acquis* dei consumatori.

Lo sforzo di uniformazione si era tradotto nell'art. 64 c. cons. (ora abrogato), perno del regime unitario del diritto di recesso nella contrattazione del consumatore.

⁽⁵²⁾ In senso critico circa la vocazione espansiva del regime delineato in realtà non destinato a valere per qualsiasi ipotesi di attribuzione del diritto, v. COLOSIMO B., sub art. 64, in *Codice del consumo*, a cura di Vettori G., Padova, 2007 (agg. 2010), p. 520; PILIA C., sub art. 64, in *Contratto e Responsabilità*, II, a cura di Vettori G., Padova, 2013, p. 793 ss.; *ID.*, *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008, p. 25 s. e 129; FARNETI M., sub art. 64, in *Comm. breve al diritto dei consumatori*, Padova², 2013, p. 526.

⁽⁵³⁾ L'assenza di una vocazione realmente generale nella disciplina della sezione IV trovava conferma anche nel fatto che lo stesso Codice regolava separatamente il diritto di recesso in determinati settori, essendoci delle specifiche tipologie contrattuali contemplate all'interno del codice del consumo che rinviano agli artt. 64 ss. c. cons. (*ante* Rif.) a diversi fini.

Per i contratti di multiproprietà, se negoziati a distanza o fuori dei locali, si poneva un problema di concorso di norme (gli artt. 64 ss. *ante* Rif. e l'art. 73 c. cons.), risolto nel senso dell'applicazione della normativa generale in luogo di quella specifica in tema di multiproprietà solo se risultava più favorevole, oltre che valere in via sussidiaria per quanto non specificamente disposto.

Nel caso di contratti relativi a pacchetti turistici, se negoziati a distanza o fuori dei locali, valevano le regole di cui agli artt. 64 ss. c. cons. *ante* Rif. in virtù del richiamo contenuto nell'art. 82, comma 2, c. cons. (abrogato), riprodotto in ogni caso ora all'art. 32, comma 2 c. tur.

Quanto alla commercializzazione a distanza dei servizi finanziari il diritto di recesso è esclusivamente regolamentato agli artt. 67 *duodecies* e *terdecies* c. cons.

In riferimento al campo residuale di applicazione del diritto di recesso si veda FERRARI C., *Ipotesi di qualificazione per il "recesso" del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 5.

⁽⁵⁴⁾ Si fa riferimento ai contratti a distanza di servizi finanziari (artt. 67 *duodecies* ss. c. cons.), alla multiproprietà (artt. 69 ss. c. cons.) e ai contratti di vendita di pacchetti turistici (artt. 82 ss. c. cons., ora artt. 32-51 c. tur.), cui si è già accennato nella nota sopra.

Il legislatore così rinunciava a formulare un insieme di principi generali regolatori del c.d. recesso di pentimento per tutti i contratti tra professionisti e consumatori, limitandosi ad unificarne la disciplina con riferimento al suo oggetto, alle sue caratteristiche, al termine ordinario di esercizio del medesimo (art. 64 *ante* Rif.), ai suoi effetti ed alle ulteriori obbligazioni delle parti in caso di suo esercizio del diritto (artt. 66-67 *ante* Rif.) e mantenendo, invece, una regolamentazione separata relativamente al *dies a quo* e all'allungamento del relativo termine nell'ipotesi di mancato adempimento degli obblighi informativi preventivi ⁽⁵⁵⁾.

Passando ora all'esame del contenuto della disciplina del recesso anteriormente alla Novella del 2014, dal punto di vista dell'ambito applicativo, se ne era prevista l'operatività non solo verso il contratto, ma anche nei confronti delle «*proposte contrattuali*» a distanza o fuori dei locali commerciali ⁽⁵⁶⁾.

Al di là delle perplessità terminologiche e concettuali che l'accostamento del recesso anche alle proposte contrattuali può suscitare ⁽⁵⁷⁾, tale richiamo era espressione dell'intento di garantire al consumatore un elevato livello di protezione in tutti i casi in cui la sua volontà subiva un'alterazione nell'intero procedimento di negoziazione, sia che l'esito di tale alterazione venisse formalmente indicato come contratto, sia come proposta ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁵⁾ Sono inoltre rimaste separate le disposizioni incidenti anche sul recesso, ma collocate altrove, come quelle relative agli obblighi informativi preventivi di cui agli artt. 47 c. cons. *ante* Rif. per i contratti fuori dei locali e agli artt. 52 e 53 c. cons. *ante* Rif. per i contratti a distanza, così come collocazione separata hanno trovato le disposizioni che in ciascuno dei suddetti ambiti escludono il diritto di recesso, si pensi ad es. all'art. 55 c. cons. *ante* Rif. in tema di contratti a distanza e all'art. 46 *ante* Rif. c. cons. quanto ai contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

⁽⁵⁶⁾ Si estendeva la previsione già contenuta negli artt. 1, comma 2, e 4 del d.lgs. 50/1992 anche al caso della negoziazione a distanza, in origine sfornita; tuttavia l'art. 65, comma 2, c. cons. (*ante* Rif.) non prevedeva per la negoziazione a distanza il riferimento anche alle proposte contrattuali presente invece al comma 1 per la modalità fuori dei locali.

⁽⁵⁷⁾ Il termine recesso non può essere a rigore propriamente riferito ad una dichiarazione negoziale prodromica alla conclusione del contratto o per lo meno lo stesso viene ad essere impiegato in senso atecnico, dovendosi più correttamente richiamare, in questo caso, il concetto di revoca della proposta (ad es. cfr. CHERUBINI M.C., *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, Torino, 2005, p. 92; VALENTINO D., *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996, p. 194; PUTTI P., *Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50. Attuazione della Direttiva 85/577 CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1993, p. 196 ss.).

⁽⁵⁸⁾ Il diritto di pentimento va espressamente riconosciuto anche in caso di proposte non vincolanti

Ciò anche considerato che, come spesso accade, nelle vendite fuori sede il consumatore assume la veste di proponente sottoscrivendo una nota d'ordine a lui sottoposta da soggetti privi del potere di rappresentanza del professionista, così che il perfezionamento dell'accordo viene rinviato alla successiva adesione del professionista: il carattere vincolante o comunque irrevocabile della proposta avanzata dal consumatore giustificava, quindi, la previsione a suo favore del diritto di pentirsi della dichiarazione emessa e liberarsi dal relativo vincolo ⁽⁵⁹⁾.

L'area di operatività del recesso era delimitata, inoltre, in negativo da un regime di esclusioni espressamente sancite agli artt. 55 c. cons. *ante* Rif. per i contratti a distanza, di cui alcune ipotesi avevano carattere inderogabile (comma 1), altre invece erano derogabili (comma 2).

Tra le prime vi erano la fornitura di generi alimentari (lett.a) ⁽⁶⁰⁾ e quella di servizi turistici relativi all'alloggio, alla ristorazione, ai trasporti, al tempo libero, servizi tutti da fornire entro una data determinata o in un periodo prestabilito (lett. b) ⁽⁶¹⁾: tali esclusioni rivestivano carattere totale e completo, poiché legate alle

che, secondo il codice civile (art. 1328 c.c.), sono già liberamente revocabili in ogni momento fino a che il contratto non sia concluso e senza formalità: la previsione del recesso consumeristico permette di escludere l'indennizzo previsto dall'art. 1328 c.c. a favore del professionista che abbia intrapreso in buona fede l'esecuzione del contratto prima di conoscerne la revoca, oltre che l'applicazione dell'art. 1337 c.c. anche se la trattativa abbia raggiunto uno sviluppo avanzato (CHERUBINI M.C., *op. cit.*, p. 932; VALENTINO D., *op. cit.*, p. 204).

⁽⁵⁹⁾ È frequente la previsione di clausole contrattuali munite della clausola «salvo approvazione della casa» in base alla quale l'imprenditore può vagliare l'opportunità di addivenire alla conclusione del contratto, prima di quel momento non ancora concluso atteso che il rapporto tra consumatore e agente del rappresentante rimane sul piano delle trattative e si conclude nel momento e nel luogo in cui il consumatore riceve l'accettazione del venditore professionista.

⁽⁶⁰⁾ Tale esclusione rispondeva all'esigenza di non accollare al professionista il rischio di restituzione di una merce rapidamente deteriorabile, oltre che alla preoccupazione che i prodotti potessero essere restituiti al professionista senza essere stati adeguatamente conservati dal consumatore e fosse pertanto preclusa la possibilità di una nuova immissione nel mercato. Doveva in ogni caso sussistere una relazione abituale tra professionista e consumatore, un rapporto di fiducia, cioè, che facesse venir meno l'esigenza di attribuire all'acquirente il diritto di recesso: in realtà ormai frequenti sono le abitudini dei consumatori ad effettuare acquisti anche di tali generi alimentari *on line*, così che viene meno il rapporto di fiducia e clientelare sotteso alla esclusione di cui alla lett. a).

⁽⁶¹⁾ L'esigenza ivi sottesa voleva non accollare al professionista un rischio eccessivo, fornendo uno specifico prodotto con prenotazione, senza che egli potesse offrire lo stesso bene o servizio ad altri clienti; inoltre, trattandosi di beni o servizi valutabili solo dopo la loro utilizzazione, era ragionevole escluderli dai principali ambiti di tutela riservati al consumatore.

Delicata era la questione del coordinamento tra l'art. 55, comma, 1, lett.b, c. cons. *ante* Rif.) - riferibile anche alla vendita dei pacchetti turistici - e gli artt. 32, comma 2, e 38, comma 1, lett. h)

disposizioni che imponevano il sistema binario dell'informazione preventiva e della successiva conferma scritta, oltre che il diritto di recesso, così rimanendo sostanzialmente prive dell'impianto di tutele della trasparenza e della libertà contrattuale ⁽⁶²⁾.

La scelta normativa di sottrarre tali ipotesi dall'applicazione dall'intera disciplina della sezione II si comprende e si giustifica in ragione del circoscritto ambito applicativo di dette deroghe, per la peculiare configurazione delle fattispecie contrattuali e per il ridotto valore economico delle operazioni interessate, relative a piccole forniture di beni e servizi di tipo assistenziale, legati alle varie esigenze personali del consumatore.

Diversamente, le ipotesi di esclusione del diritto di recesso di carattere dispositivo, derogabili dall'autonomia privata, non erano totali in quanto sottratte soltanto all'applicazione della disciplina del diritto di pentimento, non invece alle ulteriori disposizioni inerenti agli obblighi informativi ⁽⁶³⁾.

c. tur. (vecchi artt. 82, comma 2 e 88, comma 1, lett. h) c. cons.), ove si facevano (e si fanno) salve le disposizioni in tema di recesso dettate nell'ambito della normativa sui contratti conclusi fuori dei locali o a distanza con obbligo di inserire nell'opuscolo informativo le informazioni sul diritto di recesso esercitabile ai sensi degli artt. 64 ss. c. cons. *ante* Rif.

Escluso che alla vendita di pacchetti turistici non si applichi la tutela consumeristica dettata per i contratti a distanza (così invece SIMONINI E., *La compravendita di pacchetti turistici on line e l'esclusione del diritto di recesso da parte del turista*, in *Dir. Tur.* 2007, p. 26) preferibile era la soluzione che riconosceva la specialità della disciplina in tema di vendita dei pacchetti turistici: per le vendite a distanza di pacchetti turistici al consumatore viene concesso un diritto di ripensamento da esercitarsi entro dieci giorni dalla conclusione del contratto, senza penali ed indicazione del motivo (così VIGLIONE F., sub *art. 55 c. cons.*, in *Comm. breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova², 2013, p.489).

⁽⁶²⁾ Si legge infatti: «*Il diritto di recesso previsto dagli artt. 64 ss, nonché gli artt. 52 e 53 ed il comma 1 dell'art. 54*».

⁽⁶³⁾ Le ipotesi contemplate dall'art. 55, comma 2, c. cons. *ante* rif. esprimevano l'esigenza di non esercitare il diritto di recesso in quei casi in cui l'esercizio di tale diritto non appariva in linea con i criteri di equità e necessità, risolvendosi in un aggravio a carico del professionista, in ragione della restituzione del bene o per l'esercizio del recesso sleale.

La derogabilità di tali ipotesi si traduceva in una mera affermazione di principio in quanto era raro che in una tipologia contrattuale come quella a distanza, ove lo spazio di negoziazione per il consumatore è ridotto, si potevano inserire delle clausole che prevedevano a favore del consumatore il diritto di recesso, altrimenti escluso per legge (art. 55, comma 2, c. cons. *ante* Rif.). Tra questi casi di esclusioni erano annoverabili il caso di fornitura di servizi la cui esecuzione fosse iniziata, con l'accordo del consumatore, prima della scadenza del termine per l'esercizio del diritto di recesso (lett. a) in ragione del fatto che vi era una esplicita volontà del consumatore: si trattava di una esclusione del diritto di recesso che non sembrava giustificata in quanto il consumatore, nell'ambito della contrattazione, aveva un limitato potere contrattuale di intervenire

L'esclusione del c.d. recesso di pentimento per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali era stabilita altresì per i casi in cui le prestazioni erano state già eseguite (art. 48 c. cons. *ante* Rif.)⁽⁶⁴⁾, in applicazione di un principio di carattere generale in forza del quale, quanto viene fruito dal consumatore, è per natura non suscettibili di restituzione.

Ciò premesso quanto all'ambito applicativo, nella descritta ottica di omogeneizzazione, l'art. 64 *ante* Rif. unificava i termini previsti dalle previgenti discipline in tema di contratti negoziati fuori dei locali commerciali (sette giorni) e di contratti a distanza (dieci giorni), optando per la soluzione più favorevole al consumatore, ossia i dieci giorni, limite temporale necessario per evitare il protrarsi della situazione di incertezza: durata questa relativamente breve che, nell'ottica della stabilità e della certezza dei rapporti giuridici, fungeva da contrappeso per la posizione del professionista che, durante il periodo di pendenza del termine per recedere, è esposto alle conseguenze del ripensamento del consumatore.

Dalle prescrizioni dettate quanto alle decorrenze si evince che il complessivo sistema era stato articolato presupponendo tre fattori di trasparenza, i

sul regolamento predisposto dal professionista e il suo consenso poteva essere estorto con la predisposizione di clausole contrattuali volte ad aggirare la garanzia del ripensamento (così VIGLIONE F., *op. cit.* p. 490 s.).

Per evitare poi che il diritto di recesso si potesse impiegare per finalità speculative, il diritto di recesso non poteva essere esercitato per i casi di fornitura di beni o servizi il cui prezzo era legato a fluttuazioni del mercato che il professionista non era in grado di controllare (lett. b); quando il bene era eccessivamente personalizzato e non poteva essere nuovamente inserito nel circuito distributivo del professionista (lett. c.); per evitare che il recesso venisse usato con finalità strumentali dal consumatore, che poteva utilizzare il bene (lett. d.) rompendo il sigillo di garanzia non si poteva esercitare il recesso nel caso di fornitura di prodotti audiovisivi o di *software*; analogamente escluso il recesso per la fornitura di giornali o periodici (lett. e) e per il caso di servizi di scommesse o lotterie (lett. f) in ragione del fatto che, in un caso il consumatore poteva comunque trarre dal prodotto le utilità sue proprie e che, nell'altro, il recesso era contrastante con contratti per loro natura aleatori.

Si era ritenuto che il secondo comma dell'art. 55 c. cons. *ante* Rif. in realtà andasse a definire il regime del diritto di recesso con riferimento all'esecuzione dei contratti nei quali si applicava e più adeguata sarebbe stata la sua collocazione nella sezione IV (cfr. PILIA C., *op. cit.*, p. 724).

⁽⁶⁴⁾ Tale disposizione, oltre ad essere rubricata («*Esclusione del recesso*») scorrettamente - non trattandosi di un caso di impossibilità di esercizio del diritto di recesso, ma di regolamentazione degli effetti dello stesso e delle relative conseguenze restitutorie - avrebbe dovuto essere collocata all'interno della sezione IV in tema di regime uniforme del diritto di recesso (in senso critico, v. FARNETI M., *op. cit.*, p. 463s.).

quali contribuivano, pur su piani diversi, a garantire consapevolezza e libertà di scelta al consumatore: si tratta dell'informazione sul diritto di recesso, dell'esibizione o dell'illustrazione del bene da parte del professionista, nonché della presenza dello stesso professionista al momento dell'acquisto.

Infatti, ferma la finalità di trasparenza insita nell'informativa precontrattuale, l'esibizione e l'illustrazione del bene garantiscono al consumatore la preventiva conoscenza e verifica concreta di ciò che va ad acquistare e la presenza del professionista permette al consumatore di interloquire direttamente con lui e quindi di ottenere ulteriori chiarimenti utili per maturare una decisione consapevole.

Le decorrenze per l'esercizio del diritto di ripensamento, disciplinate all'art. 65 c. cons. *ante* Rif. distinguevano l'ipotesi di recesso dal contratto negoziato fuori dei locali commerciali e a distanza, e, all'interno di ciascuna categoria di tecniche di contrattazione, venivano poi riprese due ulteriori distinzioni: la prima attinente all'oggetto del contratto, su cui il recesso cade - distinguendosi il caso di beni da quello di servizi - e la seconda legata all'adempimento degli obblighi informativi preventivi ⁽⁶⁵⁾.

Per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali, nel caso di prestazione di servizi e di obbligo informativo adempiuto, il *dies a quo* per l'esercizio del diritto di recesso si identificava nella data di sottoscrizione della nota d'ordine, se prevista o, in mancanza, nella data di ricezione dell'informazione: in questo caso, diversamente che per i contratti a distanza, non era previsto un esplicito limite temporale per l'adempimento degli obblighi informativi, non essendo chiaro quale fosse il momento a partire dal quale si poteva parlare di semplice ritardo da quello in cui, invece, questo si trasformava in vero e proprio inadempimento degli obblighi informativi con applicazione del termine lungo per recedere.

⁽⁶⁵⁾ La disposizione di cui all'art. 65 c. cons. *ante* Rif. appariva caotica e prolissa per l'impiego eccessivo della tecnica della specificazione casistica, a scapito del riordino e della semplificazione (COLOSIMO B., *op. cit.*, p. 520): così è stata senza dubbio compromessa la riuscita dell'intervento di uniformazione del regime del recesso, cui il legislatore in occasione dell'introduzione del codice del consumo aspirava, ed è stata anche un'occasione mancata per mettere chiarezza in un coacervo di decorrenze diversificate a seconda dell'oggetto del contratto, delle modalità della sua conclusione e dell'avvenuto adempimento degli obblighi informativi.

Nel caso, invece, di fornitura di beni le decorrenze erano le medesime delle prestazioni di servizi se, prima della data di sottoscrizione della nota d'ordine o di quella di ricezione dell'informazione, il prodotto oggetto del contratto era stato preventivamente illustrato (art. 65, comma 1, lett. a, c. cons. *ante* Rif.), così da porre il consumatore nella condizione di procedere alle attività di verifica e di controllo della merce che le specifiche modalità della contrattazione gli avevano impedito di svolgere prima di quel momento ⁽⁶⁶⁾.

Tuttavia, l'art. 65, comma 1, lett. b, c. cons. *ante* Rif., fissava una diversa decorrenza se l'acquisto di beni era effettuato senza la presenza del professionista o se il bene mostrato al consumatore era diverso da quello oggetto del contratto: il termine decorreva dal ricevimento della merce, se successiva alla ricezione dell'informazione.

Per i contratti a distanza, con ad oggetto beni e nel caso di adempimento degli obblighi informativi prima della stipulazione del contratto, il *dies a quo* coincideva con il momento di ricezione della merce ⁽⁶⁷⁾ o con il momento in cui l'obbligo di informazione veniva successivamente adempiuto, a condizione che le informazioni fossero state tempestive, cioè fornite entro tre mesi dalla conclusione del contratto (art. 65, comma 2, lett. a, c. cons. *ante* Rif.).

Per il contratto a distanza con ad oggetto servizi il termine decorreva dalla conclusione del contratto se gli obblighi di informazione erano stati rispettati; in caso contrario dal momento di adempimento di tali obblighi, entro comunque il termine massimo di tre mesi dalla conclusione del contratto (art. 65, comma 2, lett. b, c. cons. *ante* Rif.), analogamente all'ipotesi di cui alla lett. a) ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ Non era stata espressamente prevista dal legislatore la regolamentazione del *dies a quo* nel caso in cui la consegna della merce fosse avvenuta periodicamente o in modo frazionato nel tempo, mancanza colmata invece dalla versione riformata del Codice (art. 63 c. cons.).

⁽⁶⁷⁾ La consegna dei beni acquistati a distanza rivestiva un ruolo fondamentale negli equilibri della regolazione legislativa in quanto costituiva all'interno dello speciale procedimento negoziale la vicenda necessaria a far sì che il consumatore avesse la possibilità di verificare e controllare un oggetto contrattuale che non aveva potuto fino a quel momento verificare, proprio in ragione della peculiare modalità di contrattazione utilizzata.

⁽⁶⁸⁾ Per una critica alla scelta di prevedere che il termine trimestrale, entro cui il professionista doveva adempiere agli obblighi informativi, decorreva dalla data di conclusione del contratto e non dal giorno di ricevimento della merce v. DE CRISTOFARO G., *Il «Codice del consumo»*, in *Le*

Da quanto illustrato emerge che, per i contratti a distanza, diversamente che per i contratti porta a porta, era stato previsto un preciso intervallo temporale entro cui il professionista poteva utilmente provvedere tempestivamente all'informazione, facendo slittare il *dies a quo* a tale successiva data di adempimento: solo l'inutile decorso del termine trimestrale segnava il limite al di là del quale l'inadempimento poteva dirsi realizzato, facendo scattare il termine allungato di cui all'art. 67, comma 3, c. cons. *ante* Rif.

Termine allungato quest'ultimo che veniva diversificato rispettivamente in sessanta giorni per i contratti negoziati fuori dei locali commerciali e in novanta giorni per i contratti a distanza, decorrenti nel caso di fornitura di beni dalla loro consegna e nel caso di prestazione di servizi dalla data di conclusione del contratto stesso.

Per vagliare la tempestività della comunicazione di recesso da inviare entro il termine di legge si considerava il momento della spedizione, mentre si valutava la diversa data della ricezione ai fini della determinazione del momento di scioglimento del vincolo e di estinzione delle obbligazioni a carico delle parti ⁽⁶⁹⁾.

La distinzione tra i due momenti - spedizione e ricezione - permetteva di concludere nel senso della natura, comunque discussa ⁽⁷⁰⁾, di atto recettizio del recesso in quanto i suoi effetti si producevano quando il professionista ne riceveva la comunicazione.

Dall'esame della descritta disciplina - ora abrogata - emerge, da un punto di vista meramente formale, la discrepanza nell'aver esplicitato il riferimento anche alle proposte solo per i contratti porta a porta e non per quelli a distanza, oltre alla scelta, criticabile nella sostanza, di aver conservato un termine lungo differenziato

nuove leggi civili commentate, 2006, p. 787.

⁽⁶⁹⁾ Conclusioni queste alle quali si perviene anche secondo i generali principi di cui agli artt. 1424, 1334 e 1335 c.c., in forza dei quali il momento della ricezione segna la produzione della sua efficacia, mentre la conclusione è perfetta già all'atto della spedizione. Così FALCONIO D., *op. cit.*, p. 390; VALENTINO D., *op. cit.*, p. 695.

⁽⁷⁰⁾ Alcuni avevano valorizzato il fatto che il pentimento del consumatore produceva i suoi effetti da quando la relativa comunicazione perveniva al destinatario (MACRÌ M., *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, Torino, 1998, p. 72); altri invece avevano fatto leva sul dettato della norma la cui precisazione della non essenzialità dell'avviso di ricevimento sembrava smentire l'idea del recesso come atto recettizio (GIAMPETRAGLIA R., *op. cit.*, p. 82).

per ciascuna delle due modalità di contrattazione.

Apprezzabile, invece, appare la decisione di aver esteso le medesime conseguenze previste per il mancato adempimento degli obblighi informativi anche per l'ipotesi di informazione inesatta o non completa che non consenta il corretto esercizio del recesso (art. 65, comma 4, c. cons. *ante* Rif.): a differenza del caso in cui l'informazione manchi del tutto, bisogna qui procedere ad una valutazione, caso per caso, volta a verificare se il *deficit* informativo abbia concretamente impedito l'esercizio regolare del diritto di recesso e sussista dunque un nesso di causalità tra l'inesatto adempimento degli obblighi e l'esercizio scorretto del diritto di recesso ⁽⁷¹⁾.

Con riguardo alle conseguenze del diritto di recesso, a differenza della singole Direttive che nel corso del tempo si sono susseguite senza esprimere delle regole organiche in tema di effetti del relativo atto di esercizio ⁽⁷²⁾, il codice del consumo nella versione *ante* Novella aveva previsto che l'esercizio del diritto di recesso implicasse la liberazione ed estinzione del rapporto contrattuale, sciogliendo entrambe le parti da ogni precedente vincolo (art. 66 c. cons. *ante* Rif.).

Inoltre, si stabiliva che con la ricezione da parte del professionista della comunicazione di recesso le obbligazioni derivanti dal contratto o dalla proposta contrattuale venissero meno e a carico delle parti ne sorgessero di ulteriori se prima del recesso il programma contrattuale fosse stato eseguito in tutto o in parte (art. 67 c. cons. *ante* Rif.).

La circostanza rilevante per lo scioglimento dalle obbligazioni contrattuali, era costituita dal momento di ricezione della comunicazione di recesso, così che l'effetto liberatorio variava a seconda della rapidità del mezzo di trasmissione adoperato ⁽⁷³⁾.

⁽⁷¹⁾ Cfr. GUERINONI E., *op. cit.*, p. 409; COLOSIMO B., *op. cit.*, p. 523.

⁽⁷²⁾ Così l'art. 5 della Dir. 1985/577/CEE sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali; l'art. 6, comma 2, della Dir. 1997/7/CE sui contratti a distanza; gli artt. 6 e 7 della Dir. 2002/65/CE sul commercio elettronico; l'art. 14 della Dir. 2008/48/CE relativa ai contratti di credito al consumo.

⁽⁷³⁾ Si era previsto dunque uno sdoppiamento dell'adempimento del termine utile per il rispetto del termine di esercizio del diritto costituito dalla spedizione e di quello rilevante come momento di

Va evidenziato che il legislatore, nel definire gli effetti del recesso, si esprimeva in termini di scioglimento dalle obbligazioni senza dettare delle prescrizioni circa l'efficacia traslativa del contratto e la relativa regolamentazione nel caso di esercizio del recesso.

Considerato che l'esercizio del recesso non è ostacolato dall'inizio dell'esecuzione, essendo anzi ammesso anche a prestazioni eseguite per intero, va affrontata la questione di come l'esercizio di tale diritto incida rispetto all'effetto reale già prodottosi, questione questa ancora di attualità pur sotto la vigenza del nuovo codice.

Si può al riguardo ritenere che l'esercizio del diritto di recesso incida sull'effetto traslativo già verificatosi, facendo venir meno il nesso di corrispettività che lega le attribuzioni tipiche del contratto di vendita e che, quindi, venendo meno l'obbligo di pagamento per il consumatore, venga correlativamente realizzato il ripristino in capo al professionista del diritto sulla cosa venduta ⁽⁷⁴⁾.

La disciplina sancita dall'art. 67 c. cons. *ante* Rif. presupponeva che le obbligazioni contrattuali fossero state in tutto o in parte eseguite e, in funzione di ciò, si delineava il regime degli obblighi di rimborso e di restituzione.

Stabilendo il regime delle restituzioni e dei rimborsi conseguenti all'esercizio del diritto di recesso per il caso di esecuzione delle obbligazioni contrattuali, il legislatore, nell'ottica di assicurare che la decisione del consumatore potesse dirsi presa in libertà sapendo di poter tornare senza costi alla condizione di partenza, ha voluto ripristinare lo *status quo ante*, riportando professionista e consumatore nella stessa situazione in cui si trovavano prima della negoziazione a distanza o fuori dei locali commerciali ⁽⁷⁵⁾, attesi gli effetti

scioglimento delle obbligazioni rappresentato dalla ricezione.

La posizione del consumatore era aggravata in quanto tale sdoppiamento ritardava il momento utile per la liberazione del consumatore alla ricezione della comunicazione di recesso da parte del professionista, ponendo tra l'altro a suo carico l'onere di dimostrare la circostanza della ricezione (GUERINONI E., *op. cit.*, p. 145 s.).

⁽⁷⁴⁾ BOCCHINI F., *Nozione di consumatore e modelli economici*, in *Diritti dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini F., I, Torino, 2003, p. 69S.

⁽⁷⁵⁾ Per i contratti che hanno ad oggetto prestazioni di servizi il diritto di recesso non poteva essere esercitato per le prestazioni che erano già state eseguite trattandosi di prestazioni di *fare*, che non

retroattivi del c.d. recesso di pentimento, eliminativo di un vincolo contrattuale concluso e spesso anche già eseguito, diversamente da quello codicistico di diritto comune.

Ciò detto, il consumatore doveva restituire il bene consegnato sostanzialmente integro, ossia non alterato in modo da risultare inidoneo all'uso di naturale destinazione: si trattava di una previsione che aveva regolato le modalità ed i criteri per l'utilizzo del bene prima della scadenza del termine per recedere, non potendo essere considerata attinente al regime del rischio per impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore ⁽⁷⁶⁾.

Tale condizione essenziale, cui l'esercizio del diritto di recesso dai contratti riguardanti la vendita di beni era subordinato, serviva ad imporre al consumatore un obbligo di custodia secondo l'ordinaria diligenza, esonerandolo dalla responsabilità per la perdita o il deterioramento dovuti a causa non imputabile, in un'ottica di tutela dal rischio di fortuiti in grado di impedire la restituzione del bene: ciò confermerebbe la retroattività del recesso anche rispetto all'efficacia traslativa del contratto, in quanto, per effetto dello scioglimento del contratto, si realizzerebbe una riattribuzione *ex tunc* della titolarità del bene in capo al professionista, chiamato a sopportare le conseguenze del perimento o del danneggiamento intervenuti *medio tempore*, mentre il consumatore, non essendone più titolare, non verrebbe esposto ai rischi inerenti alla titolarità della cosa ⁽⁷⁷⁾.

sarebbero nemmeno passibili di restituzione, al più potendosi parlare di una sorta di indennizzo per il servizio già ricevuto che si porrebbe in contrasto con la natura gratuita del recesso di pentimento.

⁽⁷⁶⁾ Vi è anche chi ha interpretato il riferimento all'integrità del bene come indice della volontà legislativa di addossare al consumatore il rischio della perdita della merce consegnatagli in conformità alle regole sul passaggio del rischio nei contratti ad efficacia reale ispirate al generale principio *res perit domino* (cfr. VALENTINO, *op. cit.*, p. 241 s.; BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Tr. Dir. Civ.*, a cura di Vassalli F., Torino ², 2004, p. 181).

Il regime degli effetti del recesso non regolava però le ulteriori vicende destinate a verificarsi o verificabili in conseguenza o in presenza dell'effetto estintivo provocato dal pentimento del consumatore, in particolare per ciò che atteneva alla regolamentazione dei rischi di perdita o deterioramento delle cose oggetto degli obblighi restitutori, questioni queste che erano rimesse quindi all'attività interpretativa.

⁽⁷⁷⁾ In tali termini si veda VALENTINO D., *ibidem*; PRINCIGALLI A.M., *Il consumatore e l'operatore commerciale*, in *Le vendite aggressive*, a cura di Jannarelli A., Napoli, 1995, p. 105.

Da ultimo va ricordato che il termine per la restituzione della merce da parte del consumatore e per il rimborso delle somme versate era stato diversificato nella sua durata.

Infatti, la restituzione doveva avvenire entro dieci giorni lavorativi decorrenti dalla data di ricevimento della merce, salvo la previsione di un diverso termine convenzionale più lungo ⁽⁷⁸⁾: in giurisprudenza ⁽⁷⁹⁾ si era comunque stabilito che il termine decorresse dal perfezionamento del recesso, essendo necessario impedire, a tutela della posizione del consumatore, che il termine di restituzione cominciasse a decorrere prima del prodursi dell'effetto solutorio.

6. La regolamentazione del diritto di recesso nella Direttiva 2011/83/UE

Rispetto alla disciplina delineata dal codice del consumo anteriormente alla Novella, la Direttiva 2011/83/UE si caratterizza per una maggior omogeneizzazione di contenuti, provvedendo ad una disciplina sostanzialmente unitaria del c.d. recesso di pentimento, pur non spingendosi a negare le peculiarità connesse a ciascuna delle due tecniche di contrattazione a distanza e fuori dei

Si è anche suggerito di considerare la strumentalità dell'attività di conservazione del bene al solo risultato della sua restituzione, così inquadrando la regola sull'obbligo di preservare il bene non già come corollario della vicenda traslativa, ma in forza della dissociazione tra il regime di imputazione dei rischi e quello degli effetti strettamente traslativi, laddove il primo è l'esito di un regolamento *ad hoc* più che una conseguenza delle vicende della proprietà (BOCCHINI F., *op. cit.*, p. 65 ss.).

⁽⁷⁸⁾ Il rimborso doveva avvenire nel più breve tempo possibile, al massimo entro trenta giorni da quando il professionista era venuto a conoscenza del recesso, e comunque, gratuitamente per il consumatore, non dovendo essere accollati sul consumatore costi accessori che rappresentassero una remora all'esercizio del diritto di recesso, così frustrandone il carattere della gratuità.

In caso di restituzione tardiva il consumatore era in mora senza necessità di un atto di intimazione scritta al riguardo, essendo un caso di mora *ex re* disposto dall'art. 1219, n. 3, c.c.

Inoltre, nel caso in cui per il pagamento del bene o servizio oggetto di contratto fosse stato concesso al professionista o da terzi al consumatore un finanziamento mediante un contratto di credito al consumo, l'esercizio del diritto di recesso per il contratto principale determinava la risoluzione di diritto e senza penalità del contratto di credito al consumo funzionalmente collegato al primo (art. 67, comma 4, c. cons., *ante* Rif.).

⁽⁷⁹⁾ Trib. Lucca, 31.8.2001, in *Contratti*, 2005, p. 377, nt. di Guerinoni E., *Sul diritto di ripensamento e i suoi effetti*.

locali commerciali ⁽⁸⁰⁾.

L'ambito applicativo dello statuto generale del recesso, definito dalla direttiva, trova la propria delimitazione in negativo grazie alle fattispecie escluse dall'operatività dell'intera direttiva ⁽⁸¹⁾, e a quelle relative all'applicazione delle sole disposizioni concernenti il recesso ⁽⁸²⁾, tra cui alcune, rispetto alla versione *ante* Novella del codice del consumo, si presentano come delle novità: sono infatti ricompresi, infatti, i contratti che riguardano i beni sigillati per motivi igienici, per la protezione della salute, i beni che dopo la consegna risultano per natura mescolati con altri beni, oltre ai contratti conclusi in occasione di un'asta pubblica

⁽⁸⁰⁾ Sul tema si veda PILIA C., *La Direttiva 2011/83 UE sui diritti dei consumatori*, in *Contratto e responsabilità*, a cura di Vettori G., Padova, 2013, p. 880ss.; MAZZAMUTO S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa Diritto privato*, 2011, p. 873 ss.; GRANDI M., *Lo jus poenitendi nella direttiva 2011/83 UE sui diritti dei consumatori*, in *Contratto Impresa Europa*, 2013, p. 45 ss.

⁽⁸¹⁾ Cfr. art. 3 Dir.

⁽⁸²⁾ Cfr. art. 16, lett. a-m, Dir.

La prima ipotesi (lett. a) concerne i contratti per la prestazioni di servizi allorché la integrale esecuzione della prestazione di servizi da parte del professionista sia iniziata su richiesta espressa del consumatore consapevole di perdere il diritto di recesso: infatti, con la richiesta espressa di esecuzione anticipata della prestazione, preceduta dall'informazione delle conseguenze in ordine alla perdita del diritto di recesso, il consumatore esprime in maniera consapevole una seconda volontà confermativa dell'iniziale accordo, incompatibile con la volontà di recedere. Il medesimo fondamento ispira l'esclusione del diritto di recesso in relazione alla fornitura di contenuto digitale mediante un supporto non materiale, laddove l'esecuzione sia iniziata con l'accordo espresso del consumatore e questo sia consapevole di perdere il diritto di recesso: anche questo è un caso di fornitura anticipata che nel rispetto dell'informazione della libertà di scelta del consumatore si pone come alternativa alla volontà di recedere dal contratto (lett. m). Si tratta di un'ipotesi che tiene conto dell'ampia diffusione del progresso tecnologico e delle tecnologie di commercio elettronico in cui si forniscono contenuti digitali mediante canali di distribuzione che fanno riferimento alla mera assenza di un supporto materiale, come i casi di *downloading* da *server*, utilizzando un'espressione in grado di abbracciare le diverse tipologie di prodotti e servizi digitali commercializzabili *on line*.

Altre fattispecie di esclusione si collegano al contenuto contrattuale e alla circostanza che il corrispettivo della fornitura sia determinato da fattori esterni, legati a fluttuazioni dei prezzi sui mercati: se il recesso venisse riconosciuto darebbe adito ad atteggiamenti opportunistici del consumatore (lett. b, e g).

Altre ipotesi di esclusioni si spiegano in ragione della natura e delle caratteristiche di alcune tipologie di beni che li rendono insuscettibili di essere rispediti o utilizzati dal professionista qualora siano stati conformati in base alle esigenze del consumatore, gli siano stati consegnati o questi abbia aperto le relative confezioni (lett. c, d, e, f, i, j, l).

In altre tipologie di forniture sono le peculiari modalità di contrattazione ad importare l'esclusione del recesso (lett. k, h).

Tutte queste esclusioni hanno carattere necessario, poiché si fa riferimento alla impossibilità per gli Stati membri di prevedere il diritto di recesso per le ipotesi descritte all'art. 16 Dir.; non escludendosi però che i professionisti possano riconoscere convenzionalmente ai consumatori il diritto di recesso anche per i casi in cui sarebbe legalmente escluso.

e i servizi di noleggio di autovetture.

La scelta del legislatore dell'Unione quanto al termine per esercitare il recesso, diversificato nella sua durata in base alla condotta di adempimento o meno degli obblighi informativi da parte del professionista, è stata quella di unificarlo in quattordici giorni, benché non sia specificato trattarsi di giorni lavorativi.

Quanto al *dies a quo* del termine breve per l'esercizio del diritto di pentimento non si è colta l'occasione di abbandonare l'approccio diversificato a seconda dell'oggetto contrattuale, distinguendo ancora a seconda che si tratti di contratto negoziato fuori dei locali commerciali o a distanza, con ad oggetto la vendita di beni o la fornitura di servizi.

Nel caso di vendita di beni (art. 9, lett. b, Dir.) si è prevista, come regola generale, quella della consegna dei beni legalmente individuata nel momento in cui il consumatore acquisisce il possesso fisico dei beni acquistati, poi declinandola in vari sottotipi ⁽⁸³⁾ diversificati a seconda della tipologia di beni consegnati.

Nel caso invece di fornitura di servizi il termine decorre dalla conclusione del contratto in ordine alla cui nozione non vengono fornite indicazioni, diversamente dal concetto di consegna (art. 9, lett. a, Dir.).

Per quanto concerne la patologia, invece, il legislatore europeo ipotizza due distinte scansioni del periodo lungo del recesso derivante dalla violazione del corrispondente obbligo informativo, distinguendo, in particolare, due casi: l'inadempimento totale e il mero ritardo nell'adempimento (art. 10 Dir.).

Per la prima ipotesi (art. 10, par. 1, Dir.) il consumatore potrà beneficiare di un termine lungo di dodici mesi e quattordici giorni, avendo così a disposizione il termine breve e il termine lungo di un anno, che inizierà a decorrere proprio con

⁽⁸³⁾ Nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore mediante un solo ordine e consegnati separatamente, i quattordici decorrono dal giorno in cui il consumatore o un terzo, diverso dal vettore e designato dal consumatore, acquisisce il possesso fisico dell'ultimo bene (lett. i); nel caso di contratti di consegna di un bene costituito da lotti o pezzi multipli, dal giorno in cui il consumatore acquisisce il possesso fisico dell'ultimo lotto (lett. ii); nel caso di contratti per la consegna periodica di beni durante un dato tempo, dal giorno in cui il consumatore acquisisce il possesso fisico del primo bene consegnato periodicamente (lett. iii).

lo spirare del primo termine, e ad esso cumulandosi ⁽⁸⁴⁾.

Per la seconda ipotesi (art. 10, par. 2, Dir.), laddove invece l'informativa precontrattuale sia posta in essere successivamente alla stipula del contratto, si prevede, in ogni caso, un termine massimo entro cui il professionista può adempiere agli obblighi informativi, di durata pari ad un anno, decorrente dal *dies a quo* ordinariamente previsto per il termine breve del recesso all'art. 9, Dir.

Se in pendenza di tale termine lungo di recesso il professionista fornisce le informazioni dovute al consumatore, questo potrà recedere entro quattordici giorni decorrenti dalla ricezione stessa.

La tempestività nell'esercizio del diritto di recesso si valuta al momento di spedizione della sua comunicazione di recesso (art. 11, par. 2, Dir.), in recepimento della disposizione europea sul criterio della trasmissione del recesso ⁽⁸⁵⁾.

Per quanto concerne le modalità di esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, apprezzabile appare la decisione del legislatore comunitario di aver previsto che sia sufficiente comunicare la propria volontà di liberarsi dal contratto o dalla corrispondente offerta, potendo liberamente scegliere tra due distinte modalità.

Come prima e normale opzione comunicativa, al consumatore è riconosciuta la facoltà di utilizzare un apposito modello tipo di recesso (allegato I, parte B, Dir.), modello che il professionista è obbligato a trasmettere al consumatore unitamente alle informazioni preliminari: l'idea di fondo è quella di semplificare

⁽⁸⁴⁾ Anche i Principi *Acquis* hanno previsto un limite alla facoltà di recesso prevedendo un termine di chiusura annuale decorrente dalla conclusione del contratto, per evitare di lasciare esposto *sine die* il contratto al possibile esercizio del diritto di recesso.

⁽⁸⁵⁾ Secondo i Principi *Acquis* (art. 5:103) affinché il diritto di recesso possa essere considerato tempestivo è sufficiente che la relativa dichiarazione venga emessa e spedita dal consumatore all'indirizzo del professionista prima della scadenza del termine di quattordici giorni, non occorrendo che entro detto termine la dichiarazione pervenga a destinazione e a conoscenza del professionista cui è stata inviata.

Diversamente, per quanto concerne i profili di efficacia, l'art. 5:102 dei Principi *Acquis* stabilisce che, per essere efficace, il recesso deve essere comunicato dalla parte legittimata: tale previsione lascia intendere che l'atto di esercizio del diritto ha natura recettizia in quanto non è sufficiente, ai fini della produzione degli effetti del recesso, che la dichiarazione venga emessa ed indirizzata al professionista, essendo invece indispensabile che essa giunga altresì a destinazione presso il recapito di quest'ultimo indicato nell'informativa precontrattuale fornita al consumatore.

al massimo la comunicazione del recesso offrendo la possibilità di usare tale modulistica *standard*, favorendo così la libertà di esercizio del diritto in esame.

L'esame del modulo tipo permette di comprendere come i dati che vanno riempiti nei campi liberi dello stesso sono espressione di un complessivo intento di semplificazione, dovendo il consumatore sottoscriverlo solo quando il modulo è notificato in versione cartacea.

Inoltre, la legislazione nazionale deve limitarsi a recepire il modulo tipo, risultando vietato ogni irrigidimento formale o altra differenziazione anche grafica dello stesso schema, e ciò al fine di favorire in maniera uniforme nell'interno mercato europeo il suo utilizzo.

Libertà di forma come linea guida della fonte europea che si coglie anche nel fatto che il consumatore non è vincolato all'uso esclusivo di tale modulistica, potendo presentare qualsiasi altra dichiarazione da cui si evinca espressamente la sua volontà di recedere dal contratto, attraverso l'impiego di qualunque formula lessicale o sistema comunicativo, purché idoneo a rendere il professionista partecipe della decisione di recedere.

A ciò si aggiunga che, per i contratti a distanza conclusi via *internet*, il commerciante può offrire al consumatore la possibilità di compilare ed inviare elettronicamente, mediante il proprio sito *web*, l'apposito modulo di recesso *standard* o altra dichiarazione esplicita con l'obbligo per il professionista di trasmettere senza indugio al consumatore una conferma scritta del ricevimento del recesso via *e-mail*: si fornisce così al consumatore un riscontro probatorio a suo favore utile per dimostrare sia l'avvenuto esercizio del diritto di recesso, sia la sua tempestività, considerato che in tutti i casi l'onere della prova relativa all'esercizio del diritto di recesso è sui di lui addossato (art. 11, par. 4, Dir.).

Va tuttavia sottolineato che, dal testo complessivo della direttiva, non sembrano rinvenirsi indicazioni che portino ad ammettere che la volontà di recedere possa anche essere tacitamente manifestata ⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁶⁾ Dall'ultima proposizione dell'art. 5:102 dei Principi *Acquis* si ricava invece che la volontà di esercitare il diritto di recesso può essere altresì manifestata mediante comportamenti concludenti,

Quanto agli effetti dell'esercizio del diritto di recesso la direttiva sancisce l'estinzione degli obblighi dei contraenti di eseguire il contratto (art. 12, par. 1, lett. a, Dir.), ovvero di concluderlo nel caso in il recesso si rivolga ad «*un'offerta contrattuale effettuata dallo stesso consumatore*» (art. 12, par. 1, lett. b, Dir.); essa, inoltre, regola ulteriormente le conseguenze restitutorie attraverso due distinti articoli dedicati, rispettivamente, agli obblighi del professionista (art. 13, Dir.) e a quelli del consumatore (art. 14, Dir.), norme queste entrambe ispirate a realizzare una funzione ripristinatoria delle prestazioni nel frattempo eseguite ⁽⁸⁷⁾.

Da un lato, il professionista, senza ritardo, è tenuto a rimborsare, entro quattordici giorni da quando è stato informato della decisione del consumatore di recedere e attraverso il medesimo mezzo di pagamento utilizzato per la trasmissione iniziale, tutti i pagamenti ricevuti dal consumatore ⁽⁸⁸⁾, rimborso che comunque deve avvenire e che, nel caso di contratti di vendita, può essere trattenuto fino a quando il professionista non abbia ricevuto i beni o il consumatore non abbia dimostrato di averglieli spediti.

Inoltre, sulla scorta della decisione *Heinrich Heine* della Corte di Giustizia ⁽⁸⁹⁾, è stata introdotta la regola (art. 13, par. 2, Dir.) per cui il professionista non è tenuto a rimborsare i costi supplementari che derivano da un tipo di consegna scelta espressamente dal consumatore e diversa da quella meno costosa offerta dal professionista: il professionista, quindi, è tenuto alla restituzione delle somme pagate dal consumatore per la consegna del bene, ad eccezione del *surplus* di spesa riferibile alla decisione del consumatore di avvalersi di un mezzo di

pur non essendo chiaro se la restituzione della merce ricevuta sia l'unica tipologia di comportamento concludente attraverso cui la volontà può essere manifestata, ovvero se al riguardo possono rilevare anche altri diversi comportamenti espressione della volontà di recedere (sul punto v. DE CRISTOFARO G., *La disciplina unitaria del "diritti di recesso": ambito di applicazione, struttura e contenuti essenziali*, in *Principi del diritto comunitario dei contratti*, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2009, p. 382).

⁽⁸⁷⁾ Quanto agli effetti del diritto di recesso rispetto ai contratti accessori ad un contratto a distanza o negoziato fuori dei locali commerciali, si prevede che eventuali contratti accessori siano automaticamente risolti (il termine annullati è usato in senso tecnico) senza costi per il consumatore (art. 15 Dir.).

⁽⁸⁸⁾ Il rimborso del professionista può anche essere effettuato con un mezzo diverso da quello utilizzato per la negoziazione, ove le parti lo abbiano espressamente convenuto (art. 3, par. 1, Dir.).

⁽⁸⁹⁾ Cfr. *supra* par. 4, nt. 41, p. 166.

consegna più costoso.

Dall'altro lato, il consumatore deve restituire il bene entro quattordici giorni dalla data in cui ha comunicato al professionista la sua decisione di recedere dal contratto, spedendo i beni prima di tale scadenza: si tratta di un termine di adempimento parificato a quello previsto per l'obbligazione restitutoria a carico del professionista ⁽⁹⁰⁾.

Con riferimento al carattere gratuito dell'atto di esercizio del diritto di recesso, lo stesso viene chiaramente affermato dalla direttiva, ove all'art. 9, si ha cura di precisare che si recede «*senza dover sostenere costi diversi da quelli previsti all'art. 13, par. 2, e l'art. 14*».

Infatti, a seguito dell'esercizio del diritto di recesso il consumatore deve sostenere dei costi supplementari dovuti ad una consegna, diversa da quella meno costosa *standard* offerta dal professionista, sempre che il consumatore sia stato informato di tali costi e abbia acconsentito alla consegna mediante il mezzo più oneroso (art. 13, par. 2, Dir.).

Inoltre, è tenuto a farsi carico dei costi ordinari per restituire i beni a fronte dell'esercizio del diritto di recesso, sempre che il professionista non abbia concordato di sostenerli in proprio o abbia omesso di informare il consumatore dell'esistenza di tali costi a suo carico (art. 14, par. 1, Dir.).

Tuttavia la direttiva esclude che il consumatore debba sostenere alcun costo relativo alla restituzione del bene qualora siano state violate le regole dialettiche che scandiscono il procedimento di formazione dell'accordo.

La direttiva prescrive, infatti, che il professionista informi correttamente il consumatore della circostanza che l'esercizio del recesso, dopo l'esplicita richiesta di esecuzione anticipata della prestazione di servizi o di fornitura di acqua, gas o elettricità (*ex artt. 7, par. 3, e 8, par. 8, Dir.*), implica il sostenimento di costi ragionevoli, il cui importo non è tuttavia liberamente determinabile dal professionista stesso, ma va quantificato attraverso due parametri normativamente

⁽⁹⁰⁾ Va osservato che nulla dispone la direttiva come sanzione nel caso in cui per la restituzione da parte del professionista delle somme ricevute e la riconsegna dei beni da parte del consumatore non venga rispettato il termine stabilito di quattordici giorni.

fissati: l'art. 14, par. 3, Dir. puntualizza che l'importo proporzionale da pagare si calcola sulla base del prezzo totale concordato nel contratto e, se eccessivo, sulla base dei valori di mercato di quanto è stato fornito.

Si tratta di una disposizione di grande rilievo in quanto esclude che il prezzo concordato sia vincolante ove eccessivo e, limitatamente al contratto sciolto per recesso, ammette un sindacato sull'equilibrio economico delle prestazioni con riguardo in particolare al «prezzo totale concordato nel contratto» per le forniture ed i servizi eseguiti anteriormente all'esercizio del diritto di recesso.

L'art. 14, par. 4 prevede altre ipotesi (lett. a e b) in cui il consumatore non deve sostenere alcun costo per l'esercizio del recesso.

Si tratta (lett. a) dei casi in cui la prestazione del servizio sia stata fornita, in tutto o in parte, durante il periodo entro cui può essere esercitato il diritto di recesso e il professionista abbia omesso di fornire al consumatore le informazioni relative al diritto stesso (art. 6, par. 1, lett. h e j), ovvero il consumatore non abbia espressamente richiesto che la prestazione iniziasse durante il suddetto periodo di recesso in conformità con l'art. 7, par. 3 e art. 8 par. 8.

Il consumatore, inoltre, non è tenuto a sostenere alcun costo per la fornitura di contenuti digitali non trasmessi su di un supporto materiale se non ha dato il consenso all'esecuzione della prestazione prima della scadenza del termine per recedere, se non ha riconosciuto di perdere la possibilità di recedere, accettando l'inizio dell'esecuzione anticipata della prestazione, o se il professionista non ha fornito la conferma del contratto concluso ai sensi dell'art. 7, par. 2 e art. 8, par. 7, Dir.: sono queste tutte fattispecie in cui la direttiva (art. 14, par. 4, lett. b) prevede la perdita del diritto di recesso e la doverosità del corrispettivo a carico del consumatore.

Da ultimo, va evidenziato che il consumatore è ritenuto responsabile solo della diminuzione del valore dei beni conseguente ad un impiego ultroneo a quello strumentalmente necessario per testare il prodotto e le sue caratteristiche o per accertarne il funzionamento ⁽⁹¹⁾, responsabilità per diminuzione di valore dalla

⁽⁹¹⁾ L'unico uso ammesso per il diritto europea è quello strettamente necessario alla verifica della

quale va totalmente esente qualora il professionista non lo abbia informato del suo diritto di recesso.

7. Le novità di matrice europea sul c.d. recesso di pentimento nel d.lgs. n. 21 del 2014 e l'attuale versione del codice del consumo

Il contenuto della Direttiva 2011/83/UE ha trovato puntuale riproduzione nella Novella al codice del consumo (parte III, titolo III, capo I, limitatamente agli artt. da 45 a 67), avvenuta con il d.lgs. 21.2.2014, n. 21 ⁽⁹²⁾

Se il proposito di rendere più omogenea la disciplina del c.d. recesso di pentimento nei contratti tra professionista e consumatore risulta ridimensionato dall'ambito applicativo circoscritto ai contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, vanno rilevate comunque delle significative novità quanto all'unificazione e al prolungamento del termine per recedere, alla modalità del recesso, alle conseguenze della violazione degli obblighi informativi, nonché agli effetti dell'esercizio del recesso con riferimento alle obbligazioni delle parti.

Le norme degli attuali artt. 52 ss. c. cons. replicano quasi integralmente il contenuto degli artt. 9 ss. della direttiva, il cui scopo di armonizzazione massima ha impedito di adottare o di mantenere in vigore nei singoli ordinamenti statali disposizioni con essa divergenti, ancorché più severe (art. 4 Dir.).

Quanto al termine breve per recedere, l'art. 52 c. cons. ne unifica la durata portandola da dieci a quattordici giorni, senza specificare o no se si tratta di giorni

merce ordinata, rispondendo il consumatore solo della diminuzione di valore dei beni risultante da una manipolazione dei medesimi diversa da quella necessaria a stabilirne natura, caratteristiche e funzionamento, in linea con l'insegnamento espresso dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Messner*.

⁽⁹²⁾ Il decreto legislativo è stato pubblicato in G.U., 11 marzo 2014, n. 58. Cfr. *supra* cap. I, par. 10, p. 44. In argomento si veda PAGLIANTINI S., *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti* 2014, p. 796 ss.; CUFFARO V., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr.giur.*, 2014, p. 745 ss.; sul tema in particolare del diritto di recesso cfr. FARNETI M., *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2014, p. 959 ss.; CONFORTINI M., *Il recesso di pentimento*, in *Corr. Giur., Speciale*, 7, 2014, p. 19 ss.

lavorativi, così che tra i dieci lavorativi del previgente art. 64 c. cons. e i quattordici attuali non si riscontra una differenza così sostanziale.

Ad ogni modo l'unificazione ha una portata limitata in quanto nel nostro ordinamento persiste una forte disomogeneità quanto all'estensione del periodo di riflessione nei vari settori: a titolo esemplificativo si pensi ai quattordici giorni in materia di commercializzazione a distanza di servizi finanziari (art. 67 *duodecies*), multiproprietà (art. 73 c. cons.), e credito al consumo (art. 125 *ter* T.u.b.); o ai trenta giorni per l'assicurazione sulla vita (art. 177 c. cons.), o ai sette per la vendita a distanza di strumenti finanziari e gestione di portafogli individuali (art. 30 T.u.f.).

Si può allora notare come l'auspicio dell'armonizzazione piena sia stato frustrato dall'inapplicabilità dell'art. 52 c. cons. alle tipologie contrattuali la cui disciplina non è oggetto dell'intervento di riforma.

In relazione al termine allungato previsto per il caso di non adempimento dell'obbligo di informazione limitatamente al diritto di recesso, va apprezzato il tentativo del legislatore di differenziare l'ipotesi della totale assenza informativa (art. 53, comma 1, c. cons.) da quella del ritardo, tollerato se rimane limitato ai dodici mesi decorrenti dal termine breve (art. 53, comma 2, c. cons.).

In un caso l'allungamento del termine per poter recedere è stato incrementato ai dodici mesi successivi al decorso dei quattordici giorni; nell'altro, invece, il recesso può essere esercitato fino al quattordicesimo giorno successivo alla ricezione dell'informazione tardiva.

Tuttavia va sottolineato come non risulta più oggetto di espressa considerazione il caso dell'informazione fornita dal professionista in modo incompleto o errato, a differenza di quanto accadeva sotto il regime previgente (art. 64, comma 4, c. cons. *ante* Rif.): pur alla luce del dato positivo non chiaro, in un'ottica di tutela del consumatore, si potrebbe ritenere che la fattispecie esclusa sia inclusa in un più ampio concetto di omessa informazione, interpretato in modo estensivo (⁹³).

(⁹³) In argomento FARNETI M., *op. cit.*, p. 979.

Diversamente dal vecchio art. 65 c. cons.⁽⁹⁴⁾ si è scelto di uniformare la disciplina del *dies a quo* per entrambe le tipologie contrattuali, architettando un sistema nel quale per i contratti con ad oggetto la prestazione di servizi, fornitura di acqua, gas o elettricità il termine decorre dal momento della stipulazione del contratto, mentre per quelli con ad oggetto beni da quando il consumatore acquisisce il possesso fisico dei beni, regolando ulteriormente il *dies a quo* a seconda delle modalità di consegna del bene oggetto del contratto⁽⁹⁵⁾.

Giova sottolineare, ai fini della qualificazione del diritto di recesso⁽⁹⁶⁾, che il legislatore italiano si è avvalso della facoltà concessa dalla direttiva agli Stati membri⁽⁹⁷⁾ di prevedere che, in pendenza del termine per recedere, non sia fatto divieto alle parti di adempiere ai reciproci obblighi contrattuali⁽⁹⁸⁾: se è concesso ai contraenti di dare esecuzione alle prestazioni contrattuali, significa che l'esercizio del diritto di pentimento investe un rapporto contrattuale già in essere, fonte delle obbligazioni che si vanno ad eseguire in via anticipata⁽⁹⁹⁾.

Va senza dubbio segnalata la scelta effettuata dal legislatore con riguardo alle modalità di esercizio del c.d. recesso di pentimento, ora decisamente semplificate (art. 54 c. cons.): il consumatore può, infatti, recedere scegliendo di usare il modulo tipo (allegato I, parte B) - prestampato e consegnato dal professionista (lett. a) -, ovvero presentando una dichiarazione dalla quale emerga esplicitamente la decisione di recedere (lett. b).

⁽⁹⁴⁾ Il codice *ante* Novella distingueva tra contratti a distanza e fuori dei locali commerciali e per ogni forma di contrattazione prevedeva che il *dies a quo* scivolasse in avanti al giorno di ricevimento delle informazioni sul recesso, se successivo a quello della conclusione del contratto o di ricezione dei beni.

⁽⁹⁵⁾ Nel caso di beni multipli ordinati dal consumatore con un solo ordine e consegnati separatamente il *dies a quo* è fatto coincidere con il giorno in cui il consumatore ne acquisisce il possesso dell'ultimo bene (n. 1); nel caso di bene costituito dai lotti o pezzi multipli dal giorno in cui il consumatore acquisisce il possesso dell'ultimo lotto (n. 2); nel caso di consegna periodica da quando si è acquisito il possesso del primo bene (n. 3).

⁽⁹⁶⁾ Sul tema v. *infra* par. 8, p. 195 ss.

⁽⁹⁷⁾ Art. 9, par. 3, Dir.

⁽⁹⁸⁾ Art. 52, comma 3, c. cons.

⁽⁹⁹⁾ Il legislatore ha posto un limite alla possibilità di eseguire le prestazioni in pendenza del termine per recedere: vietando che il professionista, in caso di contratto negoziato fuori dei locali commerciali, possa accettare a titolo di corrispettivo effetti cambiari che abbiano una scadenza inferiore a quindici giorni dalla conclusione del contratto, né presentarli allo sconto prima di quel termine (art. 52, comma 3, c. cons.).

Il richiamo alla esplicita dichiarazione di recedere porta ad escludere che, secondo la nuova disciplina, il consumatore possa ora recedere tacitamente, diversamente dal passato (art. 64, comma 3, c. cons. *ante* Rif.): tale scelta riflette l'intento del legislatore europeo di tutelare la certezza dei traffici giuridici, oltre che il professionista stesso, il quale conosce così con chiarezza la decisione del consumatore di ritirarsi dalla sua decisione commerciale, dovendo quest'ultimo rendere «*un'esplicita dichiarazione*» in tal senso.

A ciò si aggiunga l'ulteriore opzione di compilazione ed invio elettronico del modulo tipo o di qualsiasi altra dichiarazione esplicita sul sito *web* del professionista, ove questo abbia espressamente concesso tale possibilità.

Si tratta di una previsione volta ad agevolare di molto il consumatore nell'esercizio del diritto di recesso, oltre a denotare l'intento del legislatore nazionale di promuovere il commercio elettronico.

Per quanto concerne la valutazione di tempestività dell'esercizio del recesso, nulla è previsto, mancando nella disciplina novellata il riferimento all'invio della comunicazione relativa all'esercizio del diritto in esame (art. 64, comma 2, c. cons. *ante* Rif.).

L'art. 54, comma 1, c. cons. si limita ad affermare che «*prima della scadenza del periodo di recesso*» il consumatore «*informa il professionista della sua decisione di recedere*», null'altro aggiungendo.

Si ritiene che le conclusioni svolte sotto il vigore della disciplina precedente possano valere tutt'ora e che, quindi, la valutazione del rispetto del termine per recedere possa essere compiuta con riferimento al momento dell'invio della relativa comunicazione ⁽¹⁰⁰⁾.

Per quanto concerne la regolamentazione degli effetti del recesso, i previgenti artt. 66 e 67 sono stati sostituiti da quattro disposizioni (artt. 55, 56, 57 e 58) volte a regolare in modo dettagliato gli obblighi restitutori gravanti su ciascuna parte e a ripristinare la situazione anteriore all'esercizio del diritto di recesso, fermo in ogni caso il generale effetto estintivo dell'obbligo di esecuzione

⁽¹⁰⁰⁾ Si veda *supra* par. 5, p. 172 ss.

del contratto o di conclusione dello stesso se il “recesso” concerne una proposta.

Dalla disciplina che ora si illustrerà si coglie come il recesso, ove esercitato, incide su di un rapporto contrattuale in essere con efficacia retroattiva.

Più nel dettaglio, dal punto di vista del professionista (art. 56, c. cons.), il principale suo obbligo attiene al rimborso di tutte le somme ricevute dal consumatore a titolo di pagamento, comprensive delle spese di consegna, eccettuate quelle legate a costi supplementari dovuti a consegne diverse da quelle *standard* (comma 2); il termine finale per adempiere viene dimezzato da trenta a quattordici giorni, decorrenti da quanto il professionista è informato della decisione del consumatore di recedere⁽¹⁰¹⁾.

Criticabile appare il richiamo alla nozione generica di informazione, prevista sia per la valutazione di osservanza del termine di recesso (art. 54, c. cons.) che per quello del rimborso (art. 56 c. cons.): il consumatore, infatti, prima del decorso del termine di quattordici giorni «*informa*» il professionista, il quale è tenuto a restituire le somme ricevute a vario titolo dal consumatore entro quattordici giorni «*dal giorno in cui è informato*».

Il limite di tale impostazione, genericamente allusiva ad un adempimento informativo, risiede nel fatto che non si specifica quando il professionista è considerato informato della decisione di recedere comunicata tempestivamente dalla sua controparte: in via interpretativa si può presumere che il momento della ricezione della comunicazione di recesso da parte del professionista segni il limite temporale della nascita delle obbligazioni di restituzione in capo alle parti, in linea con le convinzioni maturate sotto la vigenza della disciplina anteriore⁽¹⁰²⁾

Quanto alle modalità del rimborso, si prevede espressamente che il rimborso debba essere eseguito con lo stesso mezzo di pagamento usato dal consumatore per la transazione iniziale, salvo che il consumatore non abbia convenuto altrimenti e a condizione che questo non debba sostenere alcun costo per il

⁽¹⁰¹⁾ Non c'è più il riferimento alla ricezione della comunicazione del recesso da parte del professionista, ma a quello dell'informazione, così lasciando aperta la possibilità per il professionista di provare di essere stato senza sua colpa nell'impossibilità di averne notizia.

⁽¹⁰²⁾ Si veda *supra* nt. 70, p. 177.

rimborso.

Dal punto di vista del consumatore (art. 57 c. cons.), questi è obbligato alla restituzione del bene oggetto del contratto entro il termine, ora equiparato a quello del professionista, di quattordici giorni decorrenti dalla comunicazione del recesso (¹⁰³), sostenendo altresì il relativo costo, a meno che il professionista non abbia deciso di assumere tale onere o si sia reso inadempiente all'attività di informativa precontrattuale o ricorra una delle ipotesi dell'art. 57, comma 4, c. cons (¹⁰⁴).

Di significativo rilievo poi la scelta di aver eliminato come condizione essenziale per l'esercizio del recesso la sostanziale integrità del bene da restituire (art. 67 c. cons. *ante* Rif.), così innalzando il livello di protezione per il consumatore, il quale, fermo l'obbligo di comportarsi in linea con la buona fede, conserva il diritto di recedere anche se durante il periodo di riflessione non ha custodito o adoperato il bene con l'uso della normale diligenza, non presupponendo più il diritto di recesso un uso del bene secondo tale parametro.

Tuttavia, in caso di diminuzione di valore causata da una manipolazione diversa da quella necessaria per stabilire la natura, i caratteri e il funzionamento del bene sorge a carico del consumatore una responsabilità e un obbligo di indennizzo, che comunque vengono meno nel caso di omessa informazione della facoltà di recesso (art. 57, comma 2, c. cons.).

Appare del tutto analoga all'art. 13, par. 13, Dir., la scelta di porre a carico del consumatore, se vi sia stata un'esecuzione anticipata della prestazione, un importo proporzionale a quanto fornito fino al momento del recesso, importo che, se eccessivo, è ricalcolato sulla base dei valori di mercato.

Infine, l'art. 63 c. cons. collega in modo esplicito il trasferimento del rischio di perdita o di danneggiamento alla materiale consegna della cosa: tale previsione

¹⁰³) Anche sotto il vigore della vecchia disciplina in giurisprudenza si era statuito che il termine per restituire quanto ricevuto dal consumatore dovesse decorrere dal momento di perfezionamento del recesso e non dalla data di ricevimento del bene: Trib. Lucca, 31.8.2004.

¹⁰⁴) Nulla è previsto però, né dall'art. 56 c. cons. né dall'art. 57 c. cons., quanto alla situazione che si può venire a creare se il professionista o il consumatore non rispettano il termine di quattordici giorni: circa le perplessità sull'effettività della nuova previsione cfr. PAGLIANTINI S., *op. cit.*, p. 799. Sul punto anche *supra* nt. 90, p. 187 quanto alla lacuna sanzionatoria presente anche nella direttiva.

non può essere interpretata nel senso di offrire un argomento a sostegno della tesi che colloca il perfezionamento del contratto in un momento successivo a quello del primo consenso, in quanto, a voler così opinare, si finirebbe per ritenere che vi sia stata una codificazione (seppur implicita) della natura reale del contratto di compravendita il cui effetto traslativo sarebbe connesso all'adempimento della *traditio* dei beni e non agli scambi dei consensi: conclusione questa decisamente stridente con il basilare principio consensualistico ⁽¹⁰⁵⁾.

Pertanto, ferma l'operatività del principio del consenso traslativo di cui all'art. 1376 c.c., anche laddove il contratto di vendita di beni sia concluso con una modalità a distanza o fuori dei locali commerciali, l'espresso collegamento alla consegna materiale del bene del rischio del fortuito assume un diverso significato: il legislatore ha voluto prendere posizione su una questione con delle importanti ricadute pratiche, regolamentandola mediante una norma *ad hoc*, così da non lasciare spazio a soluzioni interpretative diversificate, a scapito dell'uniformità normativa cui la Direttiva 2011/83/UE aspira.

8. La controversa questione sulla qualificazione giuridica del c.d. recesso di pentimento e i tentativi di un suo inquadramento sistematico

Occorre premettere che, malgrado le numerose fattispecie considerate dal legislatore italiano, la maggior parte delle quali in attuazione di direttive europee che utilizzano tutte la stessa denominazione, l'inquadramento sistematico del c.d. recesso di pentimento appare problematico e controverso.

Ciò anche considerato che l'evoluzione normativa costantemente in atto sollecita una riconsiderazione del diritto di recesso in termini ancor più ampi e generali alla luce della sistematica della teoria generale del contratto: da un lato,

⁽¹⁰⁵⁾ Sotto il vigore del vecchio codice l'art. 67, comma 2, c. cons. *ante* Rif. era stato interpretato nel senso di allocare sul consumatore il rischio del perimento del bene, rischio che presuppone una fattispecie traslativa compiuta (così SCANNICCHIO N., *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comprato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 43; VALENTINO D., *op. cit.*, p. 187 s.).

infatti, la disciplina generale del contratto è termine di riferimento per fornire un inquadramento del rimedio; dall'altro, il rimedio stesso apporta alla disciplina del contratto significative novità in grado di incidere sulla tradizionale conformazione legale degli assetti giuridici ed economici.

Problematicità della sua qualificazione dovuta, in particolare, allo stretto collegamento con il procedimento di formazione del contratto e con l'individuazione degli effetti che la legge vi ricollega, stante l'esigenza pratica di completarne la disciplina applicabile.

In particolare, l'approccio ricostruttivo adottabile nella qualificazione del c.d. recesso di pentimento può comportare l'alternativa tra la sua identificazione con un vero e proprio diritto di recesso, operante rispetto ad un contratto già concluso ed efficace, ovvero la sua identificazione con un mezzo che ne impedisce il perfezionamento fino allo scadere del termine per il relativo esercizio, inserendosi quindi esso in una fattispecie contrattuale in corso di formazione.

Si anticipa da subito che il c.d. recesso di pentimento a tutela del consumatore si discosta rispetto al recesso generale di cui all'art. 1373 c.c., se solo si pensa che quest'ultimo opera rispetto ad un rapporto contrattuale sorto ed efficace, ma non ancora in corso di esecuzione, mentre nel recesso del consumatore si prevede una disciplina di rimborsi e di restituzioni (art. 67 c. cons.) che presuppone un'avvenuta esecuzione del programma contrattuale, se non altro parziale: si tratta ciò nonostante di un vero e proprio recesso avente peraltro una specifica funzione, quella di pentimento (*ius poenitendi*) ⁽¹⁰⁶⁾, un recesso connotato da taluni tratti essenziali comuni alle varie figure, per lo più di origine comunitaria, individuabili nella unilateralità, temporaneità, libertà, gratuità e formalismo ⁽¹⁰⁷⁾.

Tra le varie ipotesi ricostruttive elaborate vi è anche quella che si colloca al di fuori dei due approcci - procedimentale e sostanzialista - che si illustreranno nel

⁽¹⁰⁶⁾ Cfr. *supra*, par. 2, p. 152.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. *supra*, par. 4, p. 163.

prossimo paragrafo, secondo la quale il c.d. recesso di pentimento sarebbe assimilabile ad una condizione legale: in particolare, là dove il legislatore ha espressamente disposto la sospensione degli effetti del contratto durante il periodo di riflessione (¹⁰⁸), vi è chi ha prospettato di ricondurre lo schema del recesso alla condizione legale sospensiva (¹⁰⁹), senza che a ciò possa ostare la previsione della nullità della condizione meramente potestativa contenuta nell'art. 1355 c.c., valevole per la condizione volontaria e non per quella legale.

In realtà, il limite di tale configurazione risiede in un duplice ordine di considerazioni, di carattere sistematico e anche di mera opportunità pratica quanto alla soluzione di taluni problemi applicativi.

Anzitutto, con il recesso viene attribuita ad una delle parti la facoltà di sciogliere il contratto con una libera dichiarazione di volontà negoziale, mentre il venir meno del contratto, nel caso della condizione, è automatico e legato ad un evento indipendente dalla volontà dei contraenti: la condizione cioè, per potersi dire tale, deve esprimere un piano di interessi esterno rispetto a quello interno tipico del contratto ed indipendente dalla volontà delle parti (¹¹⁰).

Il recesso non può, dunque, essere qualificato come condizione, se non al costo inaccettabile di trascurare la sua natura intimamente negoziale traducendosi, dato che il relativo atto di esercizio si traduce in una volontà negoziale unilaterale:

(¹⁰⁸) Si veda, ad esempio, l'art. 30, comma 6, d.lgs. 58/1998 in tema di intermediazione finanziaria; art. 8, comma 1, l. 1/1991 in tema di energie rinnovabili; art. 18 *ter* l. 216/1974 in tema di mercato mobiliare e trattamento fiscale di titoli azionari.

(¹⁰⁹) Lo spunto in tale direzione proviene dalla definizione in termini di condizione negativa prevista dall'art. 30, comma 6, d.lgs. 24.2.198, n. 58, T.U.F. dove si prevede che l'efficacia dei contratti di collocamento di strumenti finanziari o di gestione di portafogli individuali conclusi fuori sede o collocati a distanza sia sospesa per la durata di sette giorni decorrenti dalla data di sottoscrizione da parte dell'investitore: cfr. ROPPO V., *Offerte al pubblico di valori mobiliari e tecniche civilistiche di protezione dei risparmiatori - investitori*, in *Giur. It.*, 1983, c. 208; PITTALIS M., *op. cit.*, p. 115 ss.; FURGIUELE L., *Contratti a conclusione telematica*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini F., Torino, 2002, p. 205.

Vi è anche chi ha qualificato il recesso come condizione risolutiva, atta a sciogliere, in virtù dell'esercizio del diritto di pentimento, gli effetti del contratto già prodottisi, così MANNA C.M., *op. cit.*, p. 438; nel senso di una indiretta equiparazione del recesso come condizione risolutiva meramente potestativa unilaterale cfr. FERRARI C., *op. cit.*, p. 34 ss..

(¹¹⁰) Così FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 80 ss. A ciò si aggiunga che gli effetti nella condizione risolutiva retroagiscono al tempo della conclusione del contratto mentre nel recesso si producono da quando la dichiarazione giunge a conoscenza dell'altra parte (Cass. Civ., 7.8.1989, n. 3626; Cass. Civ., 8.2.1999, n. 1078).

il meccanismo condizionale, invece, comporterebbe una vicenda legale che si concretizzerebbe automaticamente, in assenza di un determinato comportamento del beneficiario entro un determinato periodo di tempo ossia il mancato esercizio del recesso (¹¹¹).

Senza dimenticare poi che le discipline sul recesso si riferiscono a situazioni in cui il contratto è stato concluso e spesso anche già eseguito; di conseguenza, inquadrare il c.d. recesso di pentimento nell'ambito della condizione sospensiva appare difficilmente conciliabile con tale circostanza, proprio in quanto gli effetti contrattuali non risultano sospesi (¹¹²).

Infatti, il diritto di recesso descritto dal codice del consumo, eccetto l'ipotesi di cui all'art. 67 *duodecies*, non replica la previsione espressa della sospensione degli effetti del contratto e, quindi la ricostruzione avanzata per la peculiare ipotesi del recesso dell'investitore, ai sensi del T.U.F., non può essere trasposta per altri casi di recesso della parte debole.

Oltre a ciò, non si vede quale possa essere il significato, apprezzabile sul piano eminentemente operativo, del ricorso alla figura della *condicio iuris*, considerata la discussa applicabilità alla stessa della disciplina codicistica dettata invece per la condizione volontaria (¹¹³).

9. (Segue) Le ipotesi ricostruttive del recesso in una dimensione procedimentale

Venendo ora all'esame delle ricostruzioni elaborate, quanto alla collocazione nell'ambito della sistematica contrattuale generale, queste possono essere raggruppate in due gruppi a seconda dell'approccio seguito.

(¹¹¹) Ad ogni modo, la linea di confine tra il recesso di pentimento e la natura meramente potestativa della condizione di cui all'art. 1355 c.c. può in concreto rivelarsi molto labile.

(¹¹²) PITTALIS M., *op. cit.*, p. 133.

(¹¹³) RESCIGNO P., voce *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 768 ss.; CARUSI D., *Condizione e termine*, in *Tr. del contratto*, diretto da V. Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2003, p. 287 ss.

Secondo una lettura di stampo c.d. sostanzialista (¹¹⁴) il rimedio del recesso interviene *ex post* come una causa estintiva o eliminativa di una fattispecie contrattuale già perfezionata che viene rimessa in discussione.

Accanto a tale lettura, si è sviluppato un diverso approccio di tipo procedimentale (¹¹⁵), che non ha ritenuto condivisibile la ricostruzione del diritto di recesso come destinato ad incidere sugli effetti di un contratto già concluso, ma lo ha interpretato come un ostacolo al perfezionamento del contratto stesso, ove venga esercitato.

Tra i fautori di tale impostazione vi è stato chi ha collocato il recesso nell'istituto di cui all'art. 1331 c.c..

Nell'opzione, infatti, è stato rinvenuto uno speciale schema procedimentale idoneo a costruire il diritto, attribuito dalle nuove discipline al contraente debole, come volto a perfezionare l'affare attraverso una manifestazione di volontà unilaterale successiva allo scambio dei consensi tra le parti.

Prima del decorso del termine per recedere l'accordo raggiunto tra le parti sarebbe una sorta di contratto d'opzione, e solo con il mancato esercizio del diritto di recesso, da interpretare come successiva accettazione, il contratto troverebbe piena conclusione (¹¹⁶).

(¹¹⁴) Tra i sostenitori della teoria sostanziale si veda quanto al regime comune del recesso di cui agli artt. 64-67 c. cons. *ante* Rif., TROIANI U., sub artt. 64-67, in *Commento al d.lgs. 6.9.2005, n. 206*, coordinato da Italia V., Milano, 2006, p. 601 ss. COLOSIMO B., *op. cit.*, p. 528 ss.; CHERUBINI M.C., *op. cit.*, p. 86 ss.; SCANICCHIO N., *Il perfezionamento del contratto*, in *Tr. dir. priv. europeo*, a cura di N. Lipari, III, *L'attività e il contratto*, in *Tr. dir. priv. europeo*, a cura di Lipari N., Padova, 2003, p. 158.

(¹¹⁵) Sostengono un inquadramento procedimentale del diritto di recesso, BENEDETTI G., *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di S. Mazzamuto e C. Castronovo, Milano, 2009, p. 347 ss.; *ID.*, *La formazione del contratto e l'inizio di esecuzione. Dal codice civile ai principi di diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 314 s.; MACIOCE F., sub artt. 64-67, in *Comm. cod. cons.*, a cura di Alpa G. e Rossi Carleo L., Napoli, 2005, p. 280 ss..

In tal senso si veda anche SACCO R., *Conclusioni del contratto. Sintesi di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 211; CICOGNA S., *Jus poenitendi come mezzo di tutela della libertà e della ponderatezza del consenso*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, p. 174 ss.; OPPO G., *Principi*, in *Tr. dir. comm.*, diretto da Buonocore V., Torino, 2002, p. 71.

(¹¹⁶) In tali termini si veda GABRIELLI G., *op. cit.*, p. 72 ss.; SANGIORGI S., *op. cit.*, p. 1. Similmente, GENTILI A., *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 26, ad opinione del quale si assisterebbe ad una scissione temporale tra la formazione della regola, a seguito dell'incontro tra proposta ed accettazione, e la

In altri termini, il consumatore che sottoscrive una nota d'ordine con il professionista pattuisce un'opzione di vendita in cui il venditore si obbliga a mantenere ferma la proposta ed il consumatore è libero di accettarla o meno nel termine pattuito: fino a che è ammesso l'esercizio del diritto di recesso sembra che la volontà manifestata dal consumatore non rivesta i caratteri di serietà e concludenza e che il contratto non sia da intendersi ancora perfezionato, almeno fino a che il contraente debole non esprima un'ulteriore e specifica volontà contrattuale in tal senso.

Tale impostazione, formulata con riferimento alla norma dell'art. 18 *ter*, comma 2, l. 216/1974, norma questa che espressamente prevede la sospensione degli effetti del contratto durante il periodo di riflessione, incontra però il limite della sua insuscettibile estensione a casi diversi in cui non vi è una simile previsione ⁽¹¹⁷⁾ ed anzi, in conseguenza dell'esercizio del diritto di recesso da parte del consumatore, le parti sono sciolte dalle rispettive obbligazioni derivanti dal contratto, che, potendo essere adempiuto, va reputato come concluso già prima dell'esercizio del diritto di recesso ⁽¹¹⁸⁾.

Tra le interpretazioni dirette a collocare il recesso tra le tecniche di formazione del contratto vi è anche chi ha fatto riferimento alla vendita con riserva di gradimento di cui all'art. 1520 c.c., quale esempio codicistico di tecnica di contrattazione che, con una modalità più complessa ed articolata, ammette la facoltà per il compratore di esprimere una volontà contraria alla sua definitiva

formazione del vincolo, procrastinata invece al momento di esercizio della facoltà di recesso. Nell'ottica di individuare delle corrispondenze tra il recesso e le particolari tecniche codicistiche di formazione del contratto, si è anche pensato al rifiuto di cui all'art. 1333 c.c. (ZORZI N., *Lo ius se poenitendi del consumatore*, in *Vita notarile*, 2007, p. 555ss.): tale impostazione si presta alla facile critica che dal contratto, da cui il consumatore recede, non derivano obbligazioni solo a carico del proponente, trattandosi per lo più di contratti di vendita, per loro natura sinallagmatici.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. ad es. art. 8, d.lgs. 50/1992 in tema di contratti fuori dei locali commerciali; art. 111, d.lgs. 174/1995 in tema di assicurazione sulla vita; art. 5, d.lgs. 427/1998 in tema di contratti di multiproprietà; art. 5, d.lgs. 185/1999 in tema di contratti a distanza, tutti esempi in cui il riferimento all'avvenuta conclusione del contratto è chiaro.

⁽¹¹⁸⁾ In senso critico rispetto all'inquadramento del recesso nell'opzione si veda TROIANO O., *Disciplina dei mercati e jus poenitendi nella contrattazione a distanza e in quella sorprendente*, in *Saggi di diritto privato europeo*, a cura di Pardolesi R., Napoli, 1995, p. 272 ss.; MANNA C.M., *Contratti stipulati fuori dei locali commerciali e diritto di ripensamento: in margine ad un caso di "ambiguità" in ordine alla qualità di consumatore*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1998, p. 447.

conclusione per effetto del mancato gradimento della cosa oggetto della vendita (¹¹⁹). La volontà del compratore è scomposta in due sequenze, la prima costitutiva dell'accordo unitamente al consenso del venditore e la seconda integrativa del gradimento e perfezionativa dell'intera fattispecie contrattuale (¹²⁰).

Si è allora ritenuto che, come per la vendita con riserva di gradimento, il contratto non si perfezioni fino a quando non sia trascorso il tempo concesso al consumatore per rifiutare l'accordo.

Tale impostazione dimentica, tuttavia, che i motivi che condizionano l'accettazione nella vendita con riserva di gradimento o di non gradimento corrispondono a una valutazione circa la corrispondenza della cosa alle sue esigenze, mentre nei contratti a distanza o fuori dei locali commerciali i motivi soggettivi attengono alla convenienza circa la conclusione del contratto e non richiedono di essere palesati (¹²¹).

Inoltre, il c.d. recesso di pentimento del consumatore si inserisce in un congegno procedimentale più ampio e complesso rispetto alla vendita con riserva di gradimento, in cui, invece, la parte può perfezionare il contratto mediante l'espressione del suo gradimento entro un dato tempo, anche immediatamente, senza che il venditore abbia ottemperato agli obblighi di informazione e trasparenza, e magari neppure consegnato il bene; diversamente, nei contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, l'informazione, la trasparenza e la consegna del bene costituiscono degli elementi ulteriori che valgono a

(¹¹⁹) Cfr. MANES P., *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577*, in *Contratto e Impresa Europa*, 1996, p. 696 ss.: l'Autore sottolinea come in realtà sarebbe forse più calzante la vendita con clausola di non gradimento, di cui all'art. 1520, comma 3, c.c., perché il contratto si conclude nel momento in cui l'accettazione del consumatore, rispetto alla proposta irrevocabile rappresentata dall'invio del catalogo del proponente, giunge all'indirizzo di quest'ultimo, accettazione subordinata però al fatto che il bene sia di suo gradimento; in caso contrario, gli effetti del contratto verrebbero meno retroattivamente.

(¹²⁰) Secondo la ricostruzione prevalente, tale fattispecie è stata ritenuta riconducibile ad un'opzione di acquisto in favore del compratore, essendo ravvisabile nell'iniziale accordo tra le parti il patto di opzione di acquisto e nel gradimento la manifestazione di volontà del compratore perfezionativa della compravendita. Sul punto RUBINO D., *La compravendita*, in *Tr. dir. civile e commerciale*, diretto da Cicu A. e Messineo F., XXIII, Milano, 1962, p. 58.

(¹²¹) In senso critico v. GORGONI M., *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Enc. Giur.*, Milano, IX, 1994, p. 5; VALENTINO D., *op. cit.*, p. 181 ss.

circostanziare e ad arricchire il contesto di perfezionamento del contratto stesso.

Da ultimo, nell'ambito dei sostenitori dell'approccio procedimentale, si è elaborata una ricostruzione che colloca il rimedio del recesso anteriormente alla compiuta realizzazione della fattispecie contrattuale, nella fase di formazione del contratto, di cui il recesso sarebbe una sequenza dalla quale ne dipende in vario modo il realizzarsi (¹²²): il programma negoziale precario acquisisce definitiva vincolatività se, decorso il termine, il consumatore rimane inerte, mentre viene meno se il diritto di recesso viene esercitato e la procedura delineata dalla legge si chiude (¹²³).

È come se il legislatore, prima con l'art. 64 c. cons. (*ante* Rif.) e ora con l'art. 52 c. cons., avesse pensato ad una vera e propria «sequenza procedimentale» (¹²⁴) da superare per raggiungere il perfezionamento del contratto il cui effetto vincolante è lasciato alla libera disponibilità del consumatore, il cui contegno omissivo allo spirare dei termini permette di reputare concluso il procedimento formativo.

(¹²²) PILIA C., *op. cit.*, p. 589 ss.

(¹²³) Per cercare di offrire una spiegazione convincente di questa nuova figura utile è richiamare la distinzione e allo stesso tempo compenetrazione tra consenso esterno ed interno (così BENEDETTI G., *op. cit.*, p. 354): appare insufficiente che vi sia una congruenza formale degli atti di consenso iniziale (proposta ed accettazione) per poter dar vita ad una fattispecie definitivamente perfezionata e bilateralmente vincolante in quanto il consenso esterno rimane condizionato all'atto di recesso che costituisce la più chiara espressione di quanto, per il diritto europeo, il consenso c.d. interno abbia rilievo.

(¹²⁴) Il recesso si pone come momento di una più ampia scomposizione di diverse sequenze procedimentali, presidiate da apposite manifestazioni di volontà del contraente, diverse per funzioni, contenuto e modalità espressive. L'accordo raggiunto sarebbe solo una fase del procedimento, ove l'effettivo momento di esercizio della libertà contrattuale è spostato in avanti rispetto al consenso iniziale (PILIA C., *op. cit.* p. 376 ss.): «nell'inerzia del contraente debole che, dopo aver espresso il primo consenso contrattuale, omette di esercitare il rimedio durante l'arco temporale prefissato dalla legge, è configurabile una fattispecie di silenzio circostanziato integrante una volontà contrattura confermativa» (IDEM, p. 483 ss.).

10. (Segue) Critica alla tesi procedimentale. L'incidenza del c.d. recesso di pentimento sul rapporto contrattuale già costituito

Al di là dei diversi sviluppi teorici che si sono registrati nella ricostruzione del recesso visto come un tassello del processo di perfezionamento del contratto, si può da subito anticipare che si tratta di una lettura che, alla luce dell'interpretazione in questa sede adottata, non appare condivisibile.

Il chiaro dato letterale del codice del consumo, sia nella sua vecchia versione, che in quella di recente riformata, stona con l'interpretazione che porta a considerare il c.d. recesso di pentimento come una sequenza della fase di formazione del contratto.

Diversi sono, infatti, gli indici normativi che permettono di reputare il recesso come un rimedio che spiega i suoi effetti rispetto ad un contratto concluso già produttivo di effetti obbligatori e reali (¹²⁵), indici normativi che non possono essere interpretati semplicisticamente come segnali di un procedimento di formazione del contratto più articolato, che si trascina aperto fino al decorso del termine utile per recedere.

Analogamente si può concludere analizzando il testo della Direttiva 2011/83/UE da cui si evince una strutturazione del recesso come un mezzo concesso al consumatore per liberarsi da un contratto già concluso.

Passando ora all'esame dei succitati riferimenti normativi, va considerato anzitutto che è espressamente riconosciuto, quale effetto del recesso, lo

(¹²⁵) Nel senso di considerare immediatamente concluso il contratto si veda ROPPO V., *Vendita a domicilio e di valori mobiliari. Formazione del contratto e recesso del consumatore*, in *Contratto e Impresa*, 1990, p. 108; MACRÌ, *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, Torino, 1998, p. 50; FRATERNALE, *I contratti a distanza*, Milano, 2002, p. 90; DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium Juris*, 1999, p. 1197; COLOSIMO B., *op. cit.*, p. 530 ss.; CHERUBINI M. C., *op. cit.*, p. 98; CAVALAGLIO L., *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Milano, 2006, p. 85.

L'idea secondo la quale il recesso interviene a sciogliere un contratto perfezionato, valido ed efficace, è sottesa anche ai Principi *Acquis*, laddove si fa riferimento all'estinzione delle obbligazioni scaturenti dal contratto, così presupponendo che il recesso sia una generale causa di scioglimento del contratto (art. 5:105), allontanandosi dalle ricostruzioni che lo configurano come un atto che priva di effetti un contratto concluso con efficacia sospesa o che ne impedisce lo stesso perfezionamento.

scioglimento delle parti dalle rispettive obbligazioni derivanti dal contratto (art. 55 c. cons.; art. 66, c. cons. *ante* Rif., art. 12 Dir.), sebbene il contenuto possa variare a seconda del tipo di contratto concluso, sia questo una vendita di beni ovvero una fornitura di servizi: la nascita di obbligazioni sinallagmatiche a carico dei contraenti presuppone l'esistenza di un contratto annoverato, secondo i principi generali (art. 1173 c.c.), tra le fonti delle obbligazioni.

Viene fissato poi come *dies a quo* per i contratti con ad oggetto prestazioni di servizi quello della conclusione del contratto (art. 52, comma 2, lett. a, c. cons.; art. 65, comma 2, lett. b, c. cons. *ante* Rif.; art. 9, par. 2, lett. a, Dir.), oltre ad esser fornita una dettagliata disciplina degli obblighi restitutori reciprocamente posti a carico delle parti, sull'inequivocabile presupposto che le prestazioni eseguite abbiano titolo nel contratto (artt. 56 e 57 c. cons.; art. 67, comma 4, c. cons. *ante* Rif.; art. 13 e 14 Dir.).

Al riguardo, infatti, il legislatore ha consentito, durante la pendenza del termine per recedere, l'esecuzione, totale o parziale, delle obbligazioni contrattuali (art. 52, comma 3, c. cons.; artt. 9, par. 3, 7, par. 3 e 8, par. 8, Dir.): il professionista è legittimato a consegnare al consumatore il bene o a fornire il servizio pattuito in virtù del vincolo contrattuale esistente tra le parti, vincolo dunque produttivo di effetti obbligatori e reali.

Se questo è il contesto normativo di riferimento, italiano ed europeo, è evidente che il contratto da cui il consumatore recede, pentendosi del consenso inizialmente dato, si può considerare come un contratto concluso e, appunto, perché concluso si va a giustificare e a legittimare l'esecuzione delle prestazioni contrattuali durante la pendenza del relativo termine che decorre, lo si è visto, dalla conclusione stessa nel caso di contratti di fornitura di servizi.

Va anche considerato che, a voler ritenere il contratto non perfezionato, ci si esporrebbe all'eventualità, pernicioso per la certezza degli scambi, oltre che irragionevole, che l'incertezza circa la formazione del contratto potrebbe passare dai fisiologici quattordici giorni fino ad un anno, lasciando in sospenso la definitiva consolidazione degli effetti contrattuali, anche contro l'interesse del consumatore stesso.

Si può allora concludere che il c.d. recesso di pentimento operi sul piano degli effetti di un contratto già concluso (¹²⁶), senza che tale risultato ponga alcun problema di compatibilità tra l'attribuzione del potere di scioglimento unilaterale del vincolo e l'affermazione del principio della forza vincolante del contratto, presidiato dall'art. 1372 c.c.

Invero, attribuendo il diritto di recesso al singolo contraente il legislatore ha compiuto una valutazione negativa nei confronti di un aspetto del contratto, attinente alla formazione del consenso, e, quindi, quello che solo apparentemente sembra in contrasto con la forza di legge del contratto, espressione massima dell'autonomia privata, è in realtà uno strumento che consente di eliminare un vincolo contrattuale che non può dirsi effettiva esplicazione dell'autonomia privata medesima.

Per meglio esaminare la configurazione del recesso va operata una duplice distinzione dovuta al suo diverso atteggiarsi temporale rispetto al livello di avanzamento raggiunto dalla contrattazione, distinzione che permette di concepire il recesso come uno strumento flessibile esercitabile sia rispetto alla manifestazione di volontà precontrattuale del consumatore - quando l'iniziativa formale alla conclusione dell'affare proviene dallo stesso consumatore - sia rispetto al contratto, ossia all'accordo perfezionato, prevedendo una disciplina di portata generale e contenuto organico che assoggetta il recesso ad un regime unitario senza distinzione tra la fase precontrattuale o contrattuale in cui viene esercitato (¹²⁷).

Infatti, analizzando le disposizioni relative agli effetti del recesso (art. 55, lett. b, c. cons.; art. 12, par. 1, lett. b, Dir.) si comprende come il riferimento legislativo al venir meno «*dell'obbligo di concludere un contratto*» alluda all'ipotesi del ritiro da parte del consumatore della sua proposta nei frequenti casi

(¹²⁶) SCANNICCHIO N., *op. cit.*, p. 158; FALCONIO D., *op. ult. cit.*, p. 391 s.

Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia, in tema di recesso dai contratti negoziati fuori dei locali commerciali, allude ad un diritto di rimettere in discussione un contratto concluso, incidendo così su un rapporto contrattuale già costituito (Corte di Giustizia, 27.6.2000, in C - 240/98).

(¹²⁷) Simile era l'impostazione anche in passato, sia delle fonti europee (artt. 1, par. 3, e 5 Dir. 85/577/CEE) che di quelle nazionali (art. 64, comma 1, c. cons.).

in cui lo stesso abbia assunto la veste nominale di proponente e voglia impedire il perfezionamento dell'accordo ed evitare di darvi successiva esecuzione.

Il termine «*recesso*» riferito «*all'offerta fatta dal consumatore*» è quindi usato in senso atecnico in quanto lo stesso si traduce in una revoca ossia in un ritiro della volontà negoziale già manifestata, per impedire che la parte debole del rapporto possa emettere proposte irrevocabili ed essere considerata responsabile nel caso di ritiro della stessa (¹²⁸).

Pertanto, l'idoneità del c.d. recesso di pentimento del consumatore ad operare indifferentemente rispetto a proposte contrattuali, oltre che a contratti già formati, costituisce una caratteristica funzionale dello stesso ed esprime l'intento del legislatore europeo di fornire una misura di tutela a fronte dell'assunzione di qualunque forma di impegno, anche solo futuro e potenziale nel caso della proposta contrattuale, accettato senza la necessaria ponderazione e al di là dello stadio di avanzamento della vicenda negoziale complessiva.

Va tuttavia sottolineato che, se è vero che possa dirsi apprezzabile l'intento del legislatore di anticipare la possibilità di esercitare il potere di ritrattazione unilaterale del suo volere prenegoziale, non altrettanto può dirsi per la relativa disciplina.

Nulla è previsto circa il termine ultimo entro cui recedere *rectius* revocare l'offerta fatta dal consumatore, non potendosi trarre alcun suggerimento dalla regolamentazione offerta dall'art. 52 c. cons. quanto al *dies a quo*, norma questa che presuppone che la decisione del consumatore di pentirsi si collochi temporalmente ad un livello più avanzato rispetto alla fase delle trattative.

Si potrebbe ad ogni modo ritenere, alla luce dei principi generali vigenti in materia contrattuale, che la conclusione del contratto, a distanza o fuori dei locali commerciali, segnerebbe il limite ultimo per esercitare il potere attribuito al consumatore di ritirare la sua proposta contrattuale, revocandola.

Inoltre, la facoltà per le parti di adempiere alle obbligazione contrattuali

(¹²⁸) Sul punto si è parlato di un'esimente provvisoria dalla responsabilità precontrattuale: cfr. FERRARI C., *op. cit.*, p. 14.

durante il periodo di recesso (art. 52, comma 3, c. cons.) non è certo una previsione riferibile alla situazione *in fieri* derivante dalla proposta contrattuale, da cui, al più, potrebbe derivare l'obbligo di non revocabilità della stessa, ove strutturata come irrevocabile, non invece l'obbligo di eseguire le prestazioni contrattuali riferibili ad un negozio non ancora concluso.

Infine, la dettagliata disciplina, volta a ripristinare la situazione antecedente al recesso (artt. 56 e 57 c.c.), appunto perché presuppone un complesso insieme di obbligazioni che i contraenti possono già eseguire in pendenza del termine per recedere, risulta chiaramente dettata per regolare le conseguenze derivanti dall'esercizio del recesso di pentimento da un contratto e non può certo valere per regolare la situazione giuridica che si viene a creare a seguito del ritiro della proposta contrattuale.

Ciò detto quanto alla revoca dell'offerta fatta dal consumatore, impropriamente definita dal legislatore come «*recesso*», si può parlare di recesso di pentimento solo se e quando a monte vi sia un contratto già concluso: è questa la situazione contemplata dagli artt. da 52 a 58 c. cons.

Si tratta, in particolare, di un potere che la legge concede al consumatore di ritirare unilateralmente la sua volontà incidendo - per le ragioni già illustrate in precedenza - su un contratto il cui *iter* di formazione è già stato portato a compimento, considerato che in materia di contratti a distanza e conclusi fuori dei locali commerciali il legislatore non prevede, nemmeno implicitamente, una sospensione dell'effetto traslativo in attesa della decisione del consumatore di esercitare il diritto in esame.

Se, dunque, il contratto è già perfettamente concluso ed efficace il consumatore è divenuto proprietario di ciò che è stato a lui trasferito con la modalità contrattuale a distanza e fuori dei locali commerciali e tale titolarità lo renderà anche potenzialmente responsabile dei danni cagionati *medio tempore* a terzi ai sensi dell'art. 2051 c.c.; sarà inoltre legittimato ad alienare o compiere atti dispositivi sul bene prima dell'esercizio del recesso e i suoi creditori potranno pignorare liberamente quanto acquistato, situazioni queste che si possono ritenere preclusive al successivo esercizio del diritto di recesso.

Di conseguenza, il recesso sotteso alla disciplina del codice del consumo, di recente novellata in recepimento della Direttiva 2011/83/UE, è strutturato come rimedio che, travolgendo un contratto già concluso, offre al consumatore la possibilità di liberarsi - con rapidità e tendenzialmente senza necessità di sostenere oneri economici - da un vincolo contrattuale già perfezionato e il più delle volte anche eseguito, vincolo che viene travolto con efficacia retroattiva.

Di qui la sua riconducibilità alla peculiare figura del recesso di pentimento, concepito come strumento a tutela del contraente debole, il cui effetto di eliminazione *ex tunc* del contratto concluso ha come scopo principale quello di garantire al consumatore l'effettiva consapevolezza della propria scelta contrattuale, scelta che non si esaurisce con la manifestazione del consenso integrativo dell'accordo con il professionista, ma può essere liberamente esercitata fino allo spirare del termine utile per recedere.

11. Il rapporto tra gli obblighi informativi e il c.d. recesso di pentimento: la tutela risarcitoria a favore del contraente debole

La configurazione del diritto di recesso come strumento atto ad eliminare retroattivamente un rapporto contrattuale già formatosi e pienamente efficace incide, inevitabilmente, sulla soluzione da darsi al problema della tutela del consumatore per la violazione degli obblighi informativi da parte del professionista, tutela che riflette e risente del rapporto intercorrente tra obblighi informativi e recesso.

Infatti, il legislatore ha consentito al consumatore non solo di liberarsi dal contratto concluso, ma si è preoccupato di far sì che a questo sia fornita una specifica informazione circa il potere di recesso conferitogli: informazione e recesso costituiscono l'essenziale innervatura dialettica del procedimento rafforzato di formazione dell'accordo e costituiscono al contempo meccanismi di tutela della libertà contrattuale del contraente debole e di concorrenzialità del mercato.

Il complessivo apparato informativo risulta funzionale al recesso, in quanto tende a far sì che il consumatore sia posto nella migliore condizione per verificare la rispondenza dell'operazione ai suoi interessi durante il periodo di riflessione che può o meno condurre al pentimento: più in particolare la funzionalità degli obblighi informativi si specifica nel loro essere complementari e strumentali al c.d. recesso di pentimento stesso.

La complementarietà rispetto alle disposizioni sul diritto di recesso deriva dal fatto che le disposizioni sugli obblighi informativi attengono ad un ambito non sovrapponibile a quello ove si esplica direttamente la portata del recesso e, assieme a questo e alle altre tecniche di tutela regolate all'interno del codice del consumo, consentono un riequilibrio della diseguaglianza strutturale delle parti, potenziando i diritti del consumatore, la cui posizione deve essere il più possibile libera da condizionamenti esterni.

La strumentalità, invece, si giustifica per la vocazione degli obblighi informativi a far conoscere in modo effettivo l'azionabilità del c.d. recesso di pentimento, evitando che il consumatore ignori di avere a disposizione un diritto in grado di consentirgli di reagire e non subire la propria inferiorità e diseguaglianza di fronte al professionista.

Tant'è che la strumentalità è ancor più evidente là dove il legislatore prevede che la mancanza di informazioni sul recesso si traduca nel prolungamento del periodo di ripensamento concesso al consumatore.

L'importanza di rendere edotto il consumatore ha portato il legislatore europeo a prescrivere determinate forme che il professionista è tenuto a rispettare nel rendere l'informativa precontrattuale (artt. 7 e 8 Dir. , artt. 50 e 51 c. cons.) e la Suprema Corte a porre a suo carico due ulteriori obblighi attinenti alla dimensione dei caratteri da usare nella redazione del testo contrattuale: da un lato, la collocazione separata della clausola che conferisce il diritto di recesso rispetto alle altre, così da rendere chiara e trasparente l'informazione; dall'altro, l'uso di caratteri di scrittura uguali o superiori a quelli degli altri elementi indicati nel

contratto (¹²⁹).

Dal rapporto tra i due strumenti di tutela del consumatore emerge come entrambi si collochino in un dimensione ultraindividuale di regolazione, oltre che del singolo rapporto di scambio, del complessivo assetto ed andamento del mercato.

Tale dimensione delle previsioni normative che contemplano gli obblighi informativi preventivi si riflette sulla scelta della sanzione per il caso di inosservanza degli stessi.

Più in particolare il carattere imperativo delle relative previsioni e la loro vocazione a tutelare interessi che vanno oltre i confini della salvaguardia delle posizioni individuali dei contraenti denotano come solo gli obblighi informativi in apparenza esauriscano la propria rilevanza all'interno della singola operazione di scambio (¹³⁰).

Regole di informazione in tema di contrattazione a distanza e fuori dei locali commerciali il cui carattere cogente, oltre che nella natura imperativa, trova ulteriore conferma nella prescritta irrinunciabilità dei relativi diritti (art. 66 *ter c.* cons. e art. Dir. 2011/83/UE).

Da ciò discende che la violazione degli obblighi di informazione sul recesso, in quanto previsioni di ordine pubblico ed inderogabili poste a tutela non solo di alcuni soggetti giuridici appartenenti a dati gruppi sociali caratterizzati da una particolare debolezza e vulnerabilità e, dunque, necessitanti di protezione, ma anche poste a garanzia del complessivo assetto del mercato, si traduca in un pregiudizio che si ripercuote inevitabilmente sull'intero sistema dei commerci transfrontalieri (¹³¹).

Per agevolare la comprensione della soluzione prospettata per la violazione

(¹²⁹) Nell'ambito dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali si è così pronunciata Cass. Civ., 3.10.2003, n. 14762.

(¹³⁰) Con riferimento alla disciplina della intermediazione finanziaria le regole in tema di obblighi informativi sono state in giurisprudenza qualificate come di ordine pubblico nell'ottica di evidenziare che la funzione di tutela del contraente debole va letta nella più ampia prospettiva di regolamentazione del mercato (Trib. Firenze, 30.5.2004).

(¹³¹) Sulla dimensione ultraindividuale degli obblighi informativi cfr. *supra*, cap. II, par. 2, p. 54; par. 10, p. 113 s.

delle prescrizioni informative ⁽¹³²⁾ vanno riassunte distintamente le situazioni che, nell'ambito della contrattazione a distanza e fuori dei locali commerciali, si possa creare per effetto dell'interazione tra obblighi informativi e recesso.

L'ipotesi più semplice è quella che si verifica nel caso di osservanza delle prescrizioni informative da parte del professionista: il contratto tra le parti contraenti si è concluso secondo le generali regole codicistiche (art. 1326 c.c.), la cui applicazione non è pregiudicata dall'esistenza della fonte di diritto europeo relativa alla contrattazione a distanza e fuori dei locali commerciali (art. 3, par. 5, Dir.).

A seguito dell'esercizio del c.d. recesso di pentimento nei termini di legge, il rapporto contrattuale viene travolto, con i correlati effetti restitutori delle prestazioni *medio tempore* eseguite (artt. 56 e 57, c. cons. e artt. 13 e 14, Dir.).

Diversamente, il contegno omissivo del consumatore, pur se adeguatamente informato della possibilità di recedere, non incide sulla vicenda contrattuale che rimane in vita e continua ad esplicare i suoi effetti, regolata nel suo contenuto dalle pattuizioni convenzionali, oltre che dalle informazioni precontrattuali legali che ne entrano a far parte (art. 48, comma 3, c. cons.; art. 6, par. 5, Dir.).

La situazione cambia, divenendo più complessa, qualora il professionista non renda l'informativa precontrattuale relativa al diritto di recesso.

In tal caso la legge, decorso il termine breve di quattordici giorni di cui all'art. 52, comma 2, c. cons., concede una dilazione temporale della durata di dodici mesi nell'arco della quale gli esiti della vicenda possono articolarsi in due direzioni.

Durante questo limite massimo il professionista può fornire, nei modi e nei termini di legge, l'informativa - che non sarà più preventiva, ma successiva alla conclusione del contratto - sul diritto di recesso alla controparte non professionale; il consumatore allora beneficerà di altri quattordici giorni per maturare la sua decisione circa lo scioglimento unilaterale del contratto, analogamente a quanto accade per l'ipotesi fisiologica di adempimento degli

⁽¹³²⁾ Cfr. *supra*, cap. II, par. 14, p. 138 ss.

obblighi informativi, seppur temporalmente differita di un anno rispetto alla negoziazione in conseguenza dell'inadempimento del professionista.

Tuttavia, può accadere che anche in pendenza del termine lungo, il professionista ometta completamente di assolvere l'onere di informazione posto a suo carico.

In tal caso si può verificare che il consumatore, pur non adeguatamente informato, decida comunque di recedere dal contratto, nel rispetto del termine lungo, in quanto è venuto autonomamente a conoscenza di essere titolare di tale diritto (¹³³).

Più problematica è invece l'ipotesi in cui il consumatore, vincolato ad un contratto valido ed efficace, si trovi nell'impossibilità di liberarsene perché, durante tutto l'arco di decorrenza del termine lungo, non è stato mai informato dal professionista del suo diritto di recesso, né è potuto venirne altrimenti a conoscenza.

L'attività interpretativa di individuazione di tali rimedi, analizzati nell'ambito del capitolo precedente (¹³⁴), le cui osservazioni sono qui integralmente richiamate, va affrontata partendo dalla convinzione che l'omissione sull'informazione del recesso non invalidi il contratto concluso, rendendolo nullo o annullabile, salva, in ogni caso, la tutela negoziale codicistica prevista per gli eventuali difetti genetici dell'atto (artt. 1418 ss. c.c.) e per le patologie funzionali del rapporto (artt. 1453 ss. c.c.), laddove ne sussistano i presupposti.

Se questa è la premessa del ragionamento, volto ad individuare il rimedio più idoneo a tutelare il consumatore, l'esito cui lo stesso conduce è quello della strada del rimedio del risarcimento, concepito però in un'ottica sanzionatoria della condotta del professionista.

Dimostrata la necessità della tutela risarcitoria come unica possibile forma

(¹³³) Si pensi al caso in cui il consumatore si sia confrontato con altri soggetti acquirenti, o si sia rivolto a forme di assistenza tecnica specializzata o anche solo si sia documentato attraverso la rete ed abbia saputo di poter recedere dal contratto.

(¹³⁴) Si veda cap. II, par. 10 ss., p. 113 ss.

di tutela atta a rendere effettiva la previsione degli obblighi informativi a carico del contraente professionale, vanno affrontate due questioni di non secondaria importanza relative l'una al titolo della responsabilità e l'altra al tema del danno di cui il consumatore potrebbe chiedere il risarcimento.

12. (Segue) La natura contrattuale della responsabilità *per culpa in contrahendo*

Si ha cura di precisare da subito che l'impostazione in questa sede adottata qualifica la responsabilità risarcitoria - quale unica forma di tutela possibile per il consumatore non informato del suo diritto di recesso - come di natura contrattuale.

Se si volesse seguire il diverso orientamento della natura extracontrattuale, si imporrebbe al consumatore di agire per chiedere il risarcimento del danno entro un termine prescrizione breve di cinque anni, gravandolo altresì dall'onere di dimostrare la condotta illecita (omissione dell'informazione), l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, oltre che l'imputabilità e il danno di cui si chiede il ristoro come conseguenza della mancata informazione.

Così facendo la posizione del contraente debole sarebbe inevitabilmente pregiudicata da un'attività probatoria decisamente gravosa.

Per contro, la natura contrattuale della responsabilità risarcitoria per violazione degli obblighi informativi da parte del professionista trova conferma anzitutto nella circostanza che la condotta illecita di quest'ultimo si è tradotta nell'inosservanza di una specifica obbligazione di fonte legale consacrata nelle previsioni che, rispettivamente all'art. 6 Direttiva 2011/83/UE e all'art. 49 c. cons., sanciscono gli obblighi suddetti.

È noto infatti che la formula di chiusura utilizzata dall'art. 1173 c.c. «*ogni altro atto o fatto*» enuclei una categoria di fonti di obbligazione dal carattere elastico, comprensiva di tutti i casi in cui, non esistendo un fatto volontario o un atto illecito in cui l'obbligazione possa rinvenire il proprio fondamento immediato,

è la legge stessa ad essere fonte immediata e diretta dell'obbligazione, pur con la precisazione che quest'ultima non crea effetti giuridici ma si ricollega ad una fattispecie costituita da determinate situazioni soggettive.

Inoltre, la contrattualità della responsabilità del professionista, per violazione degli obblighi di informativa precontrattuali, si giustifica ulteriormente se solo si considera che alla stessa responsabilità precontrattuale è stata attribuita natura contrattuale ⁽¹³⁵⁾.

A favore di ciò militano diversi argomenti.

Anzitutto, è indicativo che l'art. 1337 c.c. utilizzi il termine «*parti*» che, anche se interpretato come non riferito alla parti del futuro contratto, implica che l'obbligo previsto dalla norma vada inteso come correlato ad un diritto relativo: diversamente, invece a voler ritenere che l'art. 1337 c.c. codifichi una regola già ricompresa nel primario dovere del *neminem laedere*, si finirebbe per riconoscerne una valenza superflua.

Inoltre, se la prescrizione posta dall'art. 1337 c.c. fosse assorbita entro l'art. 2043 c.c., la stessa si riuscirebbe a spiegare solo attribuendole il significato di fissare un elemento, non previsto dalla norma sull'illecito aquiliano, volto a qualificare soggettivamente la violazione dei doveri che ciascuna parte avrebbe nei confronti dell'altra: con ciò deformando il significato oggettivo che la legge (art. 1337 c.c.) attribuisce alla buona fede precontrattuale ⁽¹³⁶⁾.

Si osservi, altresì, che l'impostazione che qualifica la responsabilità ai sensi dell'art. 1337 c.c. come contrattuale poggia sul dovere di buona fede inteso come un vincolo obbligatorio che, a seguito dell'inizio delle trattative, si crea tra soggetti determinati, di rilevanza patrimoniale e indirizzato alla protezione, da

⁽¹³⁵⁾ Sulla natura contrattuale della responsabilità precontrattuale cfr. MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, p. 36; SCODITTI E., *La responsabilità per danni da clausola abusiva*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 20; BENATTI F., *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 126 ss.; SCOGNAMIGLIO R., *sub art. 1337*, in *Comm. Cod. civ.*, a cura di Scialoja - Branca, Bologna, 1970, p. 214 ss.; D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Tr. del contratto*, a cura di Roppo V., V, 2, Rimeidi, Milano, 2006, p. 215 s.

⁽¹³⁶⁾ In tal senso cfr. ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in *Tr. dir. privato*, diretto da Bessone M., XIII, Torino, 2000, p. 362.

ogni lesione, dell'altrui affidamento nello svolgimento delle trattative: il dovere di buona fede si atterrebbe inizialmente in termini generici, per poi specificarsi ulteriormente negli obblighi di informazione, di custodia e di segreto.

Da ultimo, i sostenitori della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale, ritengono che, a livello sistematico, sia opportuno costruire unitariamente le varie fattispecie, tipizzate dal legislatore a fronte della violazione della buona fede precontrattuale ⁽¹³⁷⁾: se siffatte ipotesi sanzionano l'inosservanza dei doveri precontrattuali e generano una responsabilità di natura contrattuale, coerenza di sistema impone che della medesima natura sia anche la responsabilità che ha eguale genesi, anche se legata alle fattispecie tipizzate dal legislatore agli artt. 1337 e 1338 c.c. ⁽¹³⁸⁾.

Tale impostazione interpretativa - nel senso della natura contrattuale della responsabilità precontrattuale - può valere a maggior ragione là dove non sia necessario ricavare un obbligo di informazione dalla generale clausola di buona fede, in quanto detto obbligo è già espressamente previsto dal legislatore, per cui la sua inosservanza nella fase delle trattative non può che generare una responsabilità di tipo contrattuale.

Ad analoghe conclusioni si perviene anche a voler ragionare secondo gli sviluppi offerti dalla recente configurazione della responsabilità da contatto sociale.

Se è vero, infatti, che la mancata informazione si colloca in un momento in cui la fase della contrattazione non può ancora dirsi del tutto compiuta ed esaurita (trattandosi per l'appunto di obblighi di informazione precontrattuali), è altrettanto vero che le trattative creano un contatto qualificato e danno inizio ad un procedimento nell'ambito del quale non si può dire che il professionista e il consumatore siano dei perfetti estranei ma, piuttosto, si interfaccino come due soggetti in una relazione qualificata volta alla conclusione di un contratto ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁷⁾ Si tratta delle ipotesi degli artt. 1812, 1821, 1892, 1893 c.c.

⁽¹³⁸⁾ Così ROVELLI L., *op. cit.*, p. 372.

⁽¹³⁹⁾ La contrattualità della responsabilità risarcitoria derivante dalla violazione degli obblighi di informazione viene sostenuta da VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle*

Quando sussiste un contatto sociale, pur in assenza di un contratto, comunque esiste tra i contraenti una relazione qualificata dalla professionalità del soggetto che fornisce il bene o il servizio e dalle stesse peculiari tecniche di contrattazione utilizzate, tale da poter dire che non vi sia un mero obbligo negativo riconducibile al *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c., ma piuttosto degli obblighi informativi specifici a carico del professionista: questi potrebbero essere considerati come degli obblighi aventi natura protettiva ⁽¹⁴⁰⁾, ancorché non aventi ad oggetto una prestazione, considerato che, in quella fase delle trattative, manca un contratto.

Tale impostazione, nata con riferimento al tema della responsabilità del medico dipendente di una struttura ospedaliera, ha esteso i propri confini a tutti i casi in cui sussiste un affidamento e un contatto sociale da cui nascono obblighi comportamentali positivi e negativi che travalicano l'area dell'art. 2043 c.c., così allargando, di conseguenza, i confini della responsabilità contrattuale ⁽¹⁴¹⁾.

Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 108; *Id.*, *Contratti di investimento e rimedi*, in *Obbligazioni e contratti*, 2007, p. 790.

⁽¹⁴⁰⁾ Partendo dal presupposto che il rapporto obbligatorio ha una struttura complessa nella quale al nucleo costituito dall'obbligo di prestazione accede una serie di obblighi collaterali, la categoria degli obblighi di protezione di elaborazione germanica, è costituita da obblighi accessori (*Nebenpflichten*), autonomi rispetto all'obbligo di prestazione e gravanti su ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio al fine di conservare integra la loro sfera giuridica, tutelandola nei confronti di possibili invasioni lesive; la loro complessiva funzione è quella di pilotare il rapporto obbligatorio verso quel risultato integralmente utile che esso è di per sé volto a realizzare.

Si è sostenuto (CASTRONOVO C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.) che nel nostro ordinamento si può ritenere che il rapporto obbligatorio abbia una struttura complessa, connotandosi per la presenza degli obblighi di protezione oltre che per l'obbligo principale di prestazione, in considerazione di diverse norme codicistiche (si tratta degli artt. 1175, 1337, 1366, 1375 c.c.), dalle quali emerge che il rapporto obbligatorio non è solo prestazione, il contratto non è solo l'affare che le parti hanno concluso e l'obbligazione non è avulsa dalle altre situazioni soggettive facenti capo alle parti ed implicate nel rapporto giuridico nel suo complesso.

⁽¹⁴¹⁾ In generale sul tema della responsabilità da contatto sociale si veda in giurisprudenza la sentenza capostipite di questo orientamento, ossia Cass. Civ. 22.1.1999, n. 589, poi seguita da Cass. civ., 26.6.2007, n. 14712: «è opinione consolidata quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta può dirsi contrattuale non solo nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi da un contratto, ma anche ogni qual volta essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente quale ne sia la fonte».

Oltre al caso del medico dipendente della struttura ospedaliera (cfr. ad esempio Cass. civ., 19.4.2006, n. 9085, Cass. civ., 24.5.2006, n. 12362; Cass. civ., 28.5.2004, n. 1029; Cass. Civ., 1.2.2011, n. 2334, in *Resp. Civ.*, 2011, p. 427, nt. di Zauli, *Responsabilità professionale da contatto sociale del medico e inadempimento contrattuale della clinica*) si pensi al caso della responsabilità dell'insegnante per lesioni od autolesioni dell'alunno: Cass. Civ., 26.4.2010, n. 9906, in *Resp. Civ.*, 2010, p. 844, nt. di Iannone, *La responsabilità da contatto sociale dell'insegnante*

Attraverso la categoria del contatto sociale, generativa di obblighi di protezione senza prestazione, il cui fondamento è individuato nell'art. 1173 c.c. - clausola generale aperta che consente di inserire tra le fonti delle obbligazioni qualsiasi altro «atto o fatto idoneo a produrle in conformità all'ordinamento giuridico» - i confini della responsabilità contrattuale si ampliano in modo potenzialmente illimitato.

Ad ogni modo l'esito cui si perviene è quello della natura contrattuale della responsabilità risarcitoria, al di là del fatto che a tale conclusione si addivenga per la violazione di legge prescrittiva degli obblighi informativi a carico del professionista ovvero per una possibile riflessione circa l'applicazione al caso di specie della recente teoria del c.d. contatto sociale.

Di conseguenza il consumatore, intenzionato ad agire per il risarcimento del danno nei confronti del professionista entro un termine prescrizione lungo decennale, sarà tenuto a provare la fonte dell'obbligo di informativo a carico del professionista e potrà limitarsi ad allegare l'inadempimento, incombendo sul debitore (professionista) l'onere provare di aver adempiuto, come previsto dalle generali regole di riparto probatorio fissato dai giudici di legittimità per la domanda di adempimento, risoluzione o risarcimento ⁽¹⁴²⁾.

Al contraente debole, sensibilmente agevolato dalla qualificazione in termini di responsabilità contrattuale, resterebbe, comunque, da provare il danno subito come conseguenza diretta ed immediata (art. 1223 c.c.) dell'omessa informazione, prova questa necessaria se si presuppone il carattere ripristinatorio della responsabilità risarcitoria.

*nell'ipotesi di danno autoinferto dall'alunno; al caso della Banca che paghi un assegno trasferibile a persona diversa dal prenditore nominativamente indicato e quindi legittimato alla riscossione, Cass. Civ., S.U. 26.6.2007, n. 14712; in tema di mediazione cfr. Cass. Civ., 14.7.2009, n. 16382, in *Danno e resp.*, 2010, p. 264, nt. di Mastrorilli, *Mediazione e responsabilità da contatto sociale*.
⁽¹⁴²⁾ Al riguardo Cass. civ., S.U., 30.10.2001, n. 13533: orientamento poi seguito, tra molte, da Cass. Civ., 25.10.2007, n. 22361; Cass. Civ., 12.2.210, n. 3373.*

13. (Segue) Verso l'attribuzione di una funzione sanzionatoria al risarcimento del danno per violazione dell'obbligo informativo sul c.d. recesso di pentimento

Intorno all'elemento dell'individuazione e concretizzazione del danno per omessa informazione sul diritto di recesso, si concentrano le principali difficoltà ed i limiti della tutela risarcitoria, dovute alla tradizionale concezione della responsabilità civile concepita in funzione necessariamente ripristinatoria di un pregiudizio subito.

Appare, infatti, senza dubbio difficile immaginare e quantificare quale e di che entità sia il pregiudizio che il consumatore possa dire di aver subito per la sola circostanza di trovarsi vincolato ad un contratto, solitamente anche attinente a merci di valore non molto ingente, dal quale non può più recedere per essere decorso anche il relativo termine lungo.

Si creerebbe la seguente situazione.

Il consumatore si troverebbe ad essere parte di un contratto valido ed efficace dal quale, però, non potrebbe più decidere di liberarsi unilateralmente, atteso il decorso di ogni correlato termine.

Dalla condotta omissiva del professionista, il quale, né durante le trattative, né a contratto concluso in pendenza del termine lungo, ha mai provveduto ad informare il consumatore del suo diritto di pentimento, consegue una lesione giuridicamente rilevante che si sostanzia, per il consumatore, nel non aver potuto esprimere una determinazione contrattuale libera e consapevole, in un contesto di contrattazione già di per sé squilibrato.

Con la peculiarità, però, che, nel caso di omessa informazione sul diritto di recesso la condotta del professionista non ha portato a concludere un contratto sconveniente dal punto di vista delle relative condizioni economiche, analogamente invece alla situazione che si crea nel caso del dolo incidente (art. 1440 c.c.)

La mancata informazione, piuttosto, può essersi tradotta in un danno nella misura in cui il consumatore si trova vincolato ad un contratto dal quale non può

più liberarsi e tale legame indissolubile può avergli impedito di acquistare dei beni comparabili, dal punto di vista merceologico, con quello già acquistato approfittando di altre offerte commerciali più convenienti.

È senza dubbio difficile quantificare in termini economici (¹⁴³) il pregiudizio che il consumatore può aver subito per non essere stato tempestivamente ed adeguatamente informato del suo diritto di recedere da un contratto che, per la peculiare modalità di contrattazione, presenta dei profili di insidiosità tali da aver leso la sua libera determinazione contrattuale.

L'analisi delle considerazioni svolte dall'orientamento pretorio in tema di risarcibilità del danno a titolo di responsabilità precontrattuale, anche in presenza di un contratto concluso validamente, difficilmente riesce a far tradurre in termini economici il pregiudizio che, in concreto, il consumatore può aver subito dall'omessa informazione sul diritto di recesso (¹⁴⁴).

Siffatto orientamento, infatti, ragguaglia il risarcimento al «*minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni che risultino collegati a tale comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto*»: si presuppone, quindi, una valutazione virtuale del vantaggio che il soggetto avrebbe potuto conseguire dall'esecuzione del contratto in assenza del fattore deviante, ossia una sorte di interesse positivo legato non all'esecuzione del contratto stipulato, ma all'esecuzione del contratto che si sarebbe stipulato se non ci fosse stato il fattore deviante (c.d. interesse positivo differenziale).

Nel caso in esame, tuttavia, rimane problematico effettuare una comparazione tra gli effetti del contratto stipulato e il vantaggio che sarebbe derivato dall'informazione (in concreto omessa), comparazione finalizzata

(¹⁴³) Si tratta comunque di pregiudizi di carattere economico in quanto l'omessa informazione sul diritto di recesso non si traduce in danni conseguenza dalle connotazioni non patrimoniali, anche considerato i limiti alla risarcibilità dei danni bagatellari posti dal recente orientamento giurisprudenziale che introduce in via interpretativa il filtro della gravità della lesione e della serietà del danno (v. Cass. Civ., S.U., 11.11.2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975).

(¹⁴⁴) Cass. civ., 29.9.2005, n. 19024; Cass. civ., S.U., 19.12.2007, n. 26725; Cass. civ., S.U., 19.12.2007, n. 26724: cfr. *supra* cap. II, par. 11, nt. 152, p. 125.

all'individuazione della differenza tra ciò che la parte tutelata ha conseguito con quel contratto e ciò che avrebbe conseguito se da quel contratto si fosse potuta liberare sapendo - perché al riguardo adeguatamente informata - di poter esercitare il diritto di recesso.

Per superare l'*impasse*, si potrebbe allora ritenere che la mancata informativa precontrattuale da parte del professionista circa il diritto di recesso leda di per sé la libertà contrattuale del consumatore, il quale si troverebbe ad essere vincolato ad un contratto dal quale, invece, si sarebbe potuto liberare, senza costi e senza motivazioni, ove adeguatamente informato dal professionista.

Ciò porterebbe ad ammettere, in astratto, la risarcibilità del solo interesse giuridico protetto - la libertà contrattuale - (¹⁴⁵), a prescindere dalla concreta sussistenza di ripercussioni negative subite nel patrimonio del consumatore per effetto dell'omissione informativa.

Tuttavia, la risarcibilità della lesione alla libera determinazione contrattuale potrebbe, in concreto, trovare riconoscimento solo ove il consumatore riuscisse a dimostrare, oltre alla condotta illecita omissiva del professionista, la consequenzialità tra questa e la lesione subita al bene giuridico protetto.

Dovrebbe in altri termini dimostrare che, ove adeguatamente informato circa la facoltà di recedere dal contratto, avrebbe maturato la decisione, eminentemente soggettiva, di liberarsi dal contratto mediante l'esercizio dello *ius poenitendi*: in mancanza di tale prova, la condotta illecita di omessa informazione circa il diritto di recesso non potrebbe dirsi causa della lesione della libertà negoziale del consumatore in quanto, anche ipotizzando la doverosa condotta del professionista, comunque l'evento lesivo non si sarebbe evitato.

Pertanto, a voler ammettere la risarcibilità del danno per lesione dell'informativa precontrattuale in sé e per sé, è evidente che la gravosità dell'onere probatorio quanto all'elemento eziologico rischia di ritorcersi contro lo

(¹⁴⁵) La libertà negoziale (art. 1322 c.c.) ha, infatti, un fondamento costituzionale, seppur indiretto, nell'art. 41 Cost. dedicato alla libertà di iniziativa economica privata: l'autonomia privata è, infatti, strumentale all'iniziativa economica con la conseguenza che nei rapporti economici la tutela della prima è connessa alla tutela della seconda, così come un limite posto all'una si traduce in un limite posto all'altra: cfr. Corte Cost., 23.4.1965, n. 30.

stesso soggetto debole che, invece, dovrebbe essere adeguatamente cautelato attraverso la prospettazione in via interpretativa di soluzioni in grado di colmare il *deficit* legale di tutela per l'ipotesi dell'omessa informazione.

Dalle riflessioni svolte emerge una situazione di evidente difficoltà ad individuare il danno che il consumatore può aver subito nel suo patrimonio per effetto della stipulazione di un contratto a distanza o fuori dei locali commerciali da cui non può più liberarsi, essendo decorso anche il termine lungo per recedere.

Ferma la necessità di individuare una forma di tutela per il consumatore, tutela che, lo si è visto, non può che essere quella risarcitoria, ci si trova a dover confrontare con un limite concettuale e sistematico radicato nel nostro ordinamento giuridico.

Si tratta, cioè, della tradizionale funzione ripristinatoria della responsabilità risarcitoria, da sempre reputata imprescindibile al di là del titolo in forza del quale essa viene invocata, contrattuale od extracontrattuale che sia. Si continua, ormai da tempo, a sostenere che il risarcimento del danno, in quanto tale, presuppone un pregiudizio: deve sussistere in altri termini una lesione, patrimoniale o non che sia, effettiva e concreta, nel patrimonio del danneggiato e di cui questo va a chiedere il ristoro (¹⁴⁶).

Siffatta impostazione, nel caso della violazione degli obblighi informativi sanciti nella direttiva ed ora anche nel novellato codice del consumo in tema di contratti a distanza e fuori dei locali commerciali, può essere, in via interpretativa, superata, attribuendo al giudice il potere di stabilire in via equitativa (art. 1226 c.c.) la somma posta a carico del professionista inadempiente, somma che assume la valenza di una pena privata da utilizzare con finalità deterrenti.

L'opportunità di andare oltre la tradizionale funzione ripristinatoria del

¹⁴⁶ Alla responsabilità civile, tradizionalmente, viene affidato il compito di restaurare una perdita attraverso la dazione di una somma di denaro, al fine di soddisfare la pretesa del danneggiato e trasferire le conseguenze pregiudizievoli di un dato comportamento sull'autore del comportamento stesso, non potendo il risarcimento affrancarsi dalla misura del danno. Sulla funzione compensatoria della responsabilità civile si veda MONATERI G., *La responsabilità civile*, in *Tr. diritto civile*, diretto da Sacco R., Torino, 1998, p. 22. In giurisprudenza si veda da ultimo Cass. Civ., 2007, n. 1183, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1892, nt. di Ciaroni L., *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*.

risarcimento del danno deriva, in particolar modo, dalle esigenze complessivamente sottese alla Direttiva 2011/83/UE.

Infatti, per individuare la funzione svolta dalla responsabilità civile (¹⁴⁷), nel caso peculiare dell'omessa informativa precontrattuale nella contrattazione a distanza e fuori dei locali commerciali, occorre partire dall'analisi delle finalità sottese agli obblighi informativi posti a carico del professionista, dovendo necessariamente muovere dall'idea che sta alla base della normativa su tali obblighi informativi legati al diritto di recesso.

Oltre la dimensione individuale di tutela del soggetto contraente debole, le prescrizioni sugli obblighi informativi sono dirette ad incentivare il ricorso alle transazioni commerciali transfrontaliere attraverso un complesso di dati relativi al contratto (tra cui quelli relativi al recesso), dati che, appunto perché uniformi su tutto il territorio dell'Unione Europea, dovrebbero incentivare l'impiego di tali tecniche di contrattazione e quindi porsi come un tassello di pregnante rilievo nel congegno del mercato unico europeo.

Si è visto (¹⁴⁸) come le forme di tutela tipiche delle contrattazione a distanza e fuori dei locali commerciali, ossia gli obblighi di informazione e il c.d. recesso di pentimento, non siano semplicemente configurate come strumenti di protezione del consumatore, assumendo e assumano anche il significato di tecnica di regolazione e di conformazione del mercato, per valorizzarne l'efficienza e la concorrenzialità tra i diversi operatori commerciali.

La stretta correlazione tra obblighi di informazione e il c.d. recesso di pentimento permette di affrontare la questione relativa alla selezione della sanzione più adeguata per l'omessa informazione sul diritto in esame senza che la logica di mercato, presidiata dalla fonte europea, ne sia sensibilmente trascurata.

Difatti, non si può non riflettere sull'intento del legislatore dell'Unione Europea quando ha deciso di elaborare il testo della Direttiva 2011/83/UE., poi recepita con il d.lgs. n. 21 del 2014.

(¹⁴⁷) Essa si snoda, a seconda dei diversi momenti storici, attraverso tre funzioni principali, quella sanzionatoria, compensatoria o preventiva: così MONATERI G., *ibidem*.

(¹⁴⁸) Cfr. *supra* cap. II, par. 2, p. 54 ss., par. 3, p. 62 s.; par. 10 p. 113.

Dalla lettura di alcuni dei considerando della direttiva (¹⁴⁹) emerge che, attraverso lo strumento giuridico dell'armonizzazione massima di alcuni istituti - l'informativa precontrattuale e il c.d. recesso di pentimento -, si sia voluto perseguire l'obiettivo di carattere esclusivamente economico costituito dal miglior funzionamento del mercato interno tra imprese e consumatori e, in particolare, dei commerci di carattere transfrontaliero.

Ora, da questa cornice di riferimento, sfondo e giustificazione dell'emanazione della Direttiva 2011/83/UE, l'interprete non può prescindere per individuare quella che può essere, *de jure condendo*, la soluzione maggiormente in grado di non vanificare gli espliciti intenti del legislatore dell'Unione mediante la prospettazione di rimedi dalla complessità probatoria elevata e alquanto onerosi per il consumatore.

Infatti, secondo l'impostazione sottesa alla disciplina europea si offre al consumatore la possibilità di tornare sul mercato ponendo nel nulla, con rapidità e

(¹⁴⁹) Così si legge al considerando n. (4): «*A norma dell'articolo 26, paragrafo 2, TFUE, il mercato interno dovrebbe comprendere uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci e dei servizi nonché la libertà di stabilimento. L'armonizzazione di taluni aspetti dei contratti a distanza conclusi dai consumatori e dei contratti da essi negoziati fuori dei locali commerciali è necessaria per promuovere un effettivo mercato interno dei consumatori, che raggiunga il giusto equilibrio tra un elevato livello di tutela dei consumatori e la competitività delle imprese, assicurando nel contempo il rispetto del principio di sussidiarietà.*».

Così al n. (5): «*Il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza, che dovrebbe essere uno dei principali risultati tangibili del mercato interno, non è completamente sfruttato. Rispetto alla crescita significativa delle vendite a distanza negli ultimi anni, è rimasta limitata la crescita delle vendite a distanza transfrontaliere. Tale discrepanza è particolarmente significativa per le vendite via Internet che hanno un elevato potenziale di ulteriore crescita. Il potenziale transfrontaliero dei contratti negoziati fuori dei locali commerciali (vendita diretta) è limitato da una serie di fattori che includono le diverse norme nazionali di tutela dei consumatori imposte sull'industria. Rispetto alla crescita della vendita diretta a livello nazionale negli ultimi anni, in particolare nel settore dei servizi, ad esempio servizi pubblici, è rimasto esiguo il numero di consumatori che utilizza questo canale per gli acquisti transfrontalieri. Rispondendo alle maggiori opportunità commerciali in molti Stati membri, le piccole e medie imprese (inclusi i singoli professionisti) o gli agenti di imprese di vendita diretta dovrebbero essere più inclini a cercare opportunità commerciali in altri Stati membri, in particolare nelle regioni di confine. La completa armonizzazione delle informazioni e il diritto di recesso nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali contribuirà quindi a un livello elevato di protezione dei consumatori e a un migliore funzionamento del mercato interno tra imprese e consumatori.*».

Così al n. (6) «*Talune disparità possono creare barriere importanti nel mercato interno con ripercussioni sui professionisti e sui consumatori. Tali disparità aumentano i costi di adempimento per i professionisti che desiderano esercitare a livello transfrontaliero la propria attività di vendita di merci o di fornitura di servizi. Un'eccessiva frammentazione mina inoltre la fiducia del consumatore nel mercato interno.*».

senza motivazione, il contratto sgradito concluso, sicché egli liberato dal vincolo, possa soddisfare nuovamente il suo interesse commerciale acquistando altri beni.

La previsione del c.d. recesso di pentimento risulta, dunque, fattore che influenza la modalità di esplicazione delle relazioni tra imprese concorrenti sul mercato e la loro concreta organizzazione produttiva, incentivando la competizione intorno al miglioramento della qualità dei prodotti e dei servizi offerti al consumatore: è lo stesso mercato ad essere interessato a che il consumatore, sapendo di potersi pentire una volta concluso il contratto, sia meglio predisposto a concludere altri e nuovi contratti con professionisti concorrenti.

Ciò premesso, solo prospettando un rimedio per l'inosservanza degli obblighi informativi in termini di una vera e propria sanzione a carico del professionista, sganciata dalla tradizionale funzione riparatoria dell'illecito civile, tali logiche di mercato non verrebbero distorte con il rischio di essere del tutto vanificate e annullate.

Si è sottolineato come il diritto civile non svolga più solo una mera funzione organizzativa della società civile, ma anche altre, diverse, di tipo sociale e solidale, e ciò spesso attraverso un intervento punitivo, suppletivo rispetto alle tradizionali sanzioni amministrative e alle più invasive misure penali ⁽¹⁵⁰⁾.

L'emergere di nuove istanze solidaristiche e la centralità assunta dall'individuo consumatore come soggetto appartenente ad una categoria sociale qualificata debole, contrapposto ai soggetti forti all'interno del mercato, permettono di interpretare il diritto privato non più come uno strumento neutro atto a regolare posizioni tra contraenti con pari forza contrattuale, ma anche come strumento utilizzabile per affrontare attivamente, in un'ottica per così dire paternalista, determinate situazioni di squilibrio ⁽¹⁵¹⁾.

⁽¹⁵⁰⁾ Così SALVI C., *La responsabilità civile*, Milano, 2005, p. 26; BERNARDI M., *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 514 ss.

A favore del superamento dell'impostazione tradizionale della responsabilità civile si veda PONZANELLI G., *I danni punitivi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, p. 25 ss.; PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali*, Bari, 2012, p. 129 ss.

⁽¹⁵¹⁾ Alcuni esempi della vocazione paternalistica presente in date misure di diritto privato sono offerti dalla disciplina degli ordini di protezione contro gli abusi familiari (artt. 342 *bis* e *ter* c.c.) e dalla disciplina dei licenziamenti individuali senza giusta causa, ove il legislatore ha introdotto

Può accadere, infatti, che a venir compromessa non sia tanto e solo la sfera giuridica del danneggiato, quanto piuttosto rilevanti beni ed interessi della collettività, quali l'ambiente, la sicurezza di prodotti, la salute pubblica, i diritti dei consumatori, la concorrenzialità dei mercati o una corretta informazione: interessi che solo attraverso una misura deterrente, idonea a dissuadere e a scoraggiare per il futuro il compimento di similari condotte lesive, possono aspirare ad ottenere una reale ed effettiva giustiziabilità aquiliana ⁽¹⁵²⁾.

Per contro, l'approccio tradizionale alla complessa materia del risarcimento del danno, sia in ambito contrattuale che extracontrattuale, si è sempre fondato sull'idea che l'autore della condotta *contra legem* sia tenuto a risarcire la vittima per il danno arrecatole, in un'ottica di confronto comparativo tra le contrapposte posizioni delle parti.

Ciò nonostante tale principio mostra evidenti incongruenze quando ad essere prese in esame siano i casi in cui assume particolare rilievo, nella vicenda produttiva del danno, il comportamento del danneggiante, caratterizzato da un tale indice di potenzialità offensiva che non è agevole neutralizzare né con il semplice ristoro del danno alla vittima e neppure attraverso la reintegrazione della sfera del danneggiato con il ripristino della situazione *quo ante* e la rimozione delle conseguenze nocive: si tratta delle c.d. ipotesi di arricchimento da fatto illecito ovvero quelle in cui il vantaggio economico conseguito da chi abbia agito illecitamente sia di gran lunga più consistente, in termini di profitto, della perdita subita dal titolare del diritto.

In ipotesi come queste, restando ancorati alla tradizionale impostazione rimediale, ossia qualora si ritenga sufficiente che l'autore dell'illecito sia tenuto solo al risarcimento del danno, si finirebbe per premiare il responsabile della condotta illecita, quando, invece, a nessuno dovrebbe essere concessa la

misure risarcitorie incentrate sul comportamento del datore di lavoro e non solo sul danno patito dal lavoratore (art. 2118 ss. c.c.; art. 18, comma 4, l. 20.5.1970, n. 300, disposizione questa che fissa in cinque mensilità di retribuzione la misura minima della condanna del datore di lavoro per licenziamento illegittimo).

⁽¹⁵²⁾ Così SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p.677.

possibilità di trarne profitto dal suo compimento ⁽¹⁵³⁾.

Pertanto, il complesso sistema della responsabilità civile dovrebbe essere concepito come dotato di una funzione non esclusivamente riparatoria - compensativa, ma piuttosto avente una natura polifunzionale, nell'ambito della quale trovare lo spazio per riconoscere l'operatività di una funzione punitiva - sanzionatoria.

Al riguardo, una recente pronuncia della Corte di Cassazione, quantunque in tema di quantificazione del danno da violazione del diritto d'autore ⁽¹⁵⁴⁾, sembra aprire qualche spiraglio verso un cambiamento nel modo di pensare la responsabilità civile.

In tale contesto la Suprema Corte ha avallato la decisione di ricorrere al principio della retroversione degli utili, in forza del quale, in tema di diritto d'autore, si prevede che il giudice, nel liquidare il danno, debba tener conto anche degli utili realizzati in violazione del diritto ⁽¹⁵⁵⁾: si è statuito, infatti, che, in caso di risarcimento del danno per violazione del diritto d'autore ⁽¹⁵⁶⁾, la liquidazione possa essere quantificata, ove il danneggiato non sia in grado di mostrare altre, più specifiche e rilevanti voci di danno, in misura corrispondente ai vantaggi economici di cui l'utente abusivo si sia indebitamente appropriato, in danno del

⁽¹⁵³⁾ Per un approfondimento relativo alle soluzioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza circa la necessità di prevedere soluzioni alternative, non solo dirette alla reintegrazione del maltolto, ma atte ad obbligare l'autore dell'illecito a corrispondere al titolare del diritto leso il guadagno realizzato in virtù della sua condotta, cfr. *amplius* PARDOLESI P., *op. cit.*, p. 132 -158.

⁽¹⁵⁴⁾ Si veda Cass. Civ., 15.4.2011, n. 8730.

⁽¹⁵⁵⁾ Così recita l'art. 158 l. 22.4.1941, n. 633 (c.d. l.a.) «1. Chi venga leso nell'esercizio di un diritto di utilizzazione economica a lui spettante può agire in giudizio per ottenere, oltre al risarcimento del danno che, a spese dell'autore della violazione, sia distrutto o rimosso lo stato di fatto da cui risulta la violazione.

2. Il risarcimento dovuto al danneggiato è liquidato secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227 del codice civile. Il lucro cessante è valutato dal giudice ai sensi dell'art. 2056, secondo comma, del codice civile, anche tenuto conto degli utili realizzati in violazione del diritto. Il giudice può altresì liquidare il danno in via forfettaria sulla base quanto meno dell'importo dei diritti che avrebbero dovuto essere riconosciuti, qualora l'autore della violazione avesse chiesto al titolare l'autorizzazione per l'utilizzazione del diritto.

3. Sono altresì dovuti i danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 del codice civile».

⁽¹⁵⁶⁾ La fattispecie concreta era consistita nell'abusiva diffusione di una serie televisiva posta in essere dalle società convenute a scapito della parte attrice che ne aveva acquistato i diritti di utilizzazione economica esclusiva sull'intero territorio nazionale.

legittimo titolare del diritto (¹⁵⁷).

Tuttavia, la Corte di Cassazione è andata oltre l'applicazione di tale principio, affermando che *«è prevalente l'esigenza di evitare che l'utilizzatore abusivo si possa avvantaggiare del suo comportamento illecito, trattenendone gli utili invece e in luogo di chi avrebbe avuto il legittimo diritto di appropriarsene»*, e rimarcando, in modo chiaro e preciso, l'opportunità, al fine di devolvere gli utili a vantaggio del titolare del diritto, *«di piegare l'istituto del risarcimento dei danni ad una funzione in parte sanzionatoria, diretta ad impedire che l'autore dell'illecito possa farne propri i vantaggi, più che ripristinatoria di effettive perdite»*.

Prende così forse corpo l'idea di prospettare un cambiamento del modo di intendere la responsabilità civile e di riscoprirne la matrice polifunzionale.

Si può, pertanto, ipotizzare in via interpretativa che il rimedio risarcitorio possa rivelarsi effettivamente la soluzione più idonea per la tutela del consumatore, leso nella sua libertà negoziale per non aver potuto esercitare il diritto di recesso dal contratto a distanza o fuori dei locali commerciali, allorché il rimedio medesimo venga concepito in funzione sanzionatorio - punitiva nei confronti del professionista e non, invece, nella restrittiva chiave di mera reintegrazione della sfera patrimoniale del danneggiato.

Il risarcimento, letto in quest'ottica non esclusivamente ripristinatoria di un pregiudizio subito, permetterebbe di evitare che altri professionisti seguissero analoghi comportamenti di omessa informazione: così facendo, si favorirebbe il rispetto delle prescrizioni informative precontrattuali che il legislatore europeo ha voluto uniformare su tutto il territorio dell'Unione con il chiaro fine - lo si è visto - di promuovere un effettivo mercato interno dei consumatori, ispirato alla libera concorrenza e competitività tra le imprese, oltre che, naturalmente, a promuovere un elevato livello di tutela dei consumatori (¹⁵⁸).

(¹⁵⁷) In altre occasioni la Suprema Corte aveva già fatto in precedenza applicazione del principio della retroversione degli utili: cfr. Cass. Civ., 16.7.2008, n. 19499; Cass. Civ., 16.5.2008, n. 12433; Cass. Civ., 11.5.2010, n. 11353.

(¹⁵⁸) Cfr. considerando Direttiva 2011/83/UE nn. 4, 5, 6, 7, 9.

Inoltre, a voler superare i limiti tradizionali costituiti dalla funzione compensativa della responsabilità civile, il risarcimento del danno verrebbe impiegato come uno strumento idoneo a contrastare la realizzazione di profitti, costituiti dal conseguimento, su larga scala, del corrispettivo ottenuto per il servizio fornito o il bene venduto a una molteplicità di consumatori (a distanza o porta a porta), pur a fronte di una condotta lesiva del diritto del consumatore all'informazione sul c.d. recesso di pentimento.

Di conseguenza, alla finalità preventivo - deterrente del risarcimento si affiancherebbe anche una funzione punitivo - sanzionatoria per il contraente inadempiente.

In altri termini, il professionista, temendo di poter essere in futuro costretto a corrispondere una somma di denaro in conseguenza dell'omessa informazione sul c.d. recesso di pentimento, sarebbe indotto ad adempiere diligentemente gli obblighi informativi su di lui gravanti e, conseguentemente, ad attivarsi, prima della conclusione del contratto o anche in pendenza del termine lungo (art. 53, comma 2, c. cons.), per rendere il consumatore consapevole della possibilità di recedere senza costi, né motivazioni.

Anche in assenza di un vero e proprio danno subito dal consumatore nella sua sfera giuridica, egli potrebbe così ottenere una forma di tutela «*effettiva, proporzionata e dissuasiva*», come imposto dalla Direttiva 2011/83/UE (art. 24).

Ebbene, la scelta del termine «*sanzione dissuasiva*», impiegato dal legislatore dell'Unione, costituisce un dato che l'interprete, nell'individuare la forma di tutela più adeguata per il consumatore non informato dell'esistenza del c.d. diritto di pentimento, non può trascurare.

Infatti, l'intento che emerge dalla stessa fonte normativa europea appare chiaro: a fronte della violazione delle prescrizioni della direttiva, gli Stati membri in sede di recepimento devono predisporre un apparato rimediale in grado di scoraggiare efficacemente la diffusione di condotte in violazione delle disposizioni imperative della direttiva stessa, ingenerando in tal modo comportamenti virtuosi da parte degli operatori commerciali.

Siffatto obiettivo, che la Direttiva 2011/83/UE esplicitamente mira a

conseguire, non deve risultare vanificato, dovendo piuttosto essere valorizzato nell'attività interpretativa di individuazione delle tutele prospettabili per il contraente debole, e ciò in forza del generale principio di matrice europea del c.d. *effetto utile*: si tratta di un principio - sovente utilizzato come chiave di lettura delle norme comunitarie - che impone, di preferenza, un'applicazione o anche un'interpretazione delle stesse che sia funzionale al raggiungimento delle loro precipua finalità (¹⁵⁹).

Ora, se tra le finalità della Direttiva 2011/83/UE vi è anche quella della «dissuasione» dal compimento di condotte violative degli obblighi informativi da parte dei professionisti, al risarcimento del danno - quale unica forma di tutela per il consumatore che non possa più recedere per il decorso del relativo termine lungo - non potrebbe, quindi, che essere assegnata anche una funzione sanzionatoria e ciò al fine di cercare di disincentivare la diffusione di condotte di mancata informativa precontrattuale.

Il consumatore potrebbe, dunque, instaurare un giudizio - magari avvalendosi, unitamente ad altri contraenti versanti in analoga situazione, della tutela di tipo collettivo di recente introdotta anche nel nostro ordinamento - e, dopo aver dimostrato la stipulazione di un contratto riconducibile ad una delle due modalità di contrattazione, a distanza o fuori dei locali commerciali, e allegato la condotta omissiva del professionista, chiedere all'autorità giudiziaria competente di condannare, a titolo di responsabilità contrattuale, il professionista inerte nella misura forfettaria da determinarsi in via equitativa (art. 1226 c.c.), e ciò anche in assenza di una prova relativa al pregiudizio in concreto subito nel suo patrimonio.

Il risarcimento del danno, interpretato in funzione punitivo - sanzionatoria, potrebbe dunque divenire lo strumento con cui, in una prospettiva rimediale e successiva alla conclusione del contratto (a distanza o fuori dei locali commerciali), riportare ad equilibrio il corretto funzionamento del mercato interno dei consumatori, alterato dalla violazione delle prescrizioni informative,

(¹⁵⁹) Così TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, p. 114; cfr. anche Corte di Giustizia, 14.1.1999, Adidas, C - 223/98.

prescrizioni che sono state concepite, dal legislatore dell'Unione, come un mezzo per valorizzare ed incentivare, in chiave preventiva e anteriore alla conclusione del contratto, la regolazione di un corretto sviluppo del mercato transfrontaliero stesso.

BIBLIOGRAFIA

AJANI G., *Un diritto comune europeo della vendita? Nuove complessità*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 71 ss.

ALBANESE A., *Regole di condotta e regole di validità nell'attività di intermediazione finanziaria. Quale tutela per gli investitori delusi?*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 120 ss.

ALESSI R., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Europa diritto privato*, 2013, p. 318 ss.

ALPA G. E G. CAPILLI, *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007.

ALPA G., CONTE G. E ROSSI CARLEO L., *La costruzione del diritto dei consumatori*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da Ajani G. e Bennacchio G.A., III, *I diritti dei consumatori*, a cura di Alpa G., 1, Torino, 2009, p. 2 ss.

ALPA G., *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, p. 848 ss.

ALPA G., *Il diritto privato europeo: significato e confini del sintagma*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, p. 29.

ALPA G., *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Studium Iuris*, 1998, p. 1310 ss.

ALPA G., *Profili attuali della tutela del consumatore*, in *Corr. Giur.*, 1990, p. 1297 ss.

ALPA G., *Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'acquis communautaire*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, p. 141 ss.

ALPA G., *Vendite a distanza e tutela del consumatore*, in *Contratti*, 1997, p. 416 ss.

- ALPA G., voce *Consumatore (tutela del)*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 1995, p. 1 ss.
- AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti G. e Villa M., Torino, 2008, p. 16 s.
- ANNECCA M.T., *Nozione di consumatore e rilevanza dello scopo nei contratti negoziati fuori i locali commerciali*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1998, p. 438 ss.
- ASTONE F., *I contratti negoziati fuori dai locali commerciali*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, IV, *Singoli contratti, la responsabilità civile e le forme di tutela*, Padova², 2003, p. 30 ss.
- ATELLI M., *Il problema della insindacabilità della decisione di esercizio dello ius poenitendi attribuibile ex lege al consumatore*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, p. 359 ss.
- ATELLI M., *La legge 17 agosto 2005, n. 173*, in *Obbligazioni e contratti*, 2005, p. 271 ss..
- BARATTA R., *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'U.E.*, 2008, p. 22 ss.
- BARCA A., *Il diritto di recesso nei contratti del consumatore*, Milano, 2011.
- BARCA A., *Scioglimento del vincolo contrattuale nel codice civile e nel Codice del Consumo*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da Ajani A. e Bennacchio G.A., III, *I diritti dei consumatori*, 1, a cura di Alpa G., Torino, 2009, p.367 ss.
- BARCELLONA P., *Errore (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, p. 261 ss.
- BARGELLI E., *Gli effetti del recesso nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2009, p. 391 ss.
- BASTIANON S., *Prime osservazioni su Dir. 97/7 in tema di contratti a distanza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, p. 1277 ss.

- BATTELLI E., *Il nuovo diritto europeo dei contratti nell'ambito della Strategia "Europa 2020"*, in *Contratti*, 2011, p. 1065 ss.
- BATTELLI E., *sub artt. 45-49*, in *Codice del consumo*, a cura di Alpa G. e Rossi Carleo L., Napoli, 2005, p. 329 ss.
- BELFIORE A., *Risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 1322.
- BENATTI F., *Doveri di protezione*, in *Dig. Disc. Priv., sez. Civ.*, Torino, 1991, p. 222 ss.
- BENATTI F., *Responsabilità precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988, p. 126 ss.;
- BENATTI S., *Responsabilità Precontrattuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 8.
- BENEDETTI G., *La formazione del contratto*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2009, p. 352.
- BENNACCHIO G., *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2008.
- BERNARDI M., *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 514 ss.
- BIANCA C.M., *Diritto civile*, III, Milano, 2003, p. 739.
- BIANCA C.M., voce «*Condizioni generali di contratto*» (*tutela dell'aderente*), in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, III, Torino, 1988, p. 397.
- BRAVO F., *I contratti a distanza nel codice del consumo e nella Direttiva 2011/83 U.E.*, Milano, 2013, p. 215 ss.
- BRECCIA U., *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, p. 192 ss.
- CABELLA PISU L., *La codificazione del diritto contrattuale tra progetti dottrinali*,

strategie politiche e interessi di categoria, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 207 ss.

CAFAGGI F., *Commento all'art. 2*, in *Commentario al decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74*, a cura di Cafaggi F., Cuffaro V. e Di Via L., in *Nuove leggi civili commentate*, 1993, p. 689 ss.

CAFAGGI F., *La responsabilità dell'impresa per i prodotti difettosi*, in *Trattato diritto privato europeo*, a cura di Lipari N., IV, III, Padova, 2003, p. 534 ss.

CAGGIANO I.A., *L'uniformazione del diritto contrattuale europeo. American and European Perspectives*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2013, p. 13 ss.

CALVO R., *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, a cura di Galgano F., Padova, 2005, p. 272 ss.

CALVO R., *Le tutele alternative a favore del contraente "debole"*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano F., XXXIV, *I contratti del consumatore*, Padova, 2005, p. 249 ss.

CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, p. 555 s.

CARBONE V., *I contratti conclusi fuori i locali commerciali ed il recesso del consumatore*, in *Corr. Giur.*, 1992, p. 1096 ss.

CARINGELLA E F. DE MARZO G., *I diritti dei consumatori*, Torino, 2007.

CARLEO R., *Problemi del contratto e diritto privato europeo. L'esperienza della Spagna*, Napoli, 2014.

CARNEVALI U., *La nuova mediazione civile*, in *Contratti*, 2010, p. 438.

CARTELLA M., *La disciplina dei contratti negoziati fuori i locali commerciali*, in *Giur. Comm.* 1992, p. 721 ss.

- CARUSI D., *Condizione e termine*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, , III, *Effetti*, a cura di Costanza, Milano, 2003, p. 287 ss.
- CARUSI D., *I precedenti*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti G. e Villa M., Il Mulino, 2008, p. 31 ss.
- CASPANI V., *Nullità delle clausole elusive della tutela del consumatore*, in *Contratti*, 1997, p. 603 ss.
- CASTRONOVO C., *Il diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti. Codice o restatement?*, in *Europa e Diritto Privato*, 1998, p. 1019 ss.
- CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, I, p. 147 s.
- CASTRONOVO C., *L'utopia della codificazione europea e l'oscura Realpolitik di Bruxells: dal Dcfr alla proposta di regolamento di un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, p. 837 ss.
- CASTRONOVO C., MAZZAMUTO S., *Manuale di diritto privato europeo*, II, Milano, 2007.
- CASTRONOVO C., *Sulla proposta di Regolamento relativo a un diritto comune europeo della vendita*, in *Europa e diritto privato*, 2012, p. 289 ss.
- CASTRONOVO C., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1990, p. 1 ss.
- CAVALAGLIO L., *La formazione del contratto. Normative di protezione ed efficienza economica*, Milano, 2006, p. 85.
- CHERUBINI M. C., *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005.
- CHERUBINI M.C., *Sul diritto di ripensamento*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, p. 698 ss.
- CHINÈ G., *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N.

Lipari, I, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, Padova, 2003, p. 249 ss.

CHINÈ G., *Il diritto comunitario dei contratti*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., XXVI, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano A., 1, Torino, 2006, p. 749 ss..

CHINÈ G., *Il diritto contrattuale europeo: riflessioni a margine di un tentativo di ricostruzione sistematica*, in *Lezioni di diritto privato europeo*, a cura di Alpa G. e CAPILLI G., Padova, 2007, p. 290 ss.

CHINÈ G., voce *Consumatore (contratti del)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Agg. IV, 2000, p. 400 ss.

CHINÈ G., voce *Contratti di massa (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Agg. I, 1997, p. 411 ss.

CICOGNA S., *Jus poenitendi come mezzo di tutela della libertà e della ponderatezza del consenso*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, Milano, 1998, p. 174 ss.

CINQUE M., sub *art. 52*, in *Comm. Breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova², 2013, p. 479.

COLOSIMO B., sub *art. 64*, in *Codice del consumo*, a cura di Vettori G., Padova, 2007, Agg. 2010, p. 520;

COLOSIMO B., sub *artt. 45-49*, in *Codice del consumo*, a cura di Vettori G., Padova, 2007, p. 437 ss.

COLOSIMO B., sub *artt. 50-61*, in *Codice del consumo*, a cura di Vettori G., Padova, 2007, p. 458 ss.

COLOSIMO B., sub *artt. 62-63*, in *Codice del consumo*, a cura di Vettori G., Padova, 2007, p. 506 ss.

COLOSIMO B., sub *artt. 64-67*, in *Codice del consumo*, a cura di Vettori G., Padova, 2007, p. 515 ss.

CONFORTINI M., *Il recesso di pentimento*, in *Corr. Giur., Speciale*, 2014, 7, p. 19 ss.

CONTE G. E ALPA G., *Riflessioni sul progetto del DCFR e sulla revisione dell'acquis*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, p. 141 ss.

CONTI R., *Il diritto di recesso tra contratti "porta a porta" e credito al consumo*, in *Corr. Giur.*, 2002, p. 869 ss.

COSTANZA M., voce *Revoca*, in *Digesto, sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, p. 443 ss..

CUFFARO V., *Nuovi diritti per i consumatori: note a margine del d.lgs. 21 febbraio 2014, n. 21*, in *Corr. Giur.*, 2014, p. 745ss.

D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Il nuovo diritto dei contratti. Problemi e prospettive*, a cura di Di Marzio F., Milano, 2004, p. 62.

D'AMICO G., *Abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, p. 625.

D'AMICO G., *Ancora su buona fede e abuso del diritto*, in *Contratti*, 2011, p. 653 s.

D'AMICO G., *Buona fede in contrahendo*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, p. 339 ss.

D'AMICO G., *Direttiva sui diritti dei consumatori e Regolamento sul Diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea in materia di armonizzazione?*, in *Contratti*, 2012, p. 611 ss.

D'AMICO G., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato del contratto*, a cura di Roppo V., V, 2, *Rimedi*, Milano, 2006, p. 215 s.

D'AMICO G., *Recesso ad nutum, buona fede ed abuso del diritto*, in *Contratti*, 2010, p. 11 ss.

D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del*

contratto, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p. 43 ss.

D'AURIA M., sub *artt. 45-49*, in *Codice del Consumo*, a cura di V. Cuffaro, coordinato da A. Barba e A. Barenghi, in *Le Fonti del diritto italiano*, Milano, 2006, p. 190 ss.

D'AVANZO M., voce *Recesso*, in *Novissimo Dig. It.*, XIV, Torino, 1968, p. 1038 ss.

DE CRISTOFARO G., *Contratto a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium Iuris*, 1999, p. 1195.

DE CRISTOFARO G., *Il (futuro) "diritto comune europeo" della vendita mobiliare: profili problematici delle proposta di Regolamento presentata dalla Commissione UE*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 328 ss.

DE CRISTOFARO G., *La Direttiva 2011/83 UE sui "diritti dei consumatori": ambito di applicazione e disciplina degli obblighi informativi precontrattuali*; in *Annuario del contratto*, diretto da D.'Angelo A. e Roppo V., Torino, 2012, p. 38 ss.

DE CRISTOFARO G., *La disciplina degli obblighi informativi precontrattuali nel codice del consumo riformato*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2014, p. 922 ss.

DE CRISTOFARO G., *La disciplina unitaria del diritto di recesso*, in *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2009, p. 351 ss.

DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi da consumatore con professionista*, in *Studium Iuris*, 2002, 1174 ss.

DE CRISTOFARO G., sub *art. 3*, in *Comm. Breve diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova ², 2013, p. 62 ss.

DE CRISTOFARO G., sub *art. 45*, in *Comm. Breve diritto dei consumatori*, a cura di

- De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova ², 2013, p. 444 ss.
- DE CRISTOFARO G., sub *art. 5*, in *Comm. Breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova ², 2013, p. 97 ss.
- DE CRISTOFARO, *Contratti a distanza e norme a tutela del consumatore*, in *Studium Juris*, 1999, p. 1197 ss.
- DE LOGU L., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori: la situazione a un anno dalla sua presentazione*, in *Contratto Impresa Europa*, 2009, p. 953 ss.
- DE NOVA G., *Il recesso*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di Sacco R. e De Nova G., *Il contratto*, in *Le obbligazioni*, VI, 2, Torino, 1993, p. 688 ss.
- DE NOVA G., voce *Recesso*, in *Dig. Civile*, XVI, Torino, 1997, p. 314 ss.
- DE POLI M., *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002.
- DE VITIIS C., sub *art. 67 septiesdecies*, in *Comm. Breve diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova, 2014, p. 591 ss.
- DEL PRATO E., *Le annullabilità*, in *Trattato del contratto*, diretto da Roppo V., IV, *Rimedi*, 2, Milano, 2006, p 270 s.
- DELFINI F., *Negoziazione telematica e tutela del consumatore*, Milano, 2006, p. 159.
- DI DONNA L., *Gli obblighi informativi precontrattuali*, in *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da Ajani G. e Bennacchio G.A., III, *I diritti dei consumatori*, 1, a cura di Alpa G., Torino, 2009, p. 209 ss.
- DI MAJO A., *La nullità*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., XIII, *Il contratto in generale*, 7, Torino, 2002, p. 31 ss.
- DI MARZIO F., *Teoria dell'abuso e contratti del consumatore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2007, p. 681.
- DONA L., *La proposta di direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Obbligazioni e*

contratti, 2009, p. 582 ss.

FABBIO PH., *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, 2006, p. 28 ss.

FALCONIO A., *Recesso del consumatore*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini F., Torino, 2003, I, 371 ss.

FALZEA A., *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 80 ss.

FARNETI M., *Il nuovo recesso del consumatore dai contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza*, in *Le Nuovi Leggi Civili Commentate*, 2014, p. 959 ss.

FARNETI M., *sub artt. 64-67*, in *Comm. breve al diritto dei consumatori*, a cura di Zaccaria A. e De Cristofaro, Padova², 2013, p. 526 ss.

FAVALE R., *Il formalismo nel diritto dei consumatori*, in *Contratto Impresa. Europa*, 2012, p. 583 ss.

FERRARI C., *Ipotesi di qualificazione per il "recesso" del consumatore*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, p. 5 ss.

FERRERI S., *Unificazione, Uniformazione*, in *Digesto, sez. civ.*, XIX., Utet, 1999, p. 504 ss.

FERRI G., *sub art. 2285*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da Scialoja - Branca, Bologna – Roma, 1981, p. 318 ss.

FERRI G.B., *Riflessioni sul diritto privato europeo*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, p. 1 ss.

FERRI L., voce *Revoca*, in *Enc. Dir.*, XL, Milano, 1989, p. 197 ss.

FERRO G.B., *La vendita porta a porta*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, p. 152 ss.

FLESNER C. E METCALFE D., *The proposed Consumer Rights Directive - less*

haste, more thought?, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 368 ss.

FRANCO R., *Il terzo contratto: da ipotesi di studio a formula problematica. Profili ermeneutici e prospettive assiologiche*, Padova, 2010, p. 70 ss.

FRANZONI M., *Dal codice europeo dei contratti al Regolamento sulla vendita*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 35 ss.

FRANZONI M., *Il mutuo consenso allo scioglimento del contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., XIII, in *Il contratto in generale*, 5, Torino, 2002, p. 15 ss.

FRATERNALE A., *I contratti a distanza*, Milano, 2002, p. 78 ss.

FURGIUELE L., *Contratti a conclusione telematica*, in *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie*, a cura di Bocchini F., Torino, 2002, p. 205.

FUSI M., TESTA P. E COTTAFAVI P.L., *La pubblicità ingannevole*, Milano, 1993, p. 3 ss.

GABRIELLI G. E PADOVINI F., voce *Recesso*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 27 ss.

GABRIELLI G., *L'attuazione in Germania e in Italia della direttiva europea sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2000, p. 714 ss.

GABRIELLI G., *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, p. 65 ss.

GABRIELLI G., voce *Contratti del consumatore*, in *Digesto disc. priv., sez. civ.*, Agg., Torino, 2000, p. 248 ss.

GALGANO F., *Dai Principi Unidroit al Regolamento europeo sulla vendita*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 1 ss.

GALGANO F., *La nullità*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu A. e Messineo F., III, *Il negozio giuridico*, 1, Milano, 1988, p. 231 ss.

GALGANO F., *Qui iure suo abutitur neminem laedit?*, in *Contr. Impresa*, 2011, p. 311 s.

GALGANO F., *Simulazione. Della nullità del contratto. Della annullabilità del contratto*, in *Comm. al cod. civ.* diretto da Scialoja - Branca, Bologna, 1998, p. 251.

GALLO P., *I rimedi*, in *Trattato del contratto*, III, Torino, 2010, p. 1772 ss.

GAMBINO F., *Il dovere di coerenza nell'atto di esercizio del diritto di recesso (note sull'abuso del diritto)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, p. 61 ss.

GENOVESE A., voce «*Condizioni generali di contratto*», in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 802.

GENTILE G., voce *Revoca*, in *Enc. Giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 1 ss.

GENTILI A., *Codice del consumo ed esprit de geometrie*, in *Contratti*, 2006, p. 159 ss.

GENTILI A., *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2001, p. 26.

GENTILI A., *L'inefficacia del contratto telematico*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2000, p. 762.

GENTILI G., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 556 ss.

GIAMPETRAGLIA R., *Il diritto di recesso nel codice del consumo*, in *Notariato*, 2007, p. 79 ss.

GIAMPETRAGLIA R., sub *artt. 64-67*, in *Codice del consumo*, a cura di Alpa G. e Rossi Carleo L., Napoli, 2005, p. 457 ss.

GIANPICCOLO G., *Il contenuto atipico del testamento*, Milano, 1954, p. 76.

GIOIA G., sub *art. 63*, in *Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro V., Milano, 2006, p. 262 ss.

- GIROLAMI M., *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali. Per una teoria della moderna nullità relativa*, Padova, 2008, p. 322 ss.
- GORGONI M., *Sui contratti negoziati fuori dei locali commerciali alla luce del d.lgs. 50/1992*, in *Contr. Impresa*, 1993, p. 183.
- GORGONI M., voce *Contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Enc. Giur.*, Roma, Agg. IX, 1994, p. 1 ss.
- GRANDI M., *Lo jus poenitendi nella direttiva 2011/83 UE sui diritti dei consumatori*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2013, p. 45 ss.
- GRISI G., *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto S., Torino, 2002, p. 144 ss.
- GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, p. 74 ss.
- GRISI G., *Lo ius poenitendi tra tutela del consumatore e razionalità del mercato*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, p. 569 ss.
- GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, p. 83 ss.
- GRISI G., voce *Informazione (Obblighi di)*, in *Enc. Dir.*, Milano, Annali IV, 2011, 595 ss,
- GRUNDMANN S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole di informazione come strumento*, in *Europa dir. priv.*, 2001, p. 259 ss.
- GUERINONI E., sub *artt. 64 ss.*, in *Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro V., Milano, 2012, p. 383 ss.;
- HESSELINK M.W., *The Consumer Rights Directive and the CFR: two Worlds apart?*, in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 291 ss.
- IRTI N., *Persona e mercato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, p. 296.
- IRTI N., *Scambi senza accordo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1998, p. 347 ss.

JANNARELLI A., *Le vendite aggressive*, Napoli, 1995.

JANNARELLI N., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprenditori e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 3 ss.

LA VILLA G., *Il diritto dei valori mobiliari*, Milano, 1995, p. 61 s.

LENER R., *Dalla formazione alla forma dei contratti sui valori mobiliari (prime note sul "neoformalismo" negoziale)*, in *Banca borsa titoli credito*, 1990, p. 796 ss.

LENER R., *Forma contrattuale e tutela del contraente "non qualificato" nel mercato finanziario*, Milano, 1996, p. 13 ss.

LIVI A., *Art. 5, Commentario al decreto legislativo 15.01.1992, n. 50*, p. 202 s.

LIVI M., *L'attuazione della direttiva 97/7 CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contratto e Impresa. Europa* 1998, p. 1077 ss.

LUMINOSO A., *Contratti di investimento, mala gestio dell'intermediario e rimedi esperibili dal risparmiatore*, in *Resp. Civ. prev.*, 2007, p. 1430.

LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2003, p. 297.

MACARIO F. E PATTI F.P., *Il recesso del consumatore*, in *La tutela dei consumatori in internet e nel commercio elettronico*, a cura di Tosi E., I, Milano, 2012, p. 233 ss

MACARIO F., *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 1577 ss.

MACRÌ G.F., *Contratti negoziati fuori i locali commerciali, Commento al d.lgs. 1992/50*, Torino, 1998, p. 33 ss.

MAFFEIS D., *Discipline preventive nei servizi di investimento: le Sezioni Unite e la*

notte (degli investitori) in cui tutte le vacche sono nere, in *Contratti*, 2008, p. 403 s.

MAGRI M., *Le vendite aggressive*, Padova, 2011, p. 84 ss.

MANCALEONI A.M., *I contratti con i consumatori tra diritto comunitario e diritto comune europeo*, Napoli, 2005.

MANES P., *Il diritto di pentimento nei contratti dei consumatori dalla legislazione francese alla normativa italiana in attuazione della direttiva 85/577*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 1996, p. 696 ss.

MANNA C.M., *Contratti stipulati fuori dei locali commerciali e diritto di ripensamento: in margine ad un caso di "ambiguità" in ordine alla qualità di consumatore*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1998, p. 447

MANTOVANI M., *Vizi incompleti del contratto e rimedio risarcitorio*, Torino, 1995, p. 218.

MARCATAJO G., *Asimmetrie informative e tutela della trasparenza nella politica comunitaria di consumer protection: la risposta della normativa sulle clausole abusive*, in *Europa e Diritto Privato*, 2000, p. 751 ss.

MASUCCI S., *La forma del contratto*, in *L'attività e il contratto*, in *Trattato diritto privato europeo*, III, a cura di Lipari N., Padova, 2003, p. 198 ss.

MAZZAMUTO S., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e Diritto privato*, 2004, p. 1085 ss.

MAZZAMUTO S., *Il contratto europeo nel tempo della crisi*, in *Europa e Diritto Privato*, 2010, p. 621 ss.

MAZZAMUTO S., *Il diritto europeo e la sfida del codice civile unitario*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 98 ss.

MAZZAMUTO S., *La nuova direttiva sui diritti del consumatore*, in *Europa e*

Diritto Privato, 2011, p. 861 ss.

MAZZAMUTO S., *Libertà contrattuale*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, p. 365 ss.

MAZZAMUTO S., *Note minime in tema di autonomia privata alla luce della tutela della Costituzione Europea*, in *Europa e Diritto Privato*, 2005, p. 59 s.

MELI M., *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Europa e Diritto Privato*, 2008, p. 59 ss.

MEMMO D., *Il consenso contrattuale e le nuove tecnologie di contrattazione*, in *Trattato diritto commerciale e diritto pubblico economia*, Padova, 2007, p. 82.

MENGONI L., *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, p. 36.

MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto (Artt. 1321-1469 cod. civ.)*, Milano 1944, p. 483.

MESSINEO F., *voce Contratto (dir. Priv.)*, in *Enc. Dir.*, IX, Milano, 1961, p. 784 ss.

MINERVINI E., *Contratti a distanza*, in *Enc. Giur.*, VIII, Roma, 2004, p. 9 ss.

MINERVINI E., *Il terzo contratto*, in *Contratti*, 2009, p. 496 ss.

MONATERI G., *La responsabilità civile*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco R., Torino, 1998, p. 22.

MUSIO A., *I contratti conclusi fuori i locali commerciali*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., XXX, *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzone P. e Musio A., Torino, 2009, p. 283 ss.

MUSOLINO G., *Il contratto d'opera professionale*, Milano, 1999, p. 427 ss.

NAVARRETTA E., *Luci ed ombre nell'immagine del terzo contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti G. e Villa M., Torino, 2008, p. 317 ss.

- OCCHIUZZI P., *Gli obblighi informativi*, in *Corr. Giur., Speciale*, 2014, 7, p. 10 ss.
- ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 129 ss.
- ORLANDI M., *Contro l'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, p. 147 s.
- PAGLIANTINI S., *La forma nei principi acquis del diritto comunitario dei contratti*, in *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2009, p. 95 ss.
- PAGLIANTINI S., *La riforma del codice del consumo ai sensi del d.lgs. 21/2014: una rivisitazione (con effetto paralizzante per i consumatori e le imprese?)*, in *Contratti 2014*, p. 796 ss.
- PAGLIANTINI S., *Neoformalismo contrattuale*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Milano, 2011, p. 770 ss.
- PANDIMIGLIO, *L'abuso del diritto nei trattati di Nizza e Lisbona*, in *Contratto e Impresa*, 2011, p. 1076.
- PARDOLESI P., *Contratto e nuove frontiere rimediali*, Bari, 2012.
- PARDOLESI R., *Prefazione a G. Colangelo, L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti. Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XII ss.
- PARISI A.G., *L'educazione e l'informazione del consumatore*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., XXX, *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzione P. e Musio A., Torino, 2009, p. 27 ss.
- PATTI F.P., *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Europa e Diritto Privato*, 2012, p. 1012.
- PELOSI A.C., *La proprietà risolubile nella teoria del negozio condizionato*, Milano, 1975, p. 141.

- PERLINGIERI P. e CATERINI E., *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004.
- PERUGINI M.R., *I nuovi strumenti di intervento dell'AGCM.*, in *Corr. Giur., Speciale*, 2014, 7, p. 44 ss.
- PERUGINI S., *Il recepimento della Direttiva 2011/83 UE: prima riflessioni*, in *www.GiustiziaCivile.com*, 2014.
- PIETROBON V., *L'errore nelle teoria del negozio giuridico*, Padova, 1963, p. 357.
- PILIA C., *Accordo debole e diritto di recesso*, Milano, 2008.
- PILIA C., *Contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Contratto e Responsabilità*, II, a cura di Vettori G., Padova ², p. 604 ss.
- PILIA C., sub *art. 64*, in *Contratto e Responsabilità*, II, a cura di Vettori G., Padova ², 2013, p. 793 ss.
- PONZANELLI G., *I danni punitivi*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, p. 25 ss.
- PUTTI P., *Decreto legislativo 15 gennaio 1992, n. 50. Attuazione della Direttiva 85/577 CEE in materia di contratti negoziati fuori dei locali commerciali*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1993, p. 196 ss.
- PUTTI P.M., *Invalidità nei contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 452 ss.
- REGOLI F.A., *La direttiva 97/7 riguardante la protezione dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 1997, p. 832 ss.
- RESCIGNO P., voce *Condizione (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, VIII, Milano, 1961, p. 768 ss.;
- RESTIVO C., *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2010, p. 341 s.
- RICCI A., voce *Contratti conclusi fuori dei locali commerciali*, in *Enc. Dir.*, Agg. VI, Milano, 2002, p. 318 ss.

RICCIUTO V. e SOLINAS C., *Gli obblighi informativi*, in *La tutela dei consumatori in internet e nel commercio elettronico*, a cura di Tosi F., II, Milano, 2012, p. 200 ss.

RIVA I., *La direttiva di armonizzazione massima sui diritti dei consumatori, o almeno ciò che resta*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2011, p. 754 ss.

ROCCO A., *L'istituzione di uno strumento opzionale di diritto contrattuale europeo*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2011, p. 798 ss.

ROLLI R., *La proposta di Regolamento europeo sulla vendita nel processo di codificazione europea*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 373 ss.

ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del duemila*, Torino ³, 2011, p. 65 ss.

ROPPO V., *Diritto dei contratti e regolazione del mercato: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Il contratto del duemila*, Torino ³, 2011, p. 140ss.

ROPPO V., *Il contratto*, Milano ², 2011, p. 518.

ROPPO V., *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*, in *Danno e resp.*, 2008, p. 540 s.

ROPPO V., *La tutela del risparmiatore tra nullità, risoluzione e risarcimento*, in *Contratto e Impresa*, 2006, p. 896.

ROPPO V., *L'informazione precontrattuale*, in *Diritto europeo dei contratti*, a cura di Sirena P., Milano, 2006, p. 142 ss.

ROPPO V., *Offerte al pubblico di valori mobiliari e tecniche di protezione dei risparmiatori . investitori*, in *Giur. It.*, 1983, c. 208.

ROPPO V., *Parte generale del contratto, contratto del consumatore, contratti asimmetrici (con postilla sul terzo contratto)*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, p. 669 s.

ROPPO V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. Giur.*, 2009, p. 280 s.

ROPPO V., *Regolazione del mercato e interessi di riferimento: dalla protezione del consumatore alla protezione del cliente?*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2011, p. 5 ss.

ROPPO V., *Vendita a domicilio e di valori mobiliari. Formazione del contratto e recesso del consumatore*, in *Contratto e Impresa*, 1990, p. 108;

ROSELLI F., *Recesso dal contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., XIII, *Il contratto in generale*, 5, Torino, 2002, p. 259 ss.

ROSSI CARLEO L., *Il diritto all'informazione: della conoscibilità al documento informativo*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 349 ss.

ROSSI CARLEO L., *Il public enforcement nella tutela dei consumatori*, in *Corr. Giur., Speciale*, 7, 2014, p. 7 s.

ROSSI CARLEO, *sub art. 5 c. cons.*, in *Codice del Consumo*, a cura di Alpa G. e Rossi Carleo L., Napoli, 2005, p. 129 ss.

ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., XIII, Torino, 2000, p. 362.

RUBINO D., *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu A. e Messineo F., Milano, 1962, p. 1080.

RUVOLO M., *I contratti a distanza*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di Caringella F. e De Marzo G., Torino, 2007, p. 278.

SACCO R., *Conclusione del contratto. Sintesi di informazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, p. 211.

SACCO R., *Il contratto*, a cura di Sacco R. e De Nova G., in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco R., II, Torino, 2004, p. 42.

SACCO R., *Le invalidità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da Sacco R., *Il*

contratto, II, Torino, 2004, p. 493 ss.

SACCO R., *Purezza del consenso*, in *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni Novanta*, a cura di Cabella Pisu L. e Nanni L., Padova, 1998, p. 260 ss.

SALANITRO U., *Gli obblighi precontrattuali di informazione*, in *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2009, p. 24 ss.

SALVI C., *La responsabilità civile*, Milano, 2005, p. 26.

SANGIORGI S., voce *Recesso*, in *Enc. Giur.*, XXVI, Roma, 1991, p. 1 ss.

SANGIOVANNI V., *La nullità del contratto nella commercializzazione a distanza di servizi finanziari*, in *Corr. Giur.*, 2008, p. 1469 ss.

SANNA P., *Considerazioni a margine del d.lgs. 22.05.1999, n. 185 in tema di tutela dei consumatori nei contratti a distanza*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2000, p. 478 ss.

SANTINI G., *L'Europa come spazio giuridico unitario: un'armonia nel rispetto delle dissonanze*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 1996, p. 43 ss.

SAPORITO L., *I contratti a distanza*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., XXX, *La tutela del consumatore*, a cura di Stanzione P. e Musio A., Torino, 2009, p.317 ss.

SARANDREA A., *Sanzioni, sub art. 62*, in *Codice del Consumo*, a cura di V. Cuffaro, coordinato da Barba A. e Barenghi A., in *Le Fonti del diritto italiano*, Milano, 2006, p. 253 ss.

SCALISI V., *Dovere di informazione e attività di intermediazione mobiliare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, p. 190 ss.

SCALISI V., *Illecito civile e responsabilità: fondamento e senso di una distinzione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, p.657 ss.

SCANNICCHIO N., *Consumatori e conclusione dei contratti a distanza tra ordinamenti nazionali, direttive comunitarie e diritto comprato*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1994, p. 43 ss.

SCANNICCHIO N., *Dal diritto comunitario al diritto privato europeo nella giurisprudenza della corte di giustizia CE*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari N., I, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, Padova, 2003, p. 153 ss.

SCANNICCHIO N., *I presupposti per la formazione del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari N., I, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti, I soggetti*, Padova, 2003, p. 29 ss.

SCANNICCHIO N., *Il perfezionamento del contratto nel diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari N., III, *L'attività e il contratto*, Padova, 2003, p. 134 ss.

SCANNICCHIO N., *La specificità del diritto privato europeo*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari N., I, *Il diritto privato europeo nel sistema delle fonti*, Padova, 2003, p. 234 ss.

SCHIAVONE G., *Approfittamento e lesione infra dimidium*, Napoli, 2004, p. 197.

SCODITTI E., *La responsabilità per danni da clausola abusiva*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2007, p. 20.

SCOGNAMIGLIO C., *Abuso del diritto, buona fede e ragionevolezza*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 139 s.

SCOGNAMIGLIO R., sub art. 1337, in *Comm. al Cod. civ.*, a cura di Scialoja - Branca, Bologna, 1970, p. 214 ss.

SCORZA G., *Contratti dei consumatori*, Padova, 2007.

SICCHIERO G., *Nullità per inadempimento?*, in *Contratto e Impresa*, 2006, p. 368 ss.

SIMONINI E., *La compravendita di pacchetti turistici on line e l'esclusione del diritto di recesso da parte del turista*, in *Dir. Tur.* 2007, p. 26.

SIRENA P., *I recessi unilaterali*, *Trattato del contratto*, diretto da Roppo, III, *Effetti*, a cura di Costanza M., Milano, 2006, p. 113 ss.

SIRENA P., *Il diritto europeo per i contratti di impresa: autonomia negoziale dei privati e regolazione del mercato*, Milano, 2006.

SMITS J., *Full harmonization of consumer law? A critique of the draft directive on consumer rights*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 5 ss.

SORRENTINO S., sub art. 5 c. cons., in *Codice del Consumo*, a cura di Cuffaro V., Milano ³, 2012, p. 46 ss.

STANZIONE P., *Il Regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, in *Contratti*, 2012, p. 624 ss.

SUPPA P., *Contratti a distanza*, sub artt. 50-61, in *Codice del Consumo*, a cura di V. Cuffaro, Milano, 2006, p. 223 ss.

TADDEI ELMI G., sub art. 5 c. cons., in *Contratto e Responsabilità*, II, a cura di Vettori G., Padova ², 2013, p. 83 ss.

TAGLIAFERRI M., *Contratti negoziati fuori i locali commerciali: disciplina comunitaria e attuazione negli ordinamenti italiano e tedesco*, in *Contratti*, 2002, p. 313 ss.

TALAMANCA M., *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1964, p. 150 ss.

TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010.

TESCARO M., sub art. 68 c. cons., in *Comm. Breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova ², 2013, p. 647.

TESCARO M., sub d. lgs. 2003/70, in *Comm. Breve al diritto dei consumatori*, a

cura di De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova ², 2013, p. 1303 ss.

TORIELLO F., *I contratti di vendita stipulati dai consumatori*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone M., XXVI, *Il diritto privato dell'Unione Europea*, a cura di Tizzano A., 1, Torino, 2006, p. 819 ss.

TRABUCCHI A., *Dolo (diritti civile)*, in *Noviss. Dig.*, Torino, 1960, p. 151.

TROIANI U., *Contratti a distanza, sub artt. 50-61*, in *Codice del Consumo*, commento al D.lgs. 2005/206, in *Le nuove leggi amministrative*, commenti a prima lettura coordinati da Italia V., Milano, 2006, p. 509 ss.

TROIANI U., *Diritto di recesso, sub artt. 64-67*, in *Codice del Consumo*, commento al D.lgs. 2005/206, in *Le nuove leggi amministrative*, commenti a prima lettura coordinati da Italia V., Milano, 2006, p. 287 ss.

TROIANI U., *Disposizioni comuni, sub artt. 62-63*, in *Codice del Consumo*, commento al D.lgs. 2005/206, in *Le nuove leggi amministrative*, commenti a prima lettura coordinati da Italia V., Milano, 2006, p. 579 ss.

TROIANO O., *Disciplina dei mercati e jus poenitendi nella contrattazione a distanza e in quella sorprendente*, in *Saggi di diritto privato europeo*, a cura di Pardolesi R., Napoli, 1995, p. 272 ss.

TROIANO R., *Disciplina dei mercati e ius poenitendi nella contrattazione a distanza ed in quella sorprendente*, in *Saggi di diritto privato europeo, Persona, Proprietà, Contratto e Responsabilità civile*, a cura di Pardolesi, Napoli, 1995, p. 241 ss.

VALENTINO D., *I contratti negoziati fuori i locali commerciali e i contratti a distanza*, in *Trattato dei contratti*, diretto da Rescigno P. e Gabrielli E., III, *I contratti dei consumatori*, a cura di Gabrielli E. e Minervini E., 2, Torino, 2005, p. 659 ss.

VALENTINO D., *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rass. Dir. Civ.*, 1999, p. 395 ss.

- VALENTINO D., *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1996.
- VALLE L., *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2000, p. 687 ss.
- VETTORI G., *Diritti fondamentali e diritti sociali. Una riflessione tra due crisi*, in *Europa Dir. Priv.*, 2011, p. 638 ss.
- VETTORI G., *Le asimmetrie informative tra regole di validità e di responsabilità*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2003, p. 241.
- VETTORI G., *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, 1999.
- VETTORI G., *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 108 ss.
- VIGLIONE F., sub art. 50 c. cons., in *Comm. Breve al diritto dei consumatori*, cura di De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova², 2013, p. 465 ss.
- VIGLIONE F., sub art. 55 c. cons., in *Comm. breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro G. e Zaccaria A., Padova², 2013, p.489 ss.
- VILLA G., *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazioni asimmetrica*, in *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti G. e Villa M., Torino, 2008, p. 113 ss.
- VISENTINI G., *Emissione e collocamento di valori mobiliari: prime note di commento agli artt. 11-14 della l. 23.3.1983, n. 77*, in *Riv. Società*, 1983, p. 894.
- VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, p. 91 ss.
- VOLANTE R., *Recesso del consumatore e contratti collegati*, in *I principi del diritto comunitario dei contratti. Acquis communautaire e diritto privato europeo*, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2009, p. 419 ss.
- WHITTAKER S., *Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of "Full Harmonisation"*,

in *European Review of Contract Law*, 2009, p. 225 ss.

WHITTAKER S., *The Optional instrument of European Contract Law and Freedom of Contract*, in *European Review of Contract Law*, 2011, p. 371 ss.

ZIMMERMANN R., *Lo ius comune e i principi di diritto europeo dei contratti; rivisitazione moderna di un'antica idea*, in *Contratto Impresa. Europa*, 2009, p. 101 ss.

ZOPPINI A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2008, p. 515 ss.

ZOPPINI A., *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in *Il terzo contratto*, a cura di Gitti G. e Villa M., Il Mulino, 2008, p. 236 ss.

ZORZI GALGANO N., *Dal codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita: logica del sistema, anche con riferimento alla protezione del consumatore*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 2012, p. 239 ss.

ZORZI GALGANO N., *Il contratto di consumo e la libertà del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, LXII, Padova, 2012.

ZORZI GALGANO N., *Il recesso di protezione del consumatore nella nuova disciplina del turismo e della multiproprietà*, in *Contratto e Impresa*, 2011, p. 1193 ss.